

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**“KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE MÜTEAHHİDİN
ARSA SAHİBİ ve ÜÇÜNCÜ KİŞİLER KAŞISINDAKİ DURUMU”**

**Tez Danışmanı
Yrd. Doç. Dr. EMEL BADUR**

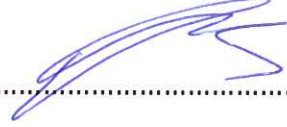
BURAK SABUNCU

ANKARA

Ocak, 2012

Burak SABUNCU tarafından hazırlanan “**Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Arsa Sahibi ve Üçüncü Kişiler Karşısındaki Durumu**” adlı bu tez, tarafımda incelenmiş olup ve Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

Yrd.Doç.Dr. Emel BADUR

.....


Tez Danışmanı

Bu tezin Yüksek Lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU

.....


Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı


Prof. Dr. Mehmet TURHAN

Tez Sınav Tarihi : 09.01.2012

Tez Jüri Üyeleri :

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

(Çankaya Üniversitesi) :.....


Prof. Dr. Cemal OĞUZ

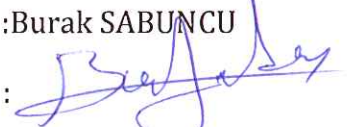
(Gazi Üniversitesi) :.....


Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR

(Çankaya Üniversitesi) :.....


ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

ADI, SOYADI :Burak SABUNCU
İmza : 
Tarih : 27.02.2012

ÖZET

“KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN ARSA SAHİBİ ve
ÜÇÜNCÜ KİŞİLER KAŞISINDAKİ DURUMU”

SABUNCU, Burak

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR

Ocak 2012, 229 sayfa

Kanunda düzenlenmiş sözleşme tipleri arasında bulunmayan Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri arsa sahibinin, arsasına ait belirli payları müteahhide devretmeyi taahhüt ettiği, müteahhidin de bu arsa üzerinde bina inşa ederek belirlenen bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi yükümlendiği sözleşmeler olarak tanımlanır. Hukuki niteliği itibarı ile taşınmaz satım sözleşmeleri ve istisna sözleşmelerinin unsurlarını içerisinde barındıran bu sözleşmeler, doktrin ve uygulamada çift tipli karma sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin şekli konusunda da herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Bu sözleşme noterde düzenleme şeklinde resmi şekil şartına uygun olarak yapılmak zorundadır. Bu şart sözleşmenin geçerlilik şartıdır.

Sözleşmede tarafların karşılıklı olarak yükümlülükleri söz konusudur. Müteahhit sözleşme ile inşaatı, sadakat ve özen yükümlülüğü altında, imar ve inşaat mevzuatına uygun inşa etmeyi üstlenmekte, inşaat yapılırken de gerekli sağlık ve güvenlik önlemlerini almakla yükümlü olmaktadır. Ayrıca müteahhit

arsa sahibine sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun olarak ve kararlaştırılan zamanda binayı teslim etmeyi de taahhüt etmektedir. Bunlar karşısında arsa sahibi de sözleşmede belirlenen arsa paylarını müteahhide devretmeyi yükümlenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Arsa, Kat, İnşaat, Müteahhit, Sözleşme, Sorumluluk

ABSTRACT

RESPONSIBILITY OF THE CONTRACTOR TO LAND OWNER AND THIRD PERSON IN FLAT FOR LAND CONSTRUCTION CONTRACTS

SABUNCU, BURAK

Institute Of Social Sciences, Department Of Private Law

Advisor: Assist. Prof. Dr. Emel BADUR

January 2012, 229 Pages

Flat for Land Construction Contracts, which are not among the contract types regulated in the law, are defined as contracts in which the land owner undertakes to transfer certain shares pertaining to his land to the contractor, and the contractor is under the obligation to construct a building on the transferred land and to deliver determined independent sections to the land owner. These contracts which, in terms of their legal quality, contain elements of immovable sale contracts and independent contractor agreements, are described in the doctrine and in practice, as double type hybrid contracts. No discussions exist, also concerning the form of flat for land construction contracts. The contract has to be concluded in conformity with the official form condition, through being drawn up at notary public. The official form condition is a prerequisite for the validity of the contract.

The contract involves mutual liability of the parties. The contractor, with the contract, undertakes to make a construction in conformity with the development and building legislation, under the liability of devotion and care,

and also become liable to take the necessary health and safety precautions during the performance of the construction. The contractor also undertakes to deliver the building to the land owner, at the determined time and in conformity with the qualities agreed on in the contract. In return, the land owner undertakes to transfer the land shares determined in the contract, to the contractor.

Key Words: Flat, Land, Construction, Contractor, Contracts, Responsibility

GİRİŞ

Ülkemizde özellikle son 30 yılda kırsal yerleşim alanlarından şehirlere başlayan yoğun göç dalgası ile şehirlerde ortaya çıkan konut ihtiyacının giderilmesine yönelik bir inşaat seferberliğinin başladığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu anlamda bir yandan şehirlerde artan nüfusun konut ihtiyacının karşılanabilmesi, diğer yandan çarpık kentleşmenin önüne geçilebilmesi çabaları göz önünde bulundurularak müstakil bahçeli evlerin yerine, yüksek katlı bina tipi yapılaşmaya gidilmesi zorunluluğu da hasıl olmuştur. Ekonomik anlamda oldukça maliyetli olan ve teknik olarak uzmanlık gerektiren inşaat faaliyetleri, bireysel olarak yükümlenemeyecek ölçüde kapsamlı bir sektör olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar sahip oldukları arsalarına kendi çabaları ile üç veya dört katlı binalar inşa edebilen bireysel girişimlere rastlanılsa da, günden güne sayıları artan müteahhitler, bahse konu faaliyetleri gerçekleştirmek adına oldukça büyük bir çaba içerisine girmişler ve katları yirmi otuzu bulan sayıda binalar inşa etmeye başlamışlardır. Bu uzmanlıkta gerçekleştirilen sağlam yapılı ve çok sayıda insanın konut ihtiyacını giderebilecek nitelikte olan binaların sağlayacağı ekonomik ve çevresel kazanımlar, bu tür bir yapılaşmaya gidilmesinin önünü açmış durumdadır.

Büyük binaların inşası için ekonomik gücü, teknik bilgisi ve deneyimi olmayan arsa sahipleri ile işaret edilen anlamda binalar inşa etmeye muktedir, arsaya ihtiyacı olan müteahhitler, bir araya gelerek inşaat faaliyetleri için gerekli unsurları elde etmiş olmaktadırlar. Arsa sahipleri arsalarını müteahhitlere teslim etmekte, müteahhitler ise bu arsalara çok sayıda daireler inşa ederek bu faaliyeti yerine getirmiş olmaktadırlar. Bu sayede kendi bilgisi ve ekonomik gücü ile konut elde edemeyecek olan arsa sahipleri çok sayıda dairelere sahip olmakta, diğer yandan arsa bedelini daire

olarak arsa sahibine ödeyen müteahhitler, kendilerine kalan daireleri üçüncü kişilere satarak mesleki faaliyetlerini sürdürüp kazanç elde etmektedirler. “Kazan kazan(*Win Win*)” olarak tarif edilebilecek bir sistematikte ortaya çıkan bu yöntem, hukuki anlamda karşılığını “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri” nde bulmuştur.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin, zaman zaman doktrinde ve uygulamada “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri”, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmeleri”, “Kat Karşılığı İnşaat Yapım ve Satış Vaadi Sözleşmeleri “ olarak da isimlendirildiğine rastlanmaktadır. İncelemede ise uygulamada ve özellikle Yargıtay kararlarında yerleşik hale gelmeye başladığından “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” olarak bu sözleşme türünün isimlendirilmesi yerinde olacaktır.

Gerek inşaat faaliyetlerinin yürütüldüğü sırada, gerekse inşa edilen dairelerin paylaşımı, satışı gibi konularda sayısız çoklukta uyuşmazlıklara rastlanılan ve oldukça kapsamlı nitelikte olan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, “*müteahhidin arsa sahibi ve üçüncü kişiler ile arasındaki ilişkiler*” boyutunda üç bölüm altında, incelenmeye gayret edilmiştir.

Birinci bölümde, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, genel anlamda bir çerçeveye oturtulacak mahiyette, sözleşmenin tanımı, unsurları, hukuki mahiyeti, tarafları, diğer sözleşmeler arasındaki yeri ve sözleşmenin mevcut türleri ile doktrinde ve uygulamada oldukça tartışma konusu olmuş sözleşmenin şekli ve şekil sorunun taraflara olan etkisinden bahsetme zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

Müteahhidin arsa sahibine karşı hak ve yükümlülükleri ile müteahhitten hak elde eden üçüncü kişilerin durumlarının incelendiği ikinci bölümde, özellikle inceleme konusunun müteahhidin durumu olması nedeni ile ağırlıklı olarak müteahhidin yükümlülükleri bazında değerlendirmeler yapılmıştır. Aynı bölümde müteahhitten hak elde eden üçüncü kişilerin müteahhitle olan ilişkileri ve kimi durumlarda ortaya çıkacak sorunlar ifade edilmiştir. Bunun yanında uygulamada sıklıkla uyuşmazlık konusu olarak

ortaya çıkan ilave iş ve eksik iş konusunda önemine binaen özel bir inceleme yapılmaya çalışılmıştır.

Son bölüm olarak incelenen üçüncü bölümde ise sözleşmenin sona ermesinin çeşitli sebepleri ve feshedilen sözleşmelerin müteahhit bazında etkileri değerlendirilmiştir.

İncelemede, konu bazında uygulamada ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin çok sayıda Yargıtay kararına ve doktrinde yer alan tartışma konusu da olmuş görüşlere yer verilirken, 2012 yılında yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'ndaki konuya ilişkin hükümler de çalışmada yerini almıştır.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
GİRİŞ.....	viii
İÇİNDEKİLER	xi
KISALTMALAR.....	xviii

BİRİNCİ BÖLÜM

1. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNE GENEL BAKIŞ	1
1.1.Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı Ve Unsurları	1
1.1.1.Sözleşmenin Tanımı	1
1.1.2.Sözleşmenin Unsurları.....	4
1.1.2.1.Arsa Sahibinin, Belirlenen Arsa Paylarını Müteahhide Devir Yükümlülüğü.....	5
1.1.2.2.Müteahhidin İnşa Ettiği Binadaki Bağımsız Bölümlerin Belirlenen Kısmını Arsa Sahibine Teslim Yükümlülüğü.	7
1.1.2.3.Müteahhit ile Arsa Sahibi Arasında Anlaşma	8
1.2.Sözleşmenin Tarafları	9
1.2.1.Müteahhit	9
1.2.2.Arsa Sahibi.....	11
1.3.Sözleşmenin Hukuki Niteliği	14
1.3.1.Karma Bir Sözleşme Olması	14
1.3.2.Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması.....	16
1.3.3.Sürekli ve Geçici Karmaşığı Bir Borç İlişkisi Doğurması.....	17

1.3.4.Resmi Şekle Bağlı Bir Sözleşme Olması	19
1.3.5.Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilir Bir Sözleşme Olması.....	20
1.4.Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Benzeri Sözleşmeler Arasındaki Yeri.....	21
1.4.1.Hizmet Sözleşmesi ile Farkı.....	21
1.4.2.Vekalet Sözleşmesi ile Farkı	22
1.4.3.Satış Sözleşmesi ile Farkı	23
1.4.4.Bedel Karşılığı İnşaat Sözleşmesi ile Farkı.....	24
1.4.5.Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı Sözleşmeleri ile Farkı	25
1.5. Sözleşmenin Çeşitleri	26
1.5.1.Belirli Arsa Paylarının Müteahhide Devredilmesi Suretiyle Yapılması	26
1.5.2.Arsa Paylarının Tamamen Müteahhide Devredilmesi Suretiyle Yapılması	27
1.5.3.Arsa Paylarının Devrinin İnşaatın Ulaştığı Aşamalara Göre Yapılması	27
1.5.4.Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaat Etmesi Müteahhidin ise Arsa Üzerine İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi Suretiyle Yapılması.....	28
1.6. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmenin Şekli ve Şeklin Müteahhidin Durumuna Olan Etkisi.....	28
1.6.1.Sözleşmenin Resmi Şekilde Yapılma Zorunluluğu	29
1.6.2.Şekle Uygun Olmayan Sözleşmelerin Hukuki Durumu ve Taraflar İçin Bağlayıcılığı.....	36
1.6.3.Şekil Eksikliğinin İleri Sürülememesi ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	39
1.6.4.Şekil Eksikliği Halinde Tahvil.....	45
1.6.5.Sözleşmenin Değiştirilmesi Şekli	47

İKİNCİ BÖLÜM

2. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE MÜTEAHHİDİN ARSA SAHİBİ KARŞISINDAKİ HAK ve YÜKÜMLÜLÜKLERİ İLE MÜTEAHHİTTEN HAK ELDE EDEN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN DURUMU	50
---	----

2.1.Müteahhidin Arsa Sahibine Karşı Hak ve Yükümlülükleri	50
2.1.1.Müteahhidin Arsa Sahibine Karşı Hakları	50
2.1.1.1.Arsa Sahibinin Arsayı İnşaata Elverişli Teslimi Yükümlülüğü.....	50
2.1.1.2. Arsa Paylarını Devir Borcu ve Teminatı	52
2.1.1.2.1.Devir Borcu.....	52
2.1.1.2.2.Devir Borcu Teminat	53
2.1.1.2.2.1.Müteahhidin Alıkoyma Hakkı.....	53
2.1.1.2.2.2.Ödemezlik Def'i İleri Sürülmesi	54
2.1.1.2.2.3.Sözleşmenin Tapu Siciline Şerhi.....	54
2.1.2.Müteahhidin Arsa Sahibine Karşı Yükümlülükleri	55
2.1.2.1.Müteahhidin Sadakat ve Özen Gösterme Borcu	55
2.1.2.1.1.Sadakat Borcu	55
2.1.2.1.2.Özen Gösterme Borcu.....	58
2.1.2.1.2.1.Müteahhidin İnşaatta Kullandığı Malzemeye İlişkin Özen Gösterme Borcu	61
2.1.2.1.2.2.Müteahhidin İşi Kendi Yönetimi Altında Yürütmesi Yönünden Özen Gösterme Borcu	67
2.1.2.1.2.3.Özen Gösterme Yükümlülüğünün İhlal Edilmesi ve Borçlar Kanunu 358/2. Maddesi Uygulaması	73
2.1.2.2.Müteahhidin İmar Mevzuatına Uygun İnşaat Yapma Borcu	75
2.1.2.2.1.İmar Planına Uygun Yapı Yapma Zorunluluğu	77
2.1.2.2.2.İnşaat Ruhsatı ile Projelerin Hazırlanması ve Onaylanması.....	80
2.1.2.2.3.İskan İzni (Yapı Kullanım İzni).....	83
2.1.2.3. Müteahhidin Teslim Borcu	85
2.1.2.3.1.Teslim Kavramı.....	85
2.1.2.3.2.Teslim Tarihi ve Teslim Süresinin Uzatılması	90
2.1.2.3.3.Müteahhidin Eseri Zamanında Teslim Etmemesi Durumu.....	93
2.1.2.3.3.1.Arsa Sahibinin Teslimde Geciken Müteahhidi Temerrüde Düşürmeden İnşaatın Tamamlanmasını İstemesi	94

2.1.2.3.3.2.Müteahhidin Temerrüde Düşürülmesi ve Temerrüdün Sonuçları	94
2.1.2.3.3.2.1.Temerrüdün Şartları	95
2.1.2.3.3.2.1.1.Borcun Muaccel Olması.....	95
2.1.2.3.3.2.1.2.Edimin İfasının Mümkün Olması	97
2.1.2.3.3.2.1.3.Müteahhidin Edimini Yerine Getirmemiş Olması.....	101
2.1.2.3.3.2.1.4.İhtar Yükümlülüğü	102
2.1.2.3.3.2.1.5.Son Süre Verilmesi	105
2.1.2.3.3.2.2. Müteahhidin Temerrüdünün Sonuçları.....	108
2.1.2.3.3.2.2.1.Müteahhidin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Aynen İfa ve Gecikme Tazminatını Talep Hakkı.....	109
2.1.2.3.3.2.2.2.Müteahhidin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Aynen İfadan Vazgeçip Müspet Zararı Talep Hakkı.....	113
2.1.2.3.3.2.2.3.Müteahhidin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararını Talep Hakkı	118
2.1.2.3.3.3.Müteahhidin Temerrüdüne İlişkin Özel Düzenleme....	119
2.1.2.4.Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu	119
2.1.2.4.1.Ayıp Kavramı ve Türleri	119
2.1.2.4.2.Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunun Şartları	124
2.1.2.4.2.1.İnşaatın Teslim Edilmiş Olması	124
2.1.2.4.2.2.İnşaatın Ayıplı Olması	125
2.1.2.4.2.3.İnşaatın Kabul Edilmemiş Olması	126
2.1.2.4.2.4.Ayıbın Arsa Sahibinden Kaynaklanmamış Olması	127
2.1.2.4.2.5.Arsa Sahibinin Muayene ve İhbar Yükümlülüğünü Yerine Getirmesi	128
2.1.2.4.3.Ayıp Halinde Arsa Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinden Doğan Hakları	136
2.1.2.4.3.1.Genel Olarak.....	136
2.1.2.4.3.2.Arsa Sahibinin Ücretin İndirilmesini Talep Hakkı.....	138

2.1.2.4.3.3.Ayıbın Onarılmasını Talep Hakkı	141
2.1.2.4.3.4.Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı	143
2.1.2.4.3.5.Ayıp Nedeniyle Uğranılan Zararın Tazmini	147
2.1.2.4.4.Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Yükümlülüğünü Etkileyen Durumlar	149
2.1.2.4.4.1.Ayıbın Arsa Sahibinin Nezdinde Ortaya Çıkan Nedenden Ötürü Doğması	149
2.1.2.4.4.2.Sözleşmeye Konu İnşaatın Kabul Edilmiş Olması.....	150
2.1.2.4.5. Ayıba Karşı Tekeffülde Zamanaşımı Meselesi	152
2.1.2.5.Müteahhidin Sağlık ve Güvenlik Önlemlerini Alma Yükümlülüğü.....	153
2.1.2.5.1.Müteahhidin Alacağı Güvenlik ve Sağlık Tedbirleri ile Bundan Doğan Sorumluluğu.....	154
2.1.2.5.2.Müteahhidin Yardımcı Şahısların ve Alt Müteahhidin Neden Olduğu Zarardan Sorumluluğu.....	155
2.1.2.5.3.Müteahhidin İş Kazalarından Doğan Sorumluluğu.....	155
2.2. Müteahhitten Hak Elde Eden Üçüncü Kişilerin Durumu.....	156
2.2.1.Müteahhitten Bağımsız Bölüm Satın Alan Üçüncü Kişilerin Durumu.....	156
2.2.1.1.Arsa Sahibinin Arsa Paylarını Müteahhide Devrettiği Durumlar.....	156
2.2.1.1.1.Müteahhidin Kendisine Devredilen Arsa Payını Üçüncü Kişilere Devretmesi	156
2.2.1.1.2.Müteahhidin Kendisine Devredilen Arsa Payını Üçüncü Kişilere Haricen Satışı ve Satış Vaadi Sözleşmesi	160
2.2.1.2.Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Arsa Sahibince Feshi Halinde Üçüncü Kişilerin Durumu	163
2.2.2. Aynı Bağımsız Bölümlerin Birden Fazla Kimseye Satılması	165
2.3.Eksik İş ve İlave İşler Bakımından Müteahhidin Hukuki Durumu.....	167
2.3.1.Eksik İş	168
2.3.2.İlave İş ve İlave Bağımsız Bölüm	171
2.3.2.1.İlave İş.....	171
2.3.2.2.İlave Bağımsız Bölüm	174

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ HALLERİNDE ve CEZAI ŞART MESELESİNDE MÜTEAHHİDİN DURUMU.....	174
3.1. Zararın Tamamının Arsa Sahibi Tarafından Ödenerek Sözleşmenin Feshinde Müteahhidin Durumu	174
3.2.Müteahhidin Temerrüdü Nedeniyle Sözleşmenin Feshinde Müteahhidin Durumu	177
3.2.1.Sözleşmenin Feshinin Sonuçları.....	180
3.2.2.Menfi Zarar İstemi	185
3.3. Müteahhidin Süresinde İşe Başlamaması ve İş Tamamlamada Gecikmesi Nedeniyle Arsa Sahibinin, Teslim Tarihini Beklemeksizin Sözleşmeyi Erken Feshinde Müteahhidin Durumu.....	187
3.4. Müteahhidin Şahsından Doğan Nedenler ile Sözleşmenin Feshinde Müteahhidin Durumu	192
3.5. İş Sahibinin Nezdinde Ortaya Çıkan Sebepler ile Sözleşmenin Sona Ermesinde Müteahhidin Durumu	196
3.6. Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Ortaya Çıkan İmkansızlık Nedeni ile Sözleşmenin Sona Ermesi	198
3.7. Cezai Şart Meselesinde Müteahhidin Durumu	205
3.7.1.Cezai Şartın Türleri	207
3.7.1.1.İfaya Eklenen Cezai Şart.....	207
3.7.1.2.Seçimlik Cezai Şart	208
3.7.1.3.Dönme Cezası(İfa Yerine Cezai Şart).....	209
3.7.2.Cezai Şartta Kusur ve Zarar	211
3.7.2.1.Cezai Şartta Kusur Sorunu.....	211
3.7.2.2.Cezai Şart ve Zarar İlişkisi	211
3.7.3. Cezai Şartın Tenkisi	213
3.7.4. Cezai Şartta Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu	214

SONUÇ	216
KAYNAKÇA	222
EK	
ÖZGEÇMİŞ	226

KISALTMALAR

a.g.e	: Adı geçen eser.
a.g.m	: Adı geçen makale
Art.	: Artikel
b.	: Bent
B.K	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
TBK	:Türk Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
E.	: Esas
H.D	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
İİK	: İcra İflas Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
M.K	: Türk Medeni Kanunu
R.G	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

BİRİNCİ BÖLÜM

1. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNE GENEL BAKIŞ

1.1. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş sözleşme tiplerinden biri olan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımına ilişkin doktrin ve uygulamada esas itibari ile sözleşmenin unsurları bazında görüş birliğinin olduğu söylenebilir. Farklı isimler altında aynı amacı gerçekleştirmeye yönelik aynı unsurları barındıran sözleşme türlerine de rastlanmaktadır.

1.1.1. Sözleşmenin Tanımı

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden biri olmaması nedeniyle, sözleşmenin kanunkoyucu tarafından yapılmış bir tanımı bulunmamaktadır. Bu sözleşme tipinin tanımının yapılabilmesindeki ölçüt, sözleşmede tarafların karşılıklı edimlerinin değerlendirilmesinden ibaret olacaktır ki, doktrinde kabul edildiği üzere kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, taşınmaz satım sözleşmesi ve istisna sözleşmelerinin unsurlarının bir araya gelmesi ile ortaya çıkmış bir sözleşme türüdür.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin, doktrinde yer verilen tanımlarından bazılarına yer vermek gerekmektedir. *Erman*¹, Kat karşılığı inşaat sözleşmelerini; "arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında, müteahhide devretmeyi taahhüt etmesidir" olarak, *Yavuz*² da benzer şekilde bu sözleşmeyi; "arsa payı karşılığı inşaat

¹ **ERMAN,H.** (2007), Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, s.1.

² **YAVUZ, C.** (2007), Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, s.555.

sözleşmesiyle bir taraf(müteahhit), diğer tarafın(arsa sahibi) arsası üzerinde ve arsadaki belirli payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümler inşa etmek suretiyle bütünlük arz eden bina yapma borcu altına girmekte ve bunlar arasında bu hususları konu edinen bir anlaşma yapılmaktadır” şeklinde, *Kartal*³ ise; “yüklenicinin, iş sahibinin arsası üzerinde ve arsa belli veya belirlenebilir payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümlerin bir bütünlük taşır biçimde inşa edilmesini üstlendiği bir sözleşmedir” olarak tanımlamaktadır.

Bu tanımlardan yola çıkılarak kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin arsasına ait belirli bir payı müteahhide devretmeyi, müteahhidin de arsa üzerine inşa edilecek binada belirlenen bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi yükümlendiği söylenebilir.

Müteahhidin yükümlendiği inşaat yapma borcunun, sadece henüz ortada var olmayan yeni bir yapı meydana getirme borcundan ibaret mi olacağı, yoksa örneğin var olan bir binanın depreme karşı güçlendirilmesi karşılığında da arsa sahibi tarafından bir taşınmaz taahhüt edilmesinin de kat karşılığı inşaat sözleşmesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda farklı görüşlerin var olduğunu söylemek gerekir. Erman’ın tanımından, bu sözleşmenin konusunun, müteahhidin arsa sahibinin arsası üzerine inşa edeceği binanın bağımsız bölümleri olarak anlaşılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ancak Yargıtay’ın, arsa sahibinin, binasında yapılacak olan güçlendirme, yenileme, ilave, tadilat gibi çalışmalar karşılığında da müteahhide taşınmaz taahhüt edebileceği yönünde kararlarına da rastlamak mümkündür.⁴ Bunun yanında, arsa sahibinin taahhüt ettiği taşınmazın kat mülkiyetine tabi bir taşınmazdaki bağımsız bölüm olma zorunluluğunun da bulunmadığı, örneğin arsa sahibinin başka

³ **KARTAL, B.** (1993), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Ankara, s.15.

⁴ Yargıtay 15.HD. 31.1.1991, 1990/2416-344

bir yerde bulunan tarlası, arazisi veya arsasını da müteahhide devredebileceğini ileri süren görüşler de mevcuttur.⁵

Gerek tipik, gerek atipik sözleşme türleri ekonomik yaşamda ortaya çıkan belirli ihtiyaçları karşılamaya yöneliktir. Mevcut durum ve koşullar sözleşme tiplerinin varlığını ihtiyaçlara göre şekillendirmektedir. Örneğin, kendi imkanları, bilgisi, yeteneği ve ekonomik gücü bir bina inşa etmeye yeterli olmayan arsa sahiplerinin, sadece arsa paylarını devrederek bir binanın belirlenen bağımsız bölümlerine sahip olabilmemesinin sağlanması, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ortaya çıkmasındaki temel saiklerden birisidir.

Uygulamada çoğu kez bu tip sözleşmelerin, değerli bir arsa üzerinde olmasına rağmen üzerinde bulunan gecekonduda yaşayan kimseler ile yapılması, bu görüşü destekler niteliktedir. Diğer yandan müteahhit, yapmış olduğu binada kendisine ait olacak bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satarak bir gelir elde etmek istemektedir. Zira müteahhidin mesleği bu olup, bina meydana getirip üçüncü kişilere satması, yerine getirdiği faaliyetin asıl amacıdır. Müteahhidin bağımsız bölümlere sahip olmasındaki amaç bizzat kendisinin konut edinme ihtiyacından da kaynaklanmamaktadır. Yapılan binadaki bölümlerin satılarak nakit para elde edilmesi, boş bir arsa veya arazi elde edilmesinden müteahhidin daha menfaatine bir durum olduğu kabul edilmelidir. Bir sözleşmenin belirli bir tip sözleşme kapsamında kabulü için asgari olarak o sözleşmenin, tip sözleşmenin gütmüş olduğu temel gayeyi taşıması aranmalıdır. Bu bağlamda değerlendirildiğinde, gerek var olan bir binada güçlendirme, tadilat, ilave işlerin yapımı karşılığında taşınmaz taahhüt edilmesi, gerekse sıfırdan yapılan bir bina karşılığında arsa sahibinin müteahhide başka bir yerde bulunan arsa veya arazi gibi taşınmazları taahhüt etmesi, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yukarıda işaret edilen temel amaçlarından uzaktır. Diğer bir deyişle sağlanmak istenen menfaati tam olarak karşılamamaktadır. Bu türde yapılan sözleşmelerin sözleşme hürriyeti bağlamında geçerli olup hüküm ve sonuç doğuracağı pek tabiidir. Ancak

⁵ SÜTÇÜ, N.(2010), Uygulama ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Ankara, s.22.

yapılan bu tür sözleşmelerin kat karşılığı inşaat sözleşmesi olarak değerlendirilmesinin yerinde olmayacağı söylenebilir.

Sözleşmenin karşılığa yöneldiği amaç ve taşıdığı unsurlar dikkate alınarak kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, "arsa sahibinin, arsasına ait belirli payları müteahhide devretmeyi taahhüt ettiği, müteahhidin de bu arsa üzerinde bina inşa ederek belirlenen bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi yükümlendiği sözleşmeler" olarak tanımlanabilir.

Doktrinde ve uygulamada kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri", "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmeleri", "Kat Karşılığı İnşaat Yapım ve Satış Vaadi Sözleşmeleri " olarak da isimlendirilmektedir. Son zamanlarda uygulamada ve özellikle Yargıtay kararlarında yerleşik hale gelmeye başladığından⁶ bu çalışmada "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi" olarak bu sözleşmenin isimlendirilmesi tercih edilmiştir.

1.1.2. Sözleşmenin Unsurları

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin varlığının kabul edilebilmesi için üç unsurun varlığı gerekmektedir. Sözleşmede arsa sahibi, belirlenen arsa paylarını müteahhide devretmeyi yükümlenmesi karşılığında müteahhit de sözleşmede kararlaştırılan niteliklerde bir bina inşa ederek arsa sahibine teslim etmeyi taahhüt etmektedir. Bu iki esaslı unsurun yanı sıra sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların bu esaslı unsurlar üzerinde anlaşmaları gerekmektedir.

⁶ Yargıtay kararlarında bu sözleşme türü kat karşılığı inşaat sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2.7.2003 tarih 2003/14-452 E. Ve 2003/456 K. sayılı kararında " ..yüklenicinin *kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle* arsa sahibine karşı üstlendiği edimi yerine getirmesi..."

1.1.2.1. Arsa Sahibinin, Belirlenen Arsa Paylarını Müteahhide Devir Yükümlülüğü

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, müteahhit, arsa sahibinin arsası üzerine inşa edeceği bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi yükümlenmesi karşılığında, arsa sahibi de belirlenen arsa paylarını müteahhide devir borcunu yükümlenmektedir. Burada arsa sahibinin söz konusu arsa paylarını devir borcu, sözleşmenin unsurlarından birini oluşturmaktadır. İstisna sözleşmelerinde iş sahibi, eserin yapımı ve kendisine teslimi karşılığında ücret ödeme borcu altına girerken; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi, kendisine inşa edilerek teslim edilecek bağımsız bölümlerin karşılığı olarak arsa payı devir borcu altına girmiş olmaktadır.⁷ İstisna sözleşmelerinde iş sahibinin ücret ödeme borcunu, müteahhide verilecek olan bir taşınmaz almaktadır. Burada ifade edilen taşınmazdan da inşa edilecek binadaki bağımsız bölümler anlaşılmalıdır.⁸

Arsa sahibi tarafından arsa payının devredilmesinin, sahibi olunan arsanın çıplak mülkiyetine müşterek veya müteselsil olarak ortak edilmesi şeklinde değil, bu arsa üzerinde yapılacak olan binada yer alan, arsa payına tekabül edecek bağımsız bölümlerin devredilmesi olarak anlaşılması gerekir. Her ne kadar kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmaması halinde yalnızca arsa paylarının devrinin mümkün olabileceği düşünülse de sözleşmenin amacı taraflara bağımsız bölümler kazandırmaktır.

Arsa sahibinin devir borcunu yükümlendiği arsanın, üzerine inşaat yapılmaya elverişli türden olması zorunludur. Diğer bir ifade ile arsanın ayıplı olmaması gerekmektedir. Bu ayıptan kastedilen ise maddi bir ayıp olabileceği gibi hukuki ayıp da olabilir. Örneğin inşaatın yapılacağı arsa

⁷ Burada bir tür aynı ödemenin varlığından söz edilebilir. (KARTAL, B., age., s.20.)

⁸ "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yükleniciye bırakılması öngörülen yerler(daire, dükkan vs.) ancak, bağımsız mülkiyet hakkına konu olabilecek nitelikteki bağımsız bölümler olacaktır."(REİSOĞLU, S. (2007), "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na Armağan, C. XXIV, S. 2, Ankara Aralık, s.5)

zemininin jeolojik yapısının kaygan olması ve bu nedenle de inşaat yapılmaya elverişsiz olması, maddi bir ayıbın varlığı anlamına gelmektedir. Diğer yandan inşaatın yapılacağı arsada imar izninin bulunmuyor olması da hukuki nitelikte bir ayıp olarak değerlendirilir. Yargıtay, bir kararında; "...İmar Yasası uyarınca sözleşme konusu parselde inşaat yapımına izin verilemeyeceğine göre sözleşme konusunun yerine getirilme olanaksızlığı doğduğunu artık tarafların sözleşmeye dayanarak istemde bulunamayacakları..." yönünde bir görüş belirtmiştir.⁹ İnşaatın yapılacağı arsanın ayıplı olmasının, arsa sahibinin sözleşmeden doğan ifa yükümlülüğünü yerine getirememesi sonucunu doğuracağı açıktır.

Burada değinilmesi gereken bir husus ise, arsa kavramının mevzuatta yer verilen anlamda arsa niteliğine sahip olup olmaması meselesi hakkındadır. 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'nda arsa; "Belediye sınırları içerisinde belediyece parsellenmiş arazi arsa sayılır" şeklinde tanımlanmıştır. Bunun yanında aynı kanun Bakanlar Kurulu'na parsellenmemiş arazilere arsa vasfı tanıma yetkisi vermiştir. Bu şartları taşımamasına rağmen de bir arazi parçasının sözleşmeye konu edilebileceği, önemli olanın sözleşme ile sağlanmak istenen amacın hukuken ve fiilen gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği olduğu görüşü ağır basmaktadır. Ancak bunun yanında sözleşme konusu arsanın hukuken ve fiilen bir inşaat yapımına elverişli olması gerekliliği de ifade edilmektedir.¹⁰

Sözleşmenin konusu olan arsanın tapulu olması zorunluluğu aranmamaktadır. Bu bağlamda da tapulu taşınmazların devri konusunda aranan resmi şekil zorunluluğu tapusuz taşınmazlarda aranmayıp, müteahhide yapılacak arsa paylarının zilyetliğinin devri ile arsa sahibinin sözleşmeden doğan yükümlülüğünü ifa ettiği sonucu doğabilecektir.

⁹ Yargıtay 15. H.D 14.06.1979, 979/979 – 1468.(Yargıtay Kararları Dergisi, C.6, S.2, s.260)

¹⁰ **KARTAL, B.**, age., s.20.

1.1.2.2. Müteahhidin İna Ettiği Binadaki Bağımsız Bölümlerin Belirlenen Kısımını Arsa Sahibine Teslim Yükümlülüğü.

Müteahhit, kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsa sahibinin, arsa paylarının belirlenen kısımlarını müteahhide devretme yükümlülüğü karşısında, arsa sahibinin arsası üzerinde inşa edeceği binada belirlenen bağımsız bölümleri, arsa sahibine teslim etmeyi yükümlenmektedir.

Müteahhidin, sözleşmede arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümleri teslim yükümlülüğünün yanı sıra inşa edilecek ana taşınmazı da tamamlamakla yükümlü olacağı kabul edilmektedir. Zira sözleşmeyle varılmak istenen amacın binanın tamamlanarak kat mülkiyetine vrilmesi ve herkesin kendine ait olacak bağımsız bölümlere(dairelere) sahip olması olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte binada sözleşme gereği müteahhide teslim edilecek olan bağımsız bölümlerdeki eksikliklerin ise binanın kat mülkiyetine vrilmeyi engellememesi halinde müteahhidin edimini yerine getirmediği anlamına gelmeyeceği hususu da gündeme getirilmiştir.¹¹

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin bu teslim yükümlülüğü istisna sözleşmesinde "bir şey imal etmek" borcuna karşılık gelmektedir.

Mevzuatta "kat" tanımı yapılmamıştır. Ancak Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 2. maddesinde "anagayrimenkuln ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümlerine bağımsız bölüm" denileceği ve bu bölümlere sahip olanlara da kat maliki denileceği belirtilmiştir. Buradan hareketle kata bağımsız bölüm niteliği tanınacağı, sözleşmeye konu olan ve yüklenici tarafından yapımı üstlenilen kısımların kat değil, daire, dkkn gibi arsa paylarına bağlı bağımsız bölümler olduğunu kabul etmek gerekeceği, bu sebeple de sözleşmede "kat" terimi yerine "bağımsız bölüm" kavramının

¹¹ **ERMAN, H.**, age., s.3.

kullanılmasının gerektiği ifade edilmektedir.¹² Bu sebeptendir ki sözleşmenin de “arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapma sözleşmesi” olarak ifade edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Daha önce ifade edilen arsanın üzerinde inşaat yapılmaya elverişli olmaması hali, müteahhit yönünden bir ifa imkansızlığı anlamına gelecek olup, müteahhidin sorumluluğuna gidilemeyecek bir durum yaratmaktadır.

1.1.2.3. Müteahhit ile Arsa Sahibi Arasında Anlaşma

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, müteahhidin, arsa sahibinin arsası üzerinde inşaat edeceği bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi, arsa sahibinin de müteahhide belirlenen oranlarda arsa paylarını devretmeyi yükümlendiği sözleşmeler olarak tanımlanmıştır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, ayrıntılı olarak sözleşmenin hukuki niteliği bölümünde anlatacağımız üzere, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür. Bu sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için sözleşmede taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının uyumu gerekmektedir. Yani taraflar, sözleşmenin asgari esaslı unsurlarında anlaşmış olmaları gerekmektedir. Sözleşmenin şartları, konusu, arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerin sayısı ve niteliği, müteahhide bırakılacak kısımlar gibi hususlar aşağı yukarı belirlenebilir hale getirilmelidir. Sözleşmeye dair yan unsurlar üzerinde anlaşılmamış olması sözleşmenin geçerliliği konusunda etkili olmayıp, uyuşmazlık halinde hakimin müdahalesi ile çözümlenebilecektir. Uyuşmazlığın çözümünde ise tarafların sözleşme ile amaçladıkları sonucun ortaya çıkarılması doğrultusunda bir yorumun yapılacağı da şüphesizdir.

Bu itibar ile arsa sahibi elinde bulunan arsayı değerlendirerek konut sahibi olmak, müteahhit ise mesleğinin gereğini yerine getirerek inşa edeceği binadan kendisine ait olacak bağımsız bölümleri satarak gelir elde etmek

¹² KARTAL, B., age., s.18.

amacıyla aralarında anlaşarak kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapma yoluna gitmektedirler.¹³

Taraflar, üzerinde anlaşılan hususlar etrafında bir sözleşme akdetmek iradelerini resmi şekilde gündeme getirmek zorundadırlar. Sözleşmenin şekline ilişkin ayrıntılı inceleme yapılacak sonraki bölümlerde buna ilişkin açıklamalara daha kapsamlı olarak yer verilecektir.

1.2. Sözleşmenin Tarafları

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde iki taraftan söz etmek gerekir. Taraflardan biri arsa paylarını devir ile yükümlü olan arsa sahibidir ve sözleşmenin diğer tarafı da inşaat yapma borcunu üstlenen müteahhittir.

1.2.1. Müteahhit

Borçlar Kanunu'nda kat karşılığı inşaat sözleşmeleri yer almadığından bu sözleşme tipinde müteahhide ilişkin tanım ve hükümler, eser sözleşmesinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi hükümlerine uygulanabildiği nispette kıyasen uygulanacaktır. Borçlar Kanunu'nun istisna sözleşmesinin tanımına yer verdiği md.355 hükmünde "İstisna, bir akittirki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder." denilerek müteahhidin ve iş sahibinin tanımına da yer verilmiştir. Bununla birlikte 2012 yılında yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹⁴ 455. maddesinde eser sözleşmesi olarak adlandırılan istisna(*eser*) sözleşmesi; "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." olarak tanımlanmış ve burada da eski kanunda olduğu gibi sözleşmenin tarafı olan müteahhit ve iş sahibine ilişkin tanım yer almıştır. Yeni kanununda müteahhit ifadesi "*yüklenici*"

¹³ YAVUZ, C., age., s.554.

¹⁴ 11.01.2011 kabul tarihli 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak 01.07.2011 tarihinde yürürlüğe girecektir.

olarak yerini bulmuş ve günümüz Türkçesine daha yakın olacağı inancıyla bu kavramın kullanılması yoluna gidilmiştir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhit, arsa sahibine, arsası üzerine bir bina inşaat ederek, bu binanın belirlenen bağımsız bölümlerini teslim etmeyi yükümlenen kişidir. Kişi kavramından özel ve tüzel kişilikler anlaşılmalıdır.

Günümüzde, büyük yapı projelerinde şirketlerin farklı tipte ortaklık modelleri kurarak inşaat faaliyetlerine giriştiklerine sıklıkla rastlanmaktadır. Bu ortaklık modellerinden bir tanesi "*Joint-Venture*"(ortak girişim)olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ortaklık türüne biraz değinmek gerekirse; Bu ortaklık türü adi ortaklık modelidir. Ortaklığın tüzel kişiliği bulunmamaktadır. İki veya daha çok tüzel kişiliğin ortaklaşa belirli bir amacı gerçekleştirmek için bir araya gelerek kar elde etme amacı ile kurdukları ortaklık tipidir. Bu modelde ortaklar belirli bir işin tamamının yapılmasını birlikte kabul etmektedir. Çoğu kez tek bir işin yapılması öngörülürken, sürekli nitelikteki işler için de gündeme gelebileceği kabul edilmektedir. Taraflar, aralarında bir sözleşme imzalayarak bir araya gelmektedirler. Belirlenen işin sona ermesi ile birlikte de kar paylaşımından sonra ortaklık da sona ermektedir. Bir diğer ortaklık modeli ise "*Konsorsiyum*" dur. Bu yapı da hemen hemen yukarıda anlatılan Joint-Venture modeli ile aynıdır. Konsorsiyum da ortaklardan her biri işin belirli bölümlerini yapmayı vaad etmektedir. Buradaki temel fark sorumluluk konusundadır. Joint venture' de ortaklardan tamamı bir işin tamamının yapılmasından müştereken ve müteselsilen sorumludur. Ancak konsorsiyumda, ortaklardan her biri işin belirlenen bölümlerini yapmayı taahhüt ettiklerinden sorumluluk alanları kendi işleri ile sınırlıdır. Yani ortaklar iş ortaklığındaki gibi işin tamamını birlikte üstlenmek yerine, işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısmına ilişkin olarak sorumluluk üstlenmektedir.¹⁵

¹⁵ AYDEMİR, E. (2009), Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, s.97.

Yukarıda bahsedilen iki model de büyük inşaat projeleri için geçerli olup esasen incelemenin biraz dışındadır. Uygulamada yer alan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, konut ihtiyacını gidermeye yönelik daha küçük çaplı inşaat projeleri için söz konusudur. Bu haliyle de sözleşmenin tarafı olan müteahhidin de nispeten fazla karmaşık bir ortaklık modeli içerisinde örgütlenmiş olması söz konusu olmamakta, çoğu kez müteahhit tek başına bir inşaat firması olarak ortaya çıkmaktadır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin niteliği gereği müteahhit, arsa sahibinin işçisi, çalışanı olmayıp ondan emir ve talimat almamaktadır. Sözleşmede kararlaştırılan şartlar kapsamında teslim etmekle yükümlendiği bağımsız bölümleri inşa etmek, müteahhidin borcudur. Müteahhit ile arsa sahibi arasında bir bağımlılık ilişkisi bulunmamakta, arsa sahibi Borçlar Kanunu'nda öngörülen "adam çalıştıran" sıfatını taşımamaktadır. Hal böyle olunca da aksine bir anlaşma bulunmadığı sürece işin yapıldığı esnada üçüncü kişiler nezdinde ortaya çıkan zarar müteahhide aittir ve arsa sahibi bundan sorumlu değildir. Buradaki sorumluluk türü müteahhit ile arsa sahibi arasında bağımlılık ilişkisinin bulunmamasından, müteahhidin, iş sahibinin emir ve talimatı altında çalışmamasından kaynaklanmaktadır. Ancak Yargıtay, sözleşmede arsa sahibinin müteahhidi denetim ve gözetim altında tutma, emir ve talimat verme yetkisinin bulunması halinde, arsa sahibinin de müteselsil sorumlu olduğunu kabul etmektedir.¹⁶ İşaret edilen bu konulara daha sonraki bölümlerde değinilecektir.

1.2.2. Arsa Sahibi

Arsa sahibinin tanımına ilişkin mevzuattaki söz konusu durum hakkında müteahhidin tanımı bölümünde yapılan açıklamaları yinelememe adına, burada tekrar etme gereği bulunmamaktadır. Ancak istisna sözleşmelerinde sözleşmenin diğer tarafı olan iş sahibinin konumu, iz düşüm olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesinde aynen örtüşmediğinden arsa payı

¹⁶ Yargıtay 7.H.D 29.06.2006, 2114/2135

devretmek ile yükümlü olan sözleşmenin diğer tarafının, “*arsa sahibi*” olarak tanımlanmasında bir sakınca bulunmamaktadır.¹⁷

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin diğer tarafı da arsa sahibidir. Arsa sahibi, arsası üzerinde bina yapılarak kendisine bağımsız bölümlerin teslimi karşılığında müteahhide arsa paylarının belirli bir bölümünü devretmeyi taahhüt eden kimse olarak tanımlanabilir. Arsa sahibi kavramından da gerçek veya tüzel kişiler anlaşılabilir. Her ne kadar arsa sahibinin tüzel kişi olması yönünde bir engel bulunmamasına karşın, genel itibarı ile uygulamada arsa sahipleri gerçek kişilerden oluşmaktadır.

Arsa sahibi birden fazla kişiden oluşabilmektedir. Mülkiyet konusu arsa üzerinde, paylı mülkiyet veya elbirliği ile mülkiyet kurulmuş olabilir. Yani arsa sahibi sıfatını bir topluluğun oluşturması mümkündür. Hem elbirliği ile mülkiyet¹⁸ halinde, hem paylı mülkiyetin¹⁹ söz konusu olduğu durumlarda kat karşılığı inşaat sözleşmesi, mülkiyet hakkı sahiplerinin tamamı ile yapılması gerekmektedir. Bazı durumlarda arsa sahipleri, arsa alanının bir bina yapmaya elverişli olmaması halinde, bitişik komşu parsel sahipleri ile anlaşarak ellerindeki arsaları birleştirip bir tek veya birden fazla parselde dönüştürmek suretiyle bunun üzerine tek bina ya da bloklar halinde inşaatların yapılmasını amaçlayabilirler. Arsaların birleştirilmesi ile oluşan paydaşlıkta da ortakların tamamı sözleşmenin tarafıdır ve bunların da hep birlikte hareket etmeleri gerekir.²⁰ Maliklerden bir kısmının sözleşmeye

¹⁷ Esasen kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi olarak tanımlanan tarafa da istisna sözleşmesinde iş sahibi olarak tanımlanan taraf için öngörülen hükümler büyük çoğunlukla uygulanacaktır. Ancak sonuç olarak birbirinden farklı olan iki sözleşmede gerek tarafların aralarındaki ilişkileri, gerekse sözleşme edimleri bakımından mevcut olan farklılık, bizi istisna sözleşmesinde iş sahibi olarak tanımlanan tarafı kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi olarak tanımlamaya yöneltmiştir. Söz konusu bu farklı tanımlama doktrinde ve Yargıtay kararlarında da tartışmasız olarak yerini bulmuştur.

¹⁸ “Kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir.”(Medeni Kanun m.701/f.1)

¹⁹ “Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddî olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir.”(MK.m.688/f.1)

²⁰ **AYDEMİR, E.**, age., s.30.

cevaz vermemesi karşılığında diğer malikler ile sözleşmenin yapılması mümkün değildir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu bir arsa üzerinde inşa edilecek bir bina olduğuna göre malın özgülenme amacının değişmesi durumu söz konusudur. Olağanüstü yönetim işleri ile paylı malın devri veya üzerinde sınırlı bir ayni hak tesisi gibi işlemlerde paydaşların oybirliği aranmaktadır.²¹ Zira Medeni Kanun'un 692/f.1 hükmünde "Paylı malın özgülediği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi veya paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır" denilmektedir. Ancak paydaşların oybirliği ile paydaşlardan birisine malın tamamına yönelik olarak tasarrufta bulunma yetkisi vermesi de mümkün olabilmektedir.²² Paylı mülkiyette sözleşmenin kurulması için öngörülmüş olan hükümler, sözleşmenin feshi konusunda da aynı yönde olup, paydaşların tamamının sözleşmenin feshi için birlikte hareket etmesi zorunludur. Açılacak olan sözleşmenin feshi ile tapu iptal ve tescil davaları paydaşların tamamı tarafından açılmalıdır.²³

Kişisel bir hakkın şerh edilmesi için de aynı şekilde bütün paydaşların rızasının aranması gerektiği öngörülmüştür.²⁴

Elbirliği ile mülkiyet düzeninde de paylı mülkiyette olduğu gibi kat karşılığı inşaat sözleşmesinin imzalanması veya sözleşmenin feshine yönelik iradenin açıklanmasında ortakların tamamının iradesinin varlığı aranmaktadır.

Mülkiyete ilişkin bu esaslar gözetilerek arsa sahibi olarak tanımlanan tarafın yetki sorunu gündemden çıkarılarak arsa üzerinde tasarruf

²¹ OĞUZMAN, K. / SELİÇİ, Ö. / OKTAY-ÖZDEMİR, S. (2004), Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Eklemeler Yapılmış 10. Bası, İstanbul, s.252.

²² Bu durumda temsile ilişkin hükümler uygulanacaktır.

²³ Yargıtay 15.HD. 29.05.2006, 4289/3159;

²⁴ Yargıtay 4.HD. 27.01.1977, 4930/913

edebilecek noktaya gelmesi halinde arsa sahibi olarak sözleşmede tanımlanması söz konusu olabilecektir.

1.3. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi hukuki niteliği itibarı ile karma bir sözleşmedir. Bunun yanında tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden biri olarak kabul edilebilecek bu sözleşme, resmi şekil şartına riayet edilerek düzenlenmelidir. Yargıtay sözleşmenin sürekli ve geçici karmaşığı bir borç ilişkisi doğurduğuna yönelik bir tespit yapmış bulunmaktadır. Bu bağlamda ayrıntılı olarak sözleşmenin hukuki niteliğinin incelenmesi gerekmektedir.

1.3.1. Karma Bir Sözleşme Olması

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, taşınmaz satım sözleşmesi ve istisna sözleşmelerinin unsurlarının bir araya gelmesiyle ortaya çıkmış bir sözleşme türüdür. Bu sözleşme türünde müteahhidin bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim borcu istisna sözleşmesine ilişkin unsurlar içermekte, bunun yanında arsa sahibinin belirli arsa paylarını müteahhide devri borcu da, taşınmaz satım veya taşınmaz satım vaadi sözleşmesine ilişkin unsurları içerisinde barındırmaktadır. Bu itibar ile kat karşılığı inşaat sözleşmesini, kanunda öngörülmüş farklı iki sözleşmenin bir araya gelerek oluşturduğu yeni bir sözleşme olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır. Taraflar sözleşmesi serbestisi ilkesi gereği istediği tipte sözleşme yaparak içeriklerini istedikleri gibi belirleyebilecek olduklarından hukuken böylesine bir sözleşme türünün yaratılmasında bir sakınca yoktur.

Yargıtay bu tip sözleşmeleri, çift tipli karma sözleşmeler olarak nitelendirmektedir.²⁵

²⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30.04.1997 tarih ve 1997/15-146 E. Ve 1997/372K. sayılı kararında“...Ne var ki bu tip sözleşmeler iki tipli karma sözleşmelerdir. Zira, bu tür sözleşmede yüklenicinin borcu, inşaatı yapıp teslim etmek ve arsa sahibinin borcu da, bedel olarak, arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmektir. Burada, iki sözleşme içiçedir...” olarak ifade edilmiştir. Aynı yönde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 19.03.2003 tarih 2003/15-124E.2003/175 “...kat karşılığı inşaat sözleşmesi, tapulu taşınmazın mülkiyetinin bir kısmının devrine ilişkin vaadi ve eser sözleşmesini içeren, iki tipli-karma bir sözleşmedir...” Yargıtay 15.HD. 4.12.1980, 1990/2594; Yargıtay 15. HD.17.05.1982 573/1184.

Karma sözleşmeler, birden fazla sözleşme türünün bir araya gelmesiyle oluşur. Bu sözleşmelerin bir araya gelmesiyle oluşan yeni sözleşme ise kanunda öngörülmemektedir. Karma sözleşmelerin hangi hükümlere tabi olacağı tartışma konusu olmuştur. Doktrinde karma sözleşmelere “kıyas teorisi” uygulanacağı kabul edildiğinden, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine de, bu sözleşmeyi oluşturan taşınmaz satımı ile istisna sözleşmesine ilişkin hükümler ancak kıyas yolu ile uygulanabilecek, bu hükümlerin uygulanmasında çatışma olduğu takdirde sözleşmenin amacı ve tarafların karşılıklı menfaatleri göz önüne alınarak hakkaniyete uygun hareket edilecektir; gerekirse Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinin uygulanması yoluna gidilecek, bir sonuç elde edilemezse örf ve adet hukukuna bakılacak, bundan da bir sonuç elde edilememesi halinde yargıç tarafından M.K md.1 uyarınca hukuk kuralı yaratılacaktır.²⁶

Diğer yandan Yargıtay’ın “birleştirme teorisi”²⁷ni esas alarak vermiş olduğu kararlara da rastlanmaktadır. Ancak Erman, karma sözleşmeyi oluşturan sözleşme hükümleri arasında çelişki olabileceği, bu durumda birleştirme teorisinin uygulanma olanağının bulunamayacağı gerekçesi ile bu teorisinin uygulandığı kararların isabetli olmayacağını ifade etmektedir.²⁸ Bununla birlikte eser sözleşmesinin herhangi bir şekil şartına tabi olmaması, buna karşın kat karşılığı inşaat sözleşmesinde ise arsa sahibinin taşınmaz devri yükümlülüğünü ancak resmi şekilde yerine getirebileceği düşünüldüğünde eser sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanamayacağına işaret edilmektedir.

Benzer şekilde Yavuz²⁹; iki sözleşmenin yapılması esnasında ne sadece taşınmaz satım ne de sadece istisna sözleşmesi yapılmasının düşünülmediği,

²⁶ **ERMAN, H.**, age., s.7. Ayrıntılı açıklama için bkz. **TANDOĞAN, H.** (1988), Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, C.1, 5.Bası, Ankara, s.73-74.

²⁷ Birleştirme teorisinde, karma sözleşmeyi oluşturan edimlere, ait olduğu sözleşme hüküm ve sonuçları doğrudan uygulanmaktadır.

²⁸ **ERMAN, H.**, age., s.7.; **KARTAL, B.**, age., s.26.

²⁹ **YAVUZ, C.**, age., s. 559.

anlaşmanın yapısında taşıdığı iki sözleşmeden birinin hükümleri nazara alınmazsa diğerinin zaten bir sonuca bağlanamayacağı, ne arsa sahibinin arsa paylarının bağımsız bölümler yapılmadan satımını, ne de müteahhidin arsa payları olmadan bir inşaat yapmayı kabul etmeyeceği gerekçesi ile Yargıtay'ın, inşaat yapımına ilişkin istisna sözleşmesi hükümlerinin, arsa paylarının devrine ilişkin olarak da satımla ilgili kuralların uygulanacağını belirten kararlarında isabet olmadığına işaret etmektedir.

Karma sözleşmelerin niteliği gereği, kanunda öngörülen sözleşme tiplerinden olan ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarını birlikte oluşturan istisna sözleşmesi ve taşınmaz satım sözleşmesi hükümleri, kat karşılığı inşaat sözleşmelerine doğrudan uygulanamaz. Karma sözleşmeler, “birleşik sözleşmeler”³⁰ ve “kendine özgü yapısı olan(sui generis)”³¹ sözleşmelerden farklı bir noktadadır. Bu iki sözleşme yeni bir sözleşme bünyesinde bir araya gelmiş, bağımsız varlıklarını kaybetmiş ve ortaya artık iç içe geçmiş her iki sözleşme türünün genlerini taşıyan yeni bir sözleşme türü çıkmıştır. Bu itibarla da uyumsuzlıklara bu sözleşmeyi oluşturan sözleşmelerin doğrudan uygulanmaları olanaklı değildir.

1.3.2. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, her iki taraf, aynı zamanda, birbirlerine karşı edimlerini ifa etmektedir. Taraflardan her biri diğer tarafın ivazını teşkil eden bir eda karşılığında borç altına girer. Taraflardan birinin edası diğerinin edasının sebebini teşkil etmektedir.³²

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerini, “arsa sahibinin arsasına ait belirli payları müteahhide devretmeyi taahhüt ettiği, müteahhidin de bu arsa

³⁰ Birleşik sözleşme, birbirinde farklı tipteki sözleşmelerin bağımsızlıklarını koruyarak bir araya gelmesinden oluşan sözleşmelerdir. Bu bütünü oluşturan sözleşmelerin her birine kendi şahsında hükümler uygulanır.

³¹ Sui Generis sözleşmeler, kanunda öngörülmemiş sözleşme tiplerinin bir araya gelerek oluşturduğu yeni sözleşmelerdir.

³² **BOZER, A.** (2001), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, s.15.

üzerinde bina inşa ederek belirlenen bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi yükümlendiği sözleşmeler” olarak tanımlamıştır. Bu kapsamda düşünüldüğünde arsa sahibi sözleşmede hem alacaklı hem borçlu konumunda olduğu gibi, müteahhit de alacaklı ve borçlu konumundadır. Taraflardan birinin borcu diğer tarafın borcunun sebebi olarak ortaya çıkmaktadır.³³ Sözleşmede tarafların bu şekilde karşılıklı olarak hem alacaklı hem borçlu konumunda yer alması tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler veya” karşılıklı taahhütleri havi sözleşmeler” olarak tanımlanır.

1.3.3. Sürekli ve Geçici Karmaşığı Bir Borç İlişkisi Doğurması

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi mi doğurduğu, yoksa geçici borç ilişkisi mi doğurduğu yönünde farklı görüşler yer almaktadır. Geçici borç ilişkileri, tarafların edimlerini yerine getirmeleri esnasında borcun da sona erdiği bir borç ilişkisi türüdür. Ancak sürekli borç ilişkilerinde edimlerin ifası belirli bir süreç içerisinde yerine getirilmekte ve borç ilişkisinin sona ermesi belirli bir zaman almaktadır. Bir görüş, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçici borç ilişkisi niteliğini taşıdığı iddiasındadır. Bu görüşe göre³⁴; müteahhidin işi borçlanılmış edimin tümü dışında kalan bir hazırlayıcı faaliyetten ibaret görülemez. Burada iş görme faaliyeti sonucu meydana getirilen eser ister maddi olsun ister gayri maddi olsun, alacaklının menfaati ifaya bağlıdır. Sorunun çözümü, borçlunun edime yönelik hareketlerinin uzun sürmesinde değil, edimin yerine getirilmesinin, yani alacaklının çıkarının bir anda mı yoksa zaman içinde yayılmış bir şekilde mi gerçekleştiğinin tespitindedir. O halde arsa payı karşılığı inşaat

³³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.06.2010, 2010/6-341E. 2010/346 K.: “Kural olarak, Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde tanımlanan eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri, karşılıklı edimleri içeren iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek, yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmekle yükümlüdür.” şeklindeki kararında sözleşmenin bu niteliğine ilişkin tespiti yer almıştır.

³⁴ **YAVUZ, C.**, age., s.559; Aynı yönde, **SELİÇİ, Ö.** (1978), İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, s.115 vd.

sözleşmelerinden ileri gelen borç ilişkilerinin ani edimli borç ilişkisi olarak tespiti gerekir.

Diğer görüşe göre ise³⁵; kat karşılığı inşaat sözleşmeleri geçici borç ilişkisi niteliğinde görülemez. Binanın yapımı esnasındaki müteahhidin uzun süreyi gerektiren faaliyetlerini edimin dışında saymak ve hazırlık faaliyetleri olarak görmek doğru değildir. Sonucun meydana gelmesinden önce de edimler zaman içinde ve bölümler halinde yerine getirilmektedir. Bu sözleşmelerde zaten çoğunlukla binanın geldiği aşamalar göz önünde bulundurularak edim peyderpey ifa edilmektedir. Örneğin inşaatın ulaştığı seviyelere göre arsa payları bölüm bölüm müteahhide devredilmektedir.

Yargıtay ise İçtihadı Birleştirme Kararında³⁶ kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçici-sürekli karmaşığı bir borç ilişkisi niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Yargıtay' a göre; arsa sahibi yönünden ifa ancak son edim olan teslimle gerçekleşse dahi, yüklenici bakımından edim yükümü uzun süreye yayılmıştır. Bu süre içinde sözleşmenin konusu ve ortak amaç olan eserin ortaya çıkması için yanların anlayış içinde bulunması, dürüstlük kuralına uygun biçimde davranmaları esastır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin içeriği göz önünde bulundurulduğunda, sözleşmenin, gerek müteahhide ait olacak arsa paylarının binanın geldiği aşamalara göre müteahhide devredilecek şekilde olması, gerekse baştan bu arsa paylarının müteahhide devredilerek arsa sahibi üzerine ipotek tesis edilmesi ve binanın geldiği aşamalara göre ipoteklerin kaldırılması şeklinde olması durumunda, sözleşme konusu edimin belirli bir zaman içerisinde yayıldığı ve bir sürecin içerisinde borcun ifasının söz konusu olduğu ortadadır. Her ne kadar müteahhidin borcu, belirlenen bağımsız bölümlerin tesliminin yanında, binanın tamamını meydana getirmek olsa da peyderpey gerçekleşen bağımsız bölümlerin tamamlanarak arsa sahibine teslimi ve bunların satışının mümkün olması,

³⁵ **ERMAN, H.**, age., s.8. ; **KARTAL,B.**, age., s.27.

³⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 25.01.1984 tarih 3/1 sayılı kararı.

edimlerden bir kısmının yerine getirildiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu itibar ile de sözleşmenin nihai olarak binanın tamamlanması edimine yönelik olarak sınırlanması uygun değildir. Bir yönüyle sözleşmenin nihai ifasının, binanın tamamen tamamlanarak arsa sahibine ait bölümlerin teslim edilmiş olması nedeni ile geçici borç ilişkisi doğurduğu, diğer taraftan peyderpey gerçekleşen teslimlerin de edimin belirli parçalarının ifası anlamına gelerek sürekli borç ilişkisinin varlığına yönelik olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu itibar ile de kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin kendine özgü bir şekilde geçici ve sürekli karmaşığı bir nitelik taşıdığını kabul etmek yerinde olacaktır.

Sözleşmenin bu yönüyle hukuki niteliğinin tespiti, ileride ayrıntılı olarak yer verileceği üzere özellikle sözleşmenin feshi halinde feshin ileriye etkili veya geriye etkili olarak sonuç doğurması bakımından önem taşıyacaktır.

1.3.4. Resmi Şekle Bağlı Bir Sözleşme Olması

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin taşınmaz satımı ve istisna sözleşmelerinin meydana getirdiği karma bir sözleşme olduğunu ifade etmiştik. Her ne kadar istisna sözleşmelerine ilişkin olarak herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olmasına karşın, sözleşmeyi oluşturan taşınmaz satımına ilişkin unsurların varlığı, bu sözleşmeyi resmi şekle tabi bir sözleşme niteliğine dönüştürmektedir. Nitekim Medeni Kanunu'nun md.706, Tapu Kanunu md. 26, Noterlik Kanunu md. 60 hükümlerinde açıkça gayrimenkul satışlarının resmi şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacağı öngörülmektedir. Borçlar Kanunu'nda sözleşmelerin kanun tarafından tayin edilen şekle aykırı olamayacağı hükümleri değerlendirildiğinde sözleşmenin resmi şekilde yapılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

İleride sözleşmenin şekli konusunda ayrıntı olarak bu konu üzerinde durulacaktır.

1.3.5. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilir Bir Sözleşme Olması

Medeni Kanun'un 1009. maddesinde tapu kütüğüne şerh edilebilecek şahsi haklar arasında kat karşılığı inşaat sözleşmeleri de sayılmaktadır. Bu itibar ile taraflar arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmesi mümkündür.³⁷ Kanunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri olarak ifade edilmiş olsa da, daha önce bunların aynı sözleşmeler olduğu ifade edilmiştir.³⁸

Sözleşmenin tapu kütüğüne şerh edilmesi hem arsa sahibi yönünden hem müteahhit yönünden güvenceler sağlamaktadır. Şerh edilen şahsi hak, şerh tarihinden sonra taraflar dışındaki üçüncü kimselere karşı da ileri sürülebilir bir mahiyet kazanır. Şerh, şerh edilen şahsi hakkın hükümlerini sonraki malikler ile aynı taşınmaz üzerinde şerh tarihinden sonra sınırlı aynı hak kazanmış olanlara karşı da göstermesini sağlar.³⁹ Kat karşılığı inşaat sözleşmesi tapuda şerh edilmişse; müteahhit, arsa sahibinin sözleşme konusu taşınmazı üçüncü bir kişiye devretmesi halinde, arsa sahibine karşı ileri sürebileceği hakları yeni malike karşı da ileri sürebilecektir. Yeni malik sözleşmenin tarafı halinde gelecektir.⁴⁰ Müteahhit yapılan sözleşme gereği binayı inşa etmeye devam edebilecek ve sözleşme ile kendisine düşen bağımsız bölümlerin devrini talep edebilecektir.

Diğer yandan arsa sahibi, müteahhide ait olacak bölümleri baştan müteahhide devretmiş ancak müteahhit sözleşmeyi ifada temerrüde düşmüşse, arsa sahibi sözleşmeyi geriye yönelik olarak feshedebilecek ve

³⁷ "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin nasıl şerh edileceğine ilişkin olarak yasada özel bir kural yoktur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de, bir tip gayrimenkul satış vaadi sözleşmesidir. Bu sözleşmelerde de arsa payı veya bağımsız bölüm olarak bir gayrimenkulün mülkiyetinin devredilmesi vaat edilmektedir. Aradaki fark karşı edimin para değil bir yapının inşa olmasıdır. Böylece arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de Tapu Kanunu'nun sözü geçen 26/5 hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle sözleşmede bir şerh anlaşması yer almamış olsa dahi taraflardan birinin tek taraflı talebiyle tapu siciline şerh edilebileceğini kabul etmek gerekir." (REİSOĞLU, S., a.g.m., s.8)

³⁸ Bkz. s.3.

³⁹ AKİPEK, J. / AKINTÜRK, T. (2009), Eşya Hukuku, İstanbul, s.317.

⁴⁰ ERMAN, H., age., s.9.

müteahhide yapılan devirler yolsuz tescil niteliğinde kabul edileceğinden tapu iptal ve tescil davası açarak mülkiyeti tekrar kazanabilecektir. Burada önemli olan husus ve şerhin koruma alanı, müteahhidin baştan kendisine devredilen arsa paylarını üçüncü kişilere satması halinde kendisini gösterecektir. Şerhten sonra taşınmazda hak kazanmış olanlardan, doğmuş borcun ifasında alacaklıya zarar verenlerin haklarının bertaraf edilmesi sağlanmaktadır. Buna “*şerhin munzam etkisi*” denir.⁴¹ Şerh, müteahhitten mülkiyeti devralan üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunmalarını engelleyecektir. Şerhin verilmiş olması halinde üçüncü kişiler Medeni Kanun’un md.1023 hükmünde öngörülen “*iyiniyetin korunması*”⁴² hükmünden faydalanamayacaklar ve müteahhit tarafından kendilerine yapılan satış, tapu iptal ve tescil davası ile geçersiz hale gelecektir.

Medeni Kanun’ un tapu kütüğüne verilebilecek şahsi haklar arasında kat karşılığı inşaat sözleşmelerini de saymış olması, tarafların yukarıda anlatılan korumalardan faydalanabilmesine olanak sağlamıştır.

1.4. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Benzeri Sözleşmeler Arasındaki Yeri

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi benzer diğer sözleşmelerden bir çok yönü ile ayrılmaktadır. Sözleşmenin hukuki niteliği ile benzerlik gösteren diğer sözleşmelerden farklı yönlerine yakından bakmak gerekmektedir.

1.4.1. Hizmet Sözleşmesi ile Farkı

Hizmet Sözleşmesi doktrinde⁴³ “ hizmet öyle bir akittir ki, işçi bir ivaz mukabilinde muayyen veya gayri muayyen bir zaman için iş gücünü işverenin emrine tahsis ve onun direktifi altında işi ifa etmeyi taahhüd eder” olarak

⁴¹ OĞUZMAN, K. / SELİÇİ, Ö. / OKTAY-ÖZDEMİR, S., age., s.204.

⁴² M.K md. 1023 “Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.”

⁴³ REİSOĞLU, S. (1968), Hizmet Akdi, Ankara, s.38.

tanımlanmıştır. Kanunda da hizmet akdi, “Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeği taahhüt eder.” şeklinde ifade edilmiştir. Bu tanımlardan ve daha önce tanımı yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımından hareket ile kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde edimin konusu olan inşaatın yapılması bir sonuç borcunu ifade ederken, hizmet sözleşmelerinde belirli bir süre işverenin gösterdiği işin yapılması konusunda bir emeğin ortaya konulması söz konusudur. Bu itibar ile de hizmet sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi niteliğinde sözleşmelerken, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri daha önce açıklanan tarzda sürekli-geçici karışığı bir borç ilişkisi niteliğinde sözleşmelerdir.

Diğer yandan hizmet sözleşmelerinde, işçi, işverenin gözetimi ve denetimi altında ona bağımlı çalışırken, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhit, bağımsız çalışmaktadır. Arsa sahibinin müteahhide, inşaatın yapımı sırasında emir ve talimat verme durumu söz konusu değildir.

Burada üzerinde durulması gereken husus, işin yapımı esnasında hizmet sözleşmesinde işveren, işçinin üçüncü şahıslara verdiği zararlardan sorumluyken, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin müteahhidin işi yaptığı esnada üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumlu tutulamaması konusundadır.

1.4.2. Vekalet Sözleşmesi ile Farkı

Vekalet sözleşmesi Borçlar Kanunu’nda öngörülen iş görme sözleşmelerinden birisidir. Vekalet sözleşmesi doktrinde, “vekalet öyle bir akittir ki vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelik bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu sonucun elde edilememesi rizikosu ona ait olmamak üzere yükler” olarak tanımlanmıştır.⁴⁴ Vekalet sözleşmesi kanunda da “Vekalet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler.”

⁴⁴ **TANDOĞAN, H.** (1987), Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C.2, 3.bası, Ankara, s.356.

şeklinde yerini almıştır. Vekalet sözleşmelerinde vekilin bir sonuç yaratma tarzında borçlu olması zorunlu olmayıp önemli olan bir işin yürütülmesidir.⁴⁵ Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise edimin konusu bir sonuç yaratmaya yöneliktir. Vekalet sözleşmesinde de vekilin nispeten, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin bağımsız çalışmasına benzer bir durumu olduğu söylenebilir. Bunların yanında vekalet sözleşmesinde kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin aksine ücret (veya arsa payı) zorunluluğu yoktur.

1.4.3. Satış Sözleşmesi ile Farkı

Satım sözleşmesi mülkiyetin naklini öngören sözleşmeler arasında yerini almıştır. Satım sözleşmesi doktrinde⁴⁶; “satım yanlardan birinin bir nesneyi ya da hakkı veya malvarlığı değerini öbür yana teslim ve geniş anlamda mülkiyeti geçirmeyi öbür yanında bir para karşılığı edimini borçlandığı sözleşmedir.” olarak tanımlanmıştır. Buradan hareket ile satım sözleşmesinin konusunu mülkiyetin devrinin öngörüldüğü şeye karşılık belirli bir paranın ödenmesi oluşturmaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde tarafların birbirlerine karşı herhangi bir para borcu söz konusu değildir. Sözleşmenin konusu arsa paylarının devri ve bağımsız bölümlerin inşasıdır. Satım sözleşmesinin geçici borç ilişkisi niteliğinde olduğu ve şeyin teslimi ile paranın ödenmesi halinde borcun sona erdiği söylenebilir. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde daha önce açıklanan geçici-sürekli karmaşığı bir borç ilişkisinin varlığı söz konusudur. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde bir şeyin imal edilmesi bahse konu iken, satım sözleşmesinde şeyin teslimi unsuru ağır basan bir unsur olarak ortaya çıkar. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin arsa payı devri borcunun bulunduğu dikkate alındığında bu borç bakımından taşınmaz satımı ile ilgili hükümlerin kıyasen uygulanmasının söz konusu olduğu ileri sürülmektedir.⁴⁷ Bu görüşün, daha önce aktarılan kat karşılığı inşaat

⁴⁵ ZEVKLİLER, A. (2008), Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, Ankara, s.335.

⁴⁶ KARAHASAN, M.R. (2002), Türk Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, tümü yeniden işlenmiş ve genişletilerek yenilenmiş baskı, C.1, İstanbul, s.57.

⁴⁷ KARAHASAN, M.R. (1977), İnşaat İmar İhale Hukuku, C.I, İstanbul, s.184.

sözleşmesinin karma sözleşme niteliğinin göz ardı edilmemesi halinde yerinde olduğu söylenebilir.⁴⁸

Belirli bir ücret karşılığında teslim edileceği kararlaştırılan şey, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcutsa genellikle bir satım sözleşmesinden, buna karşın bu şey sözleşmenin yapıldığı sırada henüz mevcut değilse, istisna sözleşmesinin konusu olacağından söz edilmektedir.⁴⁹ İstisna sözleşmesi için yapılan bu tespiti kat karşılığı inşaat sözleşmesi için de yapmak yanlış olmayacaktır.

Müteahhidin inşaat tamamlanmadan kendisine ait olacak bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satması halinde ortaya çıkacak durumun izahı gerekir. Müteahhidin tamamlanmayan bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satması durumunda, müteahhidin devir borcunun yanı sıra eser meydana getirme borcu ile de yükümlendiği ifade edilmektedir. Üçüncü kişinin, ücret ödeme borcuna karşılık müteahhidin mülkiyeti devretmiş olması yeterli görülmeyip, sözleşme ile kararlaştırılan inşa borcunu da yerine getirmesi zorunluluğundan bahsedilmiştir. Burada kendiliğinden bir istisna sözleşmesi ile satım sözleşmesinin oluşturduğu bir birleşik sözleşmenin varlığı kabul edilmelidir. Daha önce değinildiği üzere birleşik sözleşmelerde, sözleşmeyi oluşturan her sözleşmeye kendine özgü hükümler uygulanır, buradan hareketle de oluşan bu istisna sözleşmesi ile satım sözleşmesinin her birisine kendine özgü hükümlerin uygulanması söz konusu olabilecektir. Örneğin müteahhidin inşaatı tamamlama borcuna sebep olan eser sözleşmesinin resmi şekilde yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır.⁵⁰

1.4.4. Bedel Karşılığı İnşaat Sözleşmesi ile Farkı

Bedel karşılığı inşaat sözleşmelerine Borçlar Kanunu'nda yer alan istisna sözleşmesine ilişkin hükümler doğrudan uygulanabilmektedir. Kat

⁴⁸ Bkz. s.7.

⁴⁹ **DUMAN, İ.H.** (2010), Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Ankara, s.244.

⁵⁰ **SÜTÇÜ, N.**, age., s.33.

karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise daha önce ifade edildiği üzere karma sözleşmelerin niteliği gereği doğrudan uygulama söz konusu olmamaktadır. Bedel karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin inşaat yapma borcuna karşılık iş sahibinin yükümlülüğü ücret ödemektedir. Ayrıca bu sözleşmelerin resmi şekilde yapılması zorunluluğu da bulunmamaktadır. Oysaki kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin yükümlülüğü arsa paylarını devir borcudur, bu bağlamda da sözleşmenin resmi şekilde yapılması geçerlilik şartıdır. Medeni Kanun, tapuda şerh edilebilecek şahsi haklar arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesine yer vermişken, bedel karşılığı inşaat sözleşmelerinin tapuda şerhi söz konusu olamamaktadır.

1.4.5. Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı Sözleşmeleri ile Farkı

Bu sözleşme türü, “Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Satış, Devir, İntikal, Kiraya Verme, Trampa, Sınırlı Ayni Hak Tesisi, Ve Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliği’nde” tanımlanmış bir sözleşme türüdür. Bu sözleşmenin konusunu TOKİ’ye ait taşınmazlar üzerinde müteahhitlerin yapacağı binalar oluşturmaktadır. Müteahhit bu arsalar üzerinde bir bina meydana getirecek, inşa edilecek binalardaki bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satışından elde edilen gelir ise TOKİ ve müteahhit arasında paylaşılacaktır. Taraflar arasında bu bağlamda eser sözleşmesi ve ortaklık sözleşmesinden oluşan bir karma sözleşmenin varlığından söz edilebilecektir.⁵¹

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden farkı ise; bu sözleşme tipinde bir ortaklık ve gelirin paylaşımı söz konusudur. İnşa edilecek bağımsız bölümlerden elde edilecek gelir taraflar arasında paylaşılmaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi herhangi bir arsa payı devri söz konusu değildir. Bu itibar ile de herhangi bir taşınmaz mülkiyetini devir borcunun doğmadığı göz önünde bulundurulduğunda sözleşmenin resmi şekilde yapılmasının zorunlu olmadığı ileri sürülebilir.

⁵¹ SÜTÇÜ, N., age., s.34-35.

1.5. Sözleşmenin Çeşitleri

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin çeşit itibarı ile ve kapsam bakımından farklı türlerde yapılabilmesi mümkündür. Sözleşmenin sadece tek bir şekilde yapılacağını öngören herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Sözleşmenin asgari belirleyici özellikleri bulunmak kaydı ile bir çok tarz ve çeşitte kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılması mümkündür. Sözleşmenin uygulamada en çok rastlanılan çeşitlerine yer vermek gerekmektedir.

1.5.1. Belirli Arsa Paylarının Müteahhide Devredilmesi Suretiyle Yapılması

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin, anlaşmayla birlikte, belirlenen arsa paylarının önceden müteahhide devredilmesi suretiyle yapılması mümkündür. Bu halde arsa sahibi, kat irtifakı kurulan arsasından bağımsız bölümlere tahsis edilen payların mülkiyetini devretmeyi taahhüt eder. Arsa sahibi baştan arsa paylarının mülkiyetini devrederek edimini ifa eder. Müteahhide devredilen bu arsa payları üzerine arsa sahibini güvenceye almak adına teminat ipoteği tesis edilir. İnşaat belirlenen seviyelere ulaştıkça da ipoteğin belirlenen kısımları kaldırılır.⁵²

Taraflar arasında bu sözleşme ile birlikte esasen bir de eser sözleşmesi düzenlenir. Bu sözleşme ile birlikte de inşaatın muhteviyatına, teslim zamanına, paylaşılacak bağımsız bölümlere ilişkin hükümlere yer verilir.⁵³

Bu türde yapılan sözleşmenin arsa sahibini yeterince güvence altına alamadığından bahsedilmektedir. Özellikle müteahhidin kendisine

⁵² "Her ne kadar kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin güvencesi olarak yüklenici tarafından arsa sahiplerine zaman zaman senet verilmekte ise de çoğunlukla yüklenici payına düşen bağımsız bölümlerden bir kaçına ait tapu kaydı arsa sahipleri adına tutulup inşaatın teslimine kadar bunların mülkiyeti yükleniciye intikal ettirilmektedir. Bu haliyle arsa sahipleri adına kayıtlı olan bu bağımsız bölümler kat karşılığı yapım sözleşmesinin güvencesini oluşturmakta ve yapının bitirilip hukuksal anlamda teslim edilmesiyle güvence olarak tutulan bağımsız bölümler yüklenici adına kayıtlanmaktadır. (AYDEMİR, E., age., s.325.)

⁵³ KARTAL, B., age., s.29.

devredilen arsa paylarını üçüncü kişilere satması ya da satışını vaad etmesi halinde ve bunun da tapuya şerhi durumunda, müteahhidin binayı tamamlamaması halinde müteahhidin ipotek bedelini ödeyerek ipoteği çözmesi ve bu durumda da arsa sahibinin haklarının oldukça zayıflaması halinden söz edilmektedir.⁵⁴

Arsa paylarının müteahhide devri satış sözleşmesi şeklinde yapılmış olabilir. Ancak satış işleminin sebebini kat karşılığı inşaat sözleşmesi oluşturmaktadır.⁵⁵ Ancak bu tür bir kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasında Kartal bazı çekincelere yer vermiştir. Ona göre; tapuda müteahhide satış olarak gösterilen devir işleminin illeti gerçekte satım sözleşmesine dayanmamaktadır. Müteahhide yapılan tapudaki bu devirlerin gerçek nedeni bağımsız bölüm yapması ve inşaatı tamamlamasıdır. Tapu kaydına bu tür bir şerh de düşülemeyeceğinden ve satış sebebi olarak da bunun gösterilememesinden ötürü arsa sahibinin haklarını güvence altına almak için ayrıca bir ek sözleşmenin yapılması gerekliliği söz konusudur.⁵⁶

1.5.2. Arsa Paylarının Tamamen Müteahhide Devredilmesi Suretiyle Yapılması

Sözleşmenin bu türünde yukarıda olduğu gibi baştan müteahhide arsa paylarının bu defa tamamının devredilmesi söz konusudur. Ancak bu durumda arsa üzerinde kat irtifakı kurulması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu yönüyle de arsa sahibini bu yükümlülükten kurtarmak adına bu yola başvurulmaktadır. Aynı şekilde müteahhide devredilen arsanın tamamının üzerinde arsa sahibi lehine teminat ipoteği kurulmaktadır.

1.5.3. Arsa Paylarının Devrinin İnşaatın Ulaştığı Aşamalara Göre Yapılması

Sözleşmenin bu türünde, arsa payları, müteahhide inşaatın ulaştığı aşamalara göre kısım kısım devredilmekte ya da belirlenen bu bölümlere

⁵⁴ **ERMAN, H.**, age., s.11-12.

⁵⁵ **YAVUZ, C.**, age., s.561.

⁵⁶ **KARTAL, B.**, age., s.29.

ilişkin satış için yetki verilmektedir. Örneğin sözleşmede, inşaatın 5. katının tamamlanması halinde 2. katta yer alan dairelerinin tamamının müteahhide satışının yapılması veya üçüncü kişilere satışı için müteahhide yetki verilmesi şeklinde kararlaştırılabilir. Müteahhide verilecek satış yetkisi doğrultusunda müteahhit, bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satmakta ve bedeli kendisi almaktadır. Müteahhit burada arsa sahibinin temsilcisi gibi görünse de satış bedeli kendisine ödenmektedir. Bu sözleşmede satış veya satış vaadinden bahsedilmese de şekil şartları gerçekleşmiş ise tarafların sözleşmede yer alan ifadeleri göz önünde bulundurulmaksızın amaçlanan hukuki sonuçlara göre sözleşmeyi yorumlayarak bu sözleşmenin satış vaadi olduğunu kabul edip uyumsuzluğu bu çerçevede çözmek gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁷

1.5.4. Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaat Etmesi Müteahhidin ise Arsa Üzerine İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi Suretiyle Yapılması

Uygulamada en sık rastlanılan kat karşılığı inşaat sözleşmesi olarak bu tür görülmektedir. Bu sözleşmede arsa sahibi, müteahhide ait olacak bağımsız bölümlere isabet eden arsa paylarını müteahhide satmayı vaad etmekte, buna karşın müteahhit de arsa üzerine inşa edeceği bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi taahhüt etmektedir.

Bu sözleşme türünde taşınmaz satış vaadi ve istisna sözleşmesi bir arada yapılarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ortaya çıkarılmaktadır.

1.6. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmenin Şekli ve Şeklin Müteahhidin Durumuna Olan Etkisi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekle uygun olarak noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekir. Sözleşmenin bu şekil şartı geçerlilik şeklidir. Bu şekle uygun yapılmayan sözleşmenin geçerli olmayacağı açıktır. Ancak kimi durumlarda şekil zorunluluğunun esnetildiği çözümler

⁵⁷ KARTAL, B., age., s.30.

uygulamada yerini almıştır. Bu bağlamda ayrıntılı açıklama yapılması zorunludur.

1.6.1. Sözleşmenin Resmî Şekilde Yapılma Zorunluluğu

Türk Hukuk düzeninde sözleşme serbestisi ilkesi hakim olmuş, sözleşmelere ilişkin genel kural olarak Borçlar Kanunu md.11 hükmü gereği sözleşmelerin şekle tabi olmadığı öngörülmüş, madde hükmünde de bu husus, “Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tabi değildir.” şeklinde ifade bulmuştur. Bununla birlikte yeni Türk Borçlar Kanunu’nda da “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.” denilerek sözleşme serbestisine yönelik genel kural bu anlamda kanundaki yerini korumuştur. Ancak yine aynı hükmün devamında “Kanunun emrettiği şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz.” şeklindeki ifade ile kanunen öngörülmüş bir şekil şartı varsa o şekle uyulmadan sözleşmenin geçerli olamayacağı hükmü de yerini almıştır.

Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda da “Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.” biçimindeki ifadesi ile kanunda öngörülen şeklin geçerlilik şekli olduğu ve sözleşmenin bu anlamda geçerliliği için öngörülen şekle uygun olarak akdedilmesi zorunluluğuna işaret edilmiştir. Sözleşmelerde şekil şartının öngörülmüş olmasının farklı gerekçeleri mevcuttur. Öncelikle şekil zorunluluğunun, tarafları sözleşmeyi akdederken daha iyi düşünmeye sevk etmek, onları geçici heves veya arzularından doğabilecek hafifliklere karşı korumak, hukuki işlemlerin ilgililerce gerçekten yapıp yapılmadığını ve neleri kapsadığını kolaylıkla tespit edebilmek, ispat zorunluluklarından kurtarmak ve mahkemelere zaman ekonomisi kazandırmak, iş hayatında ve toplumda açıklığı ve üçüncü kişilerin yapılan

işlemlerden haberdar olmalarını sağlamak gibi amaçlarının varlığından söz edilmektedir.⁵⁸

Bunun yanında Türk-İsviçre Hukuk Sistemlerinde taşınmazların devrinin sebebe bağlı(ille) hukuksal işlemler olduğu, taşınmazlar ile ilgili tapuda yapılacak bir tescil işlemi için sağlam, güvenilir taraf iradelerinde tereddüde yer vermeyecek geçerli bir satış sözleşmesine gereksinim olduğu, bu güvenilirliğin ise tarafların resmi memur önünde açıkladıkları bir yazılı belge ile sağlanabileceği ifade edilmektedir.⁵⁹ Tarif edilen bu amaçlar gereği sözleşmelerin resmi şekilde yapılması gerekliliğine ilişkin gerekçeler ileri sürülmüştür.

Borçlar Kanunu sözleşmeler için iki tür şekil şartı öngörmektedir. Bunlardan biri adi yazılı şekil diğeri ise resmi şekildir. Adi yazılı şekil, akdi oluşturan irade beyanlarının veya beyanlardan birinin yazılı bir metinde açıklanması ve beyanda bulunan tarafından imzalanması olarak tarif edilebilir.⁶⁰ Ancak tez incelemesi gereği sadece resmi şekil üzerinde durmak gerekmektedir. Resmi şekil, akdi oluşturan irade beyanlarının kanunda belirtilen şekline göre resmi memur tarafından düzenlenen vesikada açıklanması ile gerçekleştirilmektedir.⁶¹ Borçlar Kanunu'nda resmi şekle tabi sözleşmelerin hangi makamca düzenleneceği ve hangi usulün uygulanacağına ilişkin bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, Noterlik Kanunu'nda, herhangi bir kanunda farklı bir makam öngörülmedikçe, resmi şekle tabi sözleşmelerin noterler tarafından düzenleneceğine ilişkin hüküm karşısında, hukukumuzda

⁵⁸ **TEKİNAY, S./AKMAN, S./BURCUOĞLU,H./ALTOP, A.** (1993), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, s.99.

⁵⁹ **KILIÇOĞLU, A.M.** (2008), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, s.94.

⁶⁰ "Adi yazılı şeklin, alacağın temliki, bağışlama vaadi, kefalet gibi sözleşmelerde öngörüldüğüne rastlanmaktadır."(**OĞUZMAN, K./ÖZ, T.** (2009), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, s.118.)

⁶¹ **EREN, F.** (1991), Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, Ankara, s.348.

resmi şekle tabi sözleşmelerin düzenleme yetkisinin noterlere verilmiş bulunduğu söylenebilecektir.⁶²

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri kanunda düzenlenmiş sözleşme tipleri arasında yer almadığından bu sözleşmenin belirli bir şekle bağlı olarak yapılması zorunluluğu olduğuna ilişkin de herhangi bir hüküm mevcut değildir. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin taşınmaz satım ve istisna sözleşmelerinin unsurlarını taşıyan karma bir sözleşme niteliğinde olduğu daha önce ifade edilmiştir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin bu iki sözleşmenin unsurlarını taşıyan bir sözleşme olması, kat karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulanacak hükümler bakımından bir takım tereddütler yaratmıştır. Bir yanda Borçlar Kanunu'nda, geçerliliği için herhangi bir şekil şartı öngörülmeleyen istisna sözleşmesi varken diğer yanda, resmi şekilde yapılması geçerlilik şartına bağlanmış taşınmaz satım ve satım vaadi sözleşmeleri söz konusudur.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde tarafların yükümlülükleri dikkate alındığında, müteahhit, arsa sahibine bağımsız bölüm teslim etme yükümlülüğü altında olup, arsa sahibi ise bunun karşılığında arsa paylarını devir ile borçlanmaktadır. Arsa sahibinin yükümlülüğünü taşınmaz devrini öngören bir taahhüt oluşturmaktadır. Bilindiği üzere de taşınmaz satımı ve satım vaadini öngören sözleşmeler resmi şekle tabidir. Medeni Kanun md. 706/1 fıkra hükmünde "Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır." denilmekte, bunun yanında Borçlar Kanunu md. 213/1 fıkra hükmünde "Gayrimenkul bey'i muteber olmak için resmi senede raptedilmek şarttır." şeklinde hüküm yer almaktadır. Ayrıca Tapu Kanunu, taşınmaz mal satımlarının tapu memuru huzurunda yapılmasını ve memurlar tarafından düzenleneceğini öngörmektedir. Nihayet, Noterlik Kanunu md. 60 hükmünde ise tüm taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin, Noterler tarafından düzenleme şeklinde yapılabileceği öngörülmüş ve bu kapsamda da kat karşılığı inşaat

⁶² OĞUZMAN, K./ÖZ, T., age., s.124.

sözleşmelerinin noterlerce düzenleme şeklinde yapılabileceği kabul edilmiştir.⁶³

Diğer yandan sözleşmenin diğer tarafı müteahhidin, borcu bağımsız bölüm yapma ve teslim yükümlülüğüdür. Zira bu yükümlülük sözleşmeyi oluşturan sözleşmelerden istisna sözleşmesinin unsurlarını içerisinde barındırmaktadır. Kanunda istisna sözleşmesine yönelik herhangi bir zorunluluk öngörülmemiş olmasına karşın, sözleşmede diğer taraf olan arsa sahibinin ediminin resmi şekle tabi olması nedeni ile kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde düzenlenmesi zorunluluğu söz konusu olmuştur.⁶⁴

Noterde yapılacak bu sözleşme, tarafların notere birleşen iradelerini beyan etmeleri ve beyan edilen bu iradelerin noter tarafından bir senet halinde düzenlenmesidir.⁶⁵ Hemen belirtmek gerekir ki noterlerin düzenledikleri resmi senetlerden kasıt, noterlerin “düzenleme” şeklinde resen düzenledikleri senetlerdir. Tarafların kendi aralarında haricen düzenledikleri sözleşmelerin altındaki imzaları notere tasdik ettirmek suretiyle yapılan sözleşmeler, yasanın öngörmüş olduğu geçerlilik şeklini taşımamaktadır. Çünkü Noterlik Kanunu’nun md.89 hükmünde düzenleme şeklinde yapılması zorunlu sözleşmeler arasında taşınmaz satış vaadini öngören sözleşmeler de sayılmıştır. Bu itibar ile resmi şekilde yapılması öngörülen kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, tarafların aralarında düzenledikleri sözleşmeleri notere onaylatma suretiyle gerçekleştirmeleri

⁶³ "Kanaatimizce gayrimenkul satış vaadine uygulanan kurallar (Noterlik Kan. Md. 60 ve 89) kıyasen uygulanarak, arsa pay karşılığı inşaat sözleşmelerinin de tapu memurlarınca veya noterlerce resmi şekilde, geçerli olarak yapılabileceğini kabul etmek gerekir."(**REİSOĞLU, S.**, a.g.m., s.10.) ;Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 9.6.1982, 979/1613, 1982/565.

⁶⁴ **DAYINDARLI, K.** (14-15 Şubat 1986), "*İstisna Akdinin Ademi İfası ile İlgili Yargıtay Kararları*": BATİDER, Sempozyum, s.43-97.

⁶⁵ **KOSTAKOĞLU, C.** (2010), *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat sözleşmeler*, İstanbul, s.67.

geçerli olmayacak⁶⁶, noterce resen düzenlenen düzenleme şeklindeki sözleşmeler kanunun aradığı anlamda geçerli bir kat karşılığı inşaat sözleşmesi olarak kabul görecektir. Nitekim Yargıtay⁶⁷ da bu yönde; “ taraflar arasındaki sözleşme, taşınmaz satış vaadini de içeren kat karşılığı inşaat yapılmasına ilişkin olup, geçerliliği için B.K 213, M.K 634 ve Tapu Kanunu’nun 26. ve Noterlik Kanunu’nun 60. madde hükümleri gereğince, noter önünde resen düzenleme şeklinde yapılması zorunludur.” yönündeki görüşü ile, sözleşmenin düzenleme şeklinde olması zorunluluğunu ifade etmiştir. Ancak tarafların kendi aralarında düzenledikleri kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin noterin resmi kağıdına geçirilmemiş olmasına rağmen, noter tarafından sahifeleri damgalanmak sureti ile bu sözleşmenin kendi huzurunda taraflarca okunduğu ve kendi iradelerine uygun bulunduğu şerhini taşıyorsa, tarafların ve tanıkların kimlikleri noter resmi kağıdına yazılarak imzaları huzurda alınmışsa, bu sözleşmenin şekli bakımından geçerli olduğunu kabul etmek gerekeceğine ilişkin görüşler de mevcuttur.⁶⁸

Kanunda öngörüldüğü şekli ile resmi şekilde yapılmayan bununla birlikte düzenleme şeklinde olmayan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri hukuken geçerli olamamaktadır. Bu halde taraflardan birinin sözleşme ile bağlılığını inkar etmesi halinde diğer tarafın onu sözleşme hükümleri doğrultusunda hareket ettirme olanağı yoktur. Sözleşmenin tarafların

⁶⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 09.06.1982, 1979/15-1613E. 1982/565 K. “...Gerçekten, bir taşınmaz malın veya payının mülkiyetinin başkasına devri, ya da devir vaadini öngören sözleşmelerin geçerli sayılmasına MK.'nun 634, BK.'nun 213 ve Tapu Kanununun 26. maddeleri uyarınca, tapu sicil muhafızı tarafından veya 1512 sayılı Noterlik Yasasının 60. maddesi buyruğuna göre noterlerce resen düzenlenmesine bağlıdır. Anılan yasa hükümlerinin öngördüğü biçimde yapılmayan sözleşmeler hukuken geçersizdir.Çünkü, burada öngörülen şekil, sözleşmenin geçerlik koşulu olup, kamu düzenine ilişkindir. Bu nedendir ki, gerek mahkeme ve gerekse Yargıtayca doğrudan doğruya (resen) gözönünde tutulur. Temyize konu bu olayda, taraflar arasında kurulan 18.5.1973 günlü ve 6248 sayılı sözleşme noterlikçe resen düzenlenmemiş; taraflarca dışarıda yazılıp imzaları Hatay 1. Noterliğince onanmıştır. O halde, az yukarıda yapılan açıklamalara göre, anılan sözleşme hukuken geçerli değildir...”

⁶⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30.04.1997 tarih ve 1997/15-146 E. 1997/372K. sayılı kararı; Aynı yönde Yargıtay 15. H.D 14.05.1990, 989/4811-990/2181.

⁶⁸ **ERMAN, H.**, age., s.17.

edimlerine, tazminat ve cezai şartlarına ilişkin hükümlerinin de uygulanma olanağı bulunmamaktadır.⁶⁹ Sözleşmenin geçersizliği halinde kural olarak taraflar karşılıklı olarak verdiklerini sebepsiz iktisap hükümleri doğrultusunda geri isteyebilecekler, ancak somut durumlar göz önünde bulundurularak geçersiz sözleşmenin yapılmasından sonra taraflar, edimlerini kısmen veya tamamen ifa etmişler ise sözleşmenin şekle uygun olarak yapılmadığı iddiası dinlenmeyebilecektir.

Noter tarafından düzenleme şeklinde yapılacak olan kat karşılığı inşaat sözleşmesinde; arsa payının devrine ilişkin hükümler, inşaatın başlama, teslim tarihleri, hangi işlemlerin kim tarafından gerçekleştirileceği gibi hususlar ile birlikte, inşaatın teknik şartnamesi olarak adlandırılan, inşaatın kaç kat olacağı, ne tür malzeme kullanılacağı, daire sayıları gibi inşaat tekniğine ilişkin hususlar belirlenmelidir. Bu düzenlemeye rağmen ortaya çıkacak olan sorunlarda uygulanacak hükümlerin sözleşmede yer almaması halinde Borçlar Kanunu'nun tamamlayıcı hükümleri devreye girecektir.

Buraya kadar arsa sahibi ile müteahhit arasında imzalanan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin şekline ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur. Bununla birlikte ileride ayrıntılı olarak değinilecek olan ve uygulamada sıkça sorun olarak ortaya çıkan, yüklenicinin kendine ait olacak bağımsız bölümleri inşaat tamamlanmadan üçüncü kişilere satışına ilişkin şekil konusunda da açıklama yapmak gerekmektedir.

Sözleşmenin taraflarca imzalanması ile birlikte taraflar, yapılacak olan inşaatla belirlenen oranlarda bağımsız bölümlere sahip olacaklardır. Sözleşme ile varılmaya çalışılan sonuç da budur. Böyle olmakla müteahhit inşaatı tamamlamak için gereken finansmanı sağlamak amacı ile henüz inşaat tamamlanmadan kendisine ait olacak bağımsız bölümleri üçüncü kişilere devretmek ve elde edeceği gelir ile de inşaat için gerekli masrafları karşılamaktadır. Müteahhidin üçüncü kişilere yapmış olduğu bu devirleri

⁶⁹ KOSTAKOĞLU, C., age., s.68

“*alacağın temliki*” hükümleri çerçevesinde değerlendirmek gerekecektir. Alacağın temlikinin basitçe, bir borç ilişkisinde alacağın alacaklı tarafından bir başka şahsa devredilmesi olarak tanımlanması mümkündür.⁷⁰ Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte henüz var olmamasına karşı ileride doğacak bir hakkın da temlik edilebileceği hususu kabul edilmektedir.⁷¹ Bu kapsamda kabul edilen alacağın temliki, Borçlar Kanunu’nun md. 163 hükmünde “Tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temliki muteber olmaz.” denilerek, alacağın temlikinin yazılı şekilde yapılma zorunluluğu ifade edilmiş, bununla birlikte yeni Türk Borçlar Kanunu’nda da “Alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.” denilerek temlikin yazılı şekilde yapılma zorunluluğu geçerlilik şartı olarak ortaya konmuştur. Kanunda ifade edilen yazılı şekli, adi yazılı şekil olarak anlamak gerekir. Ancak resmi şekilde de yapılması mümkündür.⁷²

Sonuç olarak müteahhidin üçüncü kişilere yapacağı bu devir için kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliği için aranan resmi şekil şartı aranmayacak, üçüncü kişiye yapılan bu devrin yazılı şekilde yapılmış olması devrin geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurmasında yeterli olacaktır.⁷³

⁷⁰ OĞUZMAN, K./ÖZ, T., age., s.919.

⁷¹ TEKİNAY, S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., age., s.248.

⁷² “Çoğun içinde az da vardır” önermesi ile bu yorum yapılabilecektir.

⁷³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 02.02.2000, 2000/13-51E. ve 2000/54 K. “...Dava dışı müteahhit ile arsa sahipleri arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince müteahhidin payına düşen daireyi harici sözleşme ile davacıya devretmesi alacağın temliki niteliğinde bulunduğu ve yazılı da yapıldığı için geçerlidir. ...” ; Yargıtay 14. H.D. 04.07.2007, 2007/7962E. ve 2007/8737K. “...Yüklenici kendisine bırakılan bağımsız bölümler tapusunu doğrudan arsa sahibinden isteyebileceği gibi, yazılı olması koşuluyla şahsi hakkını Borçlar Kanunu'nun 162. maddesi hükmünce üçüncü kişilere de temlik edebilir...”

1.6.2. Şekle Uygun Olmayan Sözleşmelerin Hukuki Durumu ve Taraflar İçin Bağlayıcılığı

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin şekline ilişkin ayrıntılı açıklamalar yukarıda yapılmıştır. Sözleşmelerde şekil eksikliği halinde ortaya çıkacak hukuki durumların anlatılmasında fayda vardır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde şekil eksikliği halinde ortaya çıkacak hukuki sonuç, sözleşmenin geçersizliğidir. Borçlar Kanunu md. 11 hükmünde, sözleşmelerin kanunda öngörülen şekil şartına riayet edilmemesi halinde geçerli olmayacağı, sözleşme serbestisi prensibinin bu durumda gözetilmeyeceği açıkça öngörülmüştür. Daha önceki açıklamalarda yer verildiği üzere kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılma zorunluluğu söz konusudur. Bu haliyle de kural olarak resmi şekilde yapılmayan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçersiz olacağı söylenebilecektir. Sözleşmenin geçersiz olması halinde kural olarak taraflar verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak geri isteyebileceklerdir. Geçersiz sözleşmeye dayanarak taraflar, edim yükümlülüğünün ifasını, kar mahrumiyetini, gecikme tazminatını, ayıplı iş, eksik iş gibi talepleri yöneltemezler.⁷⁴

Sözleşmelerin geçersizliği konusunda tartışmalı konulardan biri de şekil eksikliği nedeni ile geçersizliğin resen hakim tarafından gözetilip gözetilemeyeceğidir. “Klasik görüş”⁷⁵ olarak ifade edilen görüşe göre; sözleşme yasanın öngördüğü şekle uygun olarak yapılmamışsa bu sözleşme yok hükmündedir. Sözleşme başlangıçtan itibaren hiç kurulmamıştır. Temeli mutlak butlan olarak ifade edilebilecek bu görüşe göre, dava aşamasında

⁷⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10.11.1993, 1993/13-125 E. 1993/711, “...Taraflarca düzenlenen ve uyuşmazlığın dayanağı olan taşınmaz satışına ilişkin 28.5.1990 günlü sözleşmenin Yasa'nın öngördüğü biçim koşuluna (MK. 634; BK.213) uygun yapılmadığı tartışma konusu değildir. Bu nedenle sözleşme (hukuki işlem) geçersizdir; mutlak geçersizlik söz konusu olduğuna göre böyle bir sözleşmeyle kabul edilen ceza-i da geçersizdir...”

⁷⁵ **TUNÇOMAĞ, K.** (1976), Türk Borçlar Hukuku C.1, Genel Hükümler, İstanbul, s. 236.; **TEKİNAY, S./AKMAN, S./BURCUOĞLU,H./ALTOP, A.**, age., s.102.; **REİSOĞLU, S.** (1986), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, s.37.

tarafarca şekil eksikliği konusu ileri sürülmesi dahi hakim şekil eksikliği konusunu resen gözetecektir. Bunun yanında sözleşmenin tarafları dışında hukuki yararı bulunanların dahi sözleşmenin bağlayıcı olmadığını ileri sürebilmeleri mümkündür. Hemen belirtmek gerekir ki Yargıtay ve doktrinde ağırlıklı kabul gören görüş, sözleşmedeki şekil eksikliği durumunu hakim resen gözetebileceği etrafındadır. Yargıtay, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılma zorunluluğunu “kamu düzeni” kavramı ile ilintili algılamakta, sözleşmedeki şekil eksikliğini taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi hakim bunu resen gözetmesi gerekliliğini ifade etmektedir.⁷⁶

Diğer yandan “*kendine özgü geçersizlik görüşü*” olarak adlandırılan diğer görüş ise, mutlak butlan durumunu savunan klasik görüşü yumuşatma amacını gütmektedir. Bu görüşe göre; şekil eksikliği konusunda mutlak butlan değil kendine özgü bir geçersizlik yaptırımını uygulanması gerektiği, geçersizlik halinin ancak sözleşmenin tarafları arasında ileri sürülebileceği, bunun da hakim tarafından resen gözetilemeyeceği ifade edilmektedir.⁷⁷ Yargıtay’ın mutlak butlanı benimseyen görüşü bu anlamda eleştirilmektedir. Yasadaki bir kuralın ihlal edilmesi ile toplum menfaatinin zedelenmesi, hukuk düzenin bozulması söz konusu ise o kuralın ancak kamu düzenine ilişkin olduğu, ancak yasa kuralının, toplumu korumak gayesinden uzak, yasaya ilişkin işlem yapan tarafların menfaatini korumak için öngörülmüş olması durumunun ise kamu düzeniyle ilişkilendirilemeyeceği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre taşınmaz mal mülkiyetinin intikaline ilişkin sözleşmelerin resmi şekilde düzenlenmesinin kamu düzenine yönelik bir tasarruf olduğunu, ancak taşınmaz mal satış vaadine ilişkin sözleşmelerin

⁷⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30.04.1997 tarih ve 1997/15-146 E. 1997/372K. sayılı kararı “...Yüklenicinin inşaatın yapmasına ilişkin edim borcu şekle bağlı bulunmamasına karşın, arsa sahibinin intikal ettireceği arsa payının devri M.K.nun 634. B.K.nun 213. Noterlik Kanununun 60 ve Tapu Kanununun 26. maddeleri uyarınca noterde resmi düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Bu geçerlilik koşuludur. Bu hususun mahkemece de re'sen gözetilmesi gerekir...”;Yargıtay 15.H.D 30.10.1990, 990/3418-4382

⁷⁷ **KARAHASAN, M.R.** (1977), Türk Eşya Hukuku , İstanbul, s.364.; **ÖZYÖRÜK, S.** (1988) İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, s.5-6.

hukuki niteliği itibarı ile taşınmaz malın mülkiyetini intikal ettirten bir hukuki işlem olmadığı, bu tür sözleşmelerin aynı hak değil şahsi bir hak doğurduğu, bu sözleşmeye dayanarak tapuda mülkiyet intikalinin sağlanamayacağı ancak sözleşme konusu edim için mahkemeye başvurma hakkının bulunduğu ileri sürülmektedir.

Tarafların şekle uymadan yaptıkları kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile kendilerini bağlı sayarak ifa ettikleri edimlerin hukuki sonuç doğurduğu hallerde kamu düzeninin ihlalinin söz konusu olmadığı ve hakimin, tarafların iddia ve savunmaları ile bağlılığına yönelik kural gereğince tarafların şekil eksikliğini ileri sürmemesi halinde resen bu hususu gözetemeyeceği ifade edilmiştir.⁷⁸ Diğer yandan şekil eksikliği hususunun sadece taraflar veya onların külli haleflerince ileri sürülebileceği, bunlarca ileri sürülünceye kadar sözleşmenin geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuracağı şeklinde de yorumlanmaktadır.⁷⁹

Bu görüş ise Borçlar Kanunu'nun 11/2 hükmünün emrediciliği göz önünde bulundurulmadığı gerekçesi ile tenkit edilmektedir.⁸⁰

Sözleşmenin geçersizliğinin kabulü ile taraflar sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda verdiklerini geri isteyebileceklerdir.⁸¹ Müteahhidin geçersizliğin kabulüne kadar ki süreçte yapmış olduğu ve arsa sahibinin mülkiyetine geçen işin bedeli iade konusu gündeme geldiğinde, bedelin

⁷⁸ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s.75-76.

⁷⁹ **SUNGURBEY, İ.** (1973), Medeni Hukuk Sorunları, C.I, İstanbul, s.26.

⁸⁰ **ERMAN, H.**, age., s.21.

⁸¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 06.04.2010 tarih 2004/13-400 E. ve 2004/443 K. "Şekil eksikliğinden dolayı ya da yasaca öngörülen başka nedenlerle (Örneğin, yasaya veya ahlaka aykırılık gibi) geçersiz olan sözleşmeler, tarafları yönünden herhangi bir hak ve borç doğurmazlar; bu nedenle de, geçersiz bir sözleşmenin tarafları, o sözleşmeyle yükümlendikleri edimleri yerine getirmekten kaçınabilirler; sözleşmenin karşı tarafı da, o edimin ifasını isteyemez. Böyle bir sözleşme, taraflarına sadece aldıklarını karşı tarafa geri vermek yükümlülüğü getirir. Kural olarak, geçersiz bir sözleşme nedeniyle verdiği geri isteyen taraf, sözleşmeden dolayı elinde bulundurduğunu iadeyle yükümlüdür; yine kural olarak, bu iade aynı anda ve karşılıklı olmalıdır. Ancak, geçersiz sözleşme nedeniyle aldığı şey, kendi kusuru olmaksızın elinden çıkmış olan taraf, iade yükümlülüğü altında değildir..."

aynen değil nakden iadesi gerekeceği söylenebilir.⁸² Yargıtay da söz konusu iade durumunda müteahhide yapılan işin imalat değerinin ödenmesi gerektiğine işaret etmiştir.⁸³

Somut durumlar ele alındığında her durumda sözleşmelerin tamamen geçersizliği nedeniyle tarafların herhangi bir talep haklarını ileri süremeyecekleri iddiasının denkleştirici adalet kıstasına aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Müteahhit şekle aykırılığı nedeni ile geçersiz olan sözleşme gereği, arsa sahibinin arsası üzerinde inşaat faaliyetlerine başlamış ve ortaya çıkan bina arsa sahibi tarafından kullanılabilir duruma getirmiş ise müteahhidin inşaat için yapmış olduğu imalat ve işçilik gibi giderleri giderlerin yapıldığı tarihteki bedelinin değil ifa beklentisinin gerçekleşmeyeceğini öğrendiği tarihteki değerinin esas alınması gerektiği vurgulanmıştır.⁸⁴ Ancak Yargıtay bu konuda, istenilecek masrafların yapıldığı tarih itibarı ile mevcut değerinin istenilebileceği kanaatindedir.⁸⁵

Giderler konusunda Yargıtay⁸⁶; müteahhidin geçersiz sözleşmeye rağmen iyiniyetle yaptığı faydalı masrafları istemesi durumunda bundan arsa sahibinin yararlanıp yararlanamayacağını tespitine göre bir karara bağlanması gerekliliğini de ifade etmiştir.

1.6.3. Şekil Eksikliğinin İleri Sürülememesi ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde sıkı bir şekil zorunluluğu kanun ve yerleşik içtihatlar ile sabit olmakla birlikte, şekil eksikliği konusunda bir esneklik noktasının da bulunduğu kabul edilmektedir. Şekil eksikliğinin ileri

⁸² KOSTAKOĞLU, C., age., s.77.

⁸³ Yargıtay 15. H.D 19.11.1986 600/3906 ; “.. bu durumda davacının isteyebileceği tazminat, haksız iktisap hükümlerine göre hesaplanacak imalat değerinden ibarettir...”

⁸⁴ ERMAN, H., age., s.16.

⁸⁵ Yargıtay 15. H.D 14.03.1989, 2713/1245.

⁸⁶ Yargıtay 15.H.D 2.2.1995, 2658/480

sürülmesi hakkın kötüye kullanılması ve dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturuyorsa bunun hukuk tarafından himaye görmeyeceği aşıkardır.

Medeni Kanun hakların kullanılmasında bir sınır belirlemiştir. Bu sınır ise hakkın kötüye kullanılması yasağı olarak dürüstlük kuralları çerçevesinde çizilmiştir. Şekle aykırılık hali geçersizlik sonucuna neden olsa da hakkın kötüye kullanılması yasağı, bu geçersizliğin ileri sürülmesine engel olmakta ve hukuksal işlem geçerli bir hukuksal işlemin tüm hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır.⁸⁷

Şekle ilişkin hükümden amacı dışında yararlanmak istenildiği hallerde, şekil noksanı sebebi ile hükümsüzlüğü ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir. Hakim, geçersizliği resen gözetebildiği hallerde bunun dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını da resen tetkik eder. Hükümsüzlüğün ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak ortaya çıktığı hallerde hakim, borcun ifasına karar verebilir. Bu ifanın konusu bir gayrimenkul mülkiyetinin nakli ise karar mülkiyetin geçmesini sağlar ve tapu memuru tescili yapmaya mecbur olur.⁸⁸

Şekle uygun yapılmayan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşmenin tarafları sözleşmeye ilişkin ifa yükümlülüklerini tamamen yerine getirmişler ise daha sonra sözleşmenin şekle uygun yapılmadığı gerekçesiyle edimlerinin iadesini talep edemezler. Müteahhit yükümlülüğü olan bağımsız bölümleri inşa ve teslim borcunu yerini getirmiş, diğer yandan arsa sahibi de arsa paylarının devrini gerçekleştirmiş ise artık taraflar bu aşamadan sonra şekil eksikliğini ileri sürerek sözleşmenin geçersizliğini iddia edemezler. Hakların kullanılmasında dürüstlük kurallarına uygun hareket etme yükümlülüğü bu hususta değerlendirme yapmayı zorunlu kılmaktadır. Bu halde artık taraflar sözleşme ile bağlı olacaklardır.⁸⁹ Bununla birlikte

⁸⁷ KILIÇOĞLU, A.M., a.g.e., s.102.

⁸⁸ OĞUZMAN, K./ÖZ, T., age., s.128.

⁸⁹ YİBK 30.09.1988, 2/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında "...İçtihadı Birleştirmenin konusu olayların özelliğine gelince: 1965 yılında Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra ülkemiz inşaat sektöründe hızlı bir ilerleme kaydedilmiş, eskiden hiç görülmeyen "kat karşılığı inşaat sözleşmesi" olarak adlandırılan yaygın bir sözleşme türü

müteahhidin inşaatın tamamını veya büyük bir kısmını bitirmiş olmasına rağmen, arsa sahibinin sözleşmenin şekle aykırılığı nedeni ile geçersiz olduğunu ileri sürmesi ve pay geçirim borcunu yerine getirmeye yanaşmaması hali dürüstlük kuralları ile bağdaşmamaktadır. Bu halde arsa sahibi inşaatın devamı esnasında davranışları ile müteahhit nezdinde sözleşmenin ifa edileceğine yönelik bir güven oluşturmakta ve müteahhidin edimini yerine getirmesine zemin hazırlamaktadır. Yargıtay bu halde artık

doğmuştur. Bu sözleşmelerle müteahhit (yüklenici), arsa (iş) sahibinin arsası üzerinde inşaat yapmayı üstlenmekte, buna karşılık inşaat bitince kendisine devir edilecek olan bazı daireleri (bağımsız bölümleri) bedel olarak almaktadır. Ancak, müteahhit daha inşaat başlar başlamaz ileride mülkiyeti iş sahibi tarafından kendisine devredilecek olan bağımsız bölümleri, yapacağı inşaatın finansmanı için üçüncü kişilere geçersiz sözleşmelerle satmaktadır. Veyahutta bazı müteahhitler mülkiyeti kendilerine ait bulunan taşınmaza Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere inşaat yapımı sırasında inşaatı tamamlayabilmek için gerekli parayı temin amacıyla aynı şekilde geçersiz sözleşmelerle ve ileride satışa konu bağımsız bölümün tapusunu vereceği hususunda karşı tarafta tam bir güvence yaratarak satışlar yapmaktadırlar. İşte bu şekilde Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması; genellikle, aslında bağımsız bölümün satış bedeli satım tarihi itibarıyla uygun bulunduğu ve satıcı satış bedelinden inşaat sırasında yararlandığı halde, bu arada alıcının ödemiş olduğu para değerinin enflasyon nedeniyle oldukça düşmesinden, buna mukabil satılan bağımsız bölümlerin değerlerinin tapuda devir edileceği zaman da fahiş oranda artmış bulunmasından ileri gelmektedir. Başka bir anlatımla, bunları düşünen satıcı (müteahhit) sözleşmeden sıyrılmanın yollarını aramakta ve yasanın öngördüğü resmi şekil şartına sığınarak mülkiyeti devir borcundan kaçınmaktadır. Satıcının bu tutumu ise; açıkça, şekil mecburiyeti koyan yasa hükmünden bu hususta korunmaya layık bir yararı olmaksızın yararlanmaya çalışma teşkil eder ve onun hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralını duraksamaya yer vermeyecek şekilde ihlal ettiğini gösterir. Oysa MK.nun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasıyla, suistimal karakteri doğrudan doğruya aşıkâr olan hallerde hakların istimali kanuni himayeden mahrum bırakılmıştır. Böyle uyumsuzluklarda, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı değil, şekil şartı kuralı ihmal edilebilir. Zira İsviçreli Prof. MERZ'in de dediği gibi (Medeni Kanun Şerhi art. 2, Nr. 21), şekli hukuktaki hakkı maddi adalet düşüncesi ve gerekleri sınırlar onu gerçek ölçülerine götürebilir; gerçek hak korunur, şekli veya görünen hak korunmaz. Gerçekten şekle ilişkin hükmün gayesi dışında menfaat temini yoluna gidilmek istenildiği durumlarda yargı hassas olmaya mecburdur. Zira hukuk ancak, meşru menfaatlerin tatminine yarar; başka bir şeye yaradığı takdirde ise mevcudiyet sebebini kaybeder. Öte yandan Medeni Kanunun 4. maddesi hükmüyle de hakim, adalete uygun karar vermeye çağırılmaktadır. O, menfaatların doğru ve adil bir muvazenesini yapmak ve gerçekleri gözetmek zorundadır..."; konuyla ilgili olarak çelişkileri gidermek üzere ayrıntılı bir karara yer verilmiştir. Kararda hakkın kötüye kullanılması halinde hakkaniyet adına şekil eksikliğinin ihmal edilebileceği ifade edilmektedir.; **TEKİNAY, S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.**, age., s.106.; **AYAZLI, P.** (1985), Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Ankara, s.49);

sözleşmenin taraflarını sözleşme ile bağlı kabul etmekte ve tarafların şekil eksikliği iddialarının dinlenmeyeceği yönünde karar vermektedir.⁹⁰

Burada üzerinde durulması gerekli olan hususlardan biri de inşaatın büyük kısmının tamamlanması kavramıdır. Yargıtay'ın inşaatın büyük kısmının tamamlanmış sayılması bakımından kesinlik kazanmış nitelikte bir oranı söz konusu olmamakla birlikte, örneğin inşaatın %50 oranında tamamlanmış olmasını büyük çoğunlukla tamamlanma için yeterli görmediğine ilişkin kararlarına rastlanmakla birlikte, inşaatın %65-70 civarındaki bir tamamlanma oranını inşaatın büyük ölçüde tamamlanmış olarak sayılabileceğine ilişkin kararları söz konusudur.⁹¹ Ancak bu konuda Yargıtay'ın kararı yol gösterici nitelikte olsa da herhangi bir kesinlik öngörülemez, her somut durum karşısında hakim takdir yetkisi kapsamında inşaatın vardığı aşamalara göre bir karar verecektir. Bu itibar ile inşaatın tamamı veya büyük kısmının tamamlanmış olması halinde taraflar sözleşme ile bağlı kalacaklar ve karşılıklı olarak edimlerin ifasını talep edebileceklerdir. Yani arsa sahibi de bu halde artık şekil eksikliğini ileri sürerek arsa payının devri yükümlülüğünden kurtulamayacak ve ifaya zorlanabilecektir.

İnşaatın tamamı veya büyük kısmının tamamlanmamış olması hallerinde de artık tarafların sözleşmenin geçersizliği sebebi ile sözleşmeye bağlılıkları söz konusu olamayacak ve taraflar birbirlerini ifaya zorlayamayacaklardır. Eğer ki müteahhit, inşaatın bir kısmının inşasına başlamış ancak inşaatın büyük kısmının tamamlanmış sayılmasına ilişkin oranda bir seviyeye getirememiş ise arsa sahibini, arsa paylarını devre

⁹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30.04.1997 tarih ve 1997/15-146 E. 1997/372K. sayılı kararı; Yargıtay 15. HD. 28.1.1986, 2666/155 "... Taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekilde düzenlenmemiş ise de davacı yüklenici bu sözleşmeye dayanarak inşaatın büyük bir bölümünü ikmal etmiş, davalı arsa sahibi de yine bu sözleşmeye dayanarak yükleniciye tapuda pay devrinde bulunmuş olduğundan sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi MK 2.maddesinde öngörülen objektif iyiniyet kurallarına aykırıdır..."

⁹¹ Yargıtay 15.HD. 21.3.1988, 987/2305-988/1121.

zorlayamayacaktır. Bu durumda müteahhit yapmış olduğu masrafları sebepsiz iktisap hükümleri doğrultusunda isteyebilecektir.

Yargıtay kimi kararlarında şekle aykırı sözleşmeye dayanarak yapılan iş karşılığında vekaletsiz iş görme hükümleri doğrultusunda talepte bulunulabileceği tespitine yer vermektedir. Buna karşın yerleşik görüş ise sebepsiz iktisap hükümlerinin esas alınarak karar verilmesi gerektiği yönündedir. Buradan hareketle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekle uygun olarak yapılmamasının müteahhit aleyhine daha olumsuz sonuçlar doğurabileceği gözetilerek, müteahhidin bu konuda daha basiretli hareket etmesi gerekeceğini ifade etmek de yanlış olmayacaktır.

Taraflar, karşılıklı olarak kısmen yükümlülüklerini ifa etmişler ise bu durumda da sözleşmenin şekil eksikliği nedeni ile geçersiz olduğu gerekçesini ileri sürerek ifadan kaçınamayacaklardır. Örneğin, müteahhit inşaaata başlamış ve inşaatı belirli bir seviyeye getirmiş olması karşılığında arsa sahibi de, resmi şekle uygun olarak arsa paylarından bir kısmını müteahhide tapuda devretmiş ise artık taraflar sözleşmenin şekle aykırı yapıldığından bahisle geçersizlik iddiasında bulunamayacaklardır. Tarafların kısmi edimleri söz konusudur. Tarafların bu kısmi ifası artık kendilerini bu sözleşme ile bağlı sayma iradelerini ortaya koymaktadır. Artık bu halde de sözleşme taraflar için hükümlerini doğuracaktır. Kısmi edimin miktar ve oranı üzerinde kesin olarak belirlenmiş bir sınır bulunmamaktadır. Müteahhidin inşaaata başlayarak belirli bir seviyeye getirmesi karşılığında arsa sahibinin edimi yönünden az da olsa arsa payının devri, kısmi ifanın varlığını kabul için yeterlidir. Resmi şekle uyulmaksızın düzenlenen sözleşmeye dayanarak tarafların kısmen de olsa tapuda resmi bir tasarrufta bulunmaları o sözleşme hükümlerinin idraki içinde olduklarını gösterdiği ifade edilmektedir.⁹²

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin şekil şartı gözetilmeksizin düzenlenmesine rağmen, arsa sahibi, yükümlülüğü olan arsa paylarını devir

⁹² KOSTAKOĞLU, C., age., s.73.

borcunu yerine getirmişse artık sözleşmenin taraflar için bağlayıcı olacağından bahsedilebilir. Bu halde doğumunda geçersiz olan sözleşme taraflar için bağlayıcı olma niteliğini kazanacak ve tarafların şekil eksikliği iddiaları yine dinlenmeyecektir.

Sözleşmenin taraflarından biri, sözleşmenin şekle aykırılığına bilerek ve isteyerek sebep olmuş ve diğer tarafı bu konuda hataya düşürmüştü daha sonra sözleşmenin şekle aykırı olduğundan bahisle geçersizlik iddiasını ileri süremeyecektir. Kimsenin kendi sebep olduğu hatadan lehine hak sağlayamayacağı ilkesi bunu gerektirmektedir. Bu da yine hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecek ve hukuken himaye görmeyecektir.

Müteahhidin arsa sahibi ile yaptığı sözleşmeye göre kendisine isabet edecek bağımsız bir bölümün satışını adi yazılı şekilde üçüncü kişiye taahhüt etmesi halinde, bu sözleşme alacağın temlik niteliğinde sayıldığından geçerli olup, temlik alan üçüncü kişi bunun yerine getirilmesini doğrudan daha müteahhit lehine tapuda tescil işlemini gerçekleştirmemiş olan arsa sahibinden talep edebilecektir.⁹³ Arsa sahibi ise, müteahhit ile aralarındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geçersiz olduğunu ileri sürerek alacağı temellük eden üçüncü kişiye karşı artık şekil eksikliğini ileri süremez.

Şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu hususunun tespiti her somut olay için ayrı değerlendirilmelidir. Hakim dürüstlük kuralı uyarınca butlanın göz önüne alınmaması ve tescile karar verilmesindeki şartları titizlikle değerlendirmeli sadece istisnai durumlarda bu yolda karar vermelidir. Aksi takdirde, özellikle taşınmaz satımında şekle uyulmaması tapu sistemine büyük zarar verecektir.⁹⁴

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulamada genellikle taraflar karşılıklı güven ilişkisi içerisinde ve çoğu defa yüksek noter masraflarından

⁹³ **ERMAN, H.**, age., s.26.

⁹⁴ **OĞUZMAN, K./ÖZ, T.**, age., s.128.

kurtulmak amacı ile şekil ilkesine riayet etmemekte ancak niteliği gereği uzun bir zaman içerisinde yayılan bu sözleşmede çok çeşitli nedenler ile taraflar arasında uyuşmazlıklar gündeme geldiğine sıklıkla rastlanmaktadır.⁹⁵

Sonuç olarak da ifade edilebilir ki doktrindeki görüşler ve de Yargıtay uygulamaları, taşınmaz mülkiyetinin devrini öngören bu sözleşmede katı şekil şartını biraz olsun esnetme imkanının bulunduğu kabul etmiş ve bu şekil şartının aşılmasına olanak sağlamıştır.

1.6.4. Şekil Eksikliği Halinde Tahvil

Resmi şekle uyulmadan yapılmış kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında aşılması durumu hariç olmak üzere geçersizdir. Geçersiz olan bu sözleşmenin geçerli olabilecek başka bir sözleşmeye tahvilinin mümkün olup olmadığı konusunda tartışma bulunmaktadır.

Batıl akit kesin olarak hükümsüz ise de şayet, bu batıl akit yakın amaç güden başka bir hukuki muamelenin muteberlik şartlarını taşıyorsa ve eğer taraflar, yaptıkları akdin butlanını bilmiş olsalardı diğer muteber muameleyi yapacakları kabul ediliyorsa, batıl akdin muteberlik şartları tamam olan muameleye tahvili ve bu şekilde hüküm doğurması kabul edilmektedir.⁹⁶ Yani tahvilin unsurları olarak, ortada batıl bir sözleşme olmalı, bu sözleşme tahvil edileceği sözleşmenin maddi ve şekli bütün unsurlarını içermeli, tarafların sözleşmenin batıl olduğunu bilmeleri halinde tahvil ile geçerli olacak sözleşmeyi yapacakları kabul edilebilmeleri sayılabilir.⁹⁷

Resmi şekilde yapılmamış kat karşılığı inşaat sözleşmeleri geçersizdir ve müteahhit arsa sahibini arsa paylarını kendisine devretmeye zorlayamaz. Kendi edimini büyük ölçüde veya tamamen yerine getirmiş olan müteahhidin

⁹⁵ **ERMAN,H.**, age., s.28.

⁹⁶ **TEKİNAY, S./AKMAN, S./BURCUOĞLU,H./ALTOP, A.**, age., s.885.

⁹⁷ **KANETİ, S.** (1972), Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi(Tahvili), İstanbul, s.152.

durumu yönünden konu incelendiğinde; uygulamada müteahhidin amacının karşı edim olarak arsa payı veya daire almak olmayıp, bunların satışından elde edilecek olan para olduğu, bu haliyle de sözleşmeyi geçersiz saymak yerine, sözleşmede müteahhide verilmesi öngörülen arsa paylarının değerinin paraya çevrilerek bu bedelin eserin karşılığını oluşturacağı, bu durumda da, taraflar arasında inşa edilecek binanın belirlenen paylarının değeri karşılığında bir istisna sözleşmesinin yapıldığını tahvil yolu ile kabul etmek gerekeğinden bahsedilmektedir.⁹⁸

Ancak bu görüş, müteahhidin eserin büyük kısmını veya tamamını yerine getirmiş olması halinde hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde zaten sözleşmenin geçerli sayılacağı için hüküm ve sonuç doğuracağı kabul edilmekte olduğu, bu halde de geçerli olan bir sözleşmenin tahvilinin mümkün olamayacağı ve tahvilde tarafların yaptıkları işlemin geçersizliğini bilselerdi kendisine çevrilecek işlemin geçerliliğini istemelerinin söz konusu olması gerektiği, ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahipleri genellikle gerekli sermaye ve donanımına sahip olmadıkları için arsalarını müteahhide verdikleri, bu yönüyle de arsa sahiplerinin müteahhide ona ait olacak bölümlerin bedelini verme iradelerinin bulunamayacağı gerekçesi ile tenkit edilmiştir.⁹⁹

Erman'ın ifade ettiği, geçersiz sözleşmeye dayanarak müteahhidin inşaatın büyük kısmını veya tamamını yapması halinde sözleşmenin istisna sözleşmesine tahvil edilebileceği görüşüne katılmamak gerekir. Sözleşmede, müteahhidin inşaatın büyük kısmı veya tamamının tamamlanması halinde, şekil eksikliğinin hakkın kötüye kullanılması yasağı ile aşıldığını ve sözleşmenin geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğunu ifade etmek gerekir. Daha önceki açıklamalarda yer verildiği üzere, tahvil yoluna başvurulabilmesi için ortada batıl bir sözleşmenin bulunması gerekmektedir. Yani artık tahvil kurumunun sağlayacağı yarara gerek

⁹⁸ **ERMAN, H.**, age., s.18.

⁹⁹ **SÜTÇÜ, N.**, age., s.93-94.

kalmamakta zaten hakkın kötüye kullanılması yasağı ile aşılın şekil eksikliği sonucu geçerli hale gelen sözleşme istenilen sonucu doğurabilmektedir.

1.6.5. Sözleşmenin Değiştirilmesi Şekli

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması zorunluluğu daha önce ifade edilmiştir. Burada üzerinde durulacak konu ise, geçerli olarak resmi şekilde yapılan sözleşmenin tarafların iradesi ile daha sonra değiştirilmesi hususudur. Taraflar sözleşme akdedildikten sonra ilerleyen safahatta eksik gördükleri veya vazgeçtikleri noktaları sözleşmeye iradeleri doğrultusunda yansıtabileceklerdir. Bu türlü bir değişikliğin ne şekilde gerçekleşeceği ise üzerinde durulacak ayrı bir meseledir.

Borçlar Kanunu md.12 hükmünde “kanunen tahriri olması lazım olan bir akdin tadili dahi tahriri olmak lazımdır. Şu kadar ki bu akdi nakz ve tadil etmeyen mütemmin ve feri şartlar bu hükümden müstesnadır.” denilmiştir. Söz konusu hüküm sözleşmelere uygulanacak genel kural niteliğindedir. Hükümde, kanunda yazılı şekil şartının öngörüldüğü sözleşmelerinin değiştirilmesinin de yazılı şekil kuralına uygun yapılması gerekliliği vurgulanırken, sözleşmenin esaslı hükümlerini değiştirmeyen, ikincil nitelikte hükümler getiren değişikliklerin aynı şekil şartına uyularak yapılmasının zorunlu olmadığı ifade edilmektedir. Her ne kadar kanunun lafzında sadece yazılı şekilden bahsedilmiş ise de bunu geniş yorumlanarak resmi şekli de kastettiğini anlamak yanlış olmayacaktır.¹⁰⁰ Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda aynı husus, “Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır” denilmek suretiyle korunmuştur. Buna ilaveten “Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır.” ibaresi eklenerek yazılı şekil harici öngörülen diğer şekiller için de aynı kuralın uygulanacağını öngörülmesinin isabetli olduğu söylenebilir.

¹⁰⁰ EREN, F., age., s.354.

Burada kanun bir ayırım getirerek, sözleşmenin değiştirilmesinde değişiklik konusu hükümler üzerinde bir değerlendirme yapılması gerekliliğinden bahsetmektedir. Sözleşmede yapılacak değişiklik, sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin bir değişiklik ise sözleşmenin kanunen öngörülen şekil şartına uyularak değişikliğin yapılması gerektiği, diğer yandan değişikliğe konu hükümlerin, sözleşmenin esaslı hükümlerini tadil edici olmayıp, asıl sözleşmede bulunmayan, tamamlayıcı ve ikinci derece önemli yeni hükümler getiren ek sözleşme niteliğindeki anlaşmaların, maddi hukuk yönünden yazılı şekilde yapılmasının gerekmeyeceği bunun sözlü olarak dahi yapılabileceği ifade edilmektedir.¹⁰¹ Ancak Yargıtay, değişikliğin fer'i hususlara ilişkin olmasına rağmen tarafların yükümlülüklerini ağırlaştıracak nitelikte olması halinde sözleşmenin tabi olduğu şekle uyularak yapılması gerektiğini de ifade etmektedir.¹⁰²

Sözleşmedeki esaslı unsurlara örnek olarak, binanın tamamlanması ile birlikte arsa sahibine verilecek dairesinin 7'den, 8'e çıkarılması sözleşmede esaslı bir unsurun değişikliği niteliğindedir. Ancak binanın tamamlanmasından sonra çevre düzenlemesinin kim tarafından yapılacağı meselesini sözleşmenin esaslı unsurlarından saymamak gerekir.

Her ne kadar söz konusu şekil zorunluluğunun öngörülmemiş olması keyfiyetinin maddi hukuk yönünden bir geçerlilik sağlaması mümkünse de, ispat açısından HUMK hükümleri gereği yazılı ispat şartına tabi olacağı bilinmelidir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı ile her nasıl ki resmi şekle uyulmaksızın yapılan sözleşmenin hükümlerinin belirli durumlarda hüküm ve sonuç doğuracağı kabul edilmişse, aynı hususun varlığı burada da kabul edilmeli, tarafların resmi şekle uymadan sözleşmede yaptıkları

¹⁰¹ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s.139.

¹⁰² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 19.03.2003 tarih ve 2003/15-124 E. 2003/175 K. "...Kaldı ki, sözleşmede sonradan yapılan değişiklik fer'i koşullara ilişkin olsa bile, eğer değiştirilen bu koşullar sözleşmeyle yükümlenilen borçları ağırlaştıracak nitelikteyse, geçerli olabilmeleri için, sözleşmenin bağlı bulunduğu şekle uygun yapılması gerekir..."

değişikliklerin, daha önce sözleşmenin şekli konusunda anlatılan¹⁰³ hakkın kötüye kullanılması sayılacak hallerde de geçerli olacağı sonucuna varılmalıdır.¹⁰⁴

Üzerinde durulması gereken özel durumlardan birisi, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuda kat irtifakı kurulurken taraflarca değiştirilmesi durumudur. Taraflar daha önce sözleşmede kararlaştırdıkları esaslı hükümleri, kat irtifakı kurulurken değiştirebilirler. Kat irtifakının kurulması da Tapu Müdürü önünde resmi şekilde yapılmış bir işlem olacağından yapılan değişiklik geçerli olacaktır. Örneğin kat karşılığı inşaat sözleşmenin yapılmasından sonra, müteahhit tarafından durumuna uygun şekilde yapılan veya yaptırılan projeye göre arsa sahibinin yahut vekilinin tapuda kurduğu kat irtifakına taraflarca itiraz edilmedikçe, kat irtifakına konu olan proje ile sözleşmedeki inşaat veya paylaşım koşulu tadil edilmiş olacaktır.¹⁰⁵

¹⁰³ Bkz. s.17-19.

¹⁰⁴ **KILIÇOĞLU, A.M.**, a.g.e., s.91.

¹⁰⁵ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s.140.

İKİNCİ BÖLÜM

2. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE MÜTEAHHİDİN ARSA SAHİBİ KARŞISINDAKİ HAK ve YÜKÜMLÜLÜKLERİ İLE MÜTEAHHİTTEN HAK ELDE EDEN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN DURUMU

2.1. Müteahhidin Arsa Sahibine Karşı Hak ve Yükümlülükleri

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflar birbirlerine karşı sözleşmede öngörülen edimler bakımından yükümlülük altındadır. İnceleme konusunun müteahhidin durumu olarak belirlenmesi nedeni ile bu bölümde müteahhidin hak ve yükümlülükleri bazında değerlendirmeler yapılacaktır.

2.1.1. Müteahhidin Arsa Sahibine Karşı Hakları

2.1.1.1. Arsa Sahibinin Arsayı İnşaata Elverişli Teslimi Yükümlülüğü

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin sözleşmede öngörülen inşaat yapma borcunu yerine getirebilmesi için öncelikle inşaatın yapılacağı arsanın müteahhide teslim edilmesi zorunludur. Teslim edilecek olan arsanın ayıpsız ve inşaat yapmaya elverişli olması gerekir.

Arsanın sadece müteahhide gösterilmesi şeklinde bir yer tesisi arsa sahibinin edimini yerine getirdiği anlamına gelmeyecektir. İnşaat yapmaya elverişli olarak teslim edilmesi yükümlülüğü, arsa sahibine yapılması gereken başka işlemler varsa bunların yapılmasını da mecbur kılmaktadır. Üzerinde inşaat yapılacak olan arsa üzerinde eski bir binanın mevcut olması ve bu binada kiracıların oturmaya devam ediyor olması halinde arsa sahibi üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirerek bağımsız bölümlerde oturmaya devam eden kiracıların tahliyesini sağlamalıdır. Arsa sahibinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi onun temerrüde düşmesine neden olacak ve müteahhidin bu halde ortaya çıkan zararını karşılamakla yükümlü olacaktır. Arsada bulunan eski binanın yıkılması işi ise sözleşmede aksi

kararlaştırılmadıkça müteahhide ait olacaktır.¹ Arsa sahibi ile müteahhit arasındaki anlaşmaya göre arsa sahibinin yükümlülüğü altında olan bu tür işlerin gerçekleştirilmesi için müteahhide vekalet verilebilmektedir. Bu halde bunların yapılması yükümlülüğü müteahhide ait olacak ve bunu yerine getirmemesi halinde de bir temerrütten bahsedilebilecektir.

Uygulamada yer teslimine ilişkin belgeler düzenlenmektedir. Ancak bu yer teslimine ilişkin belge sadece arsanın inşaata elverişli olarak müteahhide teslim edildiğine dair bir karine oluşturur. Bu karine adi karine olup aksinin müteahhit tarafından ispat edilmesi her zaman mümkündür. Daha önce işaret edildiği üzere yer tesliminin yapıldığı arsada eski binanın mevcut olması ve içinde halihazırda kiracıların bulunuyor olması mümkündür. Bu halde inşaata elverişli bir yerin tesliminin yapıldığı ileri sürülemeyecektir.²

Daha önceki bölümlerde de ifade edildiği üzere inşaatın yapımı için gereken izinlerin alınması yükümlülüğü de yine kural olarak arsa sahibine aittir. Ancak taraflar anlaşarak bu yükümlülüğün müteahhide verilmesini kararlaştırabilirler. Bu halde arsa sahibi müteahhide vereceği vekaletname ile gerekli izin vs. işlemlerinin yapılmasını üzerine alabilir. Ancak arsa sahibinin bu vekalet vermekte gecikmesi gibi durumlarda müteahhidin inşaata başlamadığı veya süresinde işe başlamaması gibi nedenler ile müteahhide karşı haklarını ileri süremeyecektir.³ Aksine arsa sahibinin temerrüdü bu halde gündeme gelecek ve müteahhidin bu sebeple uğramış olduğu zararı gidermekle yükümlü olacaktır.

Sözleşmede inşaatın yapılması kararlaştırılan arsanın inşaatın yapımına elverişli olması gerekmektedir. Sözleşmenin yapıldığı sırada söz

¹ SÜTÇÜ, N., age., s.173.

² Yargıtay 15.H.D 05.05.2004, 5372/2508: "...inşaat sözleşmelerinde yer teslimi arsa sahibinin öncelikli edim borcudur. Bu yasal nedenle arsanın ayıpsız ve inşaata elverişli şekilde teslimine kadar yükleniciden inşaata başlanması istenemez..."

³ Yargıtay 15. H.D 01.11.1998, 3321/3501: "...mütemerrid davacı (arsa sahiplerinin) kendi yükümlülüklerini yerine getirdikten sonra davalı yükleniciden edimini yerine getirmesini isteme hakkının doğacağı gözetilmeden..."

konusu arsa üzerine inşaat yapılması çeşitli nedenler ile mümkün değilse, objektif anlamda bir imkansızlık hali söz konusu ise Borçlar Kanunu md. 21 gereği sözleşme başlangıçtaki imkansızlık nedeni ile geçersizdir. Ancak inşaatın yapılması planlanan arsa üzerinde inşaat yapılması sözleşmenin yapılmasından sonraki bir aşamada imkansız hale gelmişse bu halde B.K md. 117 hükmünde öngörülen sonradan imkansızlık hükümleri uygulanacaktır. İmkansızlık konusuna ileride ayrıntılı olarak yer verilecektir.

2.1.1.2. Arsa Paylarını Devir Borcu ve Teminatı

2.1.1.2.1. Devir Borcu

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin tarafı olan arsa sahibinin asli edim yükümlülüğü sözleşmede kararlaştırılan arsa paylarını devir borcudur. Arsa sahibinin bu edimini ne zaman yerine getireceği hususu sözleşmeye göre farklılık gösterebilecektir. Sözleşmede arsa sahibinin arsa paylarının devrini ne zaman gerçekleştireceği kararlaştırmamış ise B.K md.364. hükmü gereği müteahhidin edimini yerine getirmesinden sonra yani inşaatı tamamlayıp teslim ettikten sonra yerine getireceği söylenebilecektir. Ancak uygulamada genellikle arsa paylarının devri inşaatın ulaştığı aşamalara göre kısım kısım gerçekleştirilmektedir. Bunun yanında arsa paylarının önceden bir kısmının veya tamamının müteahhide devredilmiş olması müteahhidin kredi sorununun çözümüne kolaylık sağlayacağından bu yola gidildiğine de sıklıkla rastlanmaktadır.

Arsa sahibinin edimini ifa yükümlülüğü doğması halinde bu yükümlülüğü yerine getirmemesi durumunda müteahhit, sözleşmede kararlaştırılan payların kendi adına tescilini sağlayabilecektir.⁴

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

⁴ Yargıtay 15. H.D. 15.01.1993, 4987/2743

bağımsız bölümlere tekabül edecek oranda arsa payının müteahhit adına tescil edilmesi gerekecektir.⁵

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

2.1.1.2.2. Devir Borcu Teminat

2.1.1.2.2.1. Müteahhidin Alıkoyma Hakkı

Medeni Kanun'un md. 994/1 hükmünde "İyiniyetli zilyet, geri vermeyi isteyen kimseden şey için yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri tazmin etmesini isteyebilir ve bu tazminat ödeninceye kadar şeyi geri vermekten kaçınabilir." denilmiştir. Buna göre müteahhit inşaat yapma borcunu yerine getirirken yapmış olduğu masrafları talep edebilecektir. Bu talep neticesinde giderlerinin kendisine ödenmemesi durumunda da yapmış olduğu inşaatı arsa sahibine teslimden kaçınabilecektir.

Sözleşmenin geçmişe etkili olarak feshedilmesi halinde de müteahhidin yaptığı iş için bir ücret talep etme hakkı bulunmasa da yapmış olduğu giderleri isteyebilecektir. Bunun kendisine ödenmemesi halinde de yapılan inşaatı arsa sahibine teslimden imtina edebilmesi mümkün olacaktır.⁶

Müteahhidin alıkoyma hakkını kullandığı esnada arsa sahibine ecrimil ödemesi de söz konusu değildir. Ancak müteahhit alıkoyma hakkını kullandığı sırada inşaatteki bağımsız bölümleri kiraya vermişse, bunun arsa sahibi tarafından vekaletsiz işgörme hükümleri doğrultusunda talep edilmesi mümkündür.

Alıkoyma hakkı ile müteahhit, kendisine ödenmesi gereken alacağını alamaması halinde alıkoyduğu inşaatı, rehnin paraya çevrilmesi hükümleri doğrultusunda sattırarak paraya çevirmesi ve alacağını bu yol ile elde etmesi

⁵ Yargıtay 15. H.D. 07.02.2007, 2006/7260.

⁶ Yargıtay 15. H.D 02.02.2002, 2001/4934, 859.

mümkündür. Zira Medeni Kanun'un md.953 hükmü, "Borç yerine getirilmez ve yeterli güvence de gösterilmezse alacaklı, borçluya daha önce bildirimde bulunarak, hapsettiği şeylerin teslimine bağlı rehin hükümleri uyarınca paraya çevrilmesini isteyebilir." ifadesi ile buna olanak sağlamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki arsa sahibinin, inşaat üzerinde alıkoyma hakkının kullanılması üzerine, alacağa yeter miktarda teminat göstermesi veya İcra İflas Kanunu md. 33/3 hükmüne göre borca yeter miktarda malına haciz konulması talebinde bulunması halinde müteahhidin alıkoyma hakkı son bulacaktır.⁷ Sonuç itibarı ile müteahhidin alacağının başka bir şekilde teminat altına alınması nedeni ile bu alıkoyma hakkının son bulacağı kabul edilmiştir. Bu da arsa sahibi lehine olarak öngörülen bir durum olarak kabul edilebilir.

2.1.1.2.2.2. Ödemezlilik Def'i İleri Sürülmesi

Borçlar Kanunu md. 81 hükmünde "Mütekabil taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse, akdin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olmak lazımdır." ifadesi yer almıştır. Buna göre karşılık edimleri içeren sözleşmelerde, bir kimsenin karşı tarafa edimini ifa etmesi talebinde bulunabilmesi için, ifa için bir süreden faydalanıyor olmadıkça kendi edimini yerine getirmiş veya getirmeyi teklif etmiş olmalıdır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde de müteahhit arsa sahibinin kendisine olan borcunu ödemediği sürece ödemezlilik def'ini ileri sürebilir ve alıkoyma hakkında olduğu gibi inşaatı teslim etmekten kaçınabilir. Bu da müteahhide ilişkin olarak öngörülmüş olan bir teminat türüdür.

2.1.1.2.2.3. Sözleşmenin Tapu Siciline Şerhi

Medeni Kanun'da tapu kütüğüne şerh edilebilecek şahsi haklar arasında kat karşılığı inşaat sözleşmeleri de sayılmaktadır. Kanunda arsa payı

⁷ SÜTÇÜ, N., age., s.262.

karşılığı inşaat sözleşmeleri olarak ifade edilmiş olsa da yukarıda bunların aynı sözleşmeler olduğu ifade edilmiştir. Medeni Kanun'un md. 1009/1 hükmünde "Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerhedilebilir." denilmiştir.

Şerh, tapu kütüğünde gayrimenkullere devir sınırlaması getiren kişisel hakların derc edilmesidir. M.K 1009/2 hükmü gereği "Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir" denilerek, üçüncü kişilerin o hak üzerinde tasarrufuna yönelik şerh hakkı sahibine bir talep hakkı doğurmaktadır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi tapuda şerh edilmişse; müteahhit, arsa sahibinin sözleşme konusu taşınmazı üçüncü bir kişiye devretmesi halinde, arsa sahibine karşı ileri sürebileceği hakları yeni malike karşı da sürebilecektir. Yeni malik sözleşmenin tarafı halinde gelecektir. Müteahhit yapılan sözleşme gereği binayı inşa etmeye devam edebilecek ve sözleşme ile kendisine düşen bağımsız bölümlerin devrini talep edebilecektir.

Diğer yandan arsa sahibi, müteahhide ait olacak bölümleri baştan müteahhide devretmiş ancak müteahhit sözleşmeyi ifada temerrüde düşmüşse, arsa sahibi sözleşmeyi geriye yönelik olarak feshedebilecek ve müteahhide yapılan devirler yolsuz tescil niteliğinde kabul edileceğinden tapu iptal ve tescil davası açarak mülkiyeti tekrar kazanabilecektir.

Daha önce kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin tapu kütüğüne şerh edilmesi bölümünde konuya ilişkin olarak yeterli açıklama yapıldığından bu kısımda fazlaca ayrıntıya girilmeyecektir.

2.1.2. Müteahhidin Arsa Sahibine Karşı Yükümlülükleri

2.1.2.1. Müteahhidin Sadakat ve Özen Gösterme Borcu

2.1.2.1.1. Sadakat Borcu

Borçlar Kanunu'nda yer alan istisna sözleşmelerine ilişkin hükümlerde müteahhidin sadakat yükümlülüğüne ilişkin doğrudan bir

hükme rastlamak söz konusu olmamakla birlikte, vekalet sözleşmelerinde yer alan “vekilin sadakat yükümlülüğüne” ilişkin B.K md.390 hükmünün kıyasen kat karşılığı inşaat sözleşmelerine de uygulanacağı ileri sürülmektedir.⁸ Ancak yürürlüğe girecek olan yeni Türk Borçlar Kanunumuzda yüklenicinin borçları başlığında yer alan md. 471 hükmünde “Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.”denilerek, sadakat yükümlülüğünün yeni kanunla birlikte yüklenicinin edimini ifa ederken gözetmesi gereken yükümlülüklerden biri olarak kabul edildiği görülmektedir.

Sadakat yükümlülüğünü genel anlamda, müteahhidin iş ilişkisi içerisindeki her türlü faaliyetinde iş sahibinin(arsa sahibi) yararını düşünerek onun menfaatlerini gözetir adımları atması, iş sahibi nezdinde gerçekleşecek her türlü zarara karşı onu koruyucu bir pozisyon alması olarak tanımlanabilir. Müteahhidin, arsa sahibi nezdindeki kişisel ve malvarlığı değerlerine yönelik her türlü zarar verici davranışta bulunmaktan kaçınması gerekir.⁹ Sadakat yükümlülüğü, esasında dürüstlük kuralından temelini almakta, sözleşmenin kurulmasından itibaren hatta sözleşme öncesi sorumluluk hükümleri de gözetilerek sözleşmeden sonra dahi müteahhit için öngörülmüş yerine getirmekle yükümlü olduğu bir sorumluluktur.

Sadakat yükümlülüğü müteahhidin özen gösterme borcu ile iç içe geçmiş olarak bir görünümde olsa da esas itibarı ile daha geniş kapsamlıdır.

Borçlar Kanunu md.357/2 hükmünde, malzemenin iş sahibi tarafından verildiği hallerde, müteahhidin malzemenin kullanımıyla ilgili olarak iş sahibine hesap verme ve malzemedeki artı kalanı iş sahibine iade etme yükümlülüğü öngörülmektedir. Hükmün devamında, aynı zamanda müteahhidin, işi yaparken iş sahibi tarafından verilen malzemede veya arsada bir ayıbın varlığını öğrenmesi halinde durumu derhal iş sahibine bildirme yükümlülüğünden bahsedilmektedir. Bu haliyle de müteahhidin iş

⁸ **ERMAN, H.**, age., s.33.

⁹ **ŞENOCAK, Z.** (2002), Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, s.29.

sahibi tarafından verilen malzemeyi inşaatı başlamadan önce veya işe başlandığı zamanda kontrol etmeli, bilgisi ve tecrübesi dahilinde kullanılabilirliğini iş sahibine bildirmelidir. Aksi halde ileriki aşamada meydana gelecek zarardan ötürü iş sahibi tarafından verilen malzemenin hatalı olduğundan bahisle sorumluluğundan kurtulamaz.¹⁰ Örneğin inşaatın yapımına başladıktan sonra hafif bir deprem sonucu fay hattı üzerine inşa edilen binanın tamamen yıkılması halinde, müteahhit, malzemenin iş sahibi tarafından kendisine verildiğini ve bu malzemenin yetersiz veya kalitesizliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Çünkü müteahhit inşaatı başlamadan önce arsanın jeolojik yapısını incelemeli ve arsanın durumuna uygun olarak malzeme tespit etmeli ve arsa sahibini bu konuda uyarmalıdır. Bu yükümlülüğünü yerine getiren müteahhidin, arsa sahibinin kendi verdiği malzemeyi kullanmakta direnmesi halinde ise sorumluluğunun doğmayacağından söz edilebilmelidir.

Bunlarla birlikte müteahhit, iş sahibinin kendisine verdiği malzemeyi itinayla korumak ve muhafaza etmekle de yükümlüdür.

Arsa sahibi tarafından sağlanan inşaatın plan ve projelerinin başka işlerde kullanılması veya başkalarına verilmesi de sadakat yükümlülüğünün ihlali kapsamında değerlendirilir. Diğer yandan müteahhidin arsa sahibi ile arasındaki sözleşme ilişkisinden doğacak olan sır saklama yükümlülüğünü bu sadakat yükümlülüğü etrafında incelemek yanlış olmayacaktır.

Müteahhit binayı zamanında yapmış olsa bu anlamda arsa sahibinin herhangi bir zararı bulunmasa dahi sadakat yükümlülüğünün ihlali halinde müteahhit caiz olmayan bir kazanç elde etmişse vekaletsiz işgörme hükümleri doğrultusunda arsa sahibinin bu karın devrini talep hakkının varlığı kabul edilmektedir.¹¹

¹⁰ Yargıtay 15.H.D 22.3.1994, 4902/1716; "...Verilen malzemenin işe ve amaca elverişli olmaması halinde işin ehli yüklenicinin bunlardan önce iş sahibini haberdar etmesi ancak ısrar edilirse o malzemeyi kullanması gerektiği B.K 357/son maddesi hükmünden olduğu gibi genelde de sadakat borcunun sonucudur..."

¹¹ **ÖZ, T.** (2006), İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, s.108.

Müteahhidin sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesi ile inşaatı tamamlayamaması söz konusu olursa arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi de mümkün olabilecektir.¹²

2.1.2.1.2. Özen Gösterme Borcu

Müteahhidin özen borcu sadakat borcundan kaynaklanmakta ve bu sıkı ilişkinin bir sonucu olarak ifade edilmektedir. Borçlar Kanunu md. 356/1 hükmünde, “Müteahhidin mesuliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mesuliyetine dair olan hükümlere tabidir.” ifadesi ile müteahhidin sorumluluğunun, hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğu hükümlerine tabi olacağı öngörülmüştür.¹³ Bu hükümde, müteahhidin, işin ifası esnasında hizmet sözleşmesinde işçiden beklenen derecede özen göstermekle yükümlü olduğunun anlaşılması gerektiği, esasen müteahhidin arsa sahibine nazaran uzman olduğu ve işin yürütümünde işçiye nazaran daha bağımsız olduğu gerekçesi ile işçiden daha fazla özen gösterme yükümlülüğü bulunduğu ve sorumluluğunun da işçiden daha ağır olduğu ileri sürülmektedir.¹⁴ Nitekim hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğu onun yetenek ve becerileri oranında değerlendirilmesi gerekirken, müteahhidin Ticaret Kanunu hükümlerince iş yürütümünde “*basiretli tacir gibi hareket etme*” zorunluluğu, müteahhidin sorumluluğunu işçinin sorumluluğundan ayırmaktadır. Bu sorumluluğa ilişkin olarak da objektif bir özen gösterme yükümlülüğünün varlığından yani benzer alanda faaliyet gösteren makul ve vasat düzeyde bir tacirin gösterdiği özen ölçü olarak kabul edilmelidir.

Diğer yandan yapımı kararlaştırılan inşaatın nitelikleri bakımından da müteahhidin durumu değerlendirilmelidir. Özen gösterme yükümlülüğü bağlamında söz konusu olacak inşaatın büyüklüğü, değeri ve teknik durumu gibi parametreler de müteahhidin objektif özen gösterme yükümlülüğünün

¹² YAVUZ, C., age., s.507.

¹³ Yargıtay 15. H.D 21.03.1985, 1984/3852 E. 1985/939 K. “... müteahhidin sorumluluğu genel olarak işçinin hizmet akdindeki sorumluluğuna dair olan hükümlere bağlıdır...”

¹⁴ TANDOĞAN, H., age., c.2,s.54.

derecesinin saptanmasında önemli rol oynayacaktır.¹⁵ Müteahhit inşaatın yapıldığı sırada o günün şartları itibarı ile bilinen ve kabul gören inşaat tekniğine uygun olarak inşaatın tamamlanmasından sorumludur. İnşaatın gerek güvenlik önlemleri, gerek istenilen teknik özellikleri bakımından ilgili çevrelerce kabul edilmiş standartlarda yürütülmesi esastır.¹⁶ Burada teknik olarak kabul görmüş standartlar, bilimsel çevrelerin görüşleri, ilgili meslek odalarının konu ile ilgili öngördüğü mevzuat ve o çevrede hakim genel teamül çerçevesinde belirlenecektir.¹⁷ Bu itibar ile macera sayılabilecek ve bu anlamda da tehlike arz edebilecek bir teknik uygulama tercihindan uzak durulması da kanaatimizce basiretli davranmanın gereği olacaktır.

Basiretli tacir gibi hareket etme zorunluluğu müteahhide, işin yürütümünde yeterli uzmanlığa sahip olma yükümlülüğünü ve yeterli değilse işe başlamama yükümlülüğünü yüklemektedir.¹⁸ Bu haliyle de arsa sahibi müteahhidin yeterli uzmanlığa sahip olmadığını bilse dahi müteahhit kendisini bu sorumluluktan kurtaramayacaktır. Bu anlamda müteahhidin kendisinden beklenebilecek tüm özeni yerine getirmesine rağmen olumsuz durumun ortaya çıkmasına engel olamayacağı iddiası mücbir sebepler haricinde dinlenmeyecektir.¹⁹

Türk Borçlar Kanunu'nda, müteahhidin özen gösterme borcuna ilişkin daha net bir ifade ile "Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır." denilerek, edimlerini yerine getirirken özenle ifa etmek yükümlülüğüne açıkça yer

¹⁵ **KARATAŞ, İ.** (2009), Eser(İnşaat Yapım) Sözleşmesi, Yenilenmiş 2. Bası, Ankara, S.182, s.101.

¹⁶ Yargıtay 15. H.D 26.11.2007, 2007/4709 E. 2007/7534 K. "... davacı yüklenici işin uzmanı olup yüklenilen işin amacına tekniğine ve sözleşmesine uygun olarak gerçekleştirmek zorundadır..."

¹⁷ **DUMAN, İ.H.**, age., s.280.

¹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30.10.1991, 1991/ 15/373, 533: "Yüklenici bir işi yükümlenirken kendi uzmanlığını ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yeterli değilse sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna aykırı davranmış olur ve bundan sorumlu olur."

¹⁹ **ÖZ, T.**,(İnşaat Sözleşmesi),s.107.

verilmiştir. Bunun yanında Yeni Kanunda önemle dikkat çekilmesi gereken diğer husus da; şu an ki mevcut kanunda müteahhidin özen gösterme sorumluluğu hakkında, iş akdindeki işçinin sorumluluğu hükümlerinin kıyasen uygulanacağı hükmü yerine “Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.” hükmü getirilerek, yukarıda bu sorumluluğa ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda yerinde bir değişiklik yapıldığı söylenebilir.

Sözleşme konusu olan inşaatın yapımına başlamadan müteahhidin gerekli önlemleri de alması gerekmektedir.²⁰ Müteahhit daha işi üstlenme aşamasında söz konusu bu durumları araştırarak, ortaya çıkabilecek sorunlara ilişkin bir öngöründe bulunması gerekir. İnşaata yönelik plan, proje ve teknik ayrıntılara ilişkin belirleme arsa sahibi tarafından yaptırılmış olsa dahi müteahhit, bunlardan kaynaklanacak herhangi bir sorun ortaya çıkması halinde sorumluluktan kurtulamayacaktır.²¹ Müteahhit bu sorumluluğu çerçevesinde arsa sahibi tarafından yaptırılan plan projeler yerine kendi uygun gördüğü plan ve projeleri uygulamak niyetinde ise bunu arsa sahibine bildirmeli ve onun bu konudaki görüşlerini ve onayını almalıdır. Aksi halde Yargıtay; müteahhidin bu haricen uygun görerek değiştirdiği plan ve projeler ve bunlara bağlı olarak ortaya çıkacak maliyet artışına kendisinin katlanmak zorunda kalacağını ifade etmektedir.²²

²⁰ Yargıtay 15. H.D 06.05.1991, 1990/597E. 1991/2285 K. “...gerçekte yer tespiti ve proje idarece yapılmış olmakla, köprünün yıkılmasında idarenin 1. Derece kusurlu olarak kabulü doğrudur. Ancak, borçlar Kanununun 357. Maddesi hükmünce müteahhit köprü yerinin isabetli olup olmadığını ve kendisine verilen projenin fenne amaca uygun bulunup bulunmadığını inceleyerek inşaatın fenne uygun ve muntazam şekilde icrasını tehlikeye koyacak bir halin varlığını tespit ederse, durumu derhal iş sahibine ihbar etmek zorundadır. Oysa davacı idarenin kusur sebepleri davalı yüklenici tarafından inşaat öncesi ve inşaat sırasında incelenmemiş ve böylece ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmakla davalının da ikinci derece müterafık kusurlu olarak sorumlu tutulması gerekmektedir...”

²¹ **KARTAL, B.**, age., s.69.

²² Yargıtay TD. 3.11.1970, 3399/4095

Müteahhit kendi ekonomik durumunu en iyi bilecek olan kimsedir. Sözleşmenin imzalanmasından önce arsa sahibi ile yapılan görüşmelerde ortaya çıkan, inşaatın büyüklüğü ve niteliğine ilişkin belirlemelere göre müteahhit, istenilen düzeyde bir inşaatı ortaya koymaya yetecek ekonomik koşulları mesleği gereği değerlendirmesi gerekmektedir. Kendi standartları doğrultusunda da yapılacak işe yeterli imkanlarının bulunup bulunmadığını da değerlendirmesi onun sorumluluğu altındadır. Bu açıdan da inşaatı başlamadan önce gerekli finansman altyapısını hazır etmesi gerekmektedir. Müteahhidin sözleşmede kararlaştırılan inşaatı teknik veya ekonomik nedenlerle bitiremeyeceğini bilmesine rağmen üstlenmesi hali, özen gösterme yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmektedir.²³

Müteahhidin özen gösterme yükümlülüğü, sözleşmenin kurulmasından önceki safhada daha hazırlık aşamasında başlar ve inşaatın yapılması süreci ile birlikte inşaatın tamamlanıp teslim edilmesine kadar devam edecek bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük inşaatın yapımı esnasında çevresel güvenlik, işçi güvenliği gibi hususları da içerisine alan geniş kapsamlı bir dikkat ve kontrol yükümlülüğü olarak özetlenebilir.

Özen gösterme yükümlülüğüne ilişkin olarak kanunda; inşaatın yapımında kullanılacak olan malzemeye yönelik olarak öngörülen sorumlulukla birlikte, müteahhidin yapılacak işi kendi gözetimi ve denetimi altında yaptırmasına ilişkin sorumluluk halleri özellikle düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu itibar ile de bunlara ilişkin ayrıca bir açıklama yapmak gerekmektedir.

2.1.2.1.2.1. Müteahhidin İnşaatı Kullandığı Malzemeye İlişkin Özen Gösterme Borcu

Borçlar Kanunu'nda müteahhidin özen gösterme yükümlülüğüne ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. Kanunun md.357/1 hükmüne göre, "Müteahhit, imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten

²³ SELİÇİ Ö., age., s.94.

olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta bayi gibi mütekeffildir.” ifadesi ile müteahhidin imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı satıcının tabi olduğu hükümlere tabi olacağı ifade edilmiştir.

Hükümde yer alan sorumluluk halinin, inşaatta, müteahhidin sağladığı malzemenin kullanılmış olması halinde gündeme gelmesi söz konusudur. Malzemenin arsa sahibi tarafından temin edilmiş olması halinde bu madde hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Bu itibar ile eserin ayıplı olması müteahhit tarafından seçilen malzemenin ayıplı olmasından kaynaklanıyorsa bu halde istisna sözleşmelerindeki müteahhidin sorumluluğu hükümleri değil, satım sözleşmesinde satıcının ayıba karşı sorumluluğu hükümleri uygulanacaktır.²⁴ Diğer bir ifade ile inşaattaki mevcut ayıp, müteahhit tarafından sağlanan malzemedan kaynaklanıyorsa Borçlar Kanunu’nun satım sözleşmesine ilişkin hükümleri, eğer ki inşaattaki ayıp malzemedan değil de yapılan işin hesaplama hatası, iş yürütüm hatası gibi sebeplerden dolayı istenilen şekilde yapılmamasından kaynaklanması halinde Borçlar Kanunu’nun istisna sözleşmelerinde müteahhit için öngörülen hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır.

Müteahhidin malzemeye ilişkin sorumluluğunda satıma dair hükümlerin uygulanacağına yönelik düzenleme ile ilgili farklı görüşler mevcuttur. Bir taraftan müteahhidin sorumluluğuna ilişkin satım sözleşmesine dair hükümlerin uygulanacağını öngören düzenlemenin varlığına rağmen B.K md.360 da yer alan müteahhidin istisna sözleşmelerine ilişkin sorumluluğu hükümlerinin uygulanmasında bir sakıncanın bulunmadığı ifade edilirken²⁵, diğer yandan malzemedan kaynaklanan ayıplar ile eserden kaynaklanan ayıplara farklı hükümler uygulanmasının çeşitli yönlerden karmaşaya neden olacağı ileri sürülmüştür.

²⁴ Yeni Türk Borçlar Kanununun 471/1 hükmünde “Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden işsahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.” denilerek müteahhidin bu konudaki sorumluluğu hakkında satıcının sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağına dair durum korunmuştur.

²⁵ **TANDOĞAN, H.**, age., c.2, s.107.

İstisna sözleşmelerinde eserdeki ayıplar yönünden arsa sahibinin sözleşmeden dönmesini sınırlı hallerde öngörmüş olmasına karşın, satım sözleşmelerinde her halde ayıp nedeniyle ifayı reddetmesi olanağının tanınmış olmasının ve bununla birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, satım sözleşmelerinde öngörülen 1 yıllık zamanaşımı süresinin öngörülmüş olmasıyla B.K md. 360/2 de yer alan 5 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanma imkanı kalmayacağı gerekçesi ile satıma ilişkin hükümlerin uygulanacağı görüşü tenkit edilmektedir²⁶. Bu halde ise en uygun yol olarak uygulamada da esasen başvurulmuş hüküm olan istisna sözleşmelerindeki müteahhidin sorumluluğu hükümlerinin doğrudan uygulanmasının sorunun çözümünde daha işlevsel olduğu ifade edilmiştir.

Diğer yandan müteahhidin malzeme nedeni ile ortaya çıkacak ayıptan ötürü sorumluluğuna gidilebilmesi için öncelikle müteahhidin malzemeyi seçmede kusurlu olması gerektiği ifade edilirken²⁷, bununla birlikte satıma ilişkin hükümlerin uygulanacağına dair atfın sadece iş(arsa) sahibinin uğradığı zararın tazminine yönelik olarak öngörülmüş olduğu da ifade edilmektedir.²⁸

Binanın inşasında kullanılacak malzemenin kim tarafından sağlanacağı konusunda Borçlar Kanunu md.357/1 hükmünden, aksi kararlaştırılmadıkça malzemenin müteahhit tarafından sağlanacağı sonucuna tam bir açıklık olmasa da varılabileceği kabul edilirken, yeni Türk Borçlar Kanunu'nda da md.472/1-2 de düzenlenen "Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur. Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür." hükümleri ile binanın inşasında kullanılacak malzemenin kim tarafından sağlanacağı konusunda herhangi bir

²⁶ **ERMAN, H.**, age., s.38-39.

²⁷ **TUNÇOMAĞ, K.** (1977), Türk Borçlar Hukuku C.2, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, s.515.

²⁸ **ÖZ, T.** (1989), İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, s.102.

belirleme yapılamamaktadır. Ancak istisna sözleşmelerine uygulanacak bu hükümler şöyle dursun, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşmenin niteliği ve amacı da göz önünde bulundurulduğunda, binanın inşasında kullanılacak malzemenin müteahhit tarafından sağlanacağı konusunda yaygın kanaatin varlığı bilinmelidir.

Müteahhidin sağlayacağı malzemenin sözleşmede yapımı kararlaştırılan inşaatın niteliklerine uygun olması gerekmektedir. Binanın yapımında kullanılacak demir, çimento, camlar gibi temel yapı malzemelerinin yapılacak inşaatın niteliğine göre seçilmesi gerekmekte ve bu seçim yapılırken de inşaata dair zemin, coğrafi konum, çevresel durum gibi etkenlere uygunluk göstermesi bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Sözleşmede kullanılacak olan malzemenin tamamının belirlenmesi mümkün olabileceği gibi bunların seçiminin tamamen müteahhide bırakılması da mümkündür. Sözleşmede malzemelerin niteliğine ilişkin bir belirleme yoksa müteahhit “orta kalitede”²⁹ malzeme seçmelidir. Seçilecek malzeme konusunda müteahhit ilgili mevzuat hükümlerini de göz önünde bulundurmakla yükümlüdür. İmar Kanunu ve ilgili yönetmelikleri ile deprem mevzuatında öngörülen şartlara uygun malzeme³⁰ seçmek konusunda da müteahhidin sorumlu olduğunu belirtmek gerekir. Malzeme seçimi konusunda anlatılan bu esaslar çerçevesinde müteahhit gerekli malzemeyi aksine hüküm yoksa tedarik etmekle yükümlü olacaktır.

Sözleşme ile malzemenin lüks cinsten bir malzeme olacağı kararlaştırılmamışsa, arsa sahibi malzemenin lüks olmadığı iddiasını gündeme getiremeyecektir.

²⁹ Orta kalite malzeme, iyi cins olmalı ve yapılması kararlaştırılan inşaatın niteliğine uygun düşmelidir.

³⁰ Malzeme konusunda yöresel etkiler değerlendirilerek bir tercih yapılmalıdır. Özellikle “doğaya dost” olarak tanımlanabilecek malzemelerin kullanımı tercih edilmelidir. Bununla birlikte özellikle yapı güvenliği göz önünde bulundurularak Deprem Yönetmeliğine uygun binaların yapılması için gerekli olan malzemenin kullanılmasına dikkat edilmelidir. Müteahhidin bu anlamda cezai sorumluluğu olduğu da düşünüldüğünde bu anlamdaki tercihleri insan hayatı odaklı olmalıdır.

Yine B.K md.357/3 hükmünde, “İş devam ettiği sırada, iş sahibinin, verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut imalatın noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal hadis olursa müteahhit, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeğe mecbur aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir.” denilmektedir. Bu itibar ile arsa sahibi tarafından verilecek malzemenin, arsa sahibine nazaran uzman durumunda olan müteahhit tarafından incelenmesi ve malzemenin istenilen inşaatın yapımına elverişli olup olmadığının kontrol edilmesi gerekmektedir. Eğer ki verilen malzemenin işe elverişli olmadığının tespiti halinde derhal arsa sahibine durumunun ihbar edilmesi yine müteahhidin özen gösterme borcunun gereğidir.³¹ Binanın projesi, planı ve inşaat hesaplarının arsa sahibi tarafından sağlandığı hallerde de aynı yükümlülük söz konusu olmaktadır.³² Müteahhit kendisine arsa sahibi tarafından verilen plan, proje veya fizibilite raporlarını inceleyerek bunların inşaatın yapımına uygun olup olmadığını herhangi bir ayıbın var olup olmadığı hakkında arsa sahibine bilgi vermesi ile özen sorumluluğunu yerine getirmiş olur. Müteahhit tarafından arsa sahibince sağlanan bu malzemeye ilişkin ayıbın varlığının bildirilmesine rağmen, arsa sahibi bu malzeme ile devam etmek niyetinde ise müteahhidin üzerine ek bir külfet getirmediği veya kişisel sorumluluğunun doğmasına yol açacak tehlikelere sebebiyet vermediği takdirde, müteahhit bunun ifasından kaçınamayacak ve sözleşmeyi haklı nedenler dairesinde feshedemeyecektir.³³

İş sahibi, elverişli olmayan bir malzemenin kullanılmasında müteahhidin uyarısına rağmen ısrarcı olursa, müteahhidin garantisi ve

³¹ Yargıtay 15. HD. 28.12.2004; “...B.K 357 hükmüne göre uyarı yükümlülüğünü yerine getirmeden ve tehlikeyi ortadan kaldıracak önlemleri almadan işe devam eden davacı yüklenici kusurludur. Meydana gelen hasar ve zarardan sorumludur...”

³² Yargıtay 15. H.D 26.11.2007, 2007/4709 E. 2007/7534 K. “kullanılan malzemenin veya iş sahibine ait yerin kusurlu olduğunun anlaşılması halinde, yüklenici BK'nın 357. maddesi uyarınca durumu derhal iş sahibine haberdar etmelidir. Aksi takdirde bunların neticelerine tahammül etmekle mükelleftir...”

³³ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s.332.

sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.³⁴ Eğer ki “şey” de bu malzemenin elverişsizliği nedeni ile telef olursa müteahhit B.K 368/3 hükmü doğrultusunda yaptığı işin değerini ve masraflarını da isteyebilecektir. Ancak müteahhit, arsa sahibinin belirli bir malzeme türünün kullanılmasında ısrarcı olması halinde yapı güvenliği ve çevresel güvenlik bakımından riskli gördüğü malzemeyi kullanmaktan kaçınmalı, bu durumu her ne kadar iş sahibine diretemeyecek olsa da gerekirse sözleşmeden dönerek tehlike arz edecek durumların ortaya çıkmasına izin vermemelidir.³⁵ Basiretli müteahhitten beklenen davranış bu olacaktır.

Müteahhit yapacağı inşaatın olası tehlikelerden korunması ve gereken tedbirlerin alınmasından da sorumludur.³⁶ Bu önlemlerin işin çevresel güvenliğini de kapsayacağı ve müteahhidin işin yapılması esnasında çevresine verdiği zararlardan da sorumlu olacağı kabul edilmektedir.³⁷ Her ne kadar söz konusu zarardan istisna sözleşmesi hükümleri doğrultusunda müteahhit sorumlu olsa da söz konusu sorumluluk arsa sahibi ile aralarındaki sözleşme ilişkisine dayanır ve ancak sözleşmenin taraflarını

³⁴ Yargıtay 15. H.D 22.04.1991, 1990/4761 E. 1991/1956 K. “...davacı temel kazısını müteakip, davalı idareye gönderdiği 18.2.1985 tarihli yazıyla, toprak ve su durumuna göre projede değişiklik yapılması gerektiğini, aksi halde çökme ve oyuklar olabileceğini bildirmekle yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Bu nedenle mutemadi temel yapımına bağlı ayıplardan sorumlu tutulması mümkün değildir...”

³⁵ Müteahhit tarafından arsa sahibinin verdiği malzemenin ayıplı olduğu ihbarı yapılmışsa, buna rağmen arsa sahibi bu malzemenin kullanımında ısrar ediyorsa ve malzemenin kullanımı inşaatın, işçilerin veya çevrenin sağlığı ve güvenliğini tehdit eder nitelikte bir tehlike taşıyorsa müteahhidin bu durumda sözleşmeyi haklı nedenler ile feshettiğinin kabulü gerekebilecektir.

³⁶ İnşaatın yapılması aşamasında da gerek işçilerin iş sağlığı ve güvenliği bakımından önlemler gerekse istinad duvarı çekilmesi, gürültü konusunda önlemler alınması gibi çevreye verilecek zararların önlenmesi için de gereken çalışmanın yapılmasını bu sorumluluk kapsamına dahil etmek gereklidir.

³⁷ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s.330-331.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 08.03.2006, 2006/1-27 2006/50 “yüklenici yukarıda belirtilen şekilde inşaatı yaparken komşu taşınmaza bir zarar vermişse Borçlar Kanununun 41. maddesi hükmünce kusura dayanan bir sorumluluk altında olacağı muhakkaktır. Bunun yanında arsa sahiplerinin olaydaki sorumluluğu ise Türk Medeni Kanununun 730 ve 738. maddesi anlamında olup, objektif, kusursuz sorumluluktur. Anılan düzenlemeler gereği arsa sahibi hiçbir kusuru olmasa bile kendi arsasına yaptırdığı yapının doğuracağı her türlü zarardan yapının maliki olması nedeniyle kusur aranmaksızın sorumludur...”

bağlar. Üçüncü kişinin uğradığı zarardan arsa sahibinin kusursuz sorumluluğu olduğu da unutulmamalıdır.³⁸

B.K 357/2 hükmünde de “Malzeme iş sahibi tarafından verilmiş ise, müteahhit, onları layik olan bütün ihtimam ile kullanmak ve bundan dolayı hesap vermek ve artanı iade etmekle mükelleftir.” denilmiş ve müteahhidin malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması halinde malzemenin kullanımına ilişkin özen göstermekle yükümlü olacağı ifadesini bulmuştur. Müteahhit iş(arsa) sahibi tarafından verilen malzemeyi özenle kullanmalıdır. Malzemenin kullanımı ile birlikte uygun şartlarda muhafaza edilmesinin de bu yükümlülük çerçevesi içerisinde değerlendirilmesi gerekecektir. Müteahhit verilen malzemenin bozulmadan, kırılmadan zarar görmeden niteliğini kaybetmeden kullanıma uygun muhafazası için gereken tedbirleri almakla da sorumlu olacaktır.

Müteahhidin anlatılanlar kapsamında malzemenin kullanımına ilişkin olarak hesap verme yükümlülüğü konusunda hükümde net bir ifade söz konusu değildir. Ancak hesap verme ifadesi ile; malzemenin kullanımına ilişkin olarak ne oranda hangi malzemenin hangi işte kullanıldığına dair müteahhidin açıklama yapmakla yükümlü olduğu anlatılmak istenmektedir.

Arsa sahibince sağlanan malzeme ihtiyaç doğrultusunda inşaatın yapımında kullanıldıktan sonra artar ise bunun da arsa sahibine iadesi gerekmektedir.

2.1.2.1.2.2. Müteahhidin İşini Kendi Yönetimi Altında Yürütmesi Yönünden Özen Gösterme Borcu

Müteahhit kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile yükümlendiği inşaat yapma borcunu kendi yönetimi altında yapmak zorundadır. Özen gösterme yükümlülüğünün başka bir boyutu olan kendi yönetiminde inşaatı yapma yükümlülüğü, malzemenin teminini, araç ve gereçlerin sağlanmasını, işin niteliğine uygun işçilerin ve alt müteahhitlerin(taşeron) çalıştırılmasını ve gözetimini ifade eder. Öncelikle ifade etmek gerekir ki Borçlar Kanunu'nda

ifaya ilişkin genel kural md. 67 hükmünde belirlenmiş olup hüküm ” Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça; borçlu, borcunu şahsen ifaya mecbur değildir.” şeklinde ifade edilmiştir. Bu kural ile borçlunun edimi şahsen ifasının zorunlu olmadığı, onun yerine üçüncü bir kişinin de ifasının hukuka uygun olacağı kabul edilmiştir. İşaret edilen genel kural ile borçların şahsen ifa edilme zorunluluğunun bulunmadığı benimsenmiştir.

Genel kuralda ifade edilen şahsen ifa yükümlülüğüne ilişkin özel düzenleme istisna sözleşmelerine uygulanmak üzere Borçlar Kanunu md. 356 hükmünde, ” Mütaahhit, imal olunacak şeyi bizzat yapmağa veya kendi idaresi altında yaptırmağa mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir.” şeklinde yerini almıştır. Hükümde işaret edildiği üzere müteahhit inşaatı bizzat kendisi yapmaya veya kendi yönetimi altında yaptırmaya mecburdur. Ancak hükmün devamında yer alan istisnada, işin yapılması müteahhidin kişisel özelliklerine bağlı olmayan bir iş olması halinde müteahhidin işi bizzat yapmayıp başkasına yaptırabileceğinden bahsedilmektedir.

Müteahhidin eseri şahsen ifa yükümlülüğü, meydana getirilecek eserin seçilen yüklenicinin kişisel yetenek ve becerilerinin damgasını taşıyacak türden olduğu ve başkalarının onun yönetimi altında dahi aynı eseri meydana getirmesinin olanaklı bulunmadığı durumlarda söz konusu olmaktadır.³⁹ Yani eserin müteahhit tarafından bizzat yapılması sözleşmenin vücut bulmasında asli öge⁴⁰ ise, eğer ki sözleşme bu yüzden o müteahhit ile yapılıyorsa, burada müteahhidin kişisel özelliklerinin varlığı kabul edilmelidir. Örneğin bir davet için meşhur bir aşçının yemekleri sipariş edilmiş ise sözleşmenin ana unsuru yemeklerin o aşçı tarafından bizzat yapılmasıdır. Burada aşçının kişisel yeteneği ön plana çıkmakta ve sözleşmenin varlık sebebinin işin, o aşçı

³⁹ TANDOĞAN, H., age., c.2, s.71.

⁴⁰ ÖZYÖRÜK, S., age., s.14.

tarafından yapılması oluşturmaktadır. Bu durumda artık işin başkasına yaptırılması sözleşmeye aykırıdır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın bizzat müteahhit tarafından yapılması zorunluluğu bulunmadığı gibi bunun fiili durumda imkanı da yoktur. Müteahhidin inşaatın temelini kendisi kazması, projesini çizmesi, tesisatını döşemesi, ince işçiliğini yapması düşünülemeyeceği gibi bunun yapılmasında arsa sahibinin de bir menfaati söz konusu olmayacaktır. Nitekim müteahhidin bizzat bu işlerin tamamını yapması onun sözleşme ile kararlaştırılan kişisel özelliklerini inşaaata yansıtması anlamına gelmemektedir. Sözleşmede müteahhidin kişiliği, bu işlerin bir şekilde yapılmasını sağlaması, gerekli bilgi ve deneyimli kimseleri bir araya getirerek istenilen nitelikte bir bina meydana getirilmesini sağlayabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu itibar ile müteahhit, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatı bizzat yapmak zorunda olmayıp kendi yönetimi altında inşaatı yaptırabilmesi mümkündür. Bu bakımdan müteahhit inşaatın yapılmasında yardımcı kişi ve alt müteahhit kullanabilecektir. Ancak diğer yandan müteahhidin inşaatı kendi yönetimi altında yaptırmasından eserin müteahhitle tabiiyet ilişkisi içinde olan yardımcı kişilerce meydana getirilmesinin anlaşılacağı, ifa yardımcısı olan alt yükleniciye yaptırılmasının bu kapsamda değerlendirilemeyeceği, alt yükleniciye yapılacak devrin müteahhide ayrıksı olarak tanınmış bir yetki olduğu da ifade edilmektedir.⁴¹ Bununla birlikte işin yapılmasında bizzat müteahhidin kişisel yeteneği aranmıyorsa, işin alt müteahhide yaptırılması için arsa sahibinin rızasının aranmayacağı ileri sürülmektedir.⁴² Çünkü alt müteahhit, müteahhit nam ve hesabına iş yapan kimsedir ve sadece müteahhide karşı sorumluluk

⁴¹ ŞENOCAK, Z., age., s.20.

⁴² Yargıtay 15. HD. 990/2197-2583; "...Davacı kendi mesuliyeti altında inşaatın bir bölümünü üçüncü kişilere de yaptırabilir. Bu işte davacının şahsi mahareti sonuca etkili görülmemiştir..."

altındadır. Mütcaahhit burada tüm sorumluluğu üzerine almış olup her halde zaten sorumluluk altındadır.⁴³

Mütcaahhit, inşaatın yapımında yardımcı kişiler kullanması söz konusu olduğunda, yardımcı kişilerin işi gereği gibi yapmamalarından ve arsa sahibinin zarara uğramasından dolayı Borçlar Kanunu md. 96 ve md.100 hükümleri kapsamında sorumlu olacaktır.⁴⁴ Bu hususta herhangi bir tartışma bulunmamakla beraber, mütcaahhidin alt yüklenici kullanması halinde bazı sorunların gündeme geleceği ifade edilmelidir.

Alt mütcaahhit asıl mütcaahhide istisna sözleşmesi ile bağlı olan ve kendi hesabına çalışan bir yardımcı kişidir.⁴⁵ Asıl mütcaahhit ile alt mütcaahhit arasındaki hukuki ilişki bir istisna sözleşmesine dayanmaktadır. Örneğin asıl mütcaahhidin, inşaatın tesisat döşeme işini bir alt mütcaahhide bırakabilmesi mümkündür. Alt mütcaahhit asıl mütcaahhit ile yapmış olduğu bu sözleşme hükümleri gereğince işi, asıl mütcaahhide teslim etmekle yükümlüdür. Alt mütcaahhit ile arsa sahibi arasında ise herhangi bir sözleşme ilişkisi söz konusu değildir. Bu itibarla arsa sahibi alt mütcaahhitten edimini yerine getirmesi talebinde bulunamayacağı gibi ona emir ve talimat veremez, asıl mütcaahhide yöneltebileceği haklarını ona karşı yöneltemez. Eğer ki alt mütcaahhidin edimini yerine getirmemesi söz konusu olursa arsa sahibinin bundan doğacak zararını asıl mütcaahhit gidermekle yükümlü olacaktır. Ancak buna karşın alt mütcaahhit sözleşme ile arsa sahibine karşı ayrıca bir

⁴³ **KILIÇOğLU, A.M.** (1975), "*Mütcaahhidin Eseri şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu*", AÜHFD, C.XXXII, Ankara, Sayı 1-4, s.192-193.

⁴⁴ Yargıtay 15. HD. 20.03.2003 T. 5236/1444: "...davalının elemanı olan kişinin işi esnasında çaktığı çivinin kabloya isabet etmesi ve onu hasara uğratması sonucunda meydana geldiği anlaşılmaktadır. Yüklenici işin ehlidir. Eseri fen ve teknik kurallarına uygun meydana çıkarmak ve imalat sırasında her türlü önlemi almak zorundadır. Aksi halde işi sahibine karşı sorumluluğu tamdır..."

⁴⁵ **TANDOğAN, H.**, age., c.2, s.77.; **AKKANAT, H.** (2000), Taşeronluk Sözleşmesi, İstanbul, s.10: "Alt yüklenici, asıl yüklenici ile yapmış olduğu sözleşme gereğince asıl yüklenicinin işi sahibine karşı meydana getirmek üzere borçlanmış bulunduğu yapı eserinin bir kısmını veya tamamını kendi sorumluluğu altında meydana getirmeyi asıl yükleniciye karşı borçlanmış bulunan yüklenicidir."

taahhütte bulunmuşsa o zaman arsa sahibinin doğrudan alt müteahhide karşı haklarını kullanabileceği ifade edilmektedir.⁴⁶

Bu konuda Tandoğan ise farklı düşünmekte; arsa sahibi işin kötü yapılması nedeni ile arsa veya binasının edime yakınlığı dolayısıyla uğradığı zararın tazminini alt müteahhitten alt müteahhitlik sözleşmesinden doğan özen gösterme yükümlülüğüne dayanarak tazmin edilebileceği görüşünü ifade etmektedir.⁴⁷

Diğer yandan arsa sahibinin de alt müteahhide karşı sorumluluğu bulunmadığını ifade etmek gerekir. Arsa sahibi alt müteahhitlik sözleşmesinin tarafı değildir. Bu sebeple hukuki ilişkinin tarafı olan asıl müteahhit alt müteahhide karşı sorumlu olabilecektir.⁴⁸

Müteahhit, inşaatın yapımının bir bölümünü arsa sahibi ile arasındaki sözleşmeye aykırı şekilde yetkisi olmaksızın alt müteahhide devretmişse, alt müteahhidin edimini yerine getirmemesi halinde müteahhit, Borçlar Kanunu md. 96'da yer alan borcun ifa edilmemesi hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Bu halde arsa sahibi, alt müteahhidin işi bırakmasını sağlayabilecektir. Burada müteahhidin B.K md.96 ya göre sorumluluğu doğrudan doğruya bir sorumluluktur.⁴⁹ Ayrıca alt müteahhidin yaptığı işler bakımından müteahhit arsa sahibine karşı B.K md 360 hükümlerine göre ayıba karşı tekeffülden de sorumludur ve söz konusu ayıplar nedeni ile doğan zararlardan B.K md. 100 hükümlerine göre sorumlu tutulabilmesi de

⁴⁶ **ERMAN, H.**, age., s.42.

⁴⁷ **TANDOĞAN, H.**, age., c.2, s.87.

⁴⁸ Yargıtay 15. H.D 29.2.1974 145/166 ; "...ancak arsa sahibinin önceden veya sonradan bu sözleşme ile sorumlu tutulmayı kabul etmesi, ilk müteahhidin karşı edimini garanti etmesi veya kefil olması gibi hallerde alt müteahhit doğrudan arsa sahibine başvurabilir..."

⁴⁹ **KILIÇOĞLU, A.M.**, a.g.m., s.192-193.

mümkündür.⁵⁰ Diğer yandan müteahhit de ayıplardan dolayı alt müteahhidin sorumluluğuna gidebilecektir.

Müteahhit arsa sahibi ile arasındaki sözleşmeye göre işin bir kısmını alt müteahhide bırakmaya yetkili ise alt müteahhidi seçmede veya ona talimat vermekte kusuru söz konusu olmuşsa yine bundan doğacak zararlardan arsa sahibine karşı sorumlu olacaktır. Burada alt müteahhidin asıl müteahhide karşı bağımsızlığı söz konusu olsa da asıl müteahhidin B.K md. 100 hükümlerine göre yardımcı şahısların fiillerinden dolayı sorumluluğu gündeme gelecektir. Ancak asıl müteahhide burada bir kurtuluş beyyinesi getirme şansı tanınmış, bu halde bizzat alt müteahhidin yerinde kendisi olması ve bu durumda kendisinin de kusurlu sayılmayacağını ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulma imkanı verilmiştir.⁵¹

Medeni Kanun'un md. 893/3 hükmüne göre "Bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkârlar" kanuni ipotek hakkının tapuya tescilini isteyebileceklerdir. Bu hükümden yola çıkılarak inşaatın yapımında çalışan işçilerin ve alt müteahhitlerin çalışmaları karşılığı elde ettikleri alacakları bakımından arsa sahibinin taşınmazı üzerinde kanuni ipotek hakları bulunmaktadır. Alt müteahhidin hukuki ilişkisinin doğrudan asıl müteahhitle olduğu göz önünde bulundurulduğunda ipotek tesisinin öncelikle kat karşılığı inşaat sözleşmesinde asıl müteahhide ait olacak arsa payları üzerinde tesisi gerekmele birlikte, asıl müteahhidin edimi olan inşaatı tamamlama borcunu yerine getirmemesi, arsa sahibinin de sözleşmeyi feshederek müteahhide devredeceği arsa paylarını devirden kaçınması durumunda, kanuni ipoteğin arsa sahibinin taşınmazı üzerinde tesis edilmesi mümkündür. Bu halde asıl müteahhit arsa sahibinin taşınmazı

⁵⁰ **ERMAN, H.**, age., s.44.

⁵¹ **SELİÇİ, Ö.**, age., s.126.

üzerinde ipotek tesis edilmesi nedeniyle uğradığı zararından sorumlu olacaktır.⁵²

Burada tartışmalı hususlardan birisi de müteahhidin kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereği yükümlülüğü olan inşaat yapma borcunu tümüyle başka bir müteahhide devredip devredemeyeceği hususundadır. Erman; inşaatın tümü ile başka genel bir müteahhide devredilmesinin B.K md 356. hükmüne aykırı olacağı gerekçesi ile mümkün olmadığını ifade ederken, inşaatın tümünün müteahhidin gözetimi altında kalmak kaydı ile başka bir müteahhide devredilmesinin mümkün olacağı yönünde görüşlerde mevcuttur.⁵³ Her ne kadar B.K md.356 hükmü müteahhidin şahsi yeteneklerinin önemli olmadığı durumlarda işi başkasına yaptırabilmesi imkanını verse de, bu halde müteahhidin işi idaresi altında yürütme, yükümlülüğü devam edecek ve arsa sahibine karşı sorumluluğu sürecektir. Ancak inşaatın tümüyle başka müteahhide devredilmesi halinde artık iş müteahhidin idaresinden çıkacak ve B.K md. 356'sinde yer alan imkanı aşan bir durum meydana gelerek adeta sözleşmenin devredilmesi anlamına gelecektir. Bu nedenle de inşaatın tamamının başka bir müteahhide asıl müteahhit tarafından devredilmesi sözleşmenin niteliğine uygun olmayacaktır. Bu halde de arsa sahibi müteahhidi temerrüde düşürerek seçimlik haklarını kullanabilecektir.⁵⁴

2.1.2.1.2.3. Özen Gösterme Yükümlülüğünün İhlal Edilmesi ve Borçlar Kanunu 358/2. Maddesi Uygulaması

B.K md. 358/2 hükmünde özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranışlar halinde arsa sahibine bazı imkanlar sağlanmaktadır. Buna göre hükümde, "İmal sırasında işin müteahhidin kusuru sebebi ile ayıplı veya mukaveleye muhalif bir surette yapılacağını katiyetle tahmin etmek mümkün olursa, iş sahibi, bunlara mani olmak için müteahhide münasip bir mühlet

⁵² ERMAN, H., age., s.43-44.

⁵³ SÜTÇÜ, N., age., s.380.

⁵⁴ KOSTAKOĞLU, C., age., s.335.

tayin ederek veya ettirerek bu mühlet içinde icabını icra etmediği halde hasar ve masraflar müteahhide ait olmak üzere tamiratın veya imalata devamın üçüncü bir şahsa tevdi olunacağını ihtar edebilir.”⁵⁵ denilerek, arsa sahibi, işin tamamlanmasını bekleyerek ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurması zorunluluğunda bırakılmamıştır. Bu hükme göre işin devamı esnasında müteahhidin kusuru nedeni ile inşaatın ayıplı olacağı veya sözleşmeye aykırı olacağı kesin olarak anlaşılabiliriyorsa, arsa sahibine, inşaatın tamamlanmasını beklemeden müteahhide süre vermesi, bu süre içerisinde de inşaatın gereği gibi yapılmaması halinde, işin masrafı müteahhide ait olmak üzere üçüncü bir kişiye yaptırılması imkanı getirilmiştir. Burada müteahhide verilecek sürenin eksikliğin giderilmesi için yeterli bir süre olması gerekmektedir. Bu sürenin mahkemece tayin edilmesi de mümkündür. Müteahhit kendisine verilen bu süreye yeterli olmadığı gerekçesi ile derhal itiraz etmediği takdirde daha sonra yeterli süre verilmediği iddiasını ileri süremez. Ancak müteahhit tarafından eksikliğin giderilmeyeceği hususu dile getirilmiş ise bu sürenin verilmesine de gerek yoktur.

Arsa sahibi tarafından ayıplı kısmın üçüncü kişilere yaptırılması sözleşmenin feshedildiği anlamına gelmez. Müteahhidin başkalarınca yapılan düzeltmeden sonra da işe devam etmek yükümlülüğü sürmektedir.⁵⁶ Diğer yandan müteahhide verilen bu süre, inşaatın tamamlanarak teslim edileceği sürenin uzatıldığı anlamına gelmeyip, eksikliğin bu süre içerisinde giderilmesi gerekliliğinin ifadesidir.⁵⁷

⁵⁵ Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 473/2 hükmünde aynı esaslar yerini almış ve madde metni “Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, işsahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.” şeklinde değişmiştir.

⁵⁶ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s.334.

⁵⁷ **ERMAN, H.**, age., s.47.

İfade etmek gerekir ki; müteahhide işi düzeltmesi için verilen süre içerisinde müteahhit gereken düzeltmeleri yapmaya yanaşmaz ise veya bu sürenin verilmesinin faydasız olacağı hallerde, işi başkasına yaptırmak yerine arsa sahibinin sözleşmeyi fesih hakkının olup olamayacağına ilişkin md. 358/2 hükmünden bir sonuç çıkarmak söz konusu değildir. Ancak bu halde borçlunun temerrüdüne ilişkin B.K md.106 ve 108 hükümlerinin kıyasen uygulanarak arsa sahibinin sözleşmeyi fesih hakkının bulunduğu ileri sürülmektedir.⁵⁸

2.1.2.2. Müteahhidin İmar Mevzuatına Uygun İnşaat Yapma Borcu

Borçlar Kanunu'nda her ne kadar müteahhidin imar mevzuatına uygun inşaat yapma borcundan bahsedilmemiş ise de, sözleşmelerin kanunlara ve kamu düzenine aykırı olamayacağı yönündeki B.K md. 19 hükmü bunu zorunlu kılmaktadır. İmar mevzuatı ifadesi genel bir saptama olup bu ifade ile bir inşaatın yapımı konusunda karşılaşılabilecek tüm mevzuat hükümleri kastedilmektedir. Örneğin İmar Kanunu, Çevre Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, bunların uygulama yönetmelikleri mevzuat tanımı içerisinde yerini almaktadır. Söz konusu mevzuat hükümleri günümüzdeki çarpık şehirleşme, bina ve çevre güvenliği gibi sorunlarının çözümüne ilişkin gerekli adımların atılmasına yönelik olarak öngörülmüştür.

Günümüzde ön plana çıkan kentsel dönüşüm uğraşlarının temeli düzenli, yaşanılabilir, doğa ile uyumlu kentler oluşturabilmek adına. Bu amacı gerçekleştirebilmek için şehir planlama yöntemleri ve çağdaş kentler oluşturabilme gayretleri öne çıkmaktadır. Bunların başarılı olabilmeleri her şeyden önce uyulması gerekli hukuki düzenlemelerinin yapılması ile mümkün olabilmektedir. Kırsal yaşamın terk edilerek kontrolsüz olarak şehirlere başlayan yerleşme dalgaları, kentsel çarpıklığın temel nedenini oluşturmaktadır. Yerel yönetimlerce oy kaygısı, ekonomik rant gibi çeşitli nedenler ile göz yumulan bu çarpık yerleşmenin bir noktadan sonra şehirleri içinden çıkılmaz bir kaosa sürüklemeye başladığının fark edilmesi üzerine

⁵⁸ TANDOĞAN, H. (1961), Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara. s.466.

kentsel dönüşüm planlarının özellikle büyük şehirlerde hayati projeler olarak ortaya çıktığı gözlemlenmektedir. Artık bu sorunun sadece görüntü kirliliğinden ibaret olmadığı yavaş yavaş anlaşılakta, büyük şehirler içerisinde devletin adeta kontrolünün dışında, küçük kontrolsüz adacıkların oluşmaya başladığı, suçun ve hatta terörün tabanını oluşturan toplumun tüm sosyolojik yapısının tehdit edildiği mahalle odaklı çarpık yerleşim modellerinin oluşmasının engellenmesi gerekliliği zorunluluk arz etmektedir.

Kentsel çarpıklığın tek modeli, yukarıda anlatılan sosyoekonomik zincirde alt katmanı oluşturan grupların yaşadığı gecekondu yapılanması olmayıp, zincirin en üst sınıfını oluşturan zengin grupların yaşadığı site tarzı yapılaşmalar da idari otoritelerin denetiminden uzak bırakılmaları halinde kentsel çarpıklığın önemli sebeplerini oluşturmaktadır. Burada özellikle ekonomik rant ön plana çıkmakta, çevreye, tarihi ve kültürel varlıkların yaşam alanına kastedecek yapılaşmaların varlıklarına rastlanmaktadır.

Bunların yanında yapılacak binaların teknik özellikleri itibari ile de insan yaşamına ve çevresel güvenliğe uygunluğu hayatidir. Binanın, depreme dayanıklılığı, yapı malzemeleri, atık tahliyesi, şehir trafiği ile uyumluluğu gibi hususlarda mevcut yönetmeliklere uygunluğu da yerel yönetimlerce denetime tabi olmaktadır.

İlgili mevzuatlar ve özellikle İmar Yasası binaların güvenliği ve çevresel etkilerine yönelik emredici hükümler içermekte ve bunlar kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilmektedir.

Yapılacak olan yapıların imar planına, onaylanan projeye uygun olması, yerel yönetimlerden binanın yapımına başlamak için inşaat ruhsatı alınması ve bina tamamlandığında da binanın kullanılması için yapı kullanım izni alınması gibi zorunluluklar öngörülmüştür. Bu bölümde bu yükümlülüklerle ilişkin kısaca bir değerlendirme yapılması uygun olacaktır.

2.1.2.2.1. İmar Planına Uygun Yapı Yapma Zorunluluğu

Yukarıda işaret edildiği üzere yapılacak yapıların imar planlarına uygun olması kanunlarda zorunluluk olarak kabul edilmekte ve bunun kamu düzeniyle alakalı olduğu ifade edilmektedir. Fiziksel çevrenin sağlıklı bir yapıya kavuşturulması amacıyla hazırlandığı ileri sürülen imar planlarının bu sebeple kamu yararı gözetilerek hazırlanan belgeler olarak ortaya konduğu ileri sürülmektedir.⁵⁹

İmar Kanunu md. 6 hükmünde “Planlar, kapsadıkları alan ve amaçları açısından; Bölge Planları ve İmar planları olup, İmar planları ise, Nâzım imar Planları ve Uygulama İmar Planları olarak hazırlanır.” denilmiştir. Buna göre imar planları,⁶⁰ Nazım İmar Planı ve Uygulama İmar Planı olarak iki kısımda incelenir. Aynı Kanunun 5. maddesinde Nâzım İmar Planı; “varsa bölge veya çevre düzeni planlarına uygun olarak halihazır haritalar üzerine, yine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak çizilen ve arazi parçalarının; genel kullanım biçimlerini, başlıca bölge tiplerini, bölgelerin gelecekteki nüfus yoğunluklarını, gerektiğinde yapı yoğunluğunu, çeşitli yerleşme alanlarının gelişme ve büyüklükleri ile ilkelerini, ulaşım sistemlerini ve problemlerinin çözümü gibi hususları göstermek ve uygulama imar planlarının hazırlanmasına esas olmak üzere düzenlenen, detaylı bir raporla açıklanan ve raporuyla beraber bütün olan plandır.” şeklinde, Uygulama İmar Planı ise; tasdikli halihazır haritalar üzerine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak nâzım imar planı esaslarına göre çizilen ve çeşitli bölgelerin yapı adalarını, bunların yoğunluk ve düzenini, yolları ve uygulama için gerekli imar uygulama programlarına esas olacak uygulama etaplarını ve diğer bilgileri ayrıntıları ile gösteren plandır.” şeklinde tanımlanmıştır.

⁵⁹ **ERGEN, C.** (2009), İmar Planları, Ankara, s.21.

⁶⁰ “İmar planları, planı yapılan yörenin mevcut durumunun olanaklarının ve ilerideki gelişmesinin en yakın biçimde saptanabilmesi için, coğrafi veriler, beldenin donanımı, mali, sosyal, kültürel ve ticari yönden kullanılışı gibi konularda yapılacak anket, araştırma ve incelemeler sonucu elde edilecek bilgiler esas alınarak hazırlanır.” (**ERGEN, C./BÖKE, V.** (2006), Kaçak Yapı, Ankara, s.32)

Bölge planı ve çevre düzeni, plan kararlarına uygunluğu sağlanarak, belediye sınırları içinde kalan yerlerin nâzım ve uygulama imar planları ilgili belediyelerce yapılır veya yaptırılır. Belediye meclisince onaylanarak yürürlüğe girer. Bu planlar onay tarihinden itibaren belediye başkanlığınca tespit edilen ilan yerlerinde bir ay süre ile ilan edilir. Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir. Belediye başkanlığınca belediye meclisine gönderilen itirazlar ve planları belediye meclisi on beş gün içinde inceleyerek kesin karara bağlar.

Bir binanın inşaatına başlanması için öncelikle yerel yönetimlerden inşaat ruhsatı⁶¹ alınması zorunludur.⁶² Çoğu kez kat karşılığı inşaat sözleşmeleri yapılmasından önce bu izinler alınmamakta, anlaşma sağlanıp da inşaatın yapımı için adımlar atılmaya başlandığında bu izinler için başvuru yapılmaktadır. Sözleşme yapılmadan önce arsa sahibinin binanın yapımına ilişkin isteklerini müteahhit, binanın yapılacağı yerdeki imar durumunu inceleyerek değerlendirmeli, sözleşmenin yapılması sırasında da imar durumu göz önünde bulundurulmalıdır. Burada müteahhit imar durumuna aykırı talepleri arsa sahibine bildirmeli ve onu bu konuda doğru yönlendirmelidir. Müteahhidin özen gösterme yükümlülüğü burada müteahhidin sorumluluğunun sınırını çizmekte, arsa sahibini doğru bilgilendirme yükümlülüğünü yüklemektedir.⁶³ Müteahhidin imar durumu ve

⁶¹ “Uygulamada, belediyelerce temel tezkeresi, veya temel ruhsatı veya benzeri isimler altında bir belge düzenlenerek bu belgelere göre inşaatların başlatıldığı, inşaatın subasbanı seviyesine geldiğinde temel üstü yada yapı ruhsatının düzenlendiği görüldüğünden bu hususa genelgeler ile açıklık getirilmiştir. İmar mevzuatında bu tür isimler altında herhangi bir belge mevcut olmadığından yapılara doğrudan inşaat ruhsatının düzenlenmesi, ancak plan ve mevzuat hükümlerine uygun yapılaşmanın sağlanması yanlış uygulamalara ve maddi kayıplara neden olunmaması için ilgili belediyelerce inşaatın her aşamada kontrol edilmesi gereklidir.” (**ERGEN, C./BÖKE, V.**, age., s.78.)

⁶² “Belediyece ruhsat verilebilmesi için imar planının yapılması şarttır. Aksi halde belediye inşaatı müdahale edemez.” (**ARTUKMAÇ, S.** (1969), Türk İmar Hukuku, Ankara, s.56.)

⁶³ Yargıtay 15. H.D 17.01.2001, 2000/5569 E. 2001/272 K. :”...İmar mevzuatı, bu dairenin, avan projedeki yüzölçüme göre yapılmasına engel ise yüklenicinin, bu engeli BK nun 357/III. maddesi uyarınca davacı arsa sahiplerine derhal bildirmesi ve inşaatın belediyece tasdikli projeye göre yapılması için arsa sahiplerinin iradelerini istihsal etmesi gerekir; aksi takdirde, bunun sonuçlara katlanmak zorundadır...”

mevzuatı hakkında arsa sahibine nazaran daha bilgili olduğu kabul edilmekte, her Şeyden önce basiretli bir iŐadamı gibi davranma unsuru mütcaahhidi buna zorlamaktadır. Sözleşme yapılmadan önce bu konuların aydınlığa kavuşturulması, ileride ortaya çıkacak sorunların çözümünde hayatidir. Mütcaahhit kendisine böyle bir iş teklifi gelmeden veya kendisi arsa sahibine teklif etmeden önce arsanın imar durumunu incelemesi ve yapılacak binaya dair talepleri bu çerçevede değercendirmesi gerekmektedir.

İnşaatın imar durumuna aykırı olması ve bunun ilgililerce tespit edilmesi halinde, inşaatın mevzuata uygun hale getirilmesi ihtar edilerek mütcaahhide süre verilmesi ve bunun da yerine getirilmemesi veya getirilmesinin mümkün olmaması halinde binanın yıkılması zorunluluğu gündeme gelebilecektir.

İmar planlarına aykırı olduğu gerekçesi ile yıkım kararı verilmesi halinde taraflarca inşaatın ekonomik değeri, kazanılmış haklar gibi talepleri dinlenmeyecek, kamu düzenine ilişkin olan bu imar durumuna aykırı yapıların varlığına müsaade edilmeyecektir. İmar planlarına aykırı olması nedeni ile izin verilmeyen inşaatlar için artık taraflar birbirlerinden edimlerinin ifası talep edemeyecek ve bu doğrultuda zorlayamayacaklardır. B.K md. 19 ve 20. hükmü, kanuna ve kamu düzenine aykırı, konusunun yerine getirilmesi olanaksız sözleşmelerin yapılamayacağı ve bunların yapıldıkları andan itibaren tüm hüküm ve sonuçları itibarı ile geçersiz olacakları hükmü bunu zorunlu kılmaktadır. Bu halde kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin geriye etkili olarak feshine karar verilmesi gerekecek, tarafların, sözleşmeye dayalı gecikme tazminatı, yoksun kalınan kar, cezai Şart, aynen ifa, eksik iş gibi talepleri mümkün olmayacaktır. Yargıtay' ın bu doğrultuda verdiği kararlara rastlanmaktadır.⁶⁴ İmar planına aykırı olan inşaattaki bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satılması halinde Yargıtay, sözleşmenin ileriye etkili feshinin değercendirilmesi gerektiğini ancak imar planına aykırılığın giderilememesi

⁶⁴ Yargıtay 15. H.D 27.04.1989, 4461/2129; 15.H.D 09.02.2006 6533/618.

halinde kamu düzeni düşünülduğünde bu haklarının korunamayacağı görüşünü ifade etmektedir.⁶⁵

Kanaatimizce gerek en baştan alınamayan inşaat ruhsatı için gerekse, inşaatın yapımına başlanmasından sonra ortaya çıkan imar planlarına aykırılıklar halinde öncelikle bu aykırılığın giderilmesi mümkün ise bunun giderilmesi sağlanacak eğer ki eksikliğin giderilmesi mümkün olamıyorsa, sözleşmenin yerine getirilmesinin, konusu itibari ile mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekecektir. Bu sözleşmelerin yapıldığı andan itibaren geriye etkili olarak geçersizliği söz konusu olacak ve tarafların birbirlerinden sözleşmeye dayalı herhangi bir talep hakları bulunmayacaktır. Ancak tarafların birbirlerine verdikleri şeyleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadelerinde de bir sakınca olmayacaktır.

2.1.2.2.2. İnşaat Ruhsatı ile Projelerin Hazırlanması ve Onaylanması

İnşaatın, yapımına başlanmadan önce inşaat ruhsatı (yapı izni)⁶⁶ alınması zorunluluğundan daha önce bahsedilmiştir.

Kanunda sayılan istisnalar hariç olmak üzere belediye ve mücavir alanlar içerisindeki tüm yapıların inşaatına başlamak için inşaat izni alınması zorunludur.⁶⁷

Yapı izni için arsa sahibi veya yasal temsilcisi başvuru yapmalıdır. Taşınmaz üzerinde birden fazla kişinin mülkiyeti söz konusu ise bunların tamamının başvuru yapması gerekir. Arsa sahipleri yetki vermişse müteahhidin de izin için başvurması mümkündür. Daha önce izin verilmiş

⁶⁵ 15.H.D 09.02.2006, 6533/618.

⁶⁶ “Yapı ruhsatı genel düzenleyici işlem niteliğinde olan imar planına ve yönetmelik hükümlerine uygun olarak hazırlanan bireysel işlem niteliğindedir.” (ERGEN, C., age., s.236)

⁶⁷ “İstisnalar hariç bütün yapıların ruhsat şartına bağlanmasının nedeni yapıların, imar planına, İmar Kanunu ve bu kanuna bağlı yönetmelikler ile; ilgili diğer kanun, tüzük ve yönetmeliklere ve fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun olarak yapılmasını temin içindir. (KARAVELİOĞLU, C. (2007), Açıklamalı-Uygulamalı- İçtihatlı İmar Kanunu, C.I ve C.II, Ankara, s.965.)

olmasına rağmen yapıda esaslı bir değişiklik öngörülüyorsa bu değişiklik için de izin alınması zorunludur. Mimari, mekanik, elektrik ve tesisat projeleri, krokiler de eklenerek Belediye veya Valiliklere başvuruda bulunulabilir. Bir eksikliğin bulunmaması halinde 30 gün içerisinde ilgili makam karar verecektir.

Yetkili idarelerin bilgisi dışında yapılan ya da imar mevzuatında uyulması zorunlu kurallara uyulmadan yapılan yapı "kaçak yapı" olarak ortaya çıkacaktır.⁶⁸

Belirtmek gerekir ki yanlışlıkla verilen ruhsatı, belediyenin geri alarak iptal etmeye de yetkisi vardır. Bu halde ruhsata dayanılarak yapılan binanın ruhsatının yanlışlıkla verilmiş olması nedeni ile yıkılması söz konusu olabilmesine rağmen, bu sebeple ilgililerin doğacak zararının ilgili idarece giderilmesi de zorunludur.⁶⁹

Sözleşmede aksi kararlaştırılmamış ise plan ve projelerin onaylanması ve inşaat izninin alınmasından arsa sahibi sorumludur. Arsa sahibi makul süre içerisinde bu yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Aksi halde müteahhit arsa sahibinin inşaat ruhsatını almaması halinde onu temerrüde düşürerek sözleşmeyi feshedebilir. Arsa sahibi kendi yükümlülüğü olan bu inşaat iznini almadan müteahhidi inşaata başlaması konusunda zorlayamaz.⁷⁰

İnşaat izninin müteahhide vekalet verilerek onun tarafından alınması öngörülümüşse müteahhit bu yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Aksi halde süresinde bu izni almaması nedeni ile arsa sahibinin uğradığı zararı gidermek zorundadır.⁷¹ Aynı şekilde arsa sahibi de süresi içerisinde veya

⁶⁸ ERGEN, C./BÖKE, V., age., s.82.

⁶⁹ ARTUKMAÇ, S., age., s.66-67.

⁷⁰ DUMAN, İ.H., age., s.439.

⁷¹ Yargıtay 15. H.D 10.01.2005, 2443/14

makul sürede inşaat iznini almayan müteahhidi temerrüde düşürerek sözleşmeyi feshedebilir.

İmar Kanunu'nun md. 29 hükmüne göre "Yapıya başlama müddeti ruhsat tarihinden itibaren iki yıldır. Bu müddet zarfında yapıya başlanmadığı veya yapıya başlanıp da her ne sebeple olursa olsun, başlama müddetiyle birlikte beş yıl içinde bitirilmediği takdirde verilen ruhsat hükümsüz sayılır. Bu durumda yeniden ruhsat alınması mecburidir. Başlanmış inşaatlarda müktesep haklar saklıdır. Ruhsat yenilenmesi ve plan tadili sırasında ayrıca harç alınmaz. Ancak inşaat sahasında artış, bağımsız bölümlerin brüt alanında veya niteliğinde değişme olması halinde yeniden hesaplanacak harçtan evvelce ödenen harç tutarı, tenzil edilir. Yeni durumda hesaplanan harç tutarında azalma olması halinde iade yapılmaz. Diğer kanunlardaki muafiyet hükümleri saklıdır. Ruhsat ve eklerinin yapı yerinde bulundurulması mecburidir."

İnşaat izni almadan inşaatın yapımına başlanmışsa ve inşaatın yapımından sonra bu izin alınamıyorsa binanın yıkılması gündeme gelebilecek,⁷² taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi de geriye etkili olarak yapıldığı andan itibaren geçersiz olacaktır. Bu itibar ile de taraflar birbirlerinden herhangi bir talepte bulunamayacak ancak verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alabileceklerdir.

İnşaat izninde olduğu gibi inşaatın projelere uygun olması zorunludur. Bu da kamu düzeninden kaynaklı bir yükümlülük olup taraflar projeler hazırlanmadan ve onaylanmadan inşaatın yapımına başlayamaz. Projeler arsa sahibi tarafından hazırlanmış ve onaylatılmışsa müteahhit, bu projenin imar durumuna ve mevzuatına uygunluğunu, bina ve çevre güvenliğine uygun olup olmadığını incelemek ve arsa sahibini bilgilendirmek zorundadır.

⁷² "Ruhsatsız veya ruhsat eklerine aykırı yapı yapıldığı hususun ilgili idarece tespit edilmesi, yapının fenni mesulünce belirlenip idareye ihbar edilmesi ya da idarenin herhangi bir şekilde bu durumu öğrenmesi üzerine yapının belediye ve mücavir alan içinde olması halinde bu idarenin; dışında olması halinde ise valiliğin elemanlarınca, inşaatın o andaki durumu bir tutanak ile tespit edilir ve derhal inşaat durdurularak yapı mühürlenir. (KARAVELİOĞLU, C., age., c.2, s.1211.)

Bu yine özen gösterme yükümlülüğünün bir gereğidir. Ancak uygulamada genellikle projelerin hazırlanması ve onaylanması işi arsa sahiplerince müteahhide yetki verilerek ona bırakılmakta ve bunlardan müteahhit sorumlu olmaktadır. Gerek projelerin hazırlanması ve onaylanması arsa sahibine bırakılmış olsun gerekse müteahhide bırakılsın, bunların makul sürede gereğinin yapılması gerekmekte aksi hale gecikme nedeni ile tarafların zararları doğarsa bunun diğer tarafça karşılanması gündeme gelmektedir.

Müteahhit kendiliğinden onaylanmış projeleri değiştiremez, projelerin değiştirilmesi mevzuat gereği zorunlu olsa dahi müteahhit bunu arsa sahibinin bilgisi ve onayı dahilinde gerçekleştirebilir.⁷³Müteahhidin kendiliğinden proje değişikliğine gitmesi de fesih nedeni olarak kabul edilmiştir.⁷⁴

2.1.2.2.3. İskan İzni (Yapı Kullanım İzni)

İnşaatın, inşaat izni alınarak yapımına başlanması ve tamamlanması halinde yapının kullanılabilmesi için bir de iskan izninin alınması gerekmektedir.⁷⁵ İskan izninin alınması için dilekçe ile belediyeye başvurulması gerekir. Başvuru üzerine, yapılan yapı, belediye, fen ve sağlık mensuplarınca muayene edilecektir. Yapının, ruhsat ve eklerine uygun yapıldığı ve kullanılmasında fen ve sağlık bakımından bir sakınca bulunmadığının tespiti üzerine ise istenilen kullanım izni belediyelerce verilecektir.⁷⁶ Yapı kullanma izni alınmaksızın yapılan binanın kat mülkiyetine çevrilmesi mümkün değildir. Ana gayrimenkuldeki tüm

⁷³ DUMAN, İ.H., age., s.439.

⁷⁴ Yargıtay 15. H.D 25.10.2001, 2599/4820

⁷⁵ “Yapı kullanma izni, ilgili idareden alınan yapı ruhsatına dayalı olarak, imar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak, ruhsat süresi içinde tamamlanan kısımların, tamamen bittiği takdirde tamamının ruhsattaki amacına uygun olarak kullanımına imkan tanıyan ve bir takım yasalar ile verilen hak ve yetkilerin kullanılmasına yol açan, arsa ya da parsel üzerindeki yapının kullanım şeklini de belirten bir izindir.” (ERGEN, C./BÖKE, V., age., s.262.)

⁷⁶ ARTUKMAÇ, S., age., s.123.

paydaşların yapı kullanma izni alması zorunludur. Bir tek paydaşın dahi yapı kullanma izni alamaması halinde kat mülkiyeti kurulamayacaktır.⁷⁷

Yapının inşaat iznine imar durumuna, projelerine uygun olması halinde inşaat iznini veren ilgili makama başvurularak iskan izninin alınması söz konusu olur. İlgili makam gerekli denetim ve incelemeleri yaptıktan sonra mevzuata bir aykırılığı olmaması halinde 30 gün içerisinde iskan iznini ilgililere verir. Eksiklik olması halinde bunların tamamlanması ister. İlgili idare mevzuata, projelere, inşaat iznine uygun olan binaya 30 gün içerisinde iskan ruhsatı vermemiş herhangi bir cevap da vermemişse izin verilmiş kabul edilir. Bu durum idare hukukunun genel ilkelerinden olan susmanın zımnı red kabul edileceği ilkesinin istisnası niteliğindedir. İskan izninin verilmesinden önce ilgili idare tarafından tapu kaydında taşınmazın cins değişikliğinin yapılması gerekir. İskan ruhsatının alınması halinde inşaat elektrik, su, doğalgaz gibi gerekli alt yapı hizmetlerinden yararlanabilecektir.

İnşaatın tamamlanması ve teslimi kavramlarının burada aydınlatılmasında fayda vardır. Zira teslim ve tamamlanma birbirinden farklı kavramlardır. İmar Kanunu'nun md.31. hükmünde "İnşaatın bitme günü, kullanma izninin verildiği tarihtir" denilerek tamamlanmaya ilişkin bir tespit yapılmıştır. Ancak kanunda bu tespit tamamlanmaya yönelik bir tespit olup teslim edilme tarihine ilişkin bir değerlendirme söz konusu değildir. Ancak sözleşmede, yapının tesliminin iskan ruhsatının alınması ile gerçekleşeceği belirlenmiş olabilir. Bu halde ruhsat alınmadan teslimin gerçekleştiği iddia edilemez. Ancak bu ruhsat alınmış ise de binanın teslim edilmediği iddiası yine gündeme getirilemeyecektir bu haliyle inşaatın teslim edildiği karine olarak kabul edilecektir. Bina tamamlanmış, bağımsız bölümlerde de fiilen oturulmaya başlanmış ve iskan ruhsatının alınmasına da herhangi bir engelin bulunmaması halinde binanın teslim edildiğinin kabul edilmesi gereklidir.

İskan ruhsatının alınamamış olması hukuki ayıp kabul edilir.⁷⁸ Arsa sahibi bu haliyle ifayı kabule zorunlu değildir. Derhal müteahhide durumu

⁷⁷ KARAVELİOĞLU, C., age., c.1, s. 1181.

bildirerek yasada ayıba karşı tekeffül hükümlerinde öngörülen haklara başvurabilir.

Kural olarak iskan ruhsatını alma yükümlülüğü arsa sahibine yüklenmiştir. Bundan doğacak masraflara da kendisi katlanacaktır. Ancak sözleşmede aksi kararlaştırılarak müteahhide verilecek yetki ile iskan ruhsatının alınması ona bırakılabilir.

İnşaatın, iznine, projelere ve imar durumuna uygun olmaması ve durumun düzeltilmesinin de mümkün olmaması nedeni ile iskan ruhsatının alınmaması halinde sözleşmenin feshi gerekir. Bu halde de ruhsatı almak müteahhidin sorumluluğunda ise müteahhit arsa sahibinden ifa talebinde bulunamaz.⁷⁹

2.1.2.3. Müteahhidin Teslim Borcu

2.1.2.3.1. Teslim Kavramı

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarından biri olarak ifade edilen müteahhidin inşaatı teslim borcu, sözleşmeye konu inşaatın veya bağımsız bölümlerin sözleşmeye uygun olarak tamamlanarak arsa sahibinin fiili hakimiyetine geçirilmesi olarak tanımlanabilir. İstisna sözleşmelerinde eserin teslimi müteahhidin asli borcudur.⁸⁰ Bir anlamda ediminin konusudur.⁸¹ Kanunda müteahhidin teslim borcu olduğuna dair doğrudan bir hüküm bulunmamasına rağmen, istisna sözleşmelerine ilişkin farklı hükümlerde teslimden söz edilmiş olmasının bu borcun varlığının zımnen de olsa kanun tarafından da kabul edildiği ileri sürülmektedir.⁸² Teslim, inşaatın

⁷⁸ "Kullanma izni verilmeyen veya alınmayan yapılar izin alınıncaya kadar, belediye hizmetlerinden ve tesislerinden faydalanamayacaklardır. (ARTUKMAÇ, S., age., s.125.)

⁷⁹ Yargıtay 15. H.D 10.10.1995, 2696/5427.

⁸⁰ BURCUOĞLU, H. (1990), "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler", Tandoğan'a Armağan, Ankara, s.287.

⁸¹ AYAZLI, P., age., s. 45.

⁸² ERMAN, H., age., s.29.

tamamlanması ile mümkün olabilecek, tamamlanma ile birlikte de kararlaştırılan sürede sözleşmeye uygun bir yapı yapılarak eksiksiz, ayıpsız ve fenne uygun olarak arsa sahibine teslim edilecektir. Yapılan bina sözleşmede amaçlanan yararı sağlamaya yönelik olacak, bu haliyle de arsa sahibi tarafından kabule elverişli olacaktır. Müteahhit ise bu teslim borcunu yerine getirerek edimini ifa etmiş olacaktır.

İnşaatin teslimi için ön koşul, inşaatin tamamlanmış olmasıdır. Tamamlanma olgusu ise, inşaatin sözleşmede öngörülen amacı gerçekleştirmeye elverişli, hukuki veya maddi bir ayıbın bulunmaması halinde varlık bulacaktır.⁸³ İmar mevzuatına veya inşaat ruhsatına aykırı olan yapılar, İmar Kanunu hükümlerince kaçak yapı olarak adlandırılır ve bunların eksikliklerinin giderilmemesi halinde yıkılması gündeme gelir. Bu haliyle imar mevzuatına, imar planlarına veya inşaat izinlerine aykırı olması sebebi ile kaçak yapı durumunda olan yapıların arsa sahibine bırakılmasının teslim borcunun yerine getirildiği anlamına gelmesi söz konusu değildir. Burada hukuki bir ayıp söz konusu olup bu haliyle geçerli bir teslimin varlığı iddia edilemeyecektir. Arsa sahibi, böyle bir inşaatı kabule zorunlu olmayacak, müteahhit söz konusu yasal engelleri gidermediği sürece kabulden imtina edebilecektir. Bu süreç içerisinde de kusuru bulunmayan arsa sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilecek, bu geç teslimden doğan zararları da müteahhitten talep edebilecektir.

İmar Kanunu'nda, inşaatin bitme günü yapı kullanım izninin verildiği gün olarak tespit edilmektedir. Müteahhit, yapı kullanma iznini yani iskan ruhsatını alması halinde inşaatin hukuki yönden ayıpsız tamamlandığını ileri sürebilecektir.

Hukuki ayıbın yanında inşaatta maddi ayıpların da bulunmaması gerekir. B.K md.360/1 hükmünde, "Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı

⁸³ Yargıtay 15. H.D 17.11.1986, 1986/830 E. 1986/3860 K.: "...teslimin yapılmış sayılması sözleşmede kararlaştırılan bütün işlerin bitirilmiş ve icra edilmiş olması anlamına geldiği henüz tamamlanmamış bir eserin teslim ve tesellümünden söz edilemeyeceği gere Yargıtay gerekse İsviçre Federal Mahkemesi kararlarıyla kabul edilmiştir..."

ve nisfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta mütaahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir.” denilmektedir. Hükümde öngörüldüğü üzere, inşaatın kendisinden beklenen yararın sağlanamayacağı ölçüde kusurlu olması halinde arsa sahibi inşaatı kabulden imtina edebilecektir. Burada üzerinde durulması gereken sorunlardan biri, ayıbın ufak tefek denilebilecek nispette olması halinde ne türlü bir yol izleneceği konusundadır.

Uygulamada çoğu kez sorun olarak karşımıza çıkan ufak tefek ayıplar konusunda, kullanılmasına ve iskan raporunun alınmasına engel olmayacak nitelik ve nicelikteki ayıp ve noksan işlerin teslim günündeki rayiç fiyatları ile tutarının arsa sahibine ödenmesi koşulu ile teslim teklifinin iyiniyet kuralları gereği kabul edilmesi gereği ifade edilmektedir.⁸⁴ Yani bina kullanılabilir nitelikte ancak ufak tefek ayıplar söz konusu ise arsa sahibi iyiniyet kurallarına göre tesellüm etmekten kaçınmamalıdır.⁸⁵ Zira bu haliyle ufak tefek ayıpların ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi ve bu aşamada tamamlanmanın varlığı kabul edilmelidir.⁸⁶

İnşaattaki tamamlanmamış işler inşaatın tamamına oranla önemli ve büyük eksiklikler niteliğinde ise özellikle işin hacmi, eksik kalan işlerin nitelik ve miktarı göz önünde bulundurulduğunda teslimin gerçekleşmediğini kabul etmek gereklidir. Bu haliyle arsa sahibinin kendisine bu şekilde teslim edilen bağımsız bölümü kullanmaya başlaması, sessiz kalması veya

⁸⁴ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s.592.

⁸⁵ Yargıtay uygulamasında da teslim gününde mevcut eksikliğin tamamlanması ile inşaatın tamamlandığının kabul edilmesi gerektiği yönünde; Yargıtay 15. H.D 10.03.2005, 2004/2902; “...mahkemece iskan ruhsatının alınması için yüklenicilere mehil verilmesi, mehil zarfında iskan ruhsatı alındığı takdirde arsa sahiplerine ait daireler ile inşaatın ortak yerlerinde arsa sahiplerinin payına düşen eksik ve ayıplı imalatların bedelinin saptanarak arsa sahiplerine ödenmeleri şartı ile yükleniciler tarafından açılan tescil davasının kabulüne karar verilmesi...”

⁸⁶ **KARTAL, B.**, age., s. 74.

eksiklikleri tamamlamaya çalışması teslim iradesinin yerine geçemeyecektir.⁸⁷

Teslimin gerçekleşebilmesi için inşaatın sözleşmeye uygun ayıpsız ve eksiksiz olmasının yanında diğer bir şart da tamamlanan binanın arsa sahibinin fiili hakimiyetine sokulmasıdır. Bina ile birlikte eklenti ve mütemmim cüzlerinin de aynı şekilde arsa sahibinin kullanımına tahsisi gerekir. İnşaatın tamamlanmasından sonra arsa sahibine teslim iradesine yönelik bir bildirimde bulunulmalıdır. Ancak bildirimde bulunmaya gerek olmadan arsa sahibi bunu öğrenebilecek durumda ise bildirimde gerek kalmayacaktır. Örneğin arsa sahibi binada oturmaya başlamışsa bir teslimin varlığı artık karine olarak kabul edilebilecektir.⁸⁸ Teslimi ispat yükümlülüğü müteahhittedir. Teslimin de bir hukuki fiil olduğu düşünüldüğünde her türlü delille ispat edilmesi mümkündür.⁸⁹

Binanın tamamlanmasına rağmen, bina veya bağımsız bölümlerine ilişkin olarak arsa sahibinin kullanımına imkan sağlanmıyorsa bir teslimden bahsedilemez. Arsa sahibi fiilen binadan beklediği yararı sağlamaya yönelik imkan bulamamışsa, örneğin bağımsız bölümlerin anahtarları kendisine teslim edilmemişse borcun yerine getirilmiş olduğu ileri sürülemez.

Arsa sahibinin kendisine ait olacak bağımsız bölümlere yerleşip oturması veya buraları kiralaması her zaman tam bir teslimin varlığı anlamına gelmez ama karine olarak teslim edildiği kabul edilir. Aksi ispat edilebilecektir.⁹⁰ Eğer ki arsa sahibi binaya yerleşmiş olmasına rağmen, müteahhit inşaat alanını tamamen terk etmemiş ve hala bazı faaliyetler yürütmekte ise tam bir teslimin varlığı söz konusu olmayacaktır. Örneğin inşaatın hafriyatı hala duruyorsa veya iş makineleri hala inşaatın etrafında

⁸⁷ DUMAN, İ.H., age., s.511.

⁸⁸ ERMAN, H., age., s.30.

⁸⁹ SÜTÇÜ, N., age., s.370.; Yargıtay 15. H.D 19.09.1995, 1995/2468-4791: "...dairenin teslimini ispat etmek davalı yükleniciye aittir..."

⁹⁰ TANDOĞAN, H., age., c.2, s. 126.

sabit durumda ise müteahhidin yükümlülüğünü yerine getirdiğinden bahsedilemez.

Uygulamada çok rastlandığı üzere sözleşmede taraflar teslimin, iskan ruhsatı alınmasına bağlanması gibi belirli bir süre veya olgunun gerçekleşmesi şartına bağlamaktadır.⁹¹ Bu halde inşaat fiziken tamamlanmış olsa dahi bu iznin alınmamış olmasının önemli eksikliklerden sayılması gerektiği ve iskan ruhsatı alınmadığı sürece inşaatın tamamlanmış sayılmayacağı ifade edilmektedir.⁹²

Teslimin süresinde yapılmaması halinde bundan doğan zarar ve cezai şartın ödenmesi gibi talepler gündeme gelebilecektir.

Tamamlanma kavramında olduğu gibi, teslim kavramı ile inşaatın kabulü kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğu, teslim için özel bir teslim alma iradesinin gerekmediği ancak kabul için arsa sahibinin kendisine teslim edilen binayı veya bağımsız bölümleri sözleşmeye uygun gördüğüne ve ayıp iddiasında bulunmadığına ilişkin bir irade açıklamasında bulunması gerektiği ifade edilmektedir.⁹³ Bu itibar ile de teslim almanın her zaman binanın kabul edildiği anlamına gelmediği ileri sürülmektedir. Ufak tefek ayıplara rağmen arsa sahibi binaya yerleşmiş ve ayıpları dile getirmemişse artık bu haliyle binayı kabul ettiğini anlamak gerekecektir.

Teslimin gerçekleşmesiyle bazı hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Her şeyden önce teslim ile müteahhit edimini ifa etmiş olacaktır. Taraflar için

⁹¹ Yargıtay 15. H.D 10.12.2001, 4000/5695; "...sözleşme gereğince binanın teslimi iskan koşuluna bağlanmıştır.Karşılıklı borç yükleyen bu tür sözleşmelerde aslolan sözleşmenin eksiksiz ifasıdır..."

⁹² **ÖZ, T.**, (Eser Sözleşmesinden Dönme)s.132. ; Yargıtay 15. H.D 11.12.1995, 1995/6704-7302: "... görülüyor ki taraflar bu hükümle teslimin ancak iskan ve iskan ile ilgili giderlerin yüklenici tarafından karşılanması halinde yapılmış sayılacağı kararlaştırılmıştır. Bilirkişi raporundan inşaatın iskanının alınmadığı, bu hususta başvuru da bulunmadığı anlaşıldığına göre ortada yanlarca sözleşmede öngörüldüğü şekilde bir teslimin varlığından söz edilemez..."

⁹³ **BURCUOĞLU, H.**, a.g.m., s.289

ayıba karşı tekeffülden doğacak haklar yönünden ihbar ve zamanaşımı süreleri teslim ile başlayacaktır.

2.1.2.3.2. Teslim Tarihi ve Teslim Süresinin Uzatılması

Teslim ve teslim alma birbirinin karşısı olan kavramlar olup biri arsa sahibi yönünden diğer iş sahibi yönünden edime ilişkin kavramlardır. Teslim ve teslim alma hak ve yükümlülüklerinin karşılıklı olarak aynı anda gerçekleşmesi gerekir.⁹⁴ Taraflar sözleşmede inşaatın teslim edileceği tarihi farklı şekillerde belirleyebilirler. Teslim tarihi kesin süreli olarak belirlenebilir. Sürenin gün ve ay olarak saptanması söz konusu olabilir. Örneğin 01.01.2015 olarak teslim tarihi belirlenebilir. Bu süre kesin olarak tayin edilmiş olan bir süredir. Kesin olarak belirlenen tarih geldiğinde arsa sahibinin herhangi bir süre vererek teslim gününü belirlemesine gerek yoktur. Belirlenen tarih geldiğinde teslim söz konusu olmazsa arsa sahibi temerrüde ilişkin haklarını kullanabilecektir.

Diğer yandan teslim için sözleşmede belirli bir tarih tespit edilmemiş de olabilir. Örneğin 2012 yaz sonu teslim tarihi olarak kararlaştırılmışsa burada belirlenebilir olmakla birlikte kesin bir tarih tespit edilmiş değildir. Ancak sözleşmede bu tarihin gelmesi halinde teslim edilmemesine yönelik kesin ifadeler ile herhangi bir süre verilemeyeceğine dair hükümler yoksa, arsa sahibi sürenin gelmesine rağmen teslim söz konusu değilse müteahhide bir süre verecek, bu sürenin sona ermesi itibarı ile de temerrüde ilişkin haklarına başvurabilecektir. Teslim tarihi taraflarca yanlış anlaşılmaya ve yorumu yer vermeyecek şekilde açıksa, Borçlar Kanunu'ndaki ifadesi ile “ borcun ifa edileceği gün müttefikan tayin edilmiş” demektir. Diğer yandan süre belirtilmemiş veya objektif ölçülere göre belirtilmesi de mümkün değilse kesin teslim tarihi olmadığı söylenebilecektir. Bu haliyle teslim tarihi işin mahiyeti ve tarafların iradesine göre belirlenecektir. Hakim, tarafların iradesini yorumlayarak bir teslim tarihine varmaya çalışacaktır.⁹⁵

⁹⁴ TANDOĞAN,H., age., c.2, s.127.

⁹⁵ KARTAL, B., age., s.74-75.

Teslime ilişkin uyuşmazlıklar uygulamada çoğunlukla tamamlanmamış inşaatlar için söz konusu olmaktadır. Ancak nadiren de olsa tamamlanmasına rağmen teslim edilmeme sebebi ile ortaya çıkan uyuşmazlıklar da söz konusu olabilmektedir. Bu şekilde tamamlanmanın gerçekleşmesine rağmen teslim yapılmadığı durumlar için de sözleşmede kararlaştırılan sürenin gelmesine rağmen teslimden kaçınan müteahhide ihtar çekilerek temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır.⁹⁶

Sözleşmede teslim süresinin işlemeye başlayacağı tarih herhangi bir şekilde belirlenebilir. Genellikle süre, yapı ve temel üstü ruhsatının alınması gibi olaylara bağlanmaktadır. Bu halde süre, gerçekleşmesine bağlanan bu olayların meydana gelmesiyle işlemeye başlayacaktır. Sürenin, örneğin temel üstü ruhsatının alınması ile işlemeye başlayacağı kararlaştırılmışsa, ruhsatın alınmasına kadar süre işlemeye başlamayacaktır. Bu durumun ise ilanihayet sürmesi beklenemez. Ruhsat alınması için ortalama makul sürenin ne olduğu tespit edilir ve somut olayın koşulları içerisinde bu ruhsatın alınabileceği süre belirlenir. Ancak böyle bir belirleme yoksa, arsa sahibinin arsayı müteahhide inşaat yapması için uygun şekilde teslim ettiği tarihten itibaren sürenin işlemeye başlayacağı ifade edilebilir. Taraflar sözleşmede belirledikleri süreleri tek başlarına değiştiremezler.

İnşaata başlanmış olmasına karşın süresinde teslim söz konusu olmamışsa teslim süresinin uzatılabilmesi mümkündür.

Zorunlu nedenlerin ortaya çıkması halinde sürenin uzatılması gündeme gelebilecektir. Sözleşmenin yapılmasından sonra inşaatın belirlenen sürede tamamlanmasını olanaksız kılan veya aşırı derece zorlaştıran olağanüstü nedenler ortaya çıkmışsa, teslim süresinin uzatılması hakkaniyet gereğidir. Ancak bu öngörülemeyen durumun ortaya çıkmasında müteahhidin kusurunun bulunmaması gerekir. Örneğin inşaatın yapımı

⁹⁶ KOSTAKOĞLU, C., age., s.594.

sirasında yapılan kazılar neticesinde arsanın bulunduğu yeraltında tarihi eserle rastlanması nedeni ile ortaya çıkan idari uyuşmazlıkların giderilmesi için inşaatı ara verilmesi halinde, sözleşmede kabul edilen süreye, ortaya çıkan gecikme süresinin de eklenmesi gerekir. Bununla birlikte sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olmayan bir mevzuat düzenlemesi sözleşme yapıldıktan ve inşaatın yapımına başladıktan sonra ortaya çıkarsa ve sözleşme konusu inşaatın yapımına ilişkin engeller çıkaracak nitelikte ise kamu düzeninden kabul edilen bu imar mevzuatına ilişkin düzenleme nedeni ile ortaya çıkan gecikmeden müteahhit sorumlu tutulamayacaktır.⁹⁷ Müteahhit bu zorunlu nedenler sebebi ile inşaatın zamanında tesliminin mümkün olmadığını makul bir sürede arsa sahibine bildirmelidir. Diğer yandan müteahhidin sözleşmenin belirlenen sürede tamamlanamamasının bahsi geçen beklenilmeyen olaydan ötürü olduğunu ispat etmesi gerekecektir.⁹⁸

İnşaatın yapılacağı arsayı zamanında hazır etmemesi veya kendi sorumluluğunda olmasına rağmen inşaat iznini almaması gibi arsa sahibi nezdinde ortaya çıkan nedenler ile inşaatın tesliminin gecikeceği öngörülüyorsa teslim tarihinin uzatılması gerekmektedir. Müteahhitten bu haliyle arsa sahibi nezdinde gerçekleşen olaylar nedeni ile hakkaniyet kaideleri doğrultusunda inşaatı zamanında tamamlaması beklenemeyecek ise teslim tarihinin uzatılması gerektiği kabul edilmelidir. Burada müteahhidin de teslim tarihinin arsa sahibinin nezdinde gerçekleşen olay nedeni ile geciktiğini arsa sahibine bildirmesi gerekir. Bu bildirimi yapmaması hali onun sorumluluğuna neden olabilecek ve temerrüdü gündeme getirebilecektir.

Diğer yandan taraflar anlaşarak inşaatın yapımına başladıktan sonra iş değişikliği veya ek işler yapmaya karar verirlerse yine teslim süresinin

⁹⁷ Yargıtay 15. H.D 04.02.1986, 2821/282

⁹⁸ **DUMAN, İ.H.**, age., s. 520.

uzatılması zorunluluğu ortaya çıkar.⁹⁹ Tarafların ortak olarak iş değişikliği veya ek iş yapılması yönünde karar alması veya arsa sahibinin tek başına bu kararı vermede yetkili olması ve müteahhidin de bu doğrultuda bu karara uyarak iş değişikliğini kabul etmesi halinde, söz konusu iş değişikliği veya ek iş yapılması arsa sahibinin egemenlik alanında kabul edilmesi gerektiğinden teslim süresinin kendiliğinden uzayacağı kabul edilmektedir.¹⁰⁰ Sürenin ne kadar uzayacağı konusunda uzman bilirkişilerin tespiti gerekecektir.

Süre uzatımının, ortaya çıkan sebepler somut olarak nazara alınarak belirlenmesi gerekmektedir. Arsa sahibi nezdinde ortaya çıkan sebepler nedeni ile teslimin gecikmesi söz konusu ise, teslimi geciktiren sebebin neden olduğu süre kaybı kadar bir sürenin eklenerek sürenin uzatılması gerekir. Bunun yanında gecikme bir zorunlu nedenden ortaya çıkmışsa zorunlu nedenin ortadan kalktığı tarihten itibaren zorunlu nedenin sürdüğü zaman aralığı kadar bir süre uzatımının yapılması söz konusu olmalıdır.¹⁰¹

2.1.2.3.3. Müteahhidin Eseri Zamanında Teslim Etmemesi Durumu

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanarak arsa sahibine teslimi için belirli bir süre öngörülür ve bu sürenin gelmesine rağmen inşaat tamamlanamaz veya tamamlanmasına rağmen teslim edilmez ise müteahhidin teslimde gecikmesi söz konusu olur. Daha önce tamamlanma ve teslim kavramlarına ilişkin açıklamalara yer verildiğinden bunlar üzerinde daha fazla durulmayacaktır.¹⁰²

Sözleşmede kararlaştırılan tarihte inşaatın arsa sahibinin kullanımına hazır duruma getirilmemesi halinde teslim süresi kesin olarak tayin edilmemişse müteahhide belirli bir süre verilecek, buna rağmen teslim gerçekleşmez ise borcun muaccel olduğu kabul edilecek, daha sonra eğer

⁹⁹ Yargıtay 15. H.D 07.04.1989, 3316/1827.

¹⁰⁰ **AYAN, S.** (2008), İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, s.123.

¹⁰¹ **DUMAN, İ.H.**, age., s.523.

¹⁰² Bkz. s.37.

gerek varsa çekilecek, ihtar sonrasında müteahhidin temerrüdü gündeme gelecektir. Buna göre de kanunda temerrüde ilişkin olarak öngörülen hukuki sonuçlar gerçekleşecektir.

Müteahhidin teslimde gecikmesi halinde temerrüde düşürülerek öngörülen hakların kullanımına gidilebileceği gibi bu yola gitmeden müteahhidin inşaatı teslim etmesinin beklenmesi de mümkün olabilecektir. Bu durumlara ilişkin olarak yakından bakma gereği duyuyoruz.

2.1.2.3.3.1. Arsa Sahibinin Teslimde Geciken Müteahhidi Temerrüde Düşürmeden İnşaatın Tamamlanmasını İstemesi

Sözleşmenin kararlaştırılan tarihte arsa sahibine teslim edilmemesi halinde, arsa sahibi, müteahhide ihtar çekmeden ve onu temerrüde düşürmeden müteahhidin inşaatı teslim etmesini beklemesi olasıdır. Arsa sahibinin kanundan doğan bu hakkını kullanmayarak, müteahhidi temerrüde düşürmeden beklemiş olması, teslim süresinin uzatılacağı anlamına gelmeyecektir. Bu halde müteahhidin sözleşmeyi zamanında teslim etme yükümlülüğü ortadan kalkmayacak ve müteahhidin sorumluluğunda herhangi bir değişiklik söz konusu olmayacaktır. Arsa sahibi teslimi bekleyerek, inşaatın kendisine teslimi ile birlikte ifayı kabul edebilecek ancak sözleşmede öngörülen cezai şart talebini de müteahhide yöneltebilecektir. Bununla birlikte cezai şartı aşan zararının söz konusu olması halinde de bu zarar ziyan iddiasını da müteahhide karşı ileri sürebilecektir.¹⁰³

2.1.2.3.3.2. Müteahhidin Temerrüde Düşürülmesi ve Temerrüdün Sonuçları

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde tarafların edimlerini yerine getirmemesi halinde Borçlar Kanunu'nda yer alan borçlunun temerrüdüne yönelik genel hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır. Sözleşmenin niteliğinin iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olması ve tarafların edimlerinin karşılıklı olması sebebi ile temerrüt hükümlerinin her iki taraf için uygulanabilmesi mümkündür. Ancak bu bölümde müteahhidin teslimde

¹⁰³ KOSTAKOĞLU, C., age., s.597.

gecikmesi halinde ortaya çıkacak temerrüt hükümlerine ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

Öncelikle borçlunun temerrüdünden söz edilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesinin zorunlu olduğundan bahsetmek gerekir. Temerrüdün gerçekleşebilmesi için, borcun muaccel hale gelmesi, borç konusu edimin yerine getirilmesinin mümkün olması, buna rağmen borcun yerine getirilmemesi ve istisnaları olmakla birlikte ihtar çekilmesi ve de duruma göre müteahhide bir son süre verilmesi gerekmektedir. Temerrüdün bu şartlarına ayrıntılı olarak yer vermek gerekir.

2.1.2.3.3.2.1. Temerrüdün Şartları

2.1.2.3.3.2.1.1. Borcun Muaccel Olması

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olup tarafların karşılıklı olarak yükümlülükleri söz konusudur. Tarafların bu yükümlüklerini yerine getirmeleri için belirli bir süre öngörülmüşse bu sürenin gelmesi ile borç muaccel hale gelmiş olur. Borcun muaccel hale gelmesi ise, alacaklının borcun ifasını talep yetkisini elde ettiği zaman olarak tanımlanabilir.¹⁰⁴ Yani özetle borcun talep edilebilir hale gelmesi olarak ifade edilebilir. Borçlunun, alacaklının bu talep yetkisine karşı bir def'i de bulunabilme hakkı varsa, temerrüdün oluşması ifa zamanının gelmesine rağmen engellenebilir. Örneğin borçlu borcun zamanlaşımına uğradığı veya ödemezlik def'ini ileri sürmesi halinde borcun muaccel olmasına rağmen temerrüdün oluşması söz konusu olmayacaktır. Borçlar Kanunu'nun md.101 hükmünde "Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtariyle, mütemerrit olur. denilmiştir. Buna göre temerrütten bahsedilebilmesi için iki unsur göze çarpmakta, bunlardan bir tanesi muaccel yani talep edilebilir hale gelmiş bir borcun varlığı, diğerinin ise ihtar olduğu anlaşılmaktadır. Hükmün devamında ise "Borcun ifa edileceği gün müttefikan tayin edilmiş veya muhafaza edilen bir hakka istinaden iki taraftan birisi bunu usulen bir ihbarda bulunmak suretiyle tesbit etmiş ise, mücerret

¹⁰⁴ OĞUZMAN, K./ÖZ, T., age., s.296.

bugünün hitamı ile borçlu mütemerrit olur.” denilerek, sürenin, tarafların birlikte anlaşmaları ile tespit edilmiş olması veya süre tayininde taraflardan biri yetkilendirilmiş olup da bu sürenin de o tarafça belirlenmesi halinde ihtara gerek olmaksızın belirlenen bu sürenin gelmesi ile temerrüdün oluşacağı ifade edilmiştir. Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda da aynı esaslar benimsenerek herhangi bir değişiklik gündeme gelmemiştir.¹⁰⁵

Bazı hallerde, örneğin edimlerin ifası için belirli bir süre öngörülmemişse, durumun mahiyetinden de sürenin ne olduğu anlaşılıyorsa, Borçlar Kanunu’nun md. 74 hükmüne göre edimin derhal ifa edileceği öngörülmüştür. Bunun yanında sözleşmede bir süre öngörülmemişse, işin niteliği göz önünde bulundurularak işin tamamlanması için makul bir süre belirlenmesi gerekir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin inşaat yapma borcu düşünüldüğünde, işin niteliği gereği esaslı bir zamanın tanınması gerekmekte olup B.K md. 74 hükmünde öngörülen derhal ifa kuralı uygulanamayacaktır. Bu itibar ile sözleşmede inşaatın tamamlanacağı süre belirlenmemişse, tedbirli ve deneyimli bir müteahhit tarafından mutad çalışma araçları ve gücü kullanılarak inşaatın ne kadar süre içinde bitirilebileceği göz önüne alınarak müteahhidin borcunun ancak bu süre dolduktan sonra yapılacak bildirimle muaccel olacağı sonucuna varmak gerekeceği ifade edilmiştir.¹⁰⁶ Yapılacak olan bu bildirimde “*muacceliyet ihtarı*”¹⁰⁷ denilmektedir. Yapılacak olan bu muacceliyet bildiriminden sonra borçlunun temerrüde düşürülmesi, muaccel hale gelen borç için tekrar

¹⁰⁵ Türk Borçlar Kanununda temerrüde ilişkin md.117 hükmü; “Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.” şeklinde yer almıştır.

¹⁰⁶ **ERMAN, H.**, age., s.56.

¹⁰⁷ “Borçluya verilecek makul sürenin dolması yeterli olmayıp, bu sürenin dolduğunun ihtar edildiği muacceliyet bildiriminin yapılması gerekir. Muacceliyet bildirimini arsa sahibinin müteahhitten edimini yerine getirmesini istemektedir. Muacceliyet ihtarı temerrüt ihtarından farklıdır.”(**ÖZ, T.**, (Eser Sözleşmesinden Dönme)s.155.)

borçluya borcunu yerine getirmesi için ikinci bir ihtarda bulunulmasına bağlıdır. Buna da “*temerrüt ihtarı*” denilmektedir.¹⁰⁸

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde tarafların edimlerinin konusu gereği, arsa sahibi önce müteahhitten ediminin ifasını talep edebilecektir.¹⁰⁹ Bu sebeple de arsa sahibi, müteahhit inşaat yapma borcunu yerine getirmediği edimini ifa etmekten kaçınabilecek, ödemezlik def’ini ileri sürebilecektir. Ancak sözleşmede bunun aksinin kararlaştırılması da mümkündür.

2.1.2.3.3.2.1.2. Edimin İfasının Mümkün Olması

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde temerrüdün gerçekleşebilmesi için edimin ifa tarihinde yerine getirilmesi mümkün olmalıdır. Binanın teslim edileceği zamanda bu borcun yerine getirilmesi imkansız hale gelmişse artık temerrütten söz edilemeyecektir. Bu halde söz konusu duruma temerrüt için öngörülen hükümler değil Borçlar Kanunu’nda imkansızlık hali için öngörülen hükümlerin uygulanması gerekmektedir.¹¹⁰ Müteahhidin bu imkansızlık halinde kusuru olsa dahi tarafların borçları sonra erecek, ancak müteahhit bu kusuru nedeni ile karşı tarafın uğradığı zararı giderecektir. Müteahhidin kusursuz olması halinde ise tarafların yükümlülükleri sona ereceği gibi, müteahhidin bundan doğan herhangi bir zararı gidermeye zorlanması söz konusu olmayacaktır.¹¹¹ B.K.117.md. hükmünde “Borçluya isnat olunamıyan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur. Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bu suretle beri olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfikan almış olduğu şeyleri iadeye

¹⁰⁸ **ÖZ, T.**, (Eser Sözleşmesinden Dönme)s.155.; **SELİÇİ, Ö.**, age., s.70.

¹⁰⁹ Yargıtay 15. H.D 23.11.1987, 226/4051

¹¹⁰ “Temerrüt için ihtar gereken durumlarda borç muaccel olduktan sonra fakat ihtardan önce edim imkansızlaşmışsa gene temerrüt değil, imkansızlık hükümleri uygulanır.”(**OĞUZMAN, K./ÖZ, T.**, age., s.302.)

¹¹¹ Yargıtay 15. H.D 31.01.2002, 4351/454; “...kamu düzenine aykırılığı mahkeme kararı ile saptanmış inşaatı devam edilebilmesi yükleniciden beklenemez. O halde sözleşmeden sonra ortaya çıkan bu objektif imkansızlık nedeni ile davalı yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemeyeceği açıkken...”

mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur. Kanun veya akit ile, borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın, alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır.” denilmiş ve sorumluluğun sınırları belirlenmiştir.

İmkansızlık ile anlatılmak istenilen sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkacak imkansızlık olup, sözleşmenin yapılmasından önceki imkansızlık durumu ise bu kapsamda değerlendirmeye alınmamaktadır. Sözleşmenin kurulmasından önce edimin ifası mümkün değilse sözleşme geçersiz olup hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.

İmkansızlık hali müteahhit temerrüde düştükten sonra gerçekleşmiş ise, müteahhidin temerrüde düştüğü andan itibaren imkansızlığı meydana getiren olayın gerçekleştiği ana kadar temerrüt hükümleri, imkansızlık gerçekleştikten sonra ise imkansızlığa ilişkin hükümler uygulanacaktır. Yani müteahhit temerrüde düştükten sonra imkansızlık vuku bulmuşsa temerrüt sona erecektir. Bu durumun istisnası olarak ise B.K md.102 gösterilmektedir. Hükümde “Mütemerrit olan borçlu, borcun teahhürle ifasından dolayı zarar ve ziyan tediyesine mecbur olduğu gibi kazara vukua gelecek zarardan da mesuldür. Borçlu, kendisi tarafından bir güne kusur olmaksızın teahhürde bulunmuş olduğunu veya borç vakit ve zamaniyle ifa edilmiş olsa bile kazanın alacaklının zararına olarak tediye olunacak şeye isabet edeceğini ispat ederek, bu mesuliyetten kurtulabilir.” denilmektedir. Buna göre imkansızlık borçlunun kusuru olmaksızın gerçekleşse bile borçlu sorumlu olacak ve eserin teslimi onun kusuru olmaksızın imkansız hale gelse bile tazminat borcu gündeme gelebilecektir. Bu durumda müteahhidin eseri zamanında meydana getirmiş olsaydı bile zarar verici eylemin gerçekleşeceğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilme hakkının da saklı olduğunu ifade etmek gerekir.¹¹²

Borçlar Kanunu md. 368 hükmünde istisna sözleşmeleri için özel bir hüküm söz konusudur. Hükümün 1. ve 2. fıkralarında “Yapılan şey teslimden

¹¹² DUMAN, İ.H., age., s.532.

evvel kazara telef olmuş ise iş sahibi, onu tesellümden temerrüt etmiş bulunmadıkça müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masraflarının tediyasını isteyemez. Bu takdirde, telef olan malzeme kime ait ise hasarı da ona aittir.” hükmü yer almaktadır. Buna göre inşaat tamamlanmış ancak henüz arsa sahibine teslim edilmemiş, bu esnada da beklenmedik bir olay neticesinde inşaat tamamen yok olmuşsa, tarafların bu sözleşmeden doğan yükümlülükleri sona erecektir. Ancak ifade edilen bu durumun söz konusu olması için ise arsa sahibinin binayı teslimde temerrüde düşmemiş olması gerekmektedir. Bu durumun ortaya çıkması halinde müteahhit yapmış olduğu işe karşılık bir ücret talep edemeyeceği gibi yaptığı masrafların kendisine ödenmesini de isteyemez. Ayrıca malzeme müteahhit tarafından sağlanmışsa buna ilişkin masrafları da isteyemeyecektir. Müteahhide binanın tamamen telef olmasından önce arsa sahibi tarafından arsa payları devredilmişse müteahhit bunları iade etmekle de yükümlüdür.¹¹³

Burada ortaya çıkacak sorunlardan birisi de tamamlanan yapının teslim edilmeden önce bir bölümünün yok olması halinde gündeme gelecektir. İnşaat kısmen yok olsa da ayakta kalan kısmı tamamlanmaya elverişli ve sözleşmede kararlaştırılan şekilde teslim edilmeye imkan veriyorsa, bu kısım artık arsanın mütemmim cüzü niteliğinde sayılacağından müteahhit bu kısma ilişkin hak talep edebilecek ve tazminat isteyebilecektir. Ayrıca müteahhidin duruma göre arsa paylarının devrini talep etme imkanı da bulunmaktadır. Hatta yok olan kısım inşaatın tamamlanan kısmına oranla küçük bir boyutta ise arsa sahibinin arsa paylarının devri talebini geri çevirmemelidir. Diğer yandan gerek kısmen gerek tamamen yok olan inşaatla ilişkin olarak sözleşmeye uygun yeniden bir inşaat yapma teklifinde bulunan müteahhidin bu teklifi de dürüstlük kuralları gereği kabul edilmelidir.¹¹⁴

Yukarıda ifade edilen hükümlerin uygulama alanı tamamlanmış inşaatlar için söz konusudur. Yapımı devam eden yani tamamlanmamış

¹¹³ TANDOĞAN, H., age., c.2, s.318.

¹¹⁴ ERMAN, H., age., s.61.

inşaatın teslimden önce yok olması durumunda daha önce anlatılan hükümler uygulama alanı bulmamakta, söz konusu durumda yok olan bu inşaatın tekrar yapımının mümkün olması nedeni ile bir imkansızlık halinden söz edilememektedir.¹¹⁵

İmkansızlık maddi bir imkansızlık olabileceği gibi hukuki bir imkansızlık olarak da ortaya çıkabilir. İnşaatın bir sel veya tsunami sebebi ile tamamen yıkılması maddi imkansızlık olarak tarif edilebilecekken, inşaatın yapım izninin imar planı değişikliği nedeni ile iptal edilmesi gibi sebepler hukuki imkansızlık olarak ortaya çıkmaktadır.

Borçlar Kanunu'nda yukarıda izah edilen borçlunun kişisel durumundan kaynaklanmayan objektif imkansızlık hallerinin yanı sıra, müteahhidin şahsından doğan sübjektif imkansızlık durumuna ilişkin hallerin de düzenlendiği görülmektedir. B.K md 371. hükmünde, "Müteahhit öldüğü yahut sun'u taksiri olmaksızın işi bitirmekten aciz kaldığı takdirde, mukavele müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış ise istisna akdi münfesihi olur. Bu takdirde yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi onu kabule ve bedelini vermeğe mecburdur." hükmü yer almaktadır. Buna göre kat karşılığı inşaat sözleşmesi müteahhidin kişiliği gözetilerek yapılmışsa, müteahhidin ölmesi veya kusuru olmaksızın işi bitirmekten aciz kalması halinde sözleşmenin sona ereceği ifade edilmektedir.¹¹⁶Hükümde sözleşmenin müteahhidin kişiliğinin gözetilerek yapılmasından maksat, sözleşmenin müteahhidin kişisel yeteneği ve tecrübesine duyulan güven nedeni ile yapılmasıdır. Bu halde müteahhidin ölmesi veya işi yapmaktan aciz duruma düşmesi söz konusu olursa sözleşme sona erecektir. Ancak sözleşmenin müteahhidin doğrudan kişiliği gözetilerek yapıldığından söz edilemiyorsa da müteahhidin ölümü veya işi bitirmekten aciz duruma düşmesi halinde sözleşmenin devam edeceği söylenebilecektir. Örneğin müteahhidin bir

¹¹⁵ Yargıtay 15. H.D 05.11.1975, 3528/7150

¹¹⁶ Yargıtay 15. H.D 21.11.1989, 1739/4859; "...B.K 371 maddesine göre istisna sözleşmelerinde yüklenicinin ölümü halinde sözleşme yüklenicinin kişiliği nazara alınarak yapılmışsa sözleşme münfesihi olur..."

yatırım ortaklığı olması halinde şirket ortaklarından birinin ölmesi, sözleşmenin sona ereceği sonucunu doğurmaması gerekir.

Hükmün devamında, müteahhidin ölmeden veya acze düşmeden önce yapmış olduğu inşaatın kullanılabilmesi mümkün ise arsa sahibinin bunu kabul etmek ve bedelini ödemekle yükümlü olacağı ifade edilmiştir. Burada tartışma yaratacak husus, arsa sahibinin tamamlanmamış inşaat için ödeyeceği bedel etrafındadır. Burada yapılması gereken, müteahhidin yapmış olduğu işin değeri ile inşaatı tamamlasaydı ortaya çıkacak değer arasında bir oran yapılarak bir hesaplama yapılmasıdır. Bulunacak değer ise para olarak ödenebileceği gibi arsa payının devri şeklinde gerçekleşmesi de mümkündür.

2.1.2.3.3.2.1.3. Müteahhidin Edimini Yerine Getirmemiş Olması

Temerrütten söz edilebilmesi için borcun muaccel hale gelmesine rağmen edimin ifa edilmemiş olması gerekir. Edimlerden bir kısmının ifa edilmiş olması, ifa edilmeyen kısımlar için temerrüde düşürme hakkının kullanılmasına engel olmayacaktır. Ancak dürüstlük kuralları doğrultusunda yerine getirilmeyen edime rağmen ifanın kabulünün zorunlu olabileceği durumların varlığı da unutulmamalıdır.¹¹⁷

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin edimi, daha önce de ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere, sözleşmeye uygun bir inşaatı tamamlayarak arsa sahibine teslim etmesidir. Kural olarak inşaatın tamamlandığının arsa sahibine bildirilmesi yerinde olacaktır ancak inşaatın tamamlandığını arsa sahibi öğrenebilecek durumda ise böyle bir bildirimde de gerek yoktur. Temerrüdün oluşabilmesi için ise müteahhidin bu edimini yerine getirmemiş olması şartı aranır. Müteahhit inşaatı tamamlayarak arsa sahibine teslim etmiş olmasına rağmen binada ufak tefek sayılabilecek derecede ayıp ve sözleşmeye uygun olmayan durumların bulunması halinde edimini yerine getirmediği iddiası her zaman dinlenmeyecektir. Ancak bu halde arsa sahibinin de ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi mümkün olacaktır.

¹¹⁷ OĞUZMAN, K./ÖZ, T., age., s.296.

Müteahhidin edimini yerine getirmesinin, iskan ruhsatının alınmasıyla gerçekleşeceği kabul edilmişse, müteahhit sözleşmeye, inşaat izni ve projelere uygun bir bina yapmasına karşın, iskan ruhsatının alınmaması durumunda temerrüdün oluşabileceği kabul edilse de bunun her durum için uygulanması mümkün değildir. İskan izni alınmamasına rağmen arsa sahibine bina teslim edilmiş, arsa sahibi de ihtirazi kayıt bildirmeksizin bağımsız bölümlere yerleşmiş veya kiralamış ise artık temerrüdün uygulanmaması hakkaniyet gereğidir.¹¹⁸ Arsa sahibi inşaatı kullanmaya başlamış ancak ihtirazi kayıt ile devralmışsa¹¹⁹ ifayı bu haliyle kabul ettiği anlamı çıkmayacaktır. Diğer yandan iskan izninin alınması prosedürel işlemler nedeniyle gecikmişse, arsa sahibi, müteahhidin üzerine düşen işlemleri başlatması halinde, müteahhidi bundan sorumlu tutamayacaktır.

2.1.2.3.3.2.1.4. İhtar Yükümlülüğü

Borçlar Kanunu'nun 101. maddesinde" Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtariyle, mütemerrit olur. Borcun ifa edileceği gün müttefikan tayin edilmiş veya muhafaza edilen bir hakka istinaden iki taraftan birisi bunu usulen bir ihbarda bulunmak suretiyle tesbit etmiş ise, mücerret bugünün hitamı ile borçlu mütemerrit olur." hükmü ile borçlunun temerrüdüne ilişkin iki unsur öngörülmüştür. Buna göre borçlunun temerrüdü için genel kural olarak, öncelikle borcun muaccel hale gelmesi ve sonrasında muaccel hale gelen borcun ihtar edilmesi benimsenmiştir. Genel hükümler doğrultusunda da temerrüdün söz konusu olması için ihtar kural olarak zorunludur.

İhtar, borçlunun borcunu ifa etmesi için alacaklı tarafından borçluya yöneltilen bildirimdir. İhtar bir hukuki işlem değil, hukuki işlem benzeri fiil olarak kabul edilmektedir. İhtar ile yöneltilen beyanda yer alan ifa talebinin borca uygun olması gerekir. Aksi halde ihtar geçerli olmayacaktır. Örneğin borcun miktarından fazla borçla alakası olmayan taleplerin reddedilmesi

¹¹⁸ Yargıtay 15. H.D, 04.10.1989, 2731/4815.

¹¹⁹ SELİÇİ, Ö., age., s. 37.

halinde temerrüdün meydana gelmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak alacaklı, gerçek borç miktarı olarak beyan edilen ve ödeneceği ifade edilen kısmı kabul ediyorsa ihtar bu kısım için geçerli olabilecektir.¹²⁰

Kural olarak ihtar herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak tacirler arası ihtarın Türk Ticaret Kanunu md. 20/3 hükmü gereğince noter marifeti ile veya iadeli taahhütlü mektupla ya da telgrafla yapılması şarttır. Bu şart ihtar için geçerlilik şartıdır.¹²¹ Ancak bu şartın geçerlilik şartı değil ispat şartı olduğu da ileri sürülmekte, sayılan şekiller haricinde yapılan bildirim itiraz edilmediği sürece geçerli olacağı ifade edilmektedir.¹²²

İhtar borçluya veya yetkili mümessiline yapılmalıdır. Yapılan ihtar muhatabına ulaşmakla hüküm ve sonuç doğuracaktır.¹²³

İhtar ile bir süre tanınmışsa bu sürenin sonunda veya ihtar bir şarta bağlanmışsa şartın gerçekleşmesi ile borçlu temerrüde düşecektir.

Borçlar Kanunu'nun 101. madde hükmüne atfen işaret edilen temerrüt için ihtar çekilmesi zorunluluğu genel kuralının yanında bazı durumlarda ihtara gerek olmaksızın borçlunun temerrüde düşürülebileceği ifade edilmelidir.

İhtara gerek olmaksızın borçlunun temerrüde düşürülebileceğine ilişkin ilk durum, B.K 101. Madde hükmünün ikinci fıkrasında yerini bulmuştur. Hükümde "Borcun ifa edileceği gün müttefikan tayin edilmiş veya muhafaza edilen bir hakka istinaden iki taraftan birisi bunu usulen bir ihbarda bulunmak suretiyle tesbit etmiş ise, mücerret bugünün hitamı ile borçlu mütemerrit olur." denilmiştir. Buna göre sözleşmenin taraflarınca vade kesin olarak birlikte belirlenmişse bu tarihin gelmesi ile borcun hala ifa edilmemiş olması durumunda bir ihtara gerek olmaksızın borçlu temerrüde

¹²⁰ OĞUZMAN, K./ÖZ, T., age., s.S.298.

¹²¹ Yargıtay 15. H.D, 11.05.1982, 1719/2236.

¹²² ARKAN, S. (2001), Ticari İşletme Hukuku, Ankara, s.144. ; KILIÇOĞLU, A.M., age., s. 507.

¹²³ EREN, F., age., s.269.

düŖecektir. Örneğin 01.01.2012 tarihinde teslim edilmesine anlaşılan binanın bu tarih gelmesine rağmen teslim edilmemesi halinde bir ihtar çekmeye gerek olmaksızın müteahhidin temerrüdünün söz konusu olacağı söylenebilecektir.¹²⁴ Çünkü vade kesin olarak taraflarca belirlenmiş, bu vadenin gelmesine rağmen ise borç ifa edilmemiştir. Diğer yandan bu Ŗekilde kesin bir tarih belirlenmemesine karşın örneğin 2012 Ocak ayında ifa edilmesi gereken borcun Ocak ayı geçmesine rağmen ifa edilmemesi halinde ihtara gerek olmaksızın temerrüdün oluşacağı söylenebilir. Burada önemli olan husus kesin, yoruma mahal bırakmadan belirlenebilir bir tarihin kararlaştırılmış olmasıdır.

Vadenin taraflarca ortak olarak kararlaştırılmış olmasının yanı sıra, vade belirlenmemesine rağmen taraflardan birine vadeyi belirleme yetkisi verilmiş ise ve o taraf ta bu hakkını kullanarak muacceliyet bildirimini ile vadeyi belirlemişse, bu tarihin gelmesine rağmen borcun ifa edilmemesi halinde de ihtara gerek olmaksızın borçlunun temerrüde düŖeceđi söylenebilecektir. Muacceliyet ihbarının tarafların anlaşması ile değil de kanunun tanıdığı bir hakka dayanarak yapıldığı hallerde de bu hükmün uygulanacağı tartışmalı olmakla birlikte kabul edilmektedir.¹²⁵

İhtar çekilmesini öngören genel kuralın ikinci istisnası olarak ise, ihtar yapılmasının dürüştlük kurallarına göre beklenmeyeceği hallerde, borçlunun ihtar çekmeden temerrüde düşürülebileceği kabul edilmektedir.¹²⁶

Edimin borçlu tarafından ifa edilmeyeceği açıkça ifade edilmişse artık burada da bir ihtarın mevcudiyeti fuzuli olacaktır. Bu halde de ihtar çekilmesine gerek bulunmamaktadır. Örneğin müteahhit inşaatı terk edip

¹²⁴ Yargıtay 15. H.D 01.05.1989, 4112/2240.

¹²⁵ **TUNÇOMAĞ, K.**, age., c.2, s.910.

¹²⁶ **TEKİNAY, S./AKMAN, S./BURCUOĞLU,H./ALTOP, A.**, age., s.918.; **OĞUZMAN, K./ÖZ, T.**, age., s.301; **EREN, F.**, age., s.272.

gitmişse ihtar çekilmesine lüzum olmaksızın temerrüt hükümleri uygulanabilecektir.¹²⁷

Belirtmek gerekir ki ihtar çekilmesi kamu düzeninden veya emredici bir hükümden kaynaklanan bir husus olmayıp, taraflarca sözleşmede ihtar çekilme yükümlülüğünün kaldırılması mümkün olup, tarafların borcun muaccel olması ile temerrüde düşeceği hususunda anlaşmaları söz konusu olabilecektir.

Temerrüt ihtarının daha çok, vadenin belirlenmemiş olması sebebi ile Borçlar Kanunu'nun 74. maddesinde öngörülen derhal ifa kuralının uygulanacağı hallerde borçluyu temerrüde düşürmek için kullanılan bir yol olarak ortaya çıkacağını ifade etmek gerekir.

2.1.2.3.3.2.1.5. Son Süre Verilmesi

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün söz konusu olabilmesi için daha önce yukarıda sayılan koşulların yanında ek olarak, bir de borçluya son süre verilmesi zorunludur. Yani daha önce anlatılan borçlunun temerrüdüne ilişkin şartlarının varlığının yanında bir de karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için özel bir koşul olarak son süre uygulaması aranmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 106/1 hükmünde yer alan "Karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde, diğeri borcun ifa edilmesi için münasip bir mehil tayin veya münasip bir mehilin tayinini hakimden isteyebilir." ifadesi ile karşılık borç yükleyen sözleşmelerde borçluya ek süre verilmesi zorunluluğu belirlenmiştir. Yine md.106/2 hükmü ile alacaklıya borçlunun temerrüdü halinde tanınan seçimlik haklardan birinin kullanılabilmesi için bu son süre verme yükümlülüğüne uyulması gerekmektedir. Ancak burada B.K 106 hükmünde alacaklıya tanınan seçimlik haklardan biri olan aynen ifa ile birlikte gecikme zararı talep edilmesi halinde

¹²⁷ SEROZAN, R. (1994), İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, s.17.

son süre verilmesine gerek yoktur.¹²⁸ Zira B.K 106/2 hükmünün ilk cümlesinde yer alan “her zaman onun ifasını talep ve ...” ifadesi ile alacaklı borçluya son süre vermeden temerrüdün genel sonucuna dayanarak aynen ifa ve gecikmeden doğan zararı talep edebilir.¹²⁹ Eğer ki alacaklı, diğer seçimlik haklar olan aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın giderilmesi veya sözleşmeden dönülmesi haklarından birinin kullanmak istemesi halinde öngörülen bu son süre verme yükümlülüğünü yerine getirecektir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin de karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden biri olma niteliğinden daha önce bahsetmiştik. Bu itibar ile kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde de borçlunun temerrüdünden bahsedilebilmesi için son süre verilmesi gerekliliği açıktır.

Borçluya temerrüdün olumsuz sonuçlarından korunabilmesi için son bir kez daha uyarı yapılması amacı ile son süre uygulaması söz konusu olmuştur.¹³⁰

Borçluya verilecek olan son süre alacaklı tarafından bizzat verilebileceği gibi mahkeme tarafından da kararlaştırılabilecektir.

Borçluya verilecek olan sürenin miktarı konusunda kesin bir belirleme bulunmamaktadır. Kanunda buna ilişkin bir ibare yoktur. Ancak bununla birlikte verilecek olan sürenin “makul bir süre” olması gerektiği ifade edilmektedir.¹³¹ Bu uygunluk somut olaya göre değişecektir. Verilecek olan bu süre dürüstlük kurallarına aykırı olamayacaktır. Sürenin belirlenmesinde bu dürüstlük kurallarına riayet edilmemiş ve makul bir süre tayin

¹²⁸ Yargıtay 15. HD.05.04.1984, 4161/1177; Karşı Görüş. **KARTAL, B.**, age., s.90; Kanun hükmünden bu sonucu çıkarmak mümkün değildir. Aynen ifanın talep edilmesi halinde de son sürenin verilmesi gereklidir. Aksi halde uzun bir süre geçtikten sonra aynen ifa için son süre tanınması ve bunu yanında zaten temerrüde düşmüş yükleniciden temerrüt faizi ve gecikme tazminatı istenmesi yükleniciyi güç durumda bırakabileceği ifade edilmiştir.

¹²⁹ **KILIÇOĞLU, A.M.**, age., s.545.

¹³⁰ “Ek süre tayini borçluya varması gerekli hukuki muamele benzeri bir fiil, bir irade açıklamasıdır. (**UYGUR, T.**, age., c.2.s.471)

¹³¹ **TANDOĞAN, H.**, age., c.2, s.132.

edilmemişse temerrüt gerçekleşmeyecektir. Alacaklı bu tür risklerden kurtulabilmek için sürenin mahkeme aracılığı ile tayin ettirilmesi yolunu tercih etmelidir.¹³²

Son sürenin verilmesinde herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır. Yazılı veya sözlü olması da mümkündür. Son sürenin borçluya temerrüt ihtarı ile birlikte verilmesi de mümkündür.¹³³ Ancak ihtar çekildikten sonra da son süre verilmesinde bir engel bulunmamaktadır. Borçlunun son süre vermesi için de herhangi bir süre sınırlaması getirilmiş değildir. Alacaklı B.K 106/2 de öngörülen seçimlik haklarını kullanmak istemesi halinde son süre verme şartını yerine getirerek bu sürenin sonunda da ifanın gerçekleşmemesi halinde seçimlik haklarından birini kullanabilecektir.

Son sürenin verilmesi özel şartı karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kural olarak zorunlu olsa da B.K md. 107 hükmünde son süre verilmesini gerektirmeyen durumların varlığına işaret edilmiştir. Buna göre hükümde, “Aşağıdaki hallerde bir mehil tayinine lüzum yoktur:

- 1 - *Borçlunun hal ve vaziyetinden bu tedbirin tesirsiz olacağı anlaşılırsa*
- 2 - *Borçlunun temerrüdü neticesi olarak borcun ifası alacaklı için faidesiz kalmış ise.*
- 3 - *Akdin hükümlerine göre borç tayin ve tesbit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmek lazım geliyorsa.”*

denilerek sayılan durumların varlığı halinde son süre vermeksizin borçlunun temerrüdünün söz konusu olabileceği açıkça belirlenmiştir.

Hükme göre borçlunun hal ve durumlarından son süre verilmesi yararsız olacağı, son süre vermesinin borcunun ödenmesine etkisi olmayacağı düşünülüyorsa, borçlunun son süre vermeksizin temerrüde

¹³² KILIÇOĞLU, A.M., age. s.512.

¹³³ Yargıtay 11. HD. 08.05.1990, 1709/3467.

düşürülebileceği kabul edilmektedir. Örneğin borçlu işini terk edip gitmişse artık son süre verilmesinin sağlayacağı bir katkı söz konusu olmayacaktır.

Diğer yandan son süre verilmesi, edimin niteliği gereği faydasız olacaksa bu halde de son verilmesi gerekliliği bulunmamaktadır. Yani borcun ifa için öngörülen zamandan sonra bir zamanda ifa edilmesinin bir anlamı olmayacaksa burada artık son sürenin verilemesine gerek olmaksızın temerrüde ilişkin hükümler uygulanabilecektir.

Son olarak sözleşmede edimin ifası için kesin bir süre belirlenmişse artık burada da son süre verilmesine gerek yoktur. Örnek olarak sözleşme konusu edimin en geç 1 ocak 2012 tarihinde yerine getirilmesi öngörülmüşse burada artık son süre verilmesi gerekmeyecek temerrüde ilişkin diğer şartlar oluşmuşsa borçlunun temerrüdünden söz edilebilecektir.¹³⁴

Borçluya bu anlamda verilecek olan son süre, ona son bir çağrıda bulunup son bir kurtuluş fırsatı sağlayarak esasen karşılıklı çıkarların dengeli şekilde gözetilmesi ve güven bağlılığının korunmasını buyuran güven ilkesinin de bir gereği olduğu ifade edilmektedir.¹³⁵

2.1.2.3.3.2.2. Müteahhidin Temerrüdünün Sonuçları

Borçlunun temerrüde düşürülmesi için aranan koşulların gerçekleşmesi halinde, borçlunun temerrüdüne ilişkin B.K md. 102 ile 105 hükümleri arasında düzenlenen genel sonuçlar uygulama alanı bulacaktır. Ancak karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, diğer borç ilişkilerine ilişkin olarak uygulanacak borçlunun temerrüdünün genel hükümleri yerine B.K md.106' da öngörülen özel hükümler uygulanacaktır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin de karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden biri olarak kabulü gerekeceğinden borçlunun temerrüdü

¹³⁴ Yargıtay 15. HD. 15.4.1996, 1260/2128

¹³⁵ **SEROZAN, R.** (1975), Sözleşmeden Dönme, İstanbul, s.264.

halinde B.K 106 da yer alan temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır.

Borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklı gecikmiş ifa ile gecikme tazminatını isteyebilecektir. Temerrüde ilişkin genel hüküm bu unsurdur. Diğer borç ilişkilerinde de temerrüt halinde her zaman bu unsurların talep edilmesi mümkündür. Borçlar Kanunu md.106 hükmü ise alacaklıya gecikmiş ifayı ile gecikme tazminatının yanı sıra iki ayrı seçimlik hak talep etme imkanı daha sunmaktadır. Bu itibar ile kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, B.K 106 da ifade edilen üç seçimlik haktan bir tanesini kullanabilecektir. Yeni Türk Borçlar Kanunu 125. maddesinde de aynı esaslar korunarak hüküm; “Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir. Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.” şeklinde ifadesini bulmuştur.

Bu hakları ise; borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlerde de öngörülen aynen ifa ile gecikme tazminatı ile aynen ifayı reddederek müspet zararın tazmini veya sözleşmeden dönme olarak sıralayabiliriz. Söz konusu bu haklara yakından bakma gereği vardır.

2.1.2.3.3.2.2.1. Müteahhidin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Aynen İfa ve Gecikme Tazminatını Talep Hakkı

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin temerrüde düşmesi halinde Borçlar Kanunu’nda öngörülen temerrüde ilişkin 106. madde hükümleri uygulama alanı bulacaktır.¹³⁶ Hükümde “Bu mehil zarfında borç ifa

¹³⁶ Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda da “Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.” denilerek aynı esaslara işaret edilmiştir.

edilmemiş bulunduğu surette alacaklı her zaman onun ifasını talep ve teahhür sebebi ile zarar ve ziyan davası ikame eylemek hakkını haizdir; birde aktin icrasından ve teahhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vaz geçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyana talep veya akdi fesh edebilir.” ifadesi yer almıştır. Buna göre arsa sahibine temerrüt halinde bir takım seçimlik haklar tanınmıştır.¹³⁷ Arsa sahibi duruma göre bu seçimlik haklardan birini kullanabilecektir. Aynen ifayı talep hakkı da bu seçimlik haklardan bir tanesidir.

Müteahhidin temerrüde düşmesi halinde, arsa sahibi, müteahhide son süre vermeksizin¹³⁸ aynen ifayı talep edebilecek, bunun yanında gecikmeden doğan zararını da isteyebilecektir. Ancak arsa sahibi, temerrüde düşen müteahhide son süre verip de bu sürenin sonunda ifadan vaz geçtiğini derhal bildirmezse karine olarak hala gecikmiş ifayı istediği sonucuna varılır.¹³⁹

Arsa sahibi, inşaatın tamamlanması imkansız hale gelmedikçe müteahhitten inşaatı devam edilerek inşaatın tamamlanmasını isteyebilir. Müteahhidin temerrüde düşmüş olması buna engel teşkil etmemekle birlikte, müteahhidin temerrüdü halinde arsa sahibinin seçimlik hakları arasında aynen ifayı talep hakkı bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda, müteahhidin bu yükümlülüğü de devam etmektedir.

Aynen ifanın yerine getirilmesini isteyen alacaklı aynı zamanda karşılıklı yükümlülükler içeren kat karşılığı inşaat sözleşmesi hükümleri gereğince borçlu durumunda olduğundan kendi ediminin ifasını da yerine getirmeye hazır olduğunu bildirmekle de yükümlüdür.¹⁴⁰

¹³⁷ “...alacaklının menfaati aynen ifayı elde etmekse örneğin fiyatlar yükselmişse aynen ifayı ve gecikme tazminatı talep etmekte yarar vardır...”(**UYGUR, T.**, age., c.2, s.476)

¹³⁸ “B.K 106/2 da öngörülen süre tayini arsa sahibinin aynen ifa dışındaki diğer iki seçimlik hakkı kullanabilmesi için gerekli ön koşuldur.”(**TEKİNAY,S./AKMAN, S./BURCUOĞLU,H./ALTOP, A.**, age., s.946.)

¹³⁹ **TANDOĞAN, H.**, age., c.2, s. 133.

¹⁴⁰ **KARTAL, B.**, age., s. 100.

Müteahhidin temerrüde düşürülmesi ile birlikte arsa sahibi aynen ifa talebi ile birlikte gecikme tazminatı da isteyebilecektir. Gecikme tazminatının kapsamına, geç kalma nedeni ile mahrum kalınan kira bedeli veya geç kalma nedeni ile satımdan yoksun kalınan kar, gecikme yüzünden başka yerde oturuyorsa bu yüzden ödemek zorunda olduğu kira bedeli, binanın zamanında teslim edileceği düşünülerek üçüncü kişiler ile yaptığı bağlantılar ile zamanında yerine getirememesi yüzünden uğradığı veya zorunda kaldığı tazminat veya cezai şart gibi bedelleri, geç teslim nedeni ile artmasına yol açılan vergi, harç gibi giderler girebilecektir. Ancak bu tazminatın kapsamına manevi üzüntü ve acının telafisi için öngörülen manevi tazminat dahil olmayacaktır.¹⁴¹ Müteahhidin geç ifası nedeni ile istenecek gecikme tazminatının talep edilebilmesi için müteahhidin kusuru aranacaktır.¹⁴² Müteahhidin inşaatın teslim edilmesinin gecikmesinde kusuru bulunmalıdır. Müteahhit gecikmede kusurunun bulunmadığını ispat ederek tazminat ödemekten kurtulabilecektir.¹⁴³

Müteahhidin borcunun ifası arsa sahibinin kusuru nedeni ile gecikmişse bu halde arsa sahibi gecikme tazminatını talep edemeyecektir. Müterafık kusurun söz konusu olduğu durumlarda ise tazminatın miktarında indirim söz konusu olabilecektir. Gecikme tazminatında ihtar tarihi esas alınacak ancak ihtara gerek olmayan hallerde de muacceliyetin gerçekleştiği tarih göz önüne bulundurulacaktır.¹⁴⁴

Diğer yandan sözleşmede müteahhidin teslimde gecikmesi halinde cezai şart öngörülmüşse arsa sahibi bunu müteahhitten talep edebilir. Cezai şart talep edilebilmesi müteahhidin temerrüdü durumundan ayrışması bir hal olup, temerrüde ilişkin şartlar gerçekleşmese dahi cezai şart istemi devam edecektir. Çünkü cezai şart istemi sözleşmeye bağlı bir konudur. Ancak

¹⁴¹ **FEYZİOĞLU, N.F.** (1977), Borçlar Hukuku(Genel Hükümler) C.2, İstanbul, s.243.

¹⁴² Yargıtay 15. HD. 08.05.1990, 858/2076

¹⁴⁴ **EREN, F.**, age., s.282.

müteahhit gecikmede kusurunun bulunmadığını kanıtlaması halinde cezai şart ödemekten de kurtulabilecektir.¹⁴⁵

Teslim tarihi geçmesine karşın arsa sahibinin kanunda öngörülen diğer seçimlik haklarını kullanmamakta direnerek aynen ifayı ısrarla talep etmesi halinde, sözleşmede öngörülen cezai şartın da bu süreçte işlemeye devam edeceği ifade edilmektedir. Ancak cezai şartın ne zamana kadar işleyeceği ve artık bu durumun arsa sahibi yönünden ne zaman hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirileceği tartışma konusudur. Yargıtay'ın önceleri, arsa sahibinin bu cezai şart elde etmeye yönelik ısrarlı tutumunu dürüstlük kurallarına aykırı olarak nitelemekte olduğu ve arsa sahibinin bu hareketini zararı arttırıcı yönüyle müterafık kusur olarak kabul etme eğiliminde olduğu görülmekteydi. Ancak daha sonraları Yargıtay bu görüşünü değiştirmiş ve temerrüt halinde aynen ifa ve gecikme tazminatının arsa sahibinin haklarından biri olduğunu ve bunu her zaman kullanabileceğini, bunun hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmemesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁴⁶ Ancak burada bir ayırım yapılması gerekliliği de vurgulanarak, müteahhidin inşaatı tamamlamayacağını ifade ederek, bırakıp gitmesi halinde arsa sahibinin B.K md.97/1 hükmünden yararlanarak müteahhit nam ve hesabına inşaatı tamamlatmak imkanına sahip olduğu gözetilerek, en geç inşaatın bitirilmesi için gerekli süre sonuna kadar cezai şartın talep edilebileceği, ancak müteahhidin inşaatı el çekmemesi halinde, arsa sahibinin diğer seçimlik haklarından birini kullanıncaya kadar cezai şartın işleyeceğinin kabul edilmesi gerekliliği ifade edilmektedir.¹⁴⁷ Bu halde de artık hakkın kötüye kullanılması olarak niteleme imkanının bulunmadığına işaret edilmektedir.¹⁴⁸ İnşaatın müteahhidin nam ve hesabına

¹⁴⁵ **ERMAN, H.**, age., s.81.

¹⁴⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 09.10.1991, 340/467; Yargıtay 15. H.D 12.06.1989, 1988/3544E. 1989/2796 K.

¹⁴⁷ **SELİÇİ, Ö.**, age., s. 74.

¹⁴⁸ **ERMAN, H.**, age., s.86.

yaptırılması halinde, bu masrafları ödemekle yükümlü olan müteahhidin de kendisine devredilecek arsa paylarının devrini talep hakkı devam edecektir.

Arsa sahibi cezai şart isteminden feragat etmişse veya ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin edimi kabul etmişse artık cezai şart söz konusu olmayacaktır.¹⁴⁹ Bunun yanında arsa sahibinin cezai şarttan daha fazla bir zarara uğraması söz konusu ise, uğradığı zararda müteahhidin kusurlu olduğunu kanıtlayarak bu fazla zararı da isteyebilmesi de mümkündür. Cezai şarta ilişkin olarak ileride ayrıntılı açıklama yapılacaktır.

2.1.2.3.3.2.2.2. Müteahhidin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Aynen İfadan Vazgeçip Müspet Zararı Talep Hakkı

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde belirlenen süre sonunda edimini yerine getirmeyerek temerrüde düşürülen müteahhide karşı, arsa sahibinin Borçlar Kanunu md.106' da yer alan haklarından birisi de, aynen ifadan vazgeçerek, işin yapılmaması nedeniyle oluşan müspet zararının tazmin edilmesini isteme hakkıdır.¹⁵⁰

Bu itibar ile "birde aktin icrasından ve teahhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vaz geçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyarı talep edebilir" hükmü ile, arsa sahibi aynen ifa ve buna bağlı gecikme zararının ödenmesi isteminden vazgeçerek, inşaatın yapılmaması nedeni ile uğrayacağı zararı talep edebilecektir.¹⁵¹

¹⁴⁹ Yargıtay 15. H.D 16.05.1975, 2407/2674; "...B.K 158/2 gereğince davacının burada 5 aylık gecikme hakkını saklı tutmuş olması zorunludur. Oysa davalıdan edimini kabul ederken cezai şart istemek hakkını ileri sürmediği anlaşılmıştır. Şu halde davacının cezai şart istemek hakkının zımnı feragat sebebi ile kalmadığının kabulü gerekir..."

¹⁵⁰ Yeni Türk Borçlar Kanununun 125. Maddesinde müspet zararın tazminine ilişkin olarak "Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir." ifadesi ile yer verilmiştir.

¹⁵¹ Yargıtay 15. H.D 28.03.1985, 1984/4056 E. 1985/1056 K. "...davacılar aynen teslim ve teslim yerine daire bedelinin ödetilmesini istediklerinden incelemenin bu yolda yapılmasında zorunluluk vardır..."

Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçerek müspet zararı talep edebilmesi için, müteahhidin temerrüdüne ilişkin gerekli unsurların oluşması gerekmektedir. Arsa sahibi bu talepte bulunabilmesi için daha önce ifade edilen “son süre”¹⁵² olarak müteahhide inşaatı tamamlaması için uygun bir süre vermelidir. Belirlenen bu süre sonunda inşaatın tamamlanmaması halinde arsa sahibi aynen ifa talebinden vazgeçtiğini derhal bildirerek müspet zararının tazminini isteyebilecektir.¹⁵³ Genel kural bu olmakla birlikte daha önce ifade edilen B.K md. 107’de öngörülen son süre verilmesine gerek olmaksızın temerrüt hükümlerinin uygulanabileceğini öngören hükmün varlığı da unutulmamalıdır.

Belirtmek gerekir ki arsa sahibinin müspet zararını istemesi halinde sözleşme ilişkisi sona ermemekte, sözleşme ile kararlaştırılan müteahhidin inşaat yapma borcunun yerini tazmin borcu almaktadır.¹⁵⁴ Yani arsa sahibi inşaatın yapılması ile işin gecikmesinden doğan zararın ödenmesinden vazgeçerek, inşaat yapılsa idi elde edeceği ekonomik kazancın değerini kendisine tazmin suretiyle sağlanmasını talep edecektir.¹⁵⁵

Müspet zarar, alacaklının sözleşmeden dönmeyerek, gecikmiş ifayı reddedip, edimin yerine getirilmemesi nedeni ile uğradığını talep ettiği zarardır.¹⁵⁶ Burada zararın kapsamını binanın zamanında yapıp teslim edilmesi halinde, arsa sahibinin malvarlığında meydana gelecek değeri esas

¹⁵² “Son süreye” ilişkin olarak yapmış olduğumuz açıklamalar için Bkz. 61-63.

¹⁵³ **ERMAN, H.**, age., s.92.

¹⁵⁴ **SEROZAN, R.**,(Sözleşmeden Dönme)s.78.

¹⁵⁵ Yargıtay 15. H.D 18.07.2005, 2004/6922 E. 2005/4298 K.: “...Davacı B.K 106. Maddesindeki seçimlik hakkını aynen ifadan vazgeçerek bağımsız bölümlerin tamamlanmış bedelleri karşılığı tazminat olarak kullandığından bilirkişilerce belirlenen davacıya verilmesi kararlaştırılan üç adet bağımsız bölümün dava tarihi itibarı ile piyasa rayiç bedellerinin davacının istek ve miktarı da gözetilerek karar altına alınması gerekmektedir.”

¹⁵⁶ “...Müspet zarar alacaklının gereği gibi ve vaktinde olan ifaya taalluk eden menfaatine takabül eder. Yani borçlu edayı gerektiği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne vaziyette bulunacak idiyse, bu vaziyetiyle mamelekin halihazır vaziyeti arasındaki müspet zarardır...” (**UYGUR, T.**, c.2, s.482)

olarak belirlemek gerekecektir. Müteahhidin borcu zamanında yerine getirseydi alacaklının uğramayacağı yoksun kalınan kar da müspet zarar kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁵⁷

Kural olarak aynen ifadan vazgeçen arsa sahibine tazminat olarak ödenecek bedel, binanın yapılmış halinin aynen ifadan vazgeçildiğinin bildirildiği tarihteki değeri ile, müteahhide inşaat yapma karşılığı ödenecek bedel(arsa payı değeri) arasındaki rayiç ücret farkıdır. Bu bedelin ödenmesi ile arsa sahibinin sözleşmeden beklediği menfaati sağladığı göz önünde bulundurulduğunda, arsa sahibinin karşı edimi olan arsa paylarının devri konusu gündeme gelecektir. Ancak tartışma, arsa sahibinin bu edimini sözleşmede kararlaştırılan şekli ile arsa paylarının devri suretiyle mi yoksa bu paylara karşılık gelen bedelin müteahhide verilmesi suretiyle mi gerçekleştireceği noktasındadır. Burada ileri sürülen görüşlerden birisi, alacaklı ifa edilmeyen edimin tam değerini elde etmekle, kendisine düşen edimini de yerine getirmesi gerekmektedir. Doktrinde “mübadele teorisi”¹⁵⁸ olarak kabul edilen bu görüşün benimsenmesi halinde arsa sahibi elde ettiği müspet zararına karşılık olarak, sözleşmede yükümlülüğü olan arsa paylarını devir borcu doğrultusunda, müteahhide arsa paylarını devredecektir. Diğer yandan söz konusu olan diğer görüşe göre ise; zararın kapsamı belirlenirken, yerine getirilmeyen edimin değeri ile, karşı edimin değeri arasındaki farkın tazmin suretiyle giderilmesi söz konusudur. Doktrinde “fark teorisi”¹⁵⁹ olarak kabul edilen bu görüşe göre de, edimlerin değerine göre aradaki fark kendisine tazmin yoluyla ödenecek arsa sahibi, müteahhide arsa paylarını devretmekle yükümlü olmayacaktır.

Bu görüşlerden, fark teorisinin uygulanmasının sorunların çözümünde daha etkili olacağı ifade edilmektedir. Buna göre arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçme tarihine göre hesaplanacak karşı edim borcu, arsa sahibinin ifa

¹⁵⁷ KILIÇOĞLU, A.M., age., s. 548.

¹⁵⁸ TEKİNAY, S./AKMAN, S./BURCUOĞLU,H./ALTOP, A., age., s.869.

¹⁵⁹ TEKİNAY, S./AKMAN, S./BURCUOĞLU,H./ALTOP, A., age., s.870.

menfaatinin değerinden düşölerek aradaki fark müteahhitten talep edilecektir. Zararın tazmini için yapılacak bedel tespitlerinin arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçtiğini bildirdiği tarihteki rayiç fiyattan yapılması gerekliliği ifade edilerek, bu tarihten sonraki değer düşüşü veya artışlarının yapılacak hesaplamalarda gözetilmemesi gerekliliğinin üzerinde durulmuştur.¹⁶⁰ Bununla birlikte alacaklının seçimlik hakkını kullanmakla karşılıklı edimini yerine getirmekten kurtulduğu, borçlandığı edimini de aynen ifa etmek zorunda bulunmadığı, onun yerine ise borçludan talep edilen alacak miktarından yerine getirmekle yükümlü olduğu edimin değerini indirerek talep etmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁶¹

Her ne kadar fark teorisinin uygulanmasının ortaya çıkabilecek sorunların çözümünde çoğunlukla daha etkin olabileceği kabul edilse de bazı durumlarda sorunun çözümüne katkı sağlayamayacaktır. Örneğin inşaaata başlanmadan önce arsa payları müteahhide devredilmişse ve hatta müteahhitte bunları üçüncü kişilere satmışsa, fark teorisi burada yetersiz kalacaktır. Çünkü arsa paylarını daha önceden devreden arsa sahibi sözleşmeyi feshetmeden arsa paylarının kendisine geri verilmesi imkanını bulamayacaktır. Müspet zarar isteminin söz konusu olabilmesi için ise sözleşme ilişkisinin devamı zorunludur. Bu haliyle de daha önce devrettiği arsa paylarının kendisine geri verilme imkanını bulamayan arsa sahibinin mübadele teorisi doğrultusunda arsa paylarının müteahhide veya üçüncü kişilere devrine razı olması gerekmektedir.

Yargıtay'ın ise bu konuda; müspet zararın tazmin edilmesi talep edildiğinde alacaklının da kendi edimini yerine getirmek zorunda olduğu yönündeki görüşlerine rastlanmaktadır.¹⁶²

Tartışmalı olan diğer bir husus, müspet zararın kapsamına gecikme nedeniyle doğan zararın dahil edilip edilemeyeceği hakkındadır. Sözleşmeye

¹⁶⁰ **ERMAN, H.**, age., s.93.

¹⁶¹ **KARTAL, B.**, age., s. 103.

¹⁶² Yargıtay 13. H.D 31.12.1992, 8672/10221.

konu işin yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan gecikme tazminatından vazgeçilmesi, müspet zarar isteminin koşullarından biri olarak kabul eden ve müspet zararın içerisine gecikmeden doğan zararın dahil edilemeyeceği, gecikme tazminatı isteniyorsa aynen ifadan vazgeçilmemesi gerektiği görüşünde olan yazarlar bulunduğu gibi¹⁶³, iş sahibinin ifadan vazgeçmekle gecikmiş ifayı istemesi halinden daha kötü duruma düşmemesi gerektiği gerekçesi ile müspet zararın hesabında gecikme dolayısı ile uğranılan zararların da hesaba katılmasının uygun olacağını ifade eden görüşler de mevcuttur.¹⁶⁴ Ancak kanun hükmünde “birde aktin icrasından ve teahhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vaz geçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyarı talep” edebileceği yönündeki ifade de, gecikme nedeni ile doğan zarar ve ziyan talebinden vazgeçildiğinin bildirilmesi yönündeki hükmün lafzı, gecikmeden doğan zararın istenebilmesi konusunda engel teşkil etmektedir.

İnşaatin yapımı için gerekli olan masrafların da müspet zararın kapsamında değerlendirilmesi gereken kalemlerde birisi olduğu ileri sürülmektedir.

Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçerek müspet zararını istemesi için, kural olarak müteahhide edimini yerine getirerek inşaatı tamamlaması için uygun bir süre vermesi, bu sürenin sonunda edimini yerine getirmeyen müteahhide aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararının tazmininin istendiğinin derhal bildirilmesi gerektiği ifade edilir. Ancak müteahhidin edimini yerine getirmeyeceğini bildirmiş olması halinde olduğu gibi bu sürenin verilmesinin yararsız olacağı düşünülüyorsa da bu süre verilmeksizin aynen ifa talebinden vazgeçildiğinin bildirilebileceği ifade edilmiştir.

Her ne kadar kanunda arsa sahibine seçimlik haklardan biri olarak, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararını isteme hakkı tanınmışsa da

¹⁶³ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s.604.

¹⁶⁴ **TANDOĞAN, H.**, age., (Mesuliyet)s.503.

uygulamada kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde sıklıkla başvuru olan bir yol olmadığını belirtmek gerekir.

2.1.2.3.3.2.2.3. Müteahhidin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararını Talep Hakkı

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin temerrüde düşmesi halinde, daha önceki bölümlerde arsa sahibinin seçimlik haklarından birini kullanabileceği ifade edilmiştir. Temerrüt halinde arsa sahibi aynen ifayı talep hakkını kullanabileceği gibi aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeyi feshedebilir. Ancak bunun için kural olarak müteahhide inşaatı bitirmesi için uygun bir süre vermesi gerekir. Ancak süre vermenin yararsız olacağı da ortada ise bu süreyi vermeksizin de sözleşmeyi feshedebilmesi mümkündür. Arsa sahipleri birden fazla ise fesih iradesini arsa sahiplerinin tamamının belirtmesi gerekmektedir. Fesih beyanının nasıl yapılacağı ve etkisi konusunda açıklık bulunmamakla beraber, eser sözleşmelerinde şekle bağlı olmaksızın fesih beyanında bulunan tarafın iradesinin karşı tarafa ulaşması ile birlikte feshin hüküm ve sonuçlarını doğuracağını ifade etmek gerekir. Ancak kurulması resmi şekle tabi olan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise karşı tarafın feshi kabul etmemesi halinde sözleşmenin feshi için mahkeme kararına ihtiyaç duyulacaktır.

Sözleşmenin feshi halinde feshin ileriye yönelik mi yoksa geçmişe etkili olarak mı sonuç doğuracağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Ancak bu konuda her somut durumun kendi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği şeklinde özetle bir sonuç ifade edilebilir. Arsa sahibi sözleşmenin feshi ile menfi zarar talebinde bulunabilir. Kira kaybı, gecikme tazminatı, maliyet artışı gibi müspet zararlarının tazminini talep edemez.¹⁶⁵ Müteahhidin temerrüdü nedeni ile sözleşmenin feshi konusu hakkında sözleşmenin sona ermesi bölümünde ayrıntılı açıklama yapılacaktır.

¹⁶⁵ KOSTAKOĞLU, C., age., s.606.

2.1.2.3.3. Müteahhidin Temerrüdüne İliŖkin zel Düzenleme

Borçlar Kanunu md. 358/1 hükümünde, “Müteahhit, iŖe zamanında baŖlamaz veya mukavele Ŗartlarına muhalif olarak iŖi tehir eder yahut iŖ sahibinin kusuru olmaksızın vakı olan teehhr bütün tahminlere nazaran mütaahhidin iŖi muayyen zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecede olursa iŖ sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeğe mecbur olmaksızın akdi feshedebilir.” düzenlemesi yer almıŖtır. Hükümde müteahhidin temerrüde dŖmesi halinde ngrlmŖ bir düzenleme söz konusudur. İŖ sahibinin temerrüdü halinde hükümün uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Buna göre, inŖaatın yapımında gecikmiŖ olması halinde müteahhide iŖe baŖlaması veya iŖe devam etmesi konusunda ihtarda bulunularak uygun süre verilmesine rağmen müteahhidin buna yanaŖmaması halinde arsa sahibi szleŖmede kararlaŖtırılan teslim süresini beklemeden szleŖmeyi feshedebilir. Her ne kadar hükümde sadece szleŖmenin feshinden bahsedilmiŖse de bunu B.K md 106 yer alan diğer seçimlik hakların da kullanılabileceği Ŗeklinde anlamak da doğru olacaktır. Arsa sahibinin ifade edilen durumlarda szleŖmeyi feshetmesiyle birlikte szleŖme geriye yönelik olarak tüm hüküm ve sonuçları ile ortadan kalkacaktır. Bu konuya iliŖkin olarak da szleŖmenin sona ermesi bölümünde ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır.

2.1.2.4. Müteahhidin Ayıba KarŖı Tekeffül Borcu

2.1.2.4.1. Ayıp Kavramı ve Türleri

Ayıp konusu, Borçlar Kanunu zel Hükümlerinde kira szleŖmesi, satım szleŖmesi ve eser szleŖmesine iliŖkin hükümlerde düzenleme alanı bulmuŖtur. Kat karŖılıęı inŖaat szleŖmelerinde de B.K’ nın eser szleŖmesine iliŖkin ayıbın düzenlendiği hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.¹⁶⁶

¹⁶⁶ “İŖ sahibi, esrin ayıplı teslim edilmesi durumunda, szleŖmenin gereği gibi ifa edilmemesi sebebi ile B.K md. 96 hükümüne dayanarak müteahhitten tazminat talep edemeyecektir. Burada B.K md. 360 vd. hükümleri B.K md. 96’ ya göre özel düzenlemelerdir. Müteahhidin bağımsız bölümü ayıplı olarak arsa sahibine teslim etmesi durumunda bu hükümler

Müteahhidin arsa sahibine karşı aralarındaki sözleşmeye uygun olarak arsa sahibinin menfaatini karşılayacak ve gerekli nitelikleri taşıyacak bir inşaatı teslim etme borcuna ayıba karşı tekeffül borcu denilmektedir.¹⁶⁷

B.K md.360 hükmünde, “Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta mütaahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir.” denilmiştir. Söz konusu hükme göre müteahhit, binanın ayıplı olması halinde bu ayıptan dolayı arsa sahibine karşı sorumludur.¹⁶⁸ Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda da eser sözleşmelerinde söz konusu olacak ayıp hükümlerine yer verilmiş olup ayıp halinde iş sahibinin haklarını düzenleyen md. 475 hükmünde;

“Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde işsahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1.Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.

2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme.

3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.

İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

Eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.”

şeklindeki düzenleme ile eski mevcut kanuna nazaran daha anlaşılabilir ifadeler ile aynı hususların korunduğu ifade edilebilir.

yarışmayacaktır.” (GÜNEL, M.C. (2004), “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni ile Sahip Olduğu Haklar”, Prof.Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul, s.414.

¹⁶⁷ TANDOĞAN, H., age., c.2, s.160.

Ayıp, teslim edilen eserde sözleşmede belirlenen niteliklerin veya eserin ortaya çıkarılmasındaki amacına göre eserde varlığı zorunlu olan niteliklerin eksik olması halidir. Sözleşmeye veya fenni koşullara uygun olmayan inşaat ayıplıdır.¹⁶⁹ Yargıtay ise ayıp kavramını; “ayıp, bir malda veya imal edilen eserde sözleşme ve yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken niteliklerin bulunmasıdır” şeklinde tanımlamıştır.¹⁷⁰

Ayıbın iki şekilde söz konusu olması mümkündür. İlk olarak, ayıbın, müteahhidin sözleşmenin akdi sırasında inşaatta bulunacağını taahhüt ettiği niteliklerin inşaatta bulunmamasından kaynaklandığı ileri sürülebilir. Bu halde sözleşmede, inşaatta mevcut olacak nitelikler taraflar arasında kararlaştırılmaktadır. Taraflarca kararlaştırılan bu niteliklerden herhangi birinin eksikliği, eserin ayıplı olmasına neden olabilir. Hatta sözleşmede öngörülen niteliğin eserde bulunmaması eseri daha değerli kılsa dahi bir ayıbın varlığı söz konusu olabilmektedir. Ancak bu halde artık arsa sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayılması da mümkündür.¹⁷¹ Sözleşmede taraflar eserin sahip olacağı asgari nitelikleri kararlaştırmış olabilirler. Bu halde arsa sahibi niteliklerin asgari olarak belirlenen ölçünün üstünde olmadığını ileri sürerek ayıp hükümlerinden yararlanamaz. Bir ayıptan söz edilebilmesi için eserde asgari belirlenen ölçütlerin altında nitelikler var olmalıdır.¹⁷²

Diğer taraftan sözleşmede kararlaştırılmamakla birlikte, inşaatta, kendisinden beklenen yararın sağlanabilmesi için gerekli niteliklerin eksikliği hali de ayıp olarak değerlendirilmektedir. Önceden kararlaştırılmamış olmamasına karşın dürüstlük kurallarının ve ticari doğruluğun bir gereği olarak yapının kendisinden beklenen yararı

¹⁶⁹ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s.455.

¹⁷⁰ Yargıtay 15.H.D 27.01.2009, 2008/489-2009/394.

¹⁷¹ **TANDOĞAN, H.**, age., c.2, s.163.

¹⁷² **ERMAN, H.**, age., s.110.

gerçekleştirmeye kısmen de olsa elverişsiz olması halinde ayıbın varlığının söz konusu olacağı ifade edilmektedir.¹⁷³

Uygulamada genellikle sözleşmelerin eki olarak inşaatın teknik şartnamelerine yer verilmektedir. Bu şartnamede binaya ilişkin olarak öngörülen nitelikte malzemeler ve inşaatın genel şekli yer almaktadır. Şartnamede yer verilen hususların inşaatla bulunmaması hali bir ayıbın varlığına işarettir. Bazen de binanın yapım maliyeti olarak ve müteahhit için öngörülen bedel inşaatın genel durumuna ilişkin belirleyici emareler göstermektedir. Öngörülen bu bedellerin normal maliyetlerin üstünde olması halinde müteahhidin kullanacağı malzemenin yüksek kalite olması gerektiği sonucuna varılabilir. Taraflar sözleşmede inşaatın ve malzemenin niteliğine ilişkin bir belirleme yapmamışlar, genel mahiyetten de bu anlayamıyorsa, B.K md. 70 hükmü doğrultusunda “orta vasıfta” malzeme kullanılmış olması aranır. Bu durumda sözleşmede yapılması öngörülen binanın tahsis amacına uygun orta kalitede bir binanın yapılması gerekmektedir. Binanın kullanım amacı belirli ise inşaat, bu amacı gerçekleştirmeye cevap vermek zorundadır. Bu konuda da inşaatın yapıldığı zaman ve yerdeki örf ve adete uygunluk bir kıstas olabilir.

Ayıbın mevcudiyeti sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi sonucunu doğurmaktadır. Burada ifa eksikliğinden kasıt, ifanın gereği gibi yerine getirilmemiş olmasıdır. Yoksa ortada aslında bir ifa söz konusudur. Bu halde de müteahhidin temerrüdü durumu söz konusu değildir.

Müteahhidin ayıba karşı bu sorumluluğu, ayıbın, yönetimi altında iş yaptırdığı yardımcılarının veya alt müteahhitlerin kusurlu fiillerinden kaynaklanmış olup olmamasına bağlı değildir.¹⁷⁴

¹⁷³ **ÖZ, T.**,(İnşaat Sözleşmesi)s.114.

¹⁷⁴ **SELİÇİ, Ö.**, age., s. 123.

Maddi ayıbın yanı sıra bir diğer ayıp türü olarak “ekonomik ayıp” ayrımı yapılmıştır. Eserin ekonomik yönden değerine etki edebilecek unsurlar, ekonomik ayıp olarak ifade edilmektedir. Örneğin, inşaattaki doğramaların birinci sınıf değil de üçüncü sınıf malzemedan yapılması halinin eserin ekonomik değerinin azaltıcı unsurları gözetildiğinde bu tür değer kayıplarının ekonomik ayıp olarak değerlendirildiği görülmektedir.¹⁷⁵

Şimdiye kadar anlatılan eserdeki maddi ayıpların yanı sıra eserde hukuki ayıpların varlığı da söz konusu olabilmektedir. Hukuki ayıp, hukuk düzeninin, mevzuattan kaynaklanan nedenler ile eserden amaçlanan yararın sağlanmasına olanak tanımaması durumu olarak ifade edilebilir. Genellikle bu konudaki sıkıntı kamu hukukunun kurallarına aykırı inşaatın varlığı halinde gündeme gelir.¹⁷⁶ Müteahhidin almakla yükümlü olduğu iskan ruhsatını, imar mevzuatında değişiklik olması sebebi ile kendi kusurundan kaynaklanmayan sebepler ile alamaması halinde hukuki ayıbın varlığından söz edilebilecektir.

Diğer bir ayırım olarak da; eserin iş sahibine teslimi esnasında basit bir inceleme ile kolaylıkla görülebilecek olan ayıplar açık ayıp, teslim esnasında görülemeyecek nitelikte daha sonra kullanım aşamasında anlaşılabilmesi mümkün olan ayıplar ise gizli ayıp olarak kabul edilmiştir. Gizli ayıpta özel teknik bir inceleme neticesinde veya süreç içerisinde kullanım esnasında ortaya çıkan emareler ile tespit edilmesi mümkün ayıplar söz konusudur. Bu açık ayıp gizli ayıp ayrımı muayene ve ihbar yükümlülüğü bakımından önem taşımaktadır. Borçlar Kanunu md.359 ve 362 hükümleri gereğince açık ayıplar bakımından muayene ve ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesi müteahhidin sorumluluğunun doğması için ön şartlardan biri olarak ortaya çıkar. Müteahhit açık ayıplı eserdeki sorumluluğundan iş sahibinin işlerin mutata cereyanına göre imkan bulur bulmaz muayene ve ihbar etmediği

¹⁷⁵ AYDEMİR, E., age., s.268.

¹⁷⁶ BURCUOĞLU, H., a.g.m, s.286.

zaman kurtulduğu halde, gizli ayıplı işlerde müteahhidin sorumluluğu zamanasını süresince devam eder.¹⁷⁷

Eser, iş sahibinin kullanamayacağı ölçüde ve hakkaniyet gereği onu kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı ise önemli ayıp, eserin kullanımına ve tahsis amacına fazlaca etkisi bulunmayan ayıp ise daha az önemli ayıp olarak ifade edilir.¹⁷⁸

Eserde teslim esnasında bulunan ayıplar asli ayıp, teslimden sonra asli ayıp nedeni ile ortaya çıkan başka ayıplar ise ikincil ayıp olarak tanımlanmaktadır.

2.1.2.4.2. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunun Şartları

Müteahhidin ayıplı inşaat nedeni ile sorumlu olabilmesi için bir takım hususların gerçekleşmiş olması koşulu aranır. Bu şartları kısaca özetlemek gerekir.

2.1.2.4.2.1. İnşaatın Teslim Edilmiş Olması

Müteahhidin ayıba karşı tekeffülünden söz edilebilmesi için öncelikle inşaatın tamamlanarak arsa sahibine teslim edilmiş olması gerekmektedir. Burada teslim ile ifade edilmek istenen binanın arsa sahibinin fiili hakimiyetine bırakılmasıdır.¹⁷⁹ Genellikle uygulamada teslimin saptanması için yazılı bir protokol düzenlemektedir.¹⁸⁰ Binayı teslim alan arsa sahibi binada ayıbın olup olmadığını bina kendisine teslim edildiği zaman öğrenme olanağı bulabilecektir. Arsa sahibi binanın yapımı devam ederken haberdar olduğu ayıpları bildirme yükümlülüğü altında değildir. Binanın tamamlanma zamanına kadar beklemesi ve ayıpların giderileceği düşüncesi ile hareket etmesi mümkündür. Ancak arsa sahibi teslimden önce haberdar olduğu ayıpları müteahhide bildirerek bunların giderilmesini isteyebilecektir. Bu

¹⁷⁷ KARATAŞ, İ., age., s.182.

¹⁷⁸ YAVUZ, C., age., s.475.

¹⁷⁹ ŞENOCAK, Z., age., s.80.

¹⁸⁰ ÖZ, T., (İnşaat Sözleşmesi), s.169.

durumda da artık teslimden sonra arsa sahibinin müteahhide tekrar bir bildirimde bulunmasına gerek yoktur.

2.1.2.4.2.2. İnşaatın Ayıplı Olması

B.K md.360 hükmünde, “Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta mütaahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir.” denilmiştir. Söz konusu hükme göre müteahhit, binanın ayıplı olması halinde bu ayıptan dolayı arsa sahibine karşı sorumludur. Bununla birlikte B.K md. 357/3 hükmünde “İş devam ettiği sırada, iş sahibinin, verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut imalatın noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal hadis olursa müteahhit, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeğe mecbur aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir.” denilmiştir. Hükümlerden anlaşılacağı üzere inşaatın ayıplı olması halinde arsa sahibinin inşaatı kabulden kaçınması mümkündür. Bunun yanında müteahhidin kusurunun da varlığı halinde zarar ziyan talebinde bulunabilecektir. Malzemenin arsa sahibi tarafından verilmesi halinde veya arsa sahibinin inşaat yapılacak yeri göstermiş olması durumunda müteahhidin malzemeyi veya arsayı gerekli ölçüde inceleyerek tehlike arz edebilecek hususları arsa sahibine bildirmesi gerekir. Her ne kadar kural olarak ayıbın arsa sahibinin kusurundan kaynaklanan nedenler ile ortaya çıkması halinde müteahhidin ayıba karşı sorumlu olamayacağı kabul edilse de tehlike oluşturabilecek hususları derhal arsa sahibine bildirmek ile yükümlüdür. Müteahhidin bu bildirim yükümünü yerine getirmemesi halinde ayıptan sorumlu olacağı kabul edilmektedir.

Eserin ayıplı olmasında, ayıp kavramında yer verilen maddi ayıp veya hukuki ayıp olmasının farkı yoktur. Açık ayıp veya gizli ayıp ayrımları da bildirim yükümlülüğüne ilişkin hususlar olup yine doğacak sorumluluk açısından bir etkisi bulunmamaktadır. Sonuç olarak fazlaca üzerinde yoruma

gerek olmaksızın müteahhidin ayıba karşı sorumluluğuna gidilebilmesi için teslimle yükümlü olduğu inşaatta ayıbın varlığı gereği ifade edilebilir.

2.1.2.4.2.3. İnşaatın Kabul Edilmemiş Olması

Arsa sahibinin inşaatın kendisine teslim edilmesinden sonra inşaatı kabul etmesi gerekir. Geçerli bir teslim ve kabul beyanı ile müteahhit üzerine düşen edimi yerine getirmiş olacaktır. Eserin teslim edilmiş olması onun kabul edildiği anlamını her zaman taşımamaktadır. İnşaatın tesliminde arsa sahibinin herhangi bir irade açıklamasında bulunmasına gerek olmamasına karşın, geçerli bir ifa için arsa sahibinin açık veya zımni irade beyanı ile eseri kabul etmesi gerekmektedir. Arsa sahibinin inşaatın kendisine teslim edilmesine ilişkin herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmemesi veya müteahhide memnuniyeti belirtmesi gibi durumların inşaatın kabulüne yönelik iradenin varlığı olarak algılanması mümkündür. Kabulün bu teslim sırasında olması mümkün olduğu gibi inşaatın gözden geçirildikten sonra da bu beyanın yöneltmesi mümkün olabilecektir.

Borçlar Kanunu md.362 hükmünde, “Yapılan şeyin sarahaten veya zımnen kabulünü müteakıp mütaahhit, her türlü mesuliyetten beri olur. Ancak mütaahhidin kasten sakladığı usulü veçhile muayenesinde müşahade edilemeyecek olan kusurlar hakkında, mesuliyeti bakidir. Eğer iş sahibi kanunen tayin olunan muayene ve ihbarı ihmal ederse zımnen kabul etmiş sayılır. Yapılan şeydeki kusur, sonradan meydana çıkarsa iş sahibi, vakıf olur olmaz keyfiyeti mütaahhide haber vermeğe mecburdur. Aksi takdirde iş sahibi kabul etmiş sayılır.” denilmektedir. İşaret edilen hükümde kabule ilişkin genel kurallara yer verilmiştir. Buna göre inşaatın kabulü ile birlikte müteahhidin ayıba karşı sorumluluğu eğer müteahhit ayıbı kasten gizlememiş ise veya gizli ayıpların söz konusu olmadığı hallerde ortadan kalkacağı ifade edilmiştir.

Burada bir ayırım yapmak gerekir. Ayıplı eserin teslim sırasında kabul edilmemesi söz konusu olabilir. Arsa sahibi eserin ayıplı olması halinde kabulden imtina edebilecektir. Bununla birlikte arsa sahibinin inşaatı ihtirazi

kayıtla teslim alması, muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirerek müteahhidin sorumluluğuna yönelmesi de mümkündür. Sonuç olarak müteahhidin ayıba karşı tekeffülünden bahsedebilmek için arsa sahibinin ayıplı olarak teslim edilen inşaatı kabul etmemesi gerekmektedir.

2.1.2.4.2.4. Ayıbın Arsa Sahibinden Kaynaklanmamış Olması

Ayıbın, arsa sahibinden kaynaklanan bir nedenden ötürü ortaya çıkması halinde arsa sahibi, müteahhidi ayıba karşı tekeffül hükümlerinden sorumlu tutamayacaktır. B.K md. 361¹⁸¹ hükmünde; Yapılan şeyin kusurlu olması müteahhidin sarahaten beyan eylediği mütalaaya mugayir olarak iş sahibinin verdiği emirlerden neşet etmiş bulunur veya her hangi bir sebeple iş sahibine isnadı kabil olursa, iş sahibi o şeyin kusurlu olmasından mütevellit hakları dermeyan edemez” şeklinde yer bulan madde gereği, inşaatın ayıplı olmasının, kusuru aranmaksızın arsa sahibinin kendisine ilişkin bir sebepten ileri gelmesi halinde müteahhidin sorumluluğu ortadan kalkacaktır.

Arsa sahibi ayıbın ortaya çıkmasına vermiş olduğu talimatlar nedeni ile sebep olabileceği gibi inşaatı kullanılmak üzere malzemenin arsa sahibi tarafından karşılanması durumunda malzemede mevcut olan ayıbın inşaatı söz konusu ayıba neden olması da mümkündür. Ancak arsa sahibinden kaynaklanan bu nedenlerin her zaman müteahhidin sorumluluğunu kaldıracığı sonucunu doğurmaz. Keza müteahhide malzemenin elverişsizliğinin veya verilen talimatın inşaatın yapımını tehlikeye düşüreceği uyarısında bulunma yükümlülüğü yüklenmiş bulunmaktadır. Müteahhidin madde hükmünde söz konusu sorumsuzluktan faydalanabilmesi için de bu ihtar yükümlülüğünü yerine getirmiş olması gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁸² Müteahhidin üzerine düşen bu uyarı yükümlülüğünü yerine getirmesi rağmen arsa sahibi, talimatı veya malzemenin kullanılması konusunda ısrar

¹⁸¹ Yeni Türk Borçlar Kanununda bu husus 476. Madde kapsamında “Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, işsahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple işsahibine yüklenebilecek olursa işsahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.” ifadesi ile yerini bulmuştur.

¹⁸² KARATAŞ, İ., age., s.186.

etmişse artık bu sebepten meydana gelecek ayıp nedeni ile müteahhit sorumlu olmayacaktır.¹⁸³

2.1.2.4.2.5. Arsa Sahibinin Muayene ve İhbar Yükümlülüğünü Yerine Getirmesi

Borçlar Kanunu md. 359 hükmünde¹⁸⁴ İmal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutat cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeğe mecburdur.” denilmiş, bu doğrultuda da arsa sahibine ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilmesi için bir yükümlülük yüklenmiştir. Buna göre arsa sahibi, ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi için inşaatın kendisine teslimi ile birlikte imkan bulur bulmaz inşaatı incelemeye ve ayıp söz konusu ise bunu müteahhide bildirmekle mükelleftir.¹⁸⁵ Hemen belirtmek gerekir ki arsa sahibinin bu sorumluluğu bir borç değil, ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi için koşul olarak öngörülmüş bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi hali bir borca aykırılık olarak nitelendirilemeyip, sadece kanundan doğan haklarını kullanamamasına neden olacak bir külfettir. Müteahhit arsa sahibinden inşaatı muayene etmesini ve ayıp varsa kendisine bildirmesini talep edemez.¹⁸⁶ Borçlar Kanunu md.362/2 hükmünde “Eğer iş sahibi kanunen tayin olunan muayene ve ihbarı ihmal ederse zimnen kabul etmiş sayılır.” denilmektedir.¹⁸⁷ İşaret

¹⁸³ **ÖZ, T.**, (İnşaat Sözleşmesi), s.171.

¹⁸⁴ Yeni Türk Borçlar Kanunda md.474 hükmünde konuyla ilgili yeni düzenleme “İşsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.”şeklindedir.

¹⁸⁵ Yargıtay 15. H.D 27.03.2009, 2009/336 E. 2009/1793 K. : ” ... Yüklenicinin, iş sahibine olan borçlarına aykırı olarak imalini yüklediği eserin ayıplı olması durumunda; açık ayıplarda Borçlar Kanunu'nun 359; gizli ayıplarda 362. maddeleri hükümlerine uygun olarak ihbarda bulunduğu takdirde, aynı Kanun'un 360. maddesinde tanınan hakları iş sahibi kullanabilir...”

¹⁸⁶ **ÖZ, T.**,(İnşaat Sözleşmesi), s.171.

¹⁸⁷ Yargıtay 15. H.D. 22.11.1990, 3773/5000

edilen bu hükümde de yer aldığı üzere arsa sahibi muayene ve ihbar yükümlülüğü ile sorumluluk altındadır.

Müteahhit lehine öngörülmüş olan bu muayene ve ihbar yükümlülüğü, eserin tesliminden uzun süreler sonra gerçekten müteahhidin kusuru veya ihmali sebebi gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesi konusunda önemli sorunların ortaya çıkmasına engel olmaya yönelik olarak öngörülmüştür. Ancak muayene ve ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde müteahhidin sorumluluğuna gidilememesinin arsa sahibi yönünden ağır bir yükümlülük olduğu da ifade edilmekte, tereddüt halinde muayene ve ihbar sürelerinin iyiniyetli arsa sahipleri lehine yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁸⁸

Arsa sahibinin bu muayene ve bildirim yükümlülüğü kural olarak inşaatın tamamlanarak kendisine teslim edilmesi ile başlar. Müteahhidin arsayı ayıplı olmasına rağmen tamamladığını bildirmesi ve arsa sahibinin kullanımına bırakması teslim olarak değerlendirilmekte ve bu süre de muayene ve ihbar süresinin başlangıcı olarak kabul edilebilmektedir. Arsa sahibinin inşaat tamamlanmadan ve kendisine teslim edilmeden haberdar olduğu ayıplar için bildirim süresinin başlamayacağını, inşaatın kendisine teslim edilmesini bekleyebileceği daha önce ifade edilmiştir. Ancak bu durumda teslim zamanını beklemeksizin bildirimde de bulunmuş ise teslimden sonra tekrar bir bildirim yükümlülüğü söz konusu olmamakta ve teslimin ihtirazi kayıtla gerçekleştiği kabul edilmektedir.¹⁸⁹ Bunun yanında ayıbın tam olarak ortaya konabilmesi için inşaatın kendisine teslim edilmesi ve onu bu şartlarda muayene etmesi gerekmektedir. Zira bu ayıpların gerçek kapsamı, arsa sahibine teslimin yapılması ile inşaatın onun uhdesine geçmesi halinde öğrenilebilecektir. Diğer yandan arsa sahibinin B.K md. 358 hükmünden doğan hakları saklı olup eserin ayıplı olacağının kesin olarak öngörülüyor olması halinde işi başkasına yaptırabilmesi de mümkündür.

¹⁸⁸ TANDOĞAN, H., age., c.2, s.163.

¹⁸⁹ ÖZ, T., (İnşaat Sözleşmesi), s.113.

Müteahhit inşaatın yapımında alt müteahhitler kullanmışsa, muayene ve ihbar yükümlülüğü bunların ayrı ayrı teslimi ile değil, bağımsız bölümlerin bütünüyle tamamlanıp teslim edilmesi ile başlayacaktır.¹⁹⁰

Taraflar sözleşmede muayene ve ihbar süresi konusunda anlaşmış olabilirler. Ancak karşılaştırılan bu sürenin ayıbın türü ve kapsamına göre tespitinin olanaksız olacağı öngörülüyorsa olağan şartlarda makul sürenin esas alınması gerekir.

Arsa sahibi muayene yükümlülüğünü inşaatı teslim aldıktan sonra imkan bulur bulmaz yerine getirmelidir. Kanunda bu yükümlülük md.359/1 hükmünde “İmal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutat cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeğe mecburdur.” ifadesi ile yerini bulmuştur. Bu itibar ile muayene yükümlülüğü eserin teslimi ile başlayacak ve arsa sahibinin bu muayene süresinin ne kadar süreceğinin tespiti iyiniyet kuralları etrafında belirlenecektir. Ayrıca her eserin(inşaatın) niteliğine göre imkan bulur bulmaz ifadesinin değerlendirilmesi gerekir. Muayene kavramı, teslim edilen eserdeki vasıfların sözleşmede karşılaştırılanla örtüşüp örtüşmediğini saptamak, önceden vasıf belirlemesi yapılmamışsa eserin emsallerindeki nitelikleri taşıyıp taşımadığını ortaya çıkarmak olarak tanımlanmaktadır.¹⁹¹ Özenli bir kimseden beklenecek makul kontrol süresi burada bir kıstas olabilecektir. Ayrıca bununla ilgili teamülen uygulanan belirlenmiş bir süre varsa bunun dikkate alınması gerekecektir.¹⁹²

Arsa sahibinin yapacağı muayenede, kendisinden beklenebilecek özenle muayene etmiş olması ölçütünün yeterli olacağı ifade edilmektedir.¹⁹³ Bununla birlikte arsa sahibinin bu muayeneyi işin uzmanı kişilere yaptırması mümkündür. Ancak böyle bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Taraflar

¹⁹⁰ YAVUZ, C., age., 476.

¹⁹¹ KARATAŞ, İ., age., s.191.

¹⁹² TANDOĞAN, H., age., c.2, s. 169.

¹⁹³ Yargıtay 15. H.D, 05.11.1973, 238/193.

sözleşmede uzman kişilere muayene ettirileceği yönünde bir anlaşma yapmışlar ise bu yükümlülüğün de yerine getirilmesi gerektiğini belirtmek gerekir.¹⁹⁴ İşaret edilen md.359/1 hükmünde arsa sahibine masrafı kendisine ait olmak üzere inşaatı bilirkişiye incelettirme imkanı tanınmıştır. Hükümde öngörülen bu bilirkişi, arsa sahibinin belirleyeceği herhangi bir uzman olmayıp, arsa sahibinin mahkemeye başvurması halinde mahkemece belirlenecek olan resmi bilirkişidir. Arsa sahibinin bu şekilde mahkeme aracılığı ile resmi bilirkişiye tespit yaptırmasındaki avantajı, muayene süresinin uzaması halinde kusurun arsa sahibine yüklenememesi ve tespit edilecek bu bilirkişi tarafından ortaya konamamış ayıplar nedeni ile arsa sahibinin haklarını kaybetmemesi olarak ortaya çıkacaktır.¹⁹⁵

Arsa sahibinin muayene yükümlülüğü kural olarak açık ayıpların varlığı halinde gündeme gelmektedir. Müteahhidin kasten saklamış olduğu ayıplar ve gizli ayıplar bakımından muayene ve ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması arsa sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanma olanağını ortadan kaldırmaz.¹⁹⁶ B.K. md.362/1 hükmünde yer alan “Yapılan şeyin sarahaten veya zımnen kabulünü müteakıp mütaahhit, her türlü mesuliyetten beri olur. Ancak mütaahhidin kasten sakladığı usulü veçhile muayenesinde müşahade edilemeyecek olan kusurlar hakkında, mesuliyeti bakidir.” ifadesi bu yönde bir yorumun yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Gizli ayıplar, olağan muayene ile anlaşılmadığından ileride kullanımla birlikte süreç içerisinde anlaşılabilir olan ayıplar olması nedeni ile olağan muayene yükümlülüğü içerisinde değerlendirilemeyecektir. Müteahhidin kasten gizli ayıplarda da müteahhidin bu hilesinden kendisine fayda sağlamasının korunamayacağı anlayışı nedeni ile muayene yükümlülüğü kisvesinde sorumluluktan kurtulunamayacaktır.¹⁹⁷

¹⁹⁴ **BURCUOĞLU, H.**, age., s.313.

¹⁹⁵ Yargıtay 15. H.D 03.11.1977, 1849/2033.

¹⁹⁶ **BURCUOĞLU, H.**, age., s.313.

¹⁹⁷ Yargıtay 15. H.D 04.03.2008, 2007/2157 E. 2008/1382 K. ; Yargıtay 15. H.D 29.05.1986, 4033/2198.

Ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanılarak müteahhidin sorumluluğuna gidilebilmesinin koşullarından biri de muayene ile tespit edilen ayıbın müteahhide ihbar edilmesi yani bildirilmesidir. Ayıp ihbarının sadece eserin durumunun bildirilmesi olarak değil, aynı zamanda eserin sözleşmeye aykırı olduğu ve müteahhidin bu sebeple sorumluluğu doğacağına ilişkin irade beyanı olduğu belirtilmiştir.¹⁹⁸ Müteahhide yapılacak olan bu bildirimde, ayıbın ne olduğu ve nerede olduğu ifade edilmelidir. İnşaatın sadece ayıplı olduğuna yönelik bir ifade yeterli olmayacaktır. Tabiidir ki ayıbın teknik olarak ortaya konması arsa sahibinden beklenmeyecek olsa da müteahhidin ayıbın içeriğine ilişkin bilgi edinebilmesine yarayacak ölçüde bir açıklama yapılması gereklidir. İhbarda arsa sahibinin seçimlik haklarından hangisini kullanma yoluna gideceğini belirtmesi gerek yoktur.¹⁹⁹ Ayıbın ihbar edilmesi, inşaatın sözleşmede kararlaştırılan şekilde yapılmadığı ve bu sebeple de müteahhidin bundan sorumlu olacağına yönelik bir hukuki mahiyet taşımaktadır. Ancak arsa sahibinin doğrudan ayıp ihbarı ile birlikte müteahhidin ayıp nedeniyle hukuki sorumluluğu olduğuna yönelik açıkça bir ifade kullanması zorunluluğu yoktur. Arsa sahibinin yapmış olduğu bu irade açıklamasının doğuracağı hukuki sonuç budur.

İfade edildiği üzere sorumluluk için bir koşul olan ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde müteahhit ayıptan dolayı sorumlu tutulamayacaktır. İhbarın nasıl yapılacağı konusunda bir şekil şartı öngörülmemekle birlikte yazılı olarak yapılması ispat sorunu bakımından önem taşır ancak yazılı yapılması da zorunlu değildir. Hatta burada TTK md. 20/3 de yer alan tacirler arasındaki ihtarın yazılı yapılması zorunluluğunun da aranmadığı doktrinde ve Yargıtay uygulamasında kabul edilmektedir.²⁰⁰ Şifahen müteahhide durumun bildirilmesi yeterli olacaktır.

¹⁹⁸ **TANDOĞAN, H.**, age., c.2, s.172.

¹⁹⁹ **KARATAŞ, İ.**, age., s. 195.

²⁰⁰ Yargıtay 15. H.D 15.01.1996, 7272/74

Ayıbın ihbar edilmesi konusunda ayıp türleri arasında bir farklılık söz konusu değildir. Kural olarak her durumda ayıbın ihbar edilmesi gerekmektedir. Ancak bunun istisnası olarak, müteahhidin kasten gizlediği ayıplar konusunda²⁰¹ ayıbın zamanında ihbar edilmemesi halinde müteahhidin sorumluluğunun ortadan kalkmayacağı da ifade edilmektedir.²⁰²

İhbarın ne zaman yapılacağı konusunda Borçlar Kanunu'nda açık bir süre öngörülmemiştir. Ancak B.K md. 359/1 hükmünde “ İmal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutat cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeğe mecburdur.” ifadesi ile ayıp ihbarının, imkan bulur bulmaz inşaatın muayenesinden sonra derhal yapılması gerektiği kabul edilmektedir.²⁰³ B.K md 362/3 hükmünde de “Yapılan şeydeki kusur, sonradan meydana çıkarsa iş sahibi, vakıf olur olmaz keyfiyeti müteahhide haber vermeğe mecburdur. Aksi takdirde iş sahibi kabul etmiş sayılır.” ifadesi birlikte değerlendirildiğinde ayıp ihbarının, muayene sonucu ayıbın öğrenilmesinden sonra derhal bildirilmesi yükümlülüğünü ortaya koymaktadır. Her ne kadar md.362 hükmü “gizli ayıplar” bakımından öngörülmüş ise de md. 359 ve 362 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde “açık ayıplar” bakımından da derhal ihbar külfetinin varlığı kabul edilmelidir.²⁰⁴ Açık ayıp ve gizli ayıp arasındaki bu bildirim süresi farkı ise gizli ayıbın daha sonra kullanım ile birlikte ortaya çıkması nedeniyle ortaya çıktıktan sonra derhal bildirim yükümlülüğünü içermesi karşısında açık ayıplar basit bir inceleme ile görülebilecek ayıplar

²⁰¹ Yargıtay 15. H.D 27.03.2009, 2009/336 E. 2009/1793 K. : “Ancak, kasten sakladığı kusurlarla usulüne uygun yapılan muayenede fark edilemeyecek ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Eğer, meydana getirilen eserin teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile varolan bozukluğu görülmemişse, ortada gizli bir ayıbın olduğu kabul edilir. Ayıp, sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, öğrenir öğrenmez yükleniciye derhal bildirmek zorundadır...”

²⁰² **SELİÇİ, Ö.**, age., s.203.

²⁰³ **TANDOĞAN, H.**, age., c.2, s.173.

²⁰⁴ **ÖZ, T.**, (İnşaat Sözleşmesi), s.117.

olduğundan buna vakıf olunduğu anda derhal bildirilmesi gerekliliğinden ibarettir. Sonuç olarak her ikisinde de ayıbın öğrenilmesi halinde derhal ihbar edilmesi gerekliliği ifade edilmelidir. Kanaatimizce “Derhal” kavramını da biraz esnek yorumlamak gerekmekte ayıbın öğrenildiği andan itibaren “birkaç gün(3-4gün)” olarak değerlendirmek, müteahhidin sorumluluğuna gidilebilmenin koşulu olması nedeniyle önemli sonuçları olduğu göz önünde bulundurulurak hakkaniyete uygun düşmektedir.

Yukarıda işaret edilen ihbar sürelerinde, ticari satımlara ilişkin uygulanan Türk Ticaret Kanunu’nda öngörülmüş olan sürelerin burada da uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tartışma söz konusudur. Tartışmanın çıkış noktası ise B.K md. 363/1 hükmünde yer alan “Yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, müşterinin haklarının tabi olduğu müruru zaman hükmüne tabidir.” şeklindeki ifadedir. Söz konusu hükümden yola çıkarak bazı yazarlar, arsa sahibinin eserin ayıplı olmasından doğan haklarının kural olarak satım sözleşmesinde alıcının ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının bağlı olduğu zamanaşımı süresine bağlı olacağını, tarafların tacir olmaları halinde de Ticaret Kanunu md. 25/4 hükmündeki ticari satımlarda ayıba karşı tekeffüle ilişkin zamanaşımı sürelerinin uygulama alanı bululacağını, hal böyleyken de ayıp ihbarlarının da bu nedenle ticari satımlarda da öngörülen 2 ve 8 günlük sürelerin uygulanması gerektiğini ifade etmişlerdir. Ancak bu sürelerin açık ayıplar bakımından öngörüldüğü, gizli ayıplara ilişkin ise yine Borçlar Kanununda öngörülen satıma ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği de ayrıca vurgulanmıştır.²⁰⁵ Türk Ticaret Kanununun 25/3 hükmünde bu süreler “ Emtianın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde keyfiyeti satıcıya bildirmeye mecburdur. Açıkça belli değilse alıcı emtiayı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde muayene etmeye veya ettirmeye ve bu muayene neticesinde emtianın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını muhafaza için keyfiyeti bu müddet içinde satıcıya bildirmeye mecburdur. Diğer hallerde Borçlar Kanununun 198 inci maddesinin ikinci ve üçüncü

²⁰⁵ **ERMAN, H.**, age., s.128.

fıkraları tatbik olunur.” olarak ifade edilmiştir. Yani satılan şeyin ayıplı olduğu açıkça belli ise 2 gün, ayıp açıkça belirli değilse teslim tarihinden itibaren 8 gün içerisinde ihbar edilmesi yükümlülüğü öngörülmüştür.

Eser sözleşmelerinde ayıp ihbarının ticari satımlara ilişkin hükümlerinin uygulanabileceğini öngören bu görüş karşısında inşaat sözleşmelerine de bu hükümleri kıyasen uygulamanın doğru olmayacağını, farklı sözleşmelere ilişkin farklı hükümler öngören kanunkoyucunun tercihinin önemli bir ihtiyaç bulunmaması halinde kıyasen ortadan kaldırılamayacağı ileri süren görüşlerin varlığına da işaret etmek gerekmektedir.²⁰⁶

Ayıbın muayenesi ve ihbarı konusunda taraflar sözleşme ile kanunda ifade edilen bu sürelerin aksine bir süre öngörmeleri mümkündür. Ayıp halinde ise uyulması gereken süreler sözleşme ile belirlenmiş olan süreler olacaktır.

Ayıp ihbarının zamanında yapılıp yapılmadığını hakimin kendi resen dikkate alamayacağı bunu müteahhidin ileri sürmesi gerektiği ileri sürülmektedir. İhbarın süresinde yapıldığını ispat yükü iş sahibindedir. Ancak müteahhidin söz konusu ayıbın gizli ayıp değil de açık ayıp olduğu iddiasını kendisi ispat etmesi gerekir.²⁰⁷ İspatın ise tanıkla dahi yapılabilmesi mümkün olacaktır.²⁰⁸

Arsa sahibinin inşaattaki ayıbı süresinde müteahhide bildirmesi ile birlikte, ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan imkanlara başvurma hakkı doğmaktadır. Bu halde arsa sahibinin ayıba karşı tekeffüle ilişkin öngörülen zamanaşımı süresine kadar kanunda kendisine tanınan haklardan faydalanma imkanı söz konusu olacaktır.

²⁰⁶ **ÖZ, T.**,(İnşaat Sözleşmesi), s.175.

²⁰⁷ **SELİÇİ, Ö.**, age., s. 119.

²⁰⁸ Yargıtay 15. H.D 05.12.2008, 2007/1087E. 2008/439K.

2.1.2.4.3. Ayıp Halinde Arsa Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinden Doğan Hakları

2.1.2.4.3.1. Genel Olarak

Borçlar Kanunu'nun md.360 hükmünde ayıp halinde arsa sahibine seçebileceği seçimlik haklar sayılmıştır. Arsa sahibi, yapının ayıplı olması halinde ve yukarıda anlatılan ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilme şartlarının varlığı durumunda kanunda kendisine tanınan, "ücretin indirilmesi talebi", "onarım isteme", "sözleşmeden dönme" haklarından birini kullanabilecektir. Borçlar Kanunu'nun md.360/1 ve 2. fıkra hükümlerinde "Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta mütaahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir. İşin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiatı tenzil ve eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değil ise mütaahhidi tamire mecbur edebilir. Bu hususta mütaahhidin taksiri varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir." ifadesi yerini bulmuştur. Hükümde arsa sahibinin ücretten indirim istemesi hakkına yönelik olarak başka herhangi bir şart aranmamışken, onarım isteme ve sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için bazı şartların varlığı aranmıştır.

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda da aynı esaslar kabul edilmiş olup söz konusu düzenlemenin yer aldığı 475. madde hükmünde;

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

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

İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.” şeklindeki düzenleme ile aynı esaslar yerini korumuştur.

Ayıp halinde arsa sahibinin kullanabileceği haklara ilişkin olarak bir tartışmanın varlığına işaret etmek gerekir. Bu konudaki ilk görüşe göre; Ayıp halinde, arsa sahibinin Borçlar Kanunu’nun yukarıda ifade edilen md.360 hükmünde yer alan haklardan birinin kullanımı yoluna gidebileceği imkanı ile birlikte, ayıbın aynı zamanda borcun ifa edilmemesi anlamına geleceği için Borçlar Kanunu’nun buna ilişkin genel hükümlerine de başvurulabileceği ifade edilmektedir. Ayıp halinde genel hükümler doğrultusunda da arsa sahibi müteahhidin sorumluluğuna başvurabilecektir. Genel hükümlerin de uygulanabilmesinin getirisi muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeksizin müteahhide başvurabilmesi olacaktır.²⁰⁹

Diğer ağırlık kazanan görüşe göre ise; B.K 360 da düzenlenen hükmün B.K 96 da düzenlenen hükme göre özel hüküm niteliği taşıdığı ve özel hükmün olduğu yerde buna öncelik tanınması gerektiği, çıkarlar dengesi düşünüldüğünde md. 360 hükmü arsa sahibine daha fazla haklar tanıdığı buna karşılık daha fazla yükümlülükler getirdiği, bu sebeple de uygulanması gereken hükmün burada özel hüküm niteliğinde olan B.K md 360 hükmü olduğu ileri sürülmektedir.²¹⁰

Seçimlik hakların kullanılabilmesi için, ayıbın ortaya çıkmasında müteahhidin kusurunun olup olmaması bakımından bir ayırım veya bir koşul aranmamaktadır. Müteahhit kusursuz da olsa seçimlik hakların kullanılabilmesi varsayılmaktadır. Ancak arsa sahibi seçimlik haklarını kullanmakla birlikte tazminat talebinde de bulunuyorsa, müteahhidin tazminat yükümlülüğü doğması için kusurlu olması şartı aranır.

²⁰⁹ **SEROZAN, R.**, (Sözleşmeden Dönme), s.332.

²¹⁰ **ERMAN, H.**, age., s. 116.

Arsa sahibi ayıbın ortaya çıkması halinde seçimlik haklarından birini zamanasını süresi içerisinde kullanabilecektir. Arsa sahibine ait olan bu hakların yakından incelenmesi gerekmektedir.

2.1.2.4.3.2. Arsa Sahibinin Ücretin İndirilmesini Talep Hakkı

Yukarıda özetle yer verildiği üzere eser sözleşmelerinde, eserin ayıplı olması halinde iş sahibine bir takım seçimlik haklar tanınmıştır. Bu haklardan bir tanesi de ayıp halinde arsa sahibinin ödeyeceği ücretten indirim yapılmasını isteme hakkıdır. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin ücret ödeme borcunun yerini arsa paylarının devri borcu almaktadır. Bu itibar ile arsa sahibinin, yapının ayıplı olması halinde, herhangi bir ücret ödeme borcu olmadığından ücretin indirilmesini değil devretmekle yükümlü olduğu arsa payları oranında bir indirim yapılmasını isteyeceği ortadadır. Arsa sahibinin bu seçimlik hakkı ile ilgili olarak açıklama yapılacak bu bölümde ücretin indirilmesini talep hakkı kapsamında ücret kavramı altında arsa paylarının devrini kastedildiğini belirtmek gerekir.

Borçlar Kanunu'nun md. 360 hükmünde yer alan seçimlik haklara ilişkin olarak, eğer ki inşaattaki ayıp inşaatın kabulünden kaçınmayı haklı kılacak derecede önemli değilse ya da yapının yıkılması ve kaldırılması ağır masraf gerektirecekse arsa sahibi sözleşmeden dönme yerine ayıp nedeni ile oluşacak değer kaybı oranında ücretin indirilmesini isteyebilecektir.²¹¹

Ücret indirilmesini talep hakkının kullanılabilmesi için öncelikle ayıplı olarak yapılan yapının az çok bir ekonomik değerinin bulunması gerekir. Eğer ki ayıplı olarak meydana getirilen yapının hiçbir ekonomik değerinin bulunmaması halinde, ücret indirimini talep hakkının kullanılamayacağı ifade edilmektedir.²¹² Bu halde bir görüş²¹³ artık sadece sözleşmeden dönme

²¹¹ Yargıtay 15. H.D 17.09.1984, 1984/953 E - 2601 "...Eğer yapılan şey bu derece kusurlu değil de kullanılabilirse, diğer bir deyimle davacının bu kalıbı kabule icbar edilebilecek derecede kusurlu ise bu takdirde imalat bedelinden kusur oranında bir indirim yapılması gerekecektir..." ; Yargıtay 15. H.D 14.09.1992, 3577/3953.

²¹² BURCUOĞLU, H., a.g.m., s.294.

²¹³ TANDOĞAN, H., age., c.2, s.182.

hakkının kullanılabilceğini ifade ederken diğer bir grş²¹⁴ ise, öncelikle ayıbın aşırı bir tamirat masrafı gerektirmemesi halinde ayıbın giderilmesini talep hakkının kullanılmaması gerektiği görüşündedir.

Arsa sahibinin kullanacağı bu hak, tek taraflı varması gereken bir irade beyanı ile kullanılacak yenilik doğurucu bir haktır. Arsa sahibinin bu hakkı kullandığını beyan etmesi ile birlikte bu irade beyanı hüküm ve sonuçlarını doğurur bunun yanında yenilik doğurucu hakların niteliği gereği bu hakkın kullanılmasından sonra artık bundan geri dönülemez.²¹⁵ Arsa sahibi bu hakkı kullanmakla artık diğer seçimlik haklarından vazgeçmiş olacaktır.

Arsa sahibinin bu hakkını kullandığını beyan etmesi ile ücret borcu doğrudan indirim oranında azalmaktadır. Arsa sahibi önceden indirilecek miktarın üzerinde bir ödeme yapmışsa bu bedelin kendisine iadesini talep edebilecektir. Bu kapsamdaki iadenin ise sebepsiz zenginleşme hükümlerinden değil sözleşme ilişkisinden kaynaklandığı ifade edilmektedir.²¹⁶

Arsa sahibinin yönelteceği bu irade beyanı herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır. Bu beyanın müteahhide ulaşmasını sağlayacak herhangi bir vasıta ile iletilmesi yeterlidir.

İnşaatın ayıplı olması veya sözleşmede kararlaştırılan şekilde tamamlanmaması halinde binanın değerinde bir azalma söz konusu

²¹⁴ "Böyle durumlarda iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının yanında malın tamirini isteme hakkı vardır. Çünkü bu hak M.K 360' da açıkça düzenlenmiştir. Anılan halde sadece sözleşmeden dönme hakkının bulunduğu görüşünün kaynağını oluşturan B.K 202 hükmü ile satım sözleşmesinde malın ayıplı olması durumunda alıcıya sadece sözleşmeden dönme ve ücretin indirilmesi hakları tanınmışken B.K md.360 hükmünde eserin tamiri imkanı da tanınmıştır. Bu durumda eğer eseri değerersiz hale getiren ayıp aşırı masraf gerektirmeyecek şekilde tamir ile giderilebiliyorsa iş sahibi, bu hakkını da sözleşmeden dönme hakkının yanında seçimlik olarak kullanabilmelidir." (GÜNEL, M.C., a.g.m., s.420)

²¹⁵ SELİÇİ, ., s.168.

²¹⁶ Z, T., (İnşaat Sözleşmesi)s.175.

olmuyorsa bu ücret indirimi talebinde bulunulamayacağı ileri sürülmektedir. Bu halde arsa sahibinin diğer seçimlik haklarını kullanma yoluna gitmesinin uygun olacağı belirtilmektedir.²¹⁷

Ücret indirimi talebine yönelik olarak indirilecek olan ücretin belirlenmesinde farklı metodlar söz konusudur.

Bunlardan biri olarak ayıbın giderilmesi için gerekli masrafların gözetilmesidir. Ancak bu metodun uygulanabilmesi için ayıbın giderilmesi mümkün olmalıdır. Bu yöntemde tespit edilen ayıbın giderilmesi için gereken masraflar hesaplanır ve ücret bu miktar mukabilinde indirilir. Örneğin arsa sahibinin ödeyeceği bedel 100 lira olarak kararlaştırılmışsa ve inşaatta ayıp 10 lira ile giderilmesi söz konusu ise bu 10 liralık masraf 100 liradan çıkarılacak ve 90 lira ödeme yapılacaktır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde ise bu ücretin yerini arsa payları alacağından bu ücrete karşılık gelen arsa payı oranı indirilecektir. Yargıtay'ın da bu yöntemi benimsediğini söylemek gerekir.²¹⁸

Diğer bir metot da "*nispi metot*" olarak adlandırılan bir hesaplama yöntemidir. Bu yöntemde eserin ayıpsız değeri ile ayıplı değeri arasındaki oran, sözleşmede kararlaştırılan arsa sahibinin ödeyeceği ücrete uygulanır.

Bu metodu formüle etmek gerekirse;

Sözleşmede belirlenen ücret ile ayıplı değer çarpılacak ve bu çarpım binanın ayıpsız değerine bölünecektir. Ortaya çıkan miktar ise sözleşme ile belirlenen miktardan düşülecektir.

Ayıbın giderilmesi için yapılacak olan masraflar açık ayıplarda binanın teslim tarihindeki değeri, gizli ayıplarda ise ayıbın ortaya çıktığı tarihteki rayiç bedeli üzerinden hesaplanması gerekir. Özellikle gizli ayıpların

²¹⁷ **ERMAN, H.**, age., s.138.

²¹⁸ Yargıtay 15. H.D 22.10.1973, 208/177.

teslimden uzun süre sonra ortaya çıkması muhtemel olduğundan hakkaniyet gereği ayıbın ortaya çıktığı tarihteki değer esas alınması gerekmektedir.²¹⁹

Ücretten yapılacak olan indirimin miktarını ispat yükü iş sahibinde olduğu kabul edilmektedir.²²⁰

Ücret indirimi talep hakkı, daha önce belirtildiği üzere ayıbın ortaya çıkması halinde başka koşullar aranmaksızın kullanılabilir. Bunun yanında müteahhidin kusurlu olup olmamasının da önemi yoktur. Ancak arsa sahibi ayıp ile birlikte söz konusu ayıbın neden olduğu zararlar ile ilgili olarak tazmin talebinde de bulunmuşsa bu halde müteahhidin kusurunun varlığı koşulu aranacaktır.²²¹

2.1.2.4.3.3. Ayıbın Onarılmasını Talep Hakkı

Daha önce ifade edildiği üzere arsa sahibi, ayıp halinde seçimlik haklarından biri olan ayıbın giderilmesini talep hakkını kullanabilecektir. Ancak arsa sahibinin bu hakkını kullanabilmesi, ücret indirimi istenmesinin aksine bazı özel şartlar gerektirmektedir. Bu özel şartlar ayıp halinde sorumluluğunun doğması için gerekli şartların varlığının yanında, kanunda ayrıca belirtilmiş olan koşullardır. Arsa sahibinin ayıp halinde ayıbın onarılmasını isteyebilmesi için Borçlar Kanunu md.360/2 hükmünde yer aldığı üzere “eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değil ise mütaahhidi tamire mecbur edebilir.” şartının mevcut olması aranmaktadır. Bu hükme göre onarım istenebilmesinin ön koşulu, ayıbın giderilmesinin aşırı masrafı gerektirmemesidir. Eğer ki bu şart sağlanamıyorsa yani onarım masrafları aşırı olacak ise arsa sahibi bu hakkı seçme yoluna gidemeyecek, kanundan doğan diğer seçimlik haklarını kullanabilmesi mümkün olacaktır. Bu şartın gerçekleşmemesine rağmen arsa sahibi onarım istemişse müteahhidin bu yükümlülüğü yerine getirme borcu doğmayacaktır.

²¹⁹ Yargıtay 15. H.D. 21.09.1973, 83/63.

²²⁰ TANDOĞAN, H., age., c.2, s. 191.

²²¹ ÖZ, T., (İnşaat Sözleşmesi), s. 179.

Burada masrafların aşırı olup olmadığı değerlendirilmesi yapılması gerekmektedir. Masrafın aşırı olup olmadığı ise hakimin ayıbın giderilmesi için gerekli işçi ve malzeme masrafları gibi hususları gözeterek, tarafların sağladığı yarara ve uğradığı zarara göre yapacağı değerlendirme neticesinde anlaşılabilir. Eğer ki yapılacak onarım ile arsa sahibinin sağladığı yarar ve müteahhidin yapacağı masraf arasında gözle görülür bir orantısızlık varsa masrafın aşırı olduğu yorumu yapılabilir.²²²

Taraflar sözleşmede açıkça binada söz konusu olacak ayıplarda ayıp aşırı masraf da gerektirse onarım yoluna gidileceğini kararlaştırmışlarsa ayıbın giderilmesi aşırı masraf gerektirse de bu yola gidilmesi mümkündür.²²³

Onarım istenmesinin diğer bir koşulu da doğal olarak onarım yapılması halinde ayıbın giderilebilmesinin mümkün olmasıdır. Eğer ki onarım ile ayıbın giderilme olanağı bulunmuyorsa arsa sahibi diğer seçimlik haklarına başvurmalıdır.

Arsa sahibinin onarım isteme hakkının diğer seçimlik haklardan farklı olarak yenilik doğurucu hak niteliğinde olmadığı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre müteahhidin zaten ayıpsız olarak bir inşaat yapma yükümlülüğünün olduğu ve onarım talebinin de ifaya yönelik bir talep olduğu ifade edilmiştir.²²⁴ Buna göre arsa sahibinin onarım istemesi hakkını kullanmasının diğer haklarının kullanılmasını engellemeyeceği ileri sürülmüştür.²²⁵

²²² SELİÇİ, Ö., age., s.176.

²²³ ERMAN, H., age., s.117.

²²⁴ "Müteahhidin asıl borcu eserin ayıpsız olarak iş sahibine teslimidir. Eserin ayıplı olarak teslimi halinde bu hakkın kullanılması, borcu sonra erdirmeyecektir. Bu durumda müteahhidin borcu, eserdeki ayıbın giderilmesi şeklinde devam edecektir. Eserin onarılması talebi diğer seçimlik haklardan farklı niteliktedir. Nitekim bu hak satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül durumunda alıcının talep haklarını düzenleyen B.K md. 202' de alıcıya tanınmamıştır." (GÜNEL, M..C., a.g.m., s.424.); Aksi yönde görüş için bkz. TANDOĞAN, H., age., c.2, s. 192.

²²⁵ ÖZ, T., s.(İnşaat Sözleşmesi), s.180.

Onarım isteme hakkının kullanılması ile birlikte müteahhit onarımın giderilmesine yönelik faaliyetlere derhal başlamalı ve uygun bir süre içerisinde bu çalışmalarını sona erdirmelidir. Bu sürenin arsa sahibi tarafından belirlenmesi mümkündür ancak sürenin onarımı gidermeye elverişli olması gerekir. Müteahhit kendisine verilen sürenin yeterli olmadığı kanaatinde ise bunu derhal bildirmeli aksi halde daha sonra onarımı zamanında bitirememesi halinde sürenin yetersiz olduğu iddiasını ileri süremeyecektir.²²⁶

Müteahhidin uygun süre içerisinde ayıbı giderememesi halinde temerrüde düşebileceği ifade edilmiştir. Arsa sahibinin belirlenen süre sonunda müteahhide ihtarda bulunarak temerrüde düşüreceği, bunun sonucu olarak da arsa sahibinin bu halde ayıbın giderilmesinde ısrar edebileceği gibi aynen ifadan vazgeçip tazminat talep edebileceği ve sözleşmeden dönebileceği ifade edilmiştir.²²⁷

Müteahhidin ayıbın giderilmesine ilişkin faaliyetlerini yürütürken süresi içerisinde ayıbı gideremeyeceği anlaşılabilirse arsa sahibinin diğer seçimlik haklarına yönelebilmesi de mümkündür.

Arsa sahibinin ayıp halinde onarım istemesi hakkını kullanabilmesi ücret indirilmesinin istenmesi hakkında olduğu gibi müteahhidin kusuruna bağlı değildir. Ancak onarım istemi ile birlikte tazminat talebi de varsa tazminat istemi için müteahhidin kusurunun bulunması aranacaktır.

2.1.2.4.3.4. Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı

Borçlar Kanunu md. 360/1 hükmünde “Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta müteahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da

²²⁶ SELİÇİ, Ö., age., s.179.

²²⁷ ERMAN, H., age., s.144.

isteyebilir.” ifadesi yer almıştır. Hükümde yer alan “kabulden imtina” ibaresi ile sözleşmeden dönme kastedilmektedir.²²⁸ Bununla birlikte “kusurlu” ifadesinden de eserin ayıplı olması anlaşılmalıdır. Yine md.360/3 hükmünde “Yapılan şey iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olup da mahiyeti itibariyle refi ve kal’ı fazla bir zararı mucip ise iş sahibi, ancak ikinci fıkra mucibince muamele yapar.” hükmü yer almıştır.²²⁹ Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, arsa sahibinin ayıp halinde seçimlik haklarından biri olan sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, inşaattaki ayıbın arsa sahibinin kabul edemeyeceği ölçüde olması ve inşaatın yıkılması ve kaldırılmasının aşırı bir zararı gerektirmemesi gerekmektedir. Hükmün bu hali ile arsa sahibinin sözleşmeden dönmesinin olanaklı olduğu durumların çok istisnai hallerde olabileceği söylenebilecektir.²³⁰

Arsa sahibinin ayıp halinde sahip olduğu seçimlik haklarından birisi olan sözleşmeden dönme hakkı kullanabilmesi ayıbın onarılmasını isteme hakkında olduğu gibi bazı özel koşulların mevcut olması halinde mümkündür. Bu durumda her türlü ayıp halinde arsa sahibi sözleşmeden dönemeyecektir.

Sözleşmeden dönülebilmesi için inşaattaki ayıbın arsa sahibinin inşaatı kullanamayacağı ölçüde olması veya arsa sahibinden inşaatın kabulünün beklenemeyecek derecede ayıbın varlığı söz konusu olması gerekmektedir. Zira eserin kullanılmayacak ölçüde olması ile arsa sahibinden kabulün beklenmemesi kavramları üzerinde durmak yerinde olacaktır.

²²⁸ **BURCUOĞLU, H.**, a.g.m, s.289.

²²⁹ Yeni Türk Borçlar Kanununda “Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.” cümlesi ile hakkının kullanılabilmesi ifade edilmektedir.

²³⁰ “İş sahibinin, yapılan eserdeki ayıpların B.K md. 360 da aranan nitelikte olmaması nedeni ile eseri kabul etmek zorunda kalması onun diğer seçimlik haklarını kullanmasını engellemez. Bu bakımdan buradaki kabul, B.K md. 362’ de düzenlenen işin kabulünden farklıdır.”(**GÜNEL, M.C.**, a.g.m, s.415.)

İnşaatın, arsa sahibi tarafından kullanılmayacak derecede ayıplı olmasından, objektif anlamda inşaatın beklenen faydanın sağlanamaması anlaşılması gerekir.²³¹ Örneğin inşaatın merdivenlerinin çökmesi veya çatısının uçması örneklerinde olduğu gibi kullanılmama durumu herkes için geçerli objektif bir nedene dayanır. Bununla birlikte hakkaniyet gereği kullanılamazlık durumu, sözleşmede belirlenen inşaatın özel bir kullanma amacı güdüldüğü halde bu amacın gerçekleşmesini engelleyecek ayıpların bulunması halinde de sözleşmenin feshi yoluna gidilebilmesi imkanı tanınmalıdır.²³²

Diğer yandan inşaatın objektif anlamda kullanılamazlık durumu yanında, inşaatın ayıplı arsa sahibi tarafından kabul edilemezlik hususuna açıklık getirmek gerekir. İnşaat kullanılabilir olmasına karşın, arsa sahibinin binadan beklediği yarar ve menfaati gereği arsa sahibinin kabule zorlanamayacağı ayıpların söz konusu olması mümkündür. Ancak bu halde arsa sahibinin kabule zorlanamayacağı ölçütünün belirlenmesi çoğu kez kolay olmayacaktır. Her somut duruma göre dürüstlük kuralları gereğince hakim bir değerlendirme yapması ve hakkaniyet dairesinde bir çözüme gitmesi gerekmektedir.²³³

Sözleşmeden dönme imkanı, sözleşmede kararlaştırılan şekliyle inşaatın yapılmaması halinde de tanınması gerekir. Zira hükümde de açıkça “mukavele şartlarına muhalif” olma ifadesi de yer almaktadır. Ancak sözleşmede kararlaştırılan şekilde inşaatın yapılmaması durumu, sözleşmeye aykırı ufak tefek sayılacak nitelikte aykırılıkları içermemesi gerekir. Örneğin kapılarda kullanılan kilitlerin sözleşmede kararlaştırılan şekilde olmaması halinde arsa sahibi sözleşmeden dönme yoluna gidememelidir.²³⁴ Sözleşmeye aykırı nitelikte olan husus, inşaatın kabulünü arsa sahibinden

²³¹ TANDOĞAN, H., age., c.2, s.181.

²³² Yargıtay 15. H.D. 11.11.1983, 2160/2314.

²³³ BURCUOĞLU, H., a.g.m, s. 290.

²³⁴ ERMAN, H., age., s.133.

beklenilemeyecek bir ayıbın varlığını içermelidir. Burada da yine dürüstlük kuralları ve hakkaniyet ölçüsünde bir değerlendirme yapma yoluna gitmek isabetli olacaktır. Ancak sözleşmede belirlenen niteliklerin eksikliği halinin arsa sahibinin kabule zorlanamayacağı nitelikte önemli ayıp sayılması gerektiğinin karine olarak kabul edilmesi gerekliliği ifade edilmektedir.²³⁵ Bu halde arsa sahibine bir ispat kolaylığı sağlanmış olacak, müteahhit aksi durumu ispatla yükümlü olacaktır.²³⁶

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için öngörülen bir diğer özel koşul da, md 360/3'de öngörülen yapılan binanın yıkılması ve kaldırılmasının aşırı bir zarara sebebiyet vermesidir. Yani inşaattaki ayıbın sözleşmeden dönme hakkı sağlayabilmesi için, inşaattaki ayıbın arsa sahibinin kullanamayacak veya kabule zorlanamayacağı derecede olmasının yanında, inşaatın arsa sahibinin arsasına yapılması halinde bunların yıkılması ve kaldırılmasının aşırı masrafı gerektirmemesi gerekmektedir. Eğer ki inşaatın yıkılması ve kaldırılması aşırı masrafı gerektiriyorsa arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacak, kanunda öngörülen diğer seçimlik haklarına yönelmek zorunda kalacaktır.

Bu hükümle müteahhidin menfaati korunmaya çalışılmıştır. Ne kadar ayıplı olsa da müteahhit bir inşaat yapmış ve bu inşaat arsa sahibinin arsası üzerinde yapılmışsa arsa sahibinin arsasında bir değer artışı meydana getirmiştir. Burada fazla zararın belirlenmesinde bir ölçüt kabul edilmiştir. Arsanın bina ile birlikte değeri ile binasız olması halindeki değeri arasındaki fark maddede işaret edilen fazla zararın değerlendirilmesi konusuna esas alınacaktır.²³⁷

Arsa sahibinin arsası üzerinde bulunan inşaat hiç kullanılmayacak derecede veya kullanılmasının tehlike ortaya çıkaracağı ölçüde ayıplı olması

²³⁵ **ÖZ, T.**,(İnşaat Sözleşmesi), s.184.

²³⁶ **SELİÇİ, Ö.**, age., s.168.

²³⁷ **TANDOĞAN, H.**, age., c.2, s.183.

durumunda, söz konusu inşaatın değerinin varlığından söz edilemeyecek, bu halde sözleşmeden dönülmesi gerekeceği kabul edilebilecektir.

Sözleşmeden dönülmesi tek taraflı ve varması gereken bir irade beyanı ile kullanılan ve sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran yenilik doğurucu bir haktır. Sözleşmeden dönme beyanı herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak Türk Ticaret Kanunu md. 20/3 hükmü gereği her iki taraf da tacirse, bu beyanın noter aracılığı ile veya iadeli taahhütlü mektupla ya da telgraf ile yapılması gerekir.

Sözleşmeden dönülmekle birlikte sözleşme hüküm ve sonuçları geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Bu halde arsa sahibi müteahhide ücret ödemeyecek, ödemiş olduğu bedelleri de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilecektir. Müteahhit ise yapmış olduğu işçilik ve malzeme giderlerini arsa sahibinden talep edebilecektir.²³⁸

Eserin kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı olduğunu ispat yükümlülüğü arsa sahibine aitken, yapının yıkılarak kaldırılmasının büyük masraf gerektireceğini ispat yükümlülüğü müteahhide ait olacaktır.²³⁹

2.1.2.4.3.5. Ayıp Nedeniyle Uğranılan Zararın Tazmini

Borçlar Kanunu md. 360 hükmünde ayıp halinde arsa sahibinin sahip olacağı seçimlik haklara yer verilmiştir. Bu haklar sözleşmeden dönme, ayıbın giderilmesini isteme ve ücretten indirim yapılması olarak kabul edilmektedir. B.K md. 360 hükmünde gerek sözleşmeden dönme imkanı sağlanan 1. fıkra hükmünün sonunda, gerekse ayıbın giderilmesi veya ücretten indirim yapılmasının istenmesine olanak sağlayan 2. fıkranın sonunda yer alan “ Bu hususta müteahhidin taksiri varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir.” ibaresi ile diğer seçimlik hakların haricinde zarar istenebileceği hususuna yer verilmiştir.

²³⁸ **ÖZ,T.**, (İnşaat Sözleşmesi), s.186.

²³⁹ **SELİÇİ, Ö.**, age., s.164.

Hükümde yer alan zarar talebi diğer seçimlik hakların kullanılmasına rağmen ortadan kalkmayacak olan zararın tazminine yönelik bir taleptir.²⁴⁰ Bu zarar talebinin seçimlik haklardan biri ile birlikte yöneltilmesinin mümkün olduğu gibi tek başına seçimlik haklardan ziyade kullanılabilmesi mümkündür.

Hükümde tazmininin öngörüldüğü zarar, ayıp nedeni ile arsa sahibinin malvarlığında meydana gelen azalma nedeni ile oluşan zarardır. Örneğin inşaatın ana su tesisatında mevcut olan bir ayıp nedeni ile binanın tamamını su basması halinde ortaya çıkan zarar, B.K md 360 hükmünde öngörülen ayıptan doğan zarardır.

Belirtmek gerekir ki ayıptan doğan diğer seçimlik haklarda müteahhidin kusurlu olma şartı aranmazken ayıp nedeni ile uğranılan zararın tazmini talebi için müteahhidin kusurlu olması şartı aranır. Burada üzerinde durulması gereken husus kusurun ispatı yükümlülüğünün kimde olacağı hakkındadır. Bir görüş, müteahhidin kusurunun varlığı konusunda arsa sahibinin ispatla yükümlü olduğunu, B.K md.360 hükmünde müteahhidin kusurlu olması şartının arandığı, genel tazmin yükümlülüğünden ayrı özel bir düzenleme olduğunu ileri sürerek kusurun ispatı yükümlülüğünün arsa sahibinde olduğunu ileri sürmektedir.²⁴¹ Bunun yanında müteahhidin kusursuzluğunu ispat etmesi gerektiğini düşünen diğer bir görüşe göre de genel tazminat hükümlerinden ayrılmayı gerektiren bir nedenin bulunmadığı ifade edilmektedir.²⁴²

B.K md.360 hükmünde ayrıca genel kurallardan ayrılınmamakta²⁴³, sadece hükümde diğer seçimlik haklardan faydalanmak için müteahhidin kusuru şartı aranmazken tazmin taleplerinde kusur aranması gerektiğini ifade etmek için müteahhidin kusurlu olması gerektiğine yönelik ibare

²⁴⁰ TANDOĞAN, H., age., c.2, s.205.

²⁴¹ TANDOĞAN, H., age., c.2, s.205.

²⁴² ERMAN, H., age., s.146.

²⁴³ TANDOĞAN, H., age., c.2, s. 205; BURCUOĞLU, H., .a.g.m., s.300.

hükümde yer almaktadır. Buna göre de müteahhit ayıbın varlığında kusurlu olmadığını ispatla yükümlü olacağı söylenebilir.

2.1.2.4.4. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Yükümlülüğünü Etkileyen Durumlar

2.1.2.4.4.1. Ayıbın Arsa Sahibinin Nezdinde Ortaya Çıkan Nedenen Ötürü Doğması

İnşaatta ortaya çıkan ayıbın arsa sahibine ilişkin bir sebepten ortaya çıkması halinde arsa sahibi, B.K md.360 hükmünde yer verilen hakları kullanamayacaktır. Borçlar Kanunu md. 361 hükmünde “Yapılan şeyin kusurlu olması müteahhidin sarahaten beyan eylediği mütalaaya mugayir olarak iş sahibinin verdiği emirlerden neşet etmiş bulunur veya her hangi bir sebeple iş sahibine isnadı kabil olursa, iş sahibi o şeyin kusurlu olmasından mütevellit hakları dermeyan edemez.” ifadesi buna işaret etmektedir. Madde hükmünde arsa sahibinin verdiği talimat veya herhangi bir sebeple arsa sahibi nezdinde ortaya çıkan bir durum nedeni ile inşaatta meydana gelen ayıptan müteahhidin sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. Ancak burada müteahhide de bir külfet getirilmekte, müteahhidin ayıbın meydana gelmesine neden olacak durum hakkında arsa sahibini uyarması gerekmektedir.

Müteahhit arsa sahibini inşaatta meydana gelebilecek ayıba karşı açıkça uyarmasına rağmen arsa sahibi tutumunu değiştirmemişse artık müteahhit ortaya çıkacak ayıp nedeni ile sorumlu olmayacaktır. Müteahhit burada ortaya çıkabilecek ayıp nedeni ile arsa sahibini bilgilendirmeli, bu konuda açıkça meydana gelebilecek sakıncaları gidermesi için arsa sahibini uarmalıdır. Bu uyarma ve bilgilendirme hususunda, arsa sahibinin hangi tutumu yüzünden ne şekilde bir sakıncanın olacağı konusunda açıkça bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.²⁴⁴ Yoksa sadece içeriği anlatılmaksızın ortaya konan karşı çıkma iradesi, bu uyarma

²⁴⁴ BURCUOĞLU, H., a.g.m., s.300.

yükümlülüğünün yerine getirilmesi sonucunu doğurmaz ve bu konuda müteahhidin yükümlülüğünü yerine getirdiği anlamına gelmez.

Müteahhidin bu bilgilendirme ve uyarma yükümlülüğü bir şekle tabi değildir. Ancak yazılı şekilde mevcut olması ispat kolaylığı sağlayacaktır.

Müteahhidin arsa sahibini uyarma yükümlülüğü, onun söz konusu inşaat yapım işinde arsa sahibine nazaran daha uzman olması görüşünden kaynaklanmaktadır. Ancak müteahhit, arsa sahibi tarafından verilen talimat nedeni ile ortaya çıkacak ayıbı bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa bu durumda uyarma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması kendisine yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesi bir sorumluluk yüklemesini²⁴⁵ Müteahhit bu durumda da ayıp nedeni ile sorumlu olmayacaktır. Ancak arsa sahibinin nezdinde gerçekleşen durumun ayıba neden olacağı müteahhit tarafından anlaşılmalı veya anlaşılması gerekiyorsa bunların bildirilmemesi halinde müteahhidin sorumlu olacağı ifade edilmelidir.

Müteahhit bu uyarma ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirdiğini veya duruma göre bildirmesi gerekmediğini ve ayıbın arsa sahibinin nezdinde gerçekleşen bir nedenden kaynaklandığını ispatla yükümlüdür.²⁴⁶

2.1.2.4.4.2. Sözleşmeye Konu İnşaatın Kabul Edilmiş Olması

İnşaatın kabul edilmiş olması halinde müteahhit, inşaattaki mevcut ayıplar nedeni ile sorumlu tutulamayacaktır. Borçlar Kanunu md.362 hükmünde “Yapılan şeyin sarahaten veya zımnen kabulünü müteahhit, her türlü mesuliyetten beri olur.” denilmiştir. İnşaatın kabul edilmesi, arsa sahibinin inşaatın sözleşmede kararlaştırılan şekline uygun olduğunu beyan etmesidir. Bu beyanın açıkça iletilebileceği gibi zımnen ifade edilmesi de mümkündür.

İnşaatın kabul edilmesinde ayıba ilişkin sorumluluk durumu eserdeki ayıbın gizli ve açık ayıp olmasına farklılık göstermektedir. Açık ayıplar teslim

²⁴⁵ **ERMAN, H.**, age., s.149.

²⁴⁶ **SELİÇİ, Ö.**, age., s.198.

ile birlikte hemen görülebilecek olan ayıplardır. Teslim sırasında fark edilmesine karşın herhangi bir ihtirazi kayıt belirtilmeksizin inşaatın bu haliyle kabul edilmesi durumunda artık müteahhide karşı ayıba karşı tekeffül hükümlerini ileri sürme imkanı kalmayacaktır.²⁴⁷ Bunun yanında B.K md 362/2 hükmünde “Eğer iş sahibi kanunen tayin olunan muayene ve ihbari ihmal ederse zımnen kabul etmiş sayılır.” hükmü ile, inşaatın tesliminden sonra arsa sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, inşaatı bu haliyle kabul etmiş sayılacağı ifade edilmiştir. Arsa sahibinin inşaatı zımnen kabul ettiği sonucunun doğacağı bu halde yine müteahhide karşı ayıba karşı tekeffül hükümlerine gidilemeyecektir.

Yine B.K 362/1 hükmünün devamında “Ancak mütaahhidin kasten sakladığı usulü veçhile muayenesinde müşahade edilemeyecek olan kusurlar hakkında, mesuliyeti bakidir.” denilmektedir. Hükümde arsa sahibinin usulüne göre muayene ile görebileceği ayıpların, müteahhit tarafından kasten gizlemesi durumunda, müteahhidin sorumluluğunun ortadan kalkamayacağı ifade edilmiştir. Burada kastedilen ayıplar açık ayıplardır. Çünkü hükümde müteahhidin kasten gizlemesi nedeni ile usulüne göre yapılacak muayene ile anlaşılabilen ayıplar açık ayıp niteliğindedir. Zira gizli ayıplar, müteahhit kasten gizlemese de usulüne göre muayene ile anlaşılabilir. Bu itibar ile hükümde kastedilen ayıpların açık ayıplar olduğunda tartışma bulunmamaktadır. Müteahhidin anlatılan halde sorumluluğuna gidilebilmesi için, inşaattaki ayıbı biliyor olmasının yanında, bunu arsa sahibinden kasten gizlemiş olması da gerekir.²⁴⁸

Gizli ayıplar ise uygun bir muayene ile orta çıkarılamayan ayıplardır. Bu ayıplar bakımından B.K 362/3 hükmünde “Yapılan şeydeki kusur, sonradan meydana çıkarsa iş sahibi, vakıf olur olmaz keyfiyeti müteahhide haber vermeğe mecburdur. Aksi takdirde iş sahibi kabul etmiş sayılır.” şeklinde bir düzenleme yer almıştır. Buna göre hüküm ile gizli ayıpların

²⁴⁷ Yargıtay 15. H.D 21.06.1976, 1691/2627.

²⁴⁸ **ERMAN, H.**, age., s.154.

ileride ortaya çıkması halinde bunun derhal müteahhide bildirilmesi gerekmekte, bildirilmemesi halinde inşaatın kabul edilmiş sayılacağı bu itibar ile ayıp nedeni ile müteahhide karşı ayıba karşı tekeffül hükümlerine gidilemeyeceği ifade edilmektedir.

2.1.2.4.5. Ayıba Karşı Tekeffülde Zamanaşımı Meselesi

Ayıba karşı tekeffül hükümlerine uygulanmaya yönelik olarak Borçlar Kanunu'nun md.363 hükmünde zamanaşımı konusu düzenlenmektedir. Hükümde "Yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, müşterinin haklarının tabi olduğu müruru zaman hükmüne tabidir. Fakat gayrimenkul inşaatı müteallik kusurlardan dolayı iş sahibinin müteahhide ve inşaatı iştirak eyleyen mimar ve mühendise karşı mütalebesi, tesellüm zamanından itibaren beş senelik müruru zamana tabidir." denilmiştir. Buna göre eser sözleşmelerinde de ayıp halinde, satım sözleşmelerinde ayıp halinde söz konusu olan zamanaşımı hükümlerinin kıyasen uygulanacağı açıkça atıf yolu ile ifade edilmiştir. Ancak maddenin devamında gayrimenkul inşaatı yönelik işlerde ayıp halinde 5 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı da ifade edilmektedir.²⁴⁹

Borçlar Kanunu 363/1 hükmünde ayıp halinde satım sözleşmelerinde öngörülen zamanaşımı sürelerinin uygulanacağına dair düzenleme bizim konumuz olan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından gündeme gelmeyecek bir düzenlemedir. Çünkü hüküm burada bir ayırım yapmakta ve gayrimenkul inşaatı ilişkin ayıplarda uygulanacak zamanaşımı süresini diğer eser sözleşmelerinden ayırmaktadır.

Diğer yandan Borçlar Kanunu 126/4 hükmünde "... müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün

²⁴⁹ Yargıtay 15. H.D 21.02.1994, 1993/2798 E. 1994/929 K. : "... özellikle eser sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkta B.K 126/4 maddesince zamanaşımı süresinin 5 yıl olmasına..."

davalar...” ifadesi ile işaret edilen hallerde 5 yıllık zamanaşımı süresinin söz konusu olacağı belirtilmektedir. Bu hükmün ise yine inceleme dışında kaldığını, ayıp halinde söz konusu olacak davalardan hariç, gayrimenkul inşaat işleri dışındaki diğer eser sözleşmelerinde uygulanacağını belirtmek gerekir.

Zamanaşımının işlemeye başlayacağı tarih ise inşaatın arsa sahibine teslim tarihidir.

Hükümde ayıp nedeni ile açılacak davalarda müteahhit ile birlikte mimar mühendislerin sorumluluğu birlikte değerlendirilerek bunlara karşı açılacak davalarda da aynı süre öngörülmüştür.

Sonuç olarak kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, ayıba karşı tekeffüle ilişkin olarak açılacak davalar 5 yıllık zamanaşımına tabidir.²⁵⁰ Bu sürenin sözleşme ile kısaltılabilesinin mümkün olmasının yanında azami 10 yıla kadar uzatılmasının da mümkün olduğu ifade edilmektedir. Müteahhidin ayıbı kasten gizlediği hallerde ise B.K md. 363/1 de yapılan atıf ile B.K md. 207/3 hükmü gereği zamanaşımı süresi 10 yıldır. Bu 10 yıllık sürenin ise sözleşme ile kısaltılamayacağı ifade edilmektedir.²⁵¹

2.1.2.5. Müteahhidin Sağlık ve Güvenlik Önlemlerini Alma Yükümlülüğü

İnşaat işleri doğası itibarı ile risk taşıyan ve insan sağlığı ile güvenliği bakımından tehlikeli durumların ortaya çıkmasının muhtemel olduğu faaliyetlerdir. Bu bağlamda söz konusu risklerin minimize edilmesi ve ortaya çıkabilecek tehlikeli durumların müteahhitlerce alınacak önlemler ile azaltılması gerekmektedir. Çoğunlukla İş Hukukunun kapsamına giren müteahhidin bu yükümlülükleri hakkında çok fazla ayrıntılı inceleme yapılmayacaktır. Ancak müteahhidin söz konusu önlemlere ilişkin olarak sorumluluğu hakkında kısa bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

²⁵⁰ KOSTAKOĞLU, C., age., s.1296. ; ERMAN, H., age., s.159.

²⁵¹ ERMAN, H., age., s.160.

2.1.2.5.1. Müteahhidin Alacağı Güvenlik ve Sağlık Tedbirleri ile Bundan Doğan Sorumluluğu

Müteahhit inşaat yapma borcunu yerine getirirken, işçilerin ve 3. kişilerin sağlığını ve güvenliğini tehdit eder durumları kontrol altına almakla yükümlüdür. Müteahhit iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin mevzuat hükümlerinde kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getirecek, getirmemesi halinde bundan doğacak sorumluluğu da üstlenmesi gerekecektir. Müteahhit söz konusu mevzuat hükümleri doğrultusunda sağlamış olduğu araç ve gerecin gereği gibi çalıştığını, işçilerin çalışırken kullandıkları bu araç, gereç ve malzemeyi doğru kullanıp kullanmadığını, gerekirse bunların eğitimlerinin yapılmasını, çevreye ve üçüncü kişilere karşı doğabilecek tehlikelere yönelik önlemler alınıp alınmadığını ve bu önlemlere de uyulup uyulmadığını kontrol etmeli ve gerektiğinde bunların yerine getirilmesi için müdahalede bulunmalıdır.²⁵²

Müteahhit işin yapılmasında arsa sahibine karşı bağımsızdır. İşçi işveren ilişkisinde olduğu gibi onun emir ve talimatları doğrultusunda çalışması söz konusu değildir. Arsa sahibinin bu bağlamda işin yapılmasında gerekli sağlık ve güvenlik tedbirlerinin alınması konusunda bir ykmllğu ve sorumluluğu yoktur.²⁵³ Bu anlamda alınacak tedbirler müteahhit tarafından alınacak ve sorumluluk noktasında müteahhit yer alacaktır. Zira iş kazası gibi durumlarda sorumlu olacak kişi arsa sahibi değil mteahhittir. Bu gibi hallerde işçilerin veya üçüncü kişileri zararlarının söz konusu olması durumunda müteahhit bu sorumluluğu muhatabı olacaktır. Diğer yandan ancak, sözleşmede arsa sahibinin alması gereken tedbirler olarak bir takım yükümlülükler kendisine yüklenmişse, bu durumda bunların yerine getirilmemesi halinde bir sorumluluğu doğması muhtemel olabilecektir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın yürütümü esnasında ortaya çıkabilecek zararlardan genellikle müteahhidin sorumlu olacağına

²⁵² Yargıtay 21. H.D. 27.02.2003, 1143,1463.

²⁵³ Yargıtay 15. H.D 28.05.2003, 1552/2785.

yönelik hükümler yer almaktadır. Ancak kamu düzenine ilişkin olan iş güvenliği ve sağlığına ilişkin mevzuat hükümleri gereği zaten müteahhit bu sorumluluğundan kurtulamayacaktır.

2.1.2.5.2. Müteahhidin Yardımcı Şahısların ve Alt Müteahhidin Neden Olduğu Zarardan Sorumluluğu

Müteahhidin inşaatı meydana getirirken alt müteahhit ve yardımcı kişiler bulundurmasının mümkün olduğuna ilişkin olarak daha önce açıklama yapmıştık.²⁵⁴ Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhit işin yapılmasında yardımcı şahısların ve işçilerin yardımına başvurabilecektir. Müteahhit bu kapsamda yardımına başvurduğu işçilerin ve alt işverenlerin meydana getirmiş olduğu zararlardan ötürü sorumludur.²⁵⁵ Borçlar Kanunu md. 100 hükmünde “ Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafik surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür.” hükmü bu sonucu ortaya çıkarmaktadır.

Burada müteahhidin sorumluluğu kusursuz sorumluluk niteliğinde olmayıp, müteahhide bir kurtuluş beyyinesi getirme imkanı söz konusudur. Müteahhit, yardımcı şahsı seçmekte, gözetim altında bulundurmakta ve talimat vermekte kusurunun bulunmadığını ve yardımcı şahsın eylemini kendi yapması halinde dahi kendisi için de kusurlu sayılamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir.

2.1.2.5.3. Müteahhidin İş Kazalarından Doğan Sorumluluğu

Müteahhidin iş kazaları nedeni ile doğacak olan sorumluluğu tehlike sorumluluğudur. İşverenin iş kazası halinde her türlü özen gösterme

²⁵⁴ Bkz. s.29.

²⁵⁵ “İnşaat müteahhidinin gerek kendi yönetimi ve denetimi altından çalışan işçilerin davranışı dolayısıyla, gerekse bağımsız olarak inşaat işini yapan alt müteahhitlerin davranışları dolayısıyla sorumluluğu B.K md. 100 hükmüne dayandırılmalıdır. “(SELİÇİ, Ö., age., s.125)

yükümlülüğünü yerine getirirse dahi sorumlu olacağı ifade edilmiştir.²⁵⁶ Ancak söz konusu kazanın müteahhidin işi haricinde aradaki illiyet bağına kesen bir sebepten ileri gelmesi halinde de müteahhidin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. İlliyet bağına çeşitli şekillerde kesilmesi söz konusu olabilir. Üçüncü şahsın kusuru, işçinin ağır kusuru ve beklenmezlik hali gibi durumlarda illiyet bağına kesilmesi söz konusu olabilecektir.

Burada müteahhidin iş kazası halinde ortaya çıkacak olan sorumluluğu Borçlar Hukuku çerçevesinde incelenecek, iş kazalarına yönelik olarak ortaya çıkacak Ceza Hukuku ile İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik mevzuatı çerçevesinde bir değerlendirme yapılmayacaktır.

2.2. Müteahhitten Hak Elde Eden Üçüncü Kişilerin Durumu

Sözleşmenin konusu olan inşaatın yapımı esnasında müteahhit kendisine ait olacak bağımsız bölümleri üçüncü kişilere devredebilecektir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi edimleri bakımından devam ederken müteahhit ile üçüncü kişiler arasında kurulan ilişkilerin sözleşmeye olan etkileri değerlendirilmelidir. Bu anlamda da üçüncü kişiler ile müteahhit arasındaki ilişkilerde müteahhidin durumuna yakından bakmak gerekir.

2.2.1. Müteahhitten Bağımsız Bölüm Satın Alan Üçüncü Kişilerin Durumu

2.2.1.1. Arsa Sahibinin Arsa Paylarını Müteahhide Devrettiği Durumlar

2.2.1.1.1. Müteahhidin Kendisine Devredilen Arsa Payını Üçüncü Kişilere Devretmesi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin, belirlenen arsa paylarının önceden müteahhide devredilmesi suretiyle yapılması mümkündür. Bu halde arsa sahibi, kat irtifakı kurulmuş olan arsasından ileride bağımsız bölümlere özgülenecek belli payların mülkiyetini müteahhide devretmeyi taahhüt eder.

²⁵⁶ DUMAN, İ.H., age., s.1403.

Müteahhide devredilen bu arsa payları üzerine arsa sahibini güvenceye almak adına teminat ipoteği tesis edilir. İnşaat belirlenen seviyelere ulaştıkça da ipoteğin belirlenen kısımları kaldırılır. Sözleşmenin bu şekilde yapılmış olması ve mülkiyetin müteahhide geçirilmiş olması halinde, müteahhit kendisine devredilen bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satma hakkını elde eder. Üçüncü kişiler, bu satışın resmi şekle uyularak yapılması halinde bağımsız bölümün mülkiyetini kazanır.

Müteahhit tarafından üçüncü kişilere yapılan bu satıştan sonra tarafların sözleşmeden dönmesi halinde ortaya çıkacak hukuki durum ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre müteahhitten geçerli bir taşınmaz satış sözleşmesi ile malik olan üçüncü kişilerin bu kazanımı, arsa sahibinin çeşitli sebepler ile müteahhitle arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi halinde de korunacaktır. Zira kat karşılığı inşaat sözleşmeleri sürekli-geçici karmaşığı bir borç ilişkisi niteliğinde olduğundan, sözleşmeden dönmenin ileriye etkili olacağı ve bu sebeple dönme tarihinden önceki hukuki işlemlerin resmi şekle uygun olarak mülkiyet hakkı sahibinden kazanıldığı için geçerli olacağı ifade edilmektedir.²⁵⁷ Bununla birlikte sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili olduğu kabul edilse dahi kazanılmış olan aynı hakların bu durumdan etkilenmeyeceği ileri sürülmektedir. Sözleşmeden dönülmesinin müteahhide devredilen arsa payları bakımından yolsuz tescil durumu gündeme gelse de müteahhitten hak elde eden üçüncü kişilerin bu kazanımlarının Medeni Kanunun hükümleri dairesinde iyiniyetin korunması prensibi gereği korunacağı ifade edilmiştir. Sözleşmenin feshi ile birlikte arsa sahibinin, hak elde eden üçüncü kişiye karşı bir talep yöneltemeyeceğini öngören bu görüşe göre, arsa sahibinin sözleşmeden dönülmesi ile ortaya çıkacak zararının tazmini konusunda müteahhide başvurulması gerektiği ileri sürülmektedir. Burada ödenmesi gereken tazminatın da fesih tarihindeki üçüncü kişilere devredilen bağımsız bölümlerin değerinin hesaplanması suretiyle ortaya çıkarılacağı belirtilmektedir.

²⁵⁷ TUNÇOMAĞ, K., age., c.2, s. 952.

Müteahhitten bağımsız bölümü devralan üçüncü kişinin bunu bir başka kimseye devretmesi halinde de aynı hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır.

Aksini savunan ve Yargıtay' ın da benimsediği diğer görüşe göre²⁵⁸; Müteahhitten arsa payı devralan üçüncü kişilere karşı da sözleşmeden dönülmesi halinde tapu iptali davası açılabileceği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhide devredilecek arsa paylarının gündeme gelebilmesi için müteahhidin edimlerini yerine getirmesi zorunludur. Müteahhide yapılan pay devirlerinin geçerliliği de bu edimlerin yerine getirilmesine bağlıdır. Müteahhitten pay devralan üçüncü kişilerin de hayatın olağan seyri gereği bu hususu bilmeleri gerekir ve müteahhitten satın aldıkları sırada gerekli özeni göstermiş olmaları aranır. Bu sebeple sözleşmeden dönülmesi halinde üçüncü kişilerin iyiniyetli olarak hak kazanımlarının korunmaması gerekliliği ifade edilmektedir.²⁵⁹ Diğer yandan müteahhide devredilen payların avans niteliğinde olduğu, sözleşmenin geriye etkili olarak feshi halinde bu payların arsa sahibine geri döneceği bu nedenle de arsa sahibinin bağımsız bölümleri müteahhitten satın alan üçüncü kişilere karşı tapu iptali istemini yöneltebileceği ifade edilmektedir.²⁶⁰

Söz konusu durumun kabulü ile birlikte, sözleşmenin geriye etkili olarak feshedilmesi halinde, devralan üçüncü kişinin arsa sahibine ecrimisil ödemek durumunda kalması da mümkün olabilecektir. Bu halde üçüncü

²⁵⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.12.2008, 15-769/752 ; "...Yüklenicinin sözleşmedeki edimini, yerine getirmediği inşaatı %60 seviyesinde bıraktığı gerekçesiyle geriye etkili olarak feshine karar verilmiş bu karar kesinleşmiştir. Bu durumda sözleşme hiç yapılmamış gibi tarafların durumları sözleşme öncesi döneceğinden yüklenicinin üçüncü kişiyle yaptığı temlik artık sebepsiz kalır. Diğer bir ifade ile tescil yolsuz tescildir. Burada Medeni Kanununun 931. Maddesi uygulanmaz. Her ne kadar tapuda davalı üçüncü kişilere arsa sahibi tarafından devir yapılmış ise de arsa sahibinin kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayanarak tasarrufta bulunduğu ortadadır..."

²⁵⁹ Yargıtay 14. H.D 27.10.2004, 2004/5252-7424

²⁶⁰ Yargıtay 15. H.D 27.10.2005, 2005/375-5775 ; Yargıtay 15.H.D 04.03.2005, 2004/3299-2005/1234 ;

kişinin ödeyeceği bu tazminat karşısında da müteahhide rucü etmesi mümkündür.

Yargıtay uygulamasında sözleşmeden dönme halinde geçmişe etkili olarak sözleşmenin geçersiz sayılacağı ilkesinin çok katı uygulanmadığını da görmekteyiz. Yargıtay, inşaatın büyük bölümünün tamamlanması halinde, sözleşmenin ileriye etkili olarak yani dönülme tarihinden itibaren sözleşmenin geçersiz olacağını kabul etmektedir. Hatta bununla birlikte inşaatın büyük kısmının tamamlanmamış olmasına rağmen, müteahhidin bağımsız bölümleri çok sayıda üçüncü kişilere satması halinde ve bu kişilerin bağımsız bölümlerde ikamet etmeye başlamaları halinde de sözleşmeden dönmenin ileriye etkili olarak netice doğuracağı ifade edilmiştir.²⁶¹

Arsa sahibinin müteahhide pay devri yapmaksızın satış yetkisi vermesi de mümkün olabilmektedir. Bu halde yine müteahhide verilen bu yetkiye istinaden üçüncü kişilere satış yapılması, daha sonra ise arsa sahibi tarafından sözleşmeden dönülmesi halinde üçüncü kişilere yapılan bu satışın akıbetinin ne olacağı konusunda aynı şekilde tereddütlü durumlar ortaya çıkmaktadır. Bu halde de yine satış yapılan üçüncü kişinin kazanımının korunmayacağı ileri sürülmektedir.²⁶²

Belirtmek gerekir ki sözleşmeye göre müteahhide devredilen ancak temerrüt nedeni ile sözleşmenin feshi halinde arsa sahibine iade edilecek olan arsa payları üzerindeki müteahhidin alacaklısı üçüncü kişilerce konan haciz, ipotek gibi yekünler de kaldırılarak bunların iadesi gerekecektir.²⁶³

Müteahhidin üçüncü kişiye yapmış olduğu arsa payı satışı ile birlikte aynı zamanda ona karşı inşaatı tamamlayıp teslim etme yükümlülüğünün

²⁶¹ SÜTÇÜ, N., age., s.902.

²⁶² AYAN, S., age., s. 301.

²⁶³ KOSTAKOĞLU, C., age., s.1169.; Yargıtay 14. H.D 25.10.2007, 9500/12635.

doğduğu kabul edilir. Yani üçüncü kişi müteahhitten bağımsız bölümün tamamlanarak kendisine teslim edilmesi talebinde bulanabilecektir.²⁶⁴

2.2.1.1.2. Müteahhidin Kendisine Devredilen Arsa Payını Üçüncü Kişilere Haricen Satışı ve Satış Vaadi Sözleşmesi

Müteahhidin kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile kendisine devredilen paylarını noterden yapılacak satış vaadi sözleşmesi ile veya resmi şekilde tapuda yapılmayan haricen yazılı bir sözleşme ile üçüncü kişilere satması mümkündür. Uygulamada sıklıkla da rastlanılan bu durum hukuki açıdan, müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsa sahibine karşı sahip olduğu alacak-talep hakkını üçüncü şahıslara bir sözleşme ile “temlik” etmesi olarak nitelendirilir. Alacağı yükleniciden devralan üçüncü şahıs sahip olduğu hakkını doğrudan arsa sahibine karşı ileri sürebilecektir.²⁶⁵

Bu şekliyle kendisine müteahhit tarafından haricen satış yapılan veya noterden satış vaadi sözleşmesi ile satış yapılan üçüncü kişi, arsa sahibi ile müteahhit arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi halinde ise müteahhide isabet eden arsa paylarının iptali durumunda korumasız kalacaktır. Satış vaadi sözleşmesi aynı bir güvence sağlamadığından sözleşmenin feshi halinde üçüncü kişi arsa sahibinden müteahhitle arasındaki ilişkiye dayanarak bir talepte bulunamayacaktır. Ancak sözleşmenin ileriye yönelik feshedilmiş olması halinde müteahhide bırakılmış olan arsa payları bakımından müteahhide karşı resmi şekilde yapılmış taşınmaz satış vaadi sözleşmesi uyarınca adına tescilini isteyebilecektir.

Kendisine müteahhit tarafından satış yapılan ancak müteahhidin arsa paylarının iptal edilmesi halinde yukarıda anlatılan sonuçların ortaya çıkmasıyla arsa sahibi üçüncü kişilerden ecrimisil talep edebilecektir.

²⁶⁴ **ÖZ, T.**, (İnşaat Sözleşmesi),s.168.

²⁶⁵ **REİSOĞLU, S.**, a.g.m., s.13.

Üçüncü kişi ile müteahhit arasında yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapuda şerh verilmesi halinde durumun ne olacağı konusunda farklı görüşler söz konusudur. Bir görüşe göre; müteahhit ile üçüncü kişi arasındaki satış vaadi sözleşmesinin tapuda şerh verilmiş olması halinde, müteahhide devredilen ve müteahhidin de satış vaadi ile üçüncü kişiye devrettiği bu arsa paylarının, müteahhit ile arsa sahibi arasındaki sözleşmenin feshi ile birlikte müteahhide ait payların iptali ve arsa sahibi adına tescil edilmesi durumunda, tapuda üçüncü kişi lehine verilen şerhin etkisinin devam edeceği ileri sürülmektedir. Buna göre de müteahhide ait payların iptali ve arsa sahibi adına tescil edilmesine rağmen şerhin şahsi hakları kuvvetlendirici etkisi gereği üçüncü kişinin hakkını arsa sahibine karşı da ileri sürebileceği ve üçüncü kişinin tescil talebi ile arsa sahibine başvurabileceği ifade edilmektedir. Bu halde mülkiyetin üçüncü kişiye geçirilmesi nedeni ile arsa sahibinin uğradığı zarar için müteahhide karşı talep hakkı olduğu da vurgulanmıştır.²⁶⁶

Ancak Yargıtay' ın da kabul etmiş olduğu diğer görüşe göre; Müteahhit ile üçüncü şahıs arasında taşınmaz vaadi sözleşmesi yapılmış ve bunun da tapuda şerh verilmiş veya verilmemiş olması halinde, müteahhit ile arsa sahibi arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshedilerek, müteahhide ait payların iptali ve bunların arsa sahibi adına tescil edilmiş olması durumunda, müteahhitten bu payları satın alan üçüncü kişinin kazanımının korunmayacağı ifade edilmektedir.²⁶⁷ Bu görüşe göre, müteahhide ait olacak bu payların iptal edilmesi ile birlikte müteahhidin arsa sahibine karşı şahsi bir hakkının bulunamayacağı, bu halde onun halefi olan üçüncü kişilerin de

²⁶⁶ **ERMAN, H.**, age., 173.

²⁶⁷ “Bağımsız bölümü yükleniciden haricen satın alan kimse inşaat sonradan arsa sahibi tarafından tamamlansa dahi arsa sahiplerinden bağımsız bölümün mülkiyetinin kendisi adına devrini talep edemez. Arsa sahipleri yüklenicinin inşaatı tamamlamadığı, bir nedenle haricen devrettiği bağımsız bölümün kendi adına tescilini isteme hakkına sahip olmadığı yolundaki iddia ve itirazlarını ondan bağımsız bölümü yazılı bir sözleşmeyle haricen devralanlara karşı da ileri sürebilecektir.”(**REİSOĞLU, S.**, a.g.m., s.14.)

arsa sahibine karşı taleplerinin dinlenmeyeceği, müteahhit ile üçüncü kişiler arasındaki sözleşmenin arsa sahibini bağlamayacağı ifade edilmektedir.²⁶⁸

Müteahhidin, üçüncü kişilere karşı, aralarındaki sözleşmenin sınırları dahilinde sorumluluğu söz konusudur. Müteahhit, eksik iş ve ayıplı işler bakımından ayıba karşı tekeffül hükümleri doğrultusunda üçüncü kişilere karşı yükümlülük altındadır. Ancak bu sorumluluğunu, sözleşmede aksine hüküm yoksa, arsa sahibi ile arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi hükümlerine atfen uyarlamak söz konusu değildir.

Müteahhit tarafından üçüncü kişilerle resmi şekle uyulmaksızın taşınmaz satımı ve satım vaadi yapılmış olması kural olarak geçersizdir. Daha önce ifade edildiği üzere noterden taşınmaz satış vaadi şeklinde veya tapuda devir şeklinde yapılmayan taşınmaz mülkiyetinin devrini öngören sözleşmeler geçersiz olacaktır. Ancak haricen, şekil şartına uyulmaksızın yapılan bu taşınmaz satımına ilişkin sözleşmelerin geçersiz olacağına yönelik olarak uygulanan kuralın bazı durumlarda hakkaniyete uygun düşmeyeceği ve bu satışa geçerlilik tanınması gerektiğine yönelik Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı mevcuttur. YİBK kararına göre²⁶⁹; müteahhitten geçersiz sözleşme ile bağımsız bölüm alan üçüncü kişinin bazı hallerde müteahhide karşı tescil talebinde bulunabilmesi mümkün olabilmektedir. Müteahhit ile üçüncü kişi arasında inşaat devam ederken bağımsız bölümün satışına ilişkin bir anlaşma yapılmışsa, üçüncü kişi bu anlaşma uyarınca üzerine düşen tüm yükümlülüklerini yerine getirmişse, müteahhitte satışa konu bağımsız bölümü üçüncü kişiye teslim etmiş ve onun malik gibi tasarruf etmesine rıza göstermişse, müteahhit artık şekil eksikliğini ileri sürerek üçüncü kişiye mülkiyetin devrinden kaçınamaz ve üçüncü kişi artık müteahhide bu şartlar altında tescil talebinde bulunabilir.

Üçüncü kişinin YİBK kararına dayanarak müteahhide yöneltebileceği tescil talebinde bulunabilmesi için öncelikle müteahhit ile üçüncü kişi

²⁶⁸ Yargıtay 14.H.D. 5.12.1989, 5705/10388

²⁶⁹ YİBK, 30.8.1988, 1987/2 E. 1988/2 K.

arasında yapılan satışın, inşaat arsa sahibine teslim edilmeden önce inşaatın yapımı aşamasında gerçekleşmesi gerekir. İnşaat tamamlanıp arsa sahibine teslim edilmesinden sonra yapılan satışlarda üçüncü kişinin YİBK kapsamında korunmayacağı açıktır. Çünkü YİBK kararının amacı kötüniyetli satıcıların enflasyon nedeni ile taşınmaz değerinin artışından faydalanmak istemesinin önlenmesidir.²⁷⁰

Diğer yandan satışın inşaatın tesliminden önce yapılmasının yanında üçüncü kişinin tescil talebini, inşaatın tamamlanıp teslim edilmesinden sonra yöneltmesi zorunludur. Teslimden önce de bu talebin yöneltmesi dinlenmeyecektir.²⁷¹

Müteahhidin talep hakkını üçüncü kişilere devrettiği arsa sahibine bildirilmişse veya arsa sahibi bunu bilecek durumda ise, arsa sahibi sözleşmeden doğan devir yükümlülüğünü haricen alacağı devralan üçüncü kişilere yerine getirmek durumundadır. Eğer ki arsa sahibi üçüncü kişi ile müteahhit arasındaki haricen satış ilişkisini bilmiyor ve bilecek durumda da değilse, iyiniyetle müteahhide yapmış olduğu devir ile borcundan kurtulacaktır.²⁷²

2.2.1.2. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Arsa Sahibince Feshi Halinde Üçüncü Kişilerin Durumu

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshedilmesi halinde feshin, farklı durumlara göre ileriye veya geriye etkili olarak sonuç doğuracağından daha önceki bölümlerde bahsetmiştik. Bu halde feshin ileri etkili veya geriye etkili sonuç doğurması halleri, gerek tapuda müteahhitten arsa payı devralan, gerekse harici senetle satın alan üçüncü kişilerin durumunun ne olacağı konusunda belirleyici olacaktır.

²⁷⁰ SÜTÇÜ, N., age., s.909.

²⁷¹ Yargıtay 14.H.D. 22.12.1992, 8585/11219

²⁷² REİSOĞLU, S., a.g.m, s.15.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu, müteahhidin sözleşme gereği üzerine düşen inşaatı tamamlama ve teslim etme yükümlülüğü ile gündeme gelir. Müteahhidin kendisine düşecek arsa paylarına hak kazanabilmesi bu yükümlülüklerini yerine getirdiği oranda söz konusu olur. Bu itibar ile müteahhitten bu payları devralan üçüncü kişiler de müteahhidin edimini yerine getirmesi ile hak sahibi olabilecektir.

Yargıtay, inşaatın tamamlanmadan önce müteahhide tanınan üçüncü kişilere pay devretmesini, onun inşaatı finansman sağlamak amacıyla yaptığını kabul etmekte ve bu satışların geçerliliğine bu mimvalde olanak tanımaktadır. Bu haliyle de yapılan bu satışları avans niteliğinde değerlendirmektedir. Üçüncü kişilerin de bu gerekli özeni göstermeleri halinde durumun bu şekilde olduğunu anlamaları gerektiğinden hareketle iyiniyetli kazanım hallerini bu kapsamda sınırlamıştır. Sözleşmenin ifa edilmemesi nedeni ile arsa sahibi tarafından feshi durumunda, inşaatın geldiği aşamaya göre sözleşmenin geriye etkili olarak feshedilmesinin gündeme geldiği durumlarda müteahhide devredilen arsa paylarının arsa sahibine geri döneceği, bu sebeple de söz konusu arsa paylarının üçüncü kişilere müteahhit tarafından devredilmiş olsa da bu payların da arsa sahibine iade edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Yani sözleşmenin geriye etkili feshi durumunda müteahhitten arsa payı devralan üçüncü kişilerin devredilen bu paylarının arsa sahibine iade edileceği ve burada artık üçüncü kişilerin iyiniyetli kazanımlarının korunmayacağı sonucuna varılmaktadır.

Diğer yandan inşaatın sözleşmenin arsa sahibi tarafından feshi halinde inşaatın vardığı aşamaya göre sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilmesinin kabulü durumunda, müteahhitten arsa payları devralan üçüncü şahısların kazanımları, müteahhide tekabül edecek bağımsız bölümler oranında korunacaktır.

2.2.2. Aynı Bağımsız Bölümlerin Birden Fazla Kimseye Satılması

Daha önceki bölümlerde müteahhidin kendisine ait olacak bağımsız bölümleri üçüncü kişilere devretmesi hakkında açıklamalar yapılmıştır. Yapılan bu satışlar ile müteahhidin inşaatı tamamlamak için gerekli finansmanı sağlayacağı ve sözleşmeden doğan edimini yerine getirmek için bu satışlarla kendisine kolaylık sağlanacağını ifade etmiştik. Uygulamada sıkça karşılaşılan müteahhidin aynı bağımsız bölümleri birden fazla kişiye satması halinde durum ne olacaktır? Bu bağlamda gerek sehven gerekse kötüniyetle yapılan bu satışlarda üçüncü kişilerin durumunun ne olacağı konusunda bir inceleme yapmak gerekmektedir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince müteahhide ait olacak bağımsız bölümlerin müteahhit tarafında birden fazla üçüncü kişilere satılması durumunda kural olarak aynı bağımsız bölüm için üçüncü kişiye yapılan ikinci satış geçersiz olacaktır. Yapılan ikinci satışta üçüncü kişi iyiniyetle hareket etse dahi onun bu iyiniyeti korunmayacak ve kendisine yapılan bu satış geçersiz olacaktır.²⁷³

Yapılan her iki satışın da haricen adi yazılı şekilde yapılması halinde veya her iki satışın da noterden satış vaadi şeklinde veya birinin adi yazılı şekilde diğerinin noter satış vaadi şeklinde yapılmasında herhangi bir fark gözetilmeksizin yapılmış olan sonraki tarihli ikinci satış geçerli kabul edilmeyecektir. ²⁷⁴Hatta yapılan ikinci satışın tapuda şerh verilmiş olması ve hatta bağımsız bölümün ikinci satış alıcısı üçüncü kişiye teslim edilmesi halinde de Yargıtay, ilk yapılan satışa itibar edilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu halde yapılan bu ikinci satışa ilişkin tapuda şerh verilmesinin,

²⁷³ "Alacağın temlik tasarrufu bir işlemdir. Birinci temlik ile alacak yüklenicinin malvarlığından çıkmıştır. Yüklenici ikinci temlik açısından tasarruf yetkisine sahip değildir. Alacağı sonradan devralan kişi önceki temlik bilmeseyse, iyiniyetli olsa dahi hukuki sonuç değişmeyecek, ikinci temlik geçersiz olacaktır."(RESİOĞLU, S., agm., s.17.)

²⁷⁴ Yargıtay 14. H.D 08.04.2008, 3661/4795 ; "...Kural olarak geçersiz olmadıkça veya sözleşme feshedilmekçe yarışan şahsi haklardan önceki tarihli olana değer tanınır. ...Satış işleminin yüklenici tarafından üçüncü kişilerden birine veya birkaçına resmi şekilde diğerlerine adi yazılı şekilde yapılmasının bir önemi yoktur. Önem arz eden husus, şahsi hak iddiasında bulunan üçüncü kişilere yapılan temlikin taşıdığı tarihtir..."

kendisinden önce yapılan satışlara etkisinin olmadığı, ancak kendisinden sonraki yapılacak satışlara ilişkin olarak kuvvetlendirilmiş şahsi hak sıfatına haiz olacağı ifade edilmektedir.²⁷⁵

Yapılan satışların aynı tarihte gerçekleşmesi halinde veya hangi tarihte yapıldıkları anlaşılamiyorsa, bağımsız bölüm önce kime teslim edilmişse onun hak sahibi olduğu ifade edilmektedir. Diğer yandan tapuda yapılan ilk devirden sonra, müteahhidin aynı bağımsız bölümü başka bir üçüncü kişiye satış vaadinde bulunması halinde satış vaadinin geçersiz olacağı ve sonuç doğurmayacağı ifade edilmektedir. Adi yazılı olarak yapılan iki satış arasında da teslim ikinci satış alıcısına yapılırsa da ilk yapılan satışa itibar edilmesi gerektiğine işaret edilmiştir.²⁷⁶

Müteahhidin haricen adi yazılı şekilde bağımsız bölümü satmasından sonra, aynı bağımsız bölümün başka bir üçüncü kişiye tapuda devredilmesi halinde, şahsi hak sahibi ilk alıcı, tapuda yapılan devir işleminin muvazaalı olarak kendi kazanımının bertaraf edilmesi amacıyla yapıldığını ispat etmesi halinde tapuda yapılan tescilin yolsuz olduğunu ileri sürerek tapu iptal ve tescil talebinde bulunabilecektir.²⁷⁷ Ancak burada belirtmek gerekir ki haricen yapılan satış ile şahsi hak elde üçüncü kişinin tescil talebinin kabulü için, şahsi alacaklı üçüncü kişi, tapuda yapılan devir ile gerçekleşen ikinci satışın kendisine zarar vermek amacı ile muvazaalı olarak yapıldığını, tapuda devir alan üçüncü kişinin kötüniyetli olduğunu ispat etmek zorundadır. Söz konusu durumda şahsi hak ile aynı hak arasındaki çekişmede şahsi hak sahibi alacaklı, yapılan ikinci işlemin kendisini zarara uğratmak amaçlı muvazaalı olarak yapıldığını ispat edemedikçe tescil talebinin kabul edilmesi mümkün olmayacak ve aynı hak sahibi olan tapuda yapılan devir sonucu hak elde eden ikinci satış alıcısının hakkına itibar edilecektir.²⁷⁸

²⁷⁵ Yargıtay 14. H.D 06.04.1998, 3620/3468

²⁷⁶ SÜTÇÜ, N., age., s.962-963

²⁷⁷ Yargıtay 14. H.D 27.06.2007, 7497/8389. ; Yargıtay 14. H.D 18.07.2008, 6682/9536.

²⁷⁸ Yargıtay 14. H.D 01.10.2002, 5407/6311

Arsa sahibinin de kendisine ait olacak bağımsız bölümleri birden fazla üçüncü kişiye satması halinde de aynı esaslar geçerli olacaktır. Bu halde de yine yapılan önceki tarihli satışa itibar edilecektir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince müteahhide ait olması gereken ancak henüz müteahhide devredilmemiş olan bağımsız bölüme ilişkin olarak, müteahhidin, bağımsız bölümün ileride kendisine devredileceği inancı ile haricen üçüncü bir kişiye satışından sonra arsa sahibinin halen kendi mülkiyetinde bulunan bu bağımsız bölümü tapuda başka bir üçüncü kişiye satması halinde, arsa sahibinden tapuda mülkiyeti elde eden üçüncü kişi iyiniyetli ise bu kazanımı korunacak ancak değilse bu iktisabı geçersiz olacaktır.

Gerek müteahhitten gerekse arsa sahibinden yapılan satışlarda satışın tapu siciline şerh edilmesi durumunda şerh tarihinden sonraki yapılan satışların da geçerli olmayacağı açıktır.

2.3. Eksik İş ve İlave İşler Bakımından Müteahhidin Hukuki Durumu

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflar sözleşmede belirlenen yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır. Bu bağlamda müteahhit sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun bir bina yapmakla yükümlüdür. Uygulamada sıklıkla binanın yapımı esnasında müteahhidin bu yükümlülüğünü kimi zaman zorunlu kimi zamanda kendisinden kaynaklanan nedenler ile yerine getiremediği görülmektedir. Bununla birlikte müteahhidin bazı durumlarda da sözleşmede öngörülenden daha fazla iş yapmış olmasına da rastlanmaktadır. Her iki durumda da sözleşmeye aykırı durumun doğuracağı hukuki sonuçların müteahhidin durumunu etkileyeceği açıktır.

2.3.1. Eksik İş

Eksik iş, sözleşmenin teknik şartnamesinde kararlaştırılan işlerin ya da teknik şartnamede yer verilmese de orta vasıftaki bir inşaatta bulunması gerekli işlerin mevcut olmamasını ifade eder. Eksik iş kavramı ayıplı iş kavramından farklı bir konudur. Eksik işte sözleşmede kararlaştırılan işlerin bir bölümünün veya tamamının yapılmaması söz konusu iken ayıplı işte, sözleşmede kararlaştırılan işlerin sözleşmeye aykırı şekilde yapılmış olması söz konusudur. Örneğin inşaattaki bir duvarın boyanmamış olması eksik iş iken duvarın astarsız boyanmış olması ayıplı iştir.²⁷⁹ Bu kavramlar hem işin niteliği bakımından hem de doğuracağı hukuki sonuçlar bakımından farklılık göstermektedir.²⁸⁰ Eksik iş niteliğinde bir durumun söz konusu olması halinde müteahhit inşaatı tamamlama ve teslim borcunu yerine getirmiş sayılmaz. Bu halde arsa sahibi işin gereği gibi ifasını talep edebileceği gibi, B.K md. 97 hükümlerine göre masrafı müteahhide ait olmak üzere inşaatı kendisinin tamamlattırmasını isteyebilir veya müteahhidi temerrüde düşürerek temerrütten doğan haklarını kullanabilir.²⁸¹ Ancak ayıplı işin söz konusu olması halinde arsa sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan hakları kapsamında müteahhitten talepte bulunabilir. Bu halde de arsa sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması halinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanamamasına karşın, eksik iş söz konusu olması durumunda, arsa sahibinin bundan doğacak hakları haleldar olmaz.

Bu nedenlerle eksik iş ve ayıplı iş kavramlarının farklı hukuki durumlar olduğunu özellikle belirtmek gerekir.

Eksik iş olarak nitelendirilen eksiklikler arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerde olabileceği gibi binadaki ortak yerlerde de mevcut olabilir. Örneğin arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerde yer döşemelerin ahşaptan yapılması gerekirken yapılmamış olması şeklinde

²⁷⁹ AYAN, S., age., s.61.

²⁸⁰ ERMAN, H., age., s.181-182.

²⁸¹ DUMAN, İ.H., age., s.770.

ortaya çıkabileceği gibi, ortak yerlerde örneğin binanın yangın merdivenin yapılmamış olması şeklinde de ortaya çıkabilir.²⁸² Bu hallerde arsa sahibi kendisine ait olan bağımsız bölümlerde söz konusu eksik işlerin tamamı için müteahhitten talepte bulunabilmesine rağmen, ortak yerlerdeki eksik iş için bağımsız bölümlerdeki toplam payı nispetinde talepte bulunabilecektir.²⁸³

Eksik iş halinde müteahhit, eksiklik nedeni ile arsa sahibinin oluşacak zararını karşılamalıdır. Bu zarar, kısaca sözleşmede kararlaştırılan şekildeki inşaatın değeri ile inşaatın söz konusu eksiklik halinde inşaatın değeri arasındaki fark olarak ifade edilebilir.²⁸⁴

İnşaatın sözleşmede kararlaştırılan işlerin eksik olması halinde inşaatın teslim edilmesi söz konusu olamaz. Ancak arsa sahibi inşaatın eksik işlere rağmen bağımsız bölümü kullanmaya başlamış uzun süre de kullanmaya devam etmiş ise müteahhidin inşaatı teslim etme iradesine karşı herhangi bir çekincesini de ileri sürmemişse, artık hakkaniyet gereği inşaatın teslim edilmediği iddiasına itibar etmemek gerekir. Diğer yandan inşaatın eksik işler inşaatın tamamlanan kısmına oranla küçük sayılabilecek nispette ise arsa sahibinin inşaatı teslim almasını ifa olarak kabul etmek gerekmektedir. Ancak inşaatın eksik işin inşaatın tamamlanan kısmına oranla büyük sayılabilecek bir nispette olması halinde teslimin gerçekleşmediğinin kabulü gerekecektir.²⁸⁵ Bu halde arsa sahibinin inşaatın

²⁸² Yargıtay 15. H.D 06.12.1995, 5276/7255: "...Davalı karşı davacı arsa sahipleri bağımsız bölümlerin paylaşımı sonucu binada arsa payları oranında ortak yerlere ait ayıp ve noksan iş bedelini talep edebilirler..."

²⁸³ Yargıtay 15. H.D 25.11.1987, 290/865.

²⁸⁴ Yargıtay 15.H.D 12.10.1995, 2173/5481:"...davalı edimini olduğu gibi yerine getirdiğinde davacı 230 m2 yüzölçümünde dükkan sahibi olacakken, edimin noksan yerine getirilmesi sonucu 130m2 dükkan sahibi olmuştur. O halde zarar aynı 230m2 dükkanın dava tarihindeki rayiç değeri ile mevcut 130m2 dükkanın rayiç değeri arasındaki farktır.(UYGUR, T., age., c.2, s.657)

²⁸⁵ Yargıtay 15. H.D 20.06.1996, 2993/3518:"... davacı, inşaatı arsa sahiplerine teslim etmiş ve bu konuda tutanak düzenlemiş ise de inşaatın dava hakları saklı tutularak teslim alındığı tutanağa dercedilmiştir. Bu durumda davacının son dairesinin tapusuna hak kazanabilmesi inşaatın bütünüyle kusursuz biçimde tamamlanmasına bağlıdır. Ne var ki belirlenen noksanlıklar teslim engel nitelikte bulunmadığından tutarlarının dava tarihi itibarıyla tespit edilip arsa sahiplerine ödenmesi yani birlikte ifaf suretiyle tescil kararı verilmesi gerekir..."(UYGUR, T., age., c.2, s.653)

eksikliğine rağmen bazı bölümlerini kullanmaya başlamasını teslim alma iradesi olarak görmemek yerinde olacaktır.

Arsa sahibi inşaatı eksik iş ile birlikte teslim almışsa eksik iş bedeli teslim tarihindeki rayiç bedele göre hesap edilir. Bunun yanında müteahhit inşaatı tamamladığını belirterek eksik işin varlığını inkar etmişse veya inşaatı bırakıp gitmişse, eksik iş bedeli, müteahhidin eksik işi tamamlamayacağı iradesini beyan ettiği tarihteki, inşaatı bırakıp gitmesi halinde ise inşaatın terk edildiği tarihteki rayiç bedeline göre hesap edilir. Arsa sahibi eksik iş bedelini tespit ettirdikten sonra, müteahhide devretmekle yükümlü olduğu arsa payları nispetinde borcunu ifa etmekten kaçınabilecektir.

Arsa sahibi eksik işlerin söz konusu olduğu bağımsız bölümleri üçüncü kişilere devretmişse devrettiği bu bölümler için eksik iş talebinde bulunamayacaktır. Eksik iş nedeni ile doğacak zararı talep etme hakkı artık üçüncü şahıslara geçmiştir. Ancak arsa sahibi eksik iş nedeni ile üçüncü kişiye satarken bir zararı olduğunu ileri sürmesi halinde bunu müteahhitten talep edebilecektir.

Sonuç olarak arsa sahibi eksik işler nedeni ile müteahhitten aynen ifa talebi kapsamında eksikliğin giderilmesini zamanaşımı süresi içerisinde talep edebilecektir. Müteahhit eksik işlerin zamanında yapılmaması nedeni ile müteahhitten müspet zararının tazminini isteyebilir ancak müteahhit gecikmede kusurunun bulunmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulabilmesi de mümkündür.²⁸⁶

Müteahhit eksik işe rağmen sözleşmede kararlaştırılan kendi payına düşecek arsa paylarının adına tescili isteminde bulunması halinde, eksik iş bedeli hesap edilerek mahsuplaşma suretiyle veya müteahhit tarafından eksik iş bedelinin ödenmesi halinde, müteahhide düşen arsa paylarının devri gerçekleşebilecektir. Eksik iş bedeli kural olarak müteahhit tarafından

²⁸⁶ DUMAN, İ.H., age., s.777.

giderilecektir. Bu itibar ile eksik işler üçüncü bir kişi tarafından yapılmışsa buna ilişkin giderleri ödemekle müteahhit sorumlu olacaktır.

Müteahhit sözleşmede öngörülmeven fazla iş yapmışsa bunun değeri de eksik değeri ile birlikte değerlendirilecek ve buna göre bir mahsuplaşma da yapılacaktır.

2.3.2. İlave İş ve İlave Bağımsız Bölüm

2.3.2.1. İlave İş

İlave iş, kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılırken sözleşmede kararlaştırılmamış olan bir işin inşaatına dahil edilmesi olarak tanımlanabilir.²⁸⁷ Söz konusu olacak ilave iş ya sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca kararlaştırılması ile ya da müteahhidin tamamen kendi tasarrufu ile gerçekleşmiş olabilir.

İlave işler arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerde veya binanın ortak yerlerinde söz konusu olabilir.

İlave iş sözleşmede kararlaştırılan inşaatın niteliğinin değişmesine ilişkin bir konu olmayıp, inşaatın nicelik yani kapsamı yönünden bir değişikliğin meydana gelmesinden ibarettir. Örneğin sözleşmede konut olarak kullanılması amaçlanarak yapılan inşaatın, müteahhidin kendi tasarrufu ile her iki tarafın da daha menfaatine olacağını düşünülerek iş yeri olarak değiştirilmesi ilave iş olarak değerlendirilemez. Ancak bağımsız bölümlere fazladan ebeveyn banyosu yapılması sözleşmede kararlaştırılan binanın niteliği yönünden değil kapsamı açısından bir değişiklik meydana getirmektedir ve söz konusu durumda ilave işin varlığı kabul edilir.

Sözleşme yapılırken öngörülmemesine rağmen tarafların anlaşarak sonradan inşaatı ilave iş yapılması konusunda karar vermiş olmaları halinde

²⁸⁷ "Müteahhit sözleşmede kararlaştırılan işlerin yanında iş sahibinin bilgisi dışında veya iş sahibinin açık ya da zımni muvafakati ile binanın ortak kullanım alanlarında veya bağımsız bölümlerde bir takım işler yapmış olabilir. Yapılan bu işlere ilave iş denilmektedir." (CENKÇİ, E. (Mart-Nisan 2010), "Yargıtay Kararları Işığında Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Doğan İlave İş ve İlave Bağımsız Bölüm Sorunlarının Değerlendirilmesi, Kazancı Hukuk Dergisi, Sayı 67-68, s.113-139.)

ilave işler bakımından ortada yeni bir sözleşmenin var olduğu ileri sürülmektedir.²⁸⁸ Bu sözleşme konusu ilave işlere ilişkin ücret, yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin yapmış olduğu masrafa göre belirlenecektir. Ancak ortada taraflarca kararlaştırılmamış olan ve müteahhidin tamamen kendi tasarrufu ile yapmış olduğu ilave işler hakkında vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması gerektiği, bu halde yapılan ilave iş kapsamında müteahhidin faydalı ve zaruri masraflarını talep edebileceği ifade edilmektedir.²⁸⁹ Halin icabının yapılmasını haklı göstermediği masraflar için vekaletsiz işgören sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak bu masraflar sonucu yaptığı şeyi söküp alabilir. Ancak bu söküp alma arsa sahibine zarar verecek nitelikte ise bu hakkını kullanamayacaktır.²⁹⁰

Yapılan ilave iş, arsa sahibinin sahip olacağı bağımsız bölümlerde yapılmışsa arsa sahibi ilave iş nedeni ile ortaya çıkacak değer artışını müteahhide ödemesi gerekecektir. Ancak yapılan ilave iş ortak yerlere ilişkin olarak yapılmışsa ortaya çıkan değer artışından arsa sahibi kendi payına düşen nispette sorumlu olacaktır.²⁹¹

İnşaatin yapımı devam ederken inşaatın korunması, komşu taşınmazların korunması veya çevrenin zarar görmemesi amacıyla inşaata

²⁸⁸ “Diğer bir ihtimal, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bu konuda herhangi bir hüküm öngörülmemekle beraber, ilave işlerin, arsa sahibinin muvafakati altında yapılmış olmasıdır. Bu durumda taraflar arası var olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yanında, bir de bedeli önceden kararlaştırılmamış bir eser sözleşmesi kurulmuş olduğu kabul edilmektedir. Kanunumuz eser sözleşmesinin geçerliliğini herhangi bir şekil şartına tabi tutmamıştır. Taraflarca önceden kararlaştırılmamışsa bedel, yapılan işin değerine ve yüklenicinin masraflarına göre belirlenir.” (KOCAAĞA, K. (Kasım-Aralık 2009), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan İlave İş ve İlave Bağımsız Bölüm Sorunu*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, Sayı 85, s.89.)

²⁸⁹ **ERMAN, H.**, age., s.184-185.

²⁹⁰ **ARIDEMİR, A.G.** (2004), “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Doğan İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler Sorunu Bakımından Hukuki Durum*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, s.458.

²⁹¹ “Ortak yerlerde yapılmış sözleşme dışı işlerin üzerine inşa edildikleri arsanın değeri, ilave işlerin değerine oranla önem taşıyorsa veya ilave işler sözleşmede öngörülenden daha kaliteli yapılmışsa ve bunlar arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin değerini önemli ölçüde arttırmış ise ortak yerlerdeki bu ilave işler bakımından yüklenicinin talep hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekir.” (KOCAAĞA, K., agm., s.89.)

ilave olacak bazı çalışmaların da ilave iş olarak değerlendirilmesi söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte sözleşmede öngörülmemesine karşın imar durumunda meydana gelen değişme veya idari otoritenin zorlaması ile inşaatta ilave iş yapılması da söz konusu olabilir. Örneğin sözleşmede otopark yapılması öngörülmemişken belediyenin inşaatta kapalı otopark yapılmasını zorunlu tutması gibi durumlarda tarafların dışındaki bir sebeple ilave iş yapılması söz konusu olabilir. Bu durumların da ilave iş kapsamında değerlendirilmesi gündeme gelebilecektir.²⁹²

Sözleşmede yapılması öngörülen veya sözleşmede yer alması da mutad durumun inşaatta bulunmasını zorunlu kıldığı işlerin eksik, bozuk yapılması gibi hallerde bunların iyileştirilmesine yönelik olarak yapılan işler ilave işlerden sayılmayacaktır. Bununla birlikte sözleşmede öngörülmemesine rağmen inşaatta yapılan tüm işlerin ek iş olarak değerlendirilmesi de söz konusu olmayacaktır. Müteahhit özen gösterme borcu nedeni ile bazı işlerden sözleşmede tek tek sayılmasa da sorumludur. Müteahhit arsa sahibini inşaatın maliyetinin artmaması için bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğünü ihmal ederek müteahhit inşaatın olağan maliyetini arttırıcı faaliyetlerde bulunmuşsa bu ilave iş olarak değerlendirilemeyecek ve müteahhit bu ilave masraflardan kendisi sorumlu olacaktır.²⁹³

Arsa sahibinin ilave işlerin yapılmasını istemediğini müteahhide bildirmesine rağmen müteahhit ilave işleri yapmışsa buna ilişkin ilave iş bedelini talep edemez. Hatta arsa sahibinin bu halde ilave işler bakımından eski hale getirme talebinde bulunabileceği de ifade edilmektedir. Ancak arsa sahibi ilave işlerin yapılmasını bilmesine rağmen ses çıkarmamışsa sonradan eski hale getirme talebinde bulunması dürüstlük kurallarına aykırı olacaktır.²⁹⁴

²⁹² DUMAN, İ. H., age., s.790-791.

²⁹³ DUMAN, İ. H., age., s.792.

²⁹⁴ ARIDEMİR, A.G., agm., s.459.

Arsa sahibi kendisine ait olan bağımsız bölümü üçüncü kişiye devretmişse, müteahhit yapmış olduğu ilave işlerin bedelini üçüncü kişiden talep edemeyecektir. Sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişinin burada bir sorumluluğu söz konusu değildir. Ancak üçüncü kişi ile arsa sahibi arasında borcun üstlenilmesine dair bir sözleşme mevcutsa o zaman üçüncü kişinin sorumluluğu gündeme gelir.²⁹⁵

İlave iş nedeni ile inşaatın tesliminde gecikme olması halinde ilave iş için gereken sürenin sözleşmede kararlaştırılan süreye dahil edilmemesi de hakkaniyet gereğidir.²⁹⁶

2.3.2.2. İlave Bağımsız Bölüm

Sözleşmenin yapılmasından sonra meydana gelen imar durumu, proje değişikliği gibi bazı sebepler ile sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölüm sayısından daha fazla bağımsız bölümün ortaya çıkması söz konusu olabilir. Müteahhidin yasal zorunluluklar bulunmadığı sürece arsa sahibinin muvafakati alınmadan sözleşmede kararlaştırılan şekilde bir inşaat yapması zorunluluğu bulunduğu da unutulmamalıdır. Aksine davranışın sözleşmenin ihlalini ortaya çıkaracağı ifade edilmektedir.²⁹⁷ Ancak arsa sahibinin rızası ile ilave bağımsız bölümün yapılmasına karar verilmesi veya sonradan arsa sahibinin zımnen veya açık olarak yapılan ilave bağımsız bölümlere icazet vermesi mümkündür. İlave bağımsız bölümün yapılmasında arsa sahibinin muvafakatının aranması gerektiği ifade edilmiş ve ilave bağımsız bölümün tarafların durumlarını ağırlaştırıcı bir etkisi olduğundan hareketle arsa

²⁹⁵ KOCAĞA, K., a.g.m., s.93.

²⁹⁶ Yargıtay 15.H.D 19.03.1998, 62/1076; "...Dava konusu olayda sözleşme dışında bir takım işlerin yapıldığı ve ilave kat inşa olduğu saptanmıştır. Bu durumda fazladan yapılan işlerin inşaat süresine etkisinin gecikme zararının hesabında göz önünde bulundurulması icap eder..."

²⁹⁷ AKKANAT, H. (2006), "*Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat*", Prof. Dr. Fikret EREN' e Armağan, Ankara, s.63.

sahibinin muvafakati olmaksızın bağımsız bölüm yapan müteahhidin sözleşmeyi ihlal ettiği anlamının çıkarılabileceği ileri sürülmüştür.²⁹⁸

Tarafların kat karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırdıkları bağımsız bölümlerden daha fazla bağımsız bölüm yapılması halinde, taraflar fazladan ortaya çıkabilecek bu bağımsız bölümlere ilişkin bir paylaşım öngörmemişler ise ortaya çıkacak bu ilave bağımsız bölümler tarafların sözleşmedeki paylaşım oranlarına göre pay edilir.²⁹⁹ Taraflar sözleşmede örneğin, 10 tane bağımsız bölüm yapılmasını öngörmüşler, bunun 6 tanesi arsa sahibine 4 tanesi müteahhide ait olacağına karar vermişlerse, fazladan ortaya çıkacak bağımsız bölümleri de bu 4/6 oranına göre paylaşacaklardır.³⁰⁰ Diğer taraftan taraflar sözleşmede söz konusu olabilecek ilave bağımsız bölümlere ilişkin bir paylaşım öngörmüş iseler bu oranda bir paylaşımın yapılacağı da açıktır.

Müteahhit ilave bağımsız bölümlerin paylar oranında paylaşılması halinde yapılan ilave bağımsız bölümler için ilave iş bedeli isteyemez. Zira fazladan yapılan işin bedeli kendisine arsa payı oranında yansımaktadır.

Taraflar arasındaki sözleşmede, yapılacak toplam bağımsız bölümler veya inşaat alanı sınırlanmış ve arsa sahibine veya yükleniciye kalacak bağımsız bölümler belirtildikten sonra geri kalanların diğer tarafa ait olacağı kararlaştırılmışsa, o tarafın sınırlanan miktara uygulanan paylaşım dışında kalan ve fazladan yapılan bağımsız bölümleri alması söz konusu olamaz. Örneğin sözleşmede 30 bağımsız bölüm yapılacağı ve arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin numaraları belirtildikten sonra kalanların yükleniciye bırakılacağına kararlaştırılması durumunda 30 yerine 40 daire yapıldığında fazladan yapılan 10 dairenin de müteahhide ait olacağı sonucu her zaman

²⁹⁸ KOCAĞA, K., agm., s.98.

²⁹⁹ Yargıtay 15. H.D 18.10.1995, 2958/5641.

³⁰⁰ Yargıtay 15. H.D 30.03.1992, 1991/4665 :”...Taraflar arasında akdedilen kat karşılığı inşaat yapımını öngören sözleşmede kararlaştırılan sayıdan fazla yapılan kat ve bu katlardaki fazla bağımsız bölümlerin aksi kararlaştırılmış olmadıkça sözleşmedeki paylaşım oranı dahilinde taraflar arasında taksim edilmesi gerekmektedir...”

çıkarılamaz. Ancak sözleşmede yapılacak fazladan bağımsız bölümlerin müteahhide ait olacağı açıkça ifade edilmiş ve arsa sahibi bu hakkından açıkça feragat etmiş olması halinde arsa sahibi artık bu ilave bağımsız bölümler üzerinde hak talep edemeyecektir.³⁰¹

Taraflar sözleşmede fazladan ortaya çıkabilecek bağımsız bölümlere ilişkin olarak müteahhide satış yetkisi vermiş olabilirler. Bu halde de bunların tamamının müteahhide ait olacağı sonucu çıkarılmamalı yine açık hüküm yoksa tarafların pay oranları nispetinde paylaşım söz konusu olmalı ancak bu ilave bölümlere yönelik müteahhide satış yetkisinin verildiği şeklinde yorumlanmalıdır.

İlave bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere devredilmesi halinde, pay olarak devir isteyemeyecek olan diğer tarafın, paya karşılık gelen bedeli tazmin sureti ile talep edebilmesi mümkün olabilecektir.

Müteahhidin sözleşmede öngörülmeyen şekilde fazladan bağımsız bölüm yapmasının yanında bir de kararlaştırılan bağımsız bölümlerin bazılarında veya tamamında genişletme yapması halinde durum ne olacaktır?

Sorunun çözümünde öncelikle öngörülenden daha geniş yapılan bağımsız bölümlerin kime ait olduğunun tespiti gerekir. Yalnızca arsa sahibine ait bağımsız bölümlerde bir genişletmenin söz konusu olması halinde müteahhit, sözleşmedeki oran nispetinde arsa sahibinden talepte bulunabilecektir. Aynı şekilde genişletilen dairelerin müteahhide ait bağımsız bölümlerde olması halinde de arsa sahibi, müteahhitten sözleşmedeki oran nispetinde talepte bulunabilecektir.³⁰² Diğer yandan genişletilen dairelerin

³⁰¹ AKKANAT,H., agm., s.63.

³⁰² “İlave bağımsız bölümlerin taraflar arasında aynen paylaşımı esastır. Taraflardan her biri kendi payına düşecek olan ilave bağımsız bölümlerin ya da mevcut bağımsız bölümlerin genişletilmesi halinde genişletilmiş alanların arsa paylarını talep edebilecektir.”(CENKÇİ, E., agm., s.134.)

aynı oranda olması halinde ise tarafların birbirlerinden bir talep hakkı söz konusu olmayacaktır.³⁰³

İnşaatta ilave bağımsız bölüm yapılabilmesi için öncelikle imar ve proje durumunun buna uygun olması gerekir. Aksi halde imar ve projeye aykırı olarak yapılacak ilave bağımsız bölüm “kaçak kat” olarak adlandırılmakta ve bunun ilgili resmi kurumlarca yıkılması gerekmektedir. İlgili kurumlarca yıkım karar verilmemesi halinde arsa sahibi de mahkemedен yıkım kararı alarak kaçak olan kısmın yıkılmasını talep edebilecektir.³⁰⁴ Söz konusu durumda meydana gelen kaçak kata ilişkin olarak müteahhidin veya arsa sahibinin herhangi bir talep hakkı söz konusu değildir. Tarafların birbirlerine bu kaçak kata ilişkin herhangi bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. İlave yapılan bağımsız bölümler için de gerekli proje değişikliği yapılarak ruhsat alınması zorunludur.³⁰⁵

³⁰³ KOCAAĞA, K., agm., s.96.

³⁰⁴ CENKÇİ, E., agm., s.127.

³⁰⁵ KALABALIK, H. (2003), İmar Hukuku Dersleri(Planlama,Yapı, Arsa, Koruma), Ankara, s.245.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ HALLERİNDE ve CEZAI ŞART MESELESİNDE MÜTEAHHİDİN DURUMU

3.1. Zararın Tamamının Arsa Sahibi Tarafından Ödenerek Sözleşmenin Feshinde Müteahhidin Durumu

Borçlar Kanunu md.369 hükmünde “Yapılan şey; bitmezden evvel iş sahibi yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve mütaahhidin zarar ve ziyanını baliğan mabelağ tazmin etmek şartıyla mukaveleyi feshedebilir.” denilmektedir.¹ Hükme göre inşaatın tamamlanmasından önce arsa sahibi, herhangi bir gerekçeye dayanmaksızın sözleşmeyi feshedebilecektir. Arsa sahibi müteahhidin bütün zararını karşılamak kaydı ile bu yola gidebilecektir.

Esasen söz konusu madde hükmünün olmaması halinde de karşı tarafın zararının tamamını giderilerek sözleşmenin feshi önünde yasal bir engel bulunmamakta olduğu, özel hukuk alanında dayatma ile bir işin yapılmasına mecbur bırakılmayacağı ifade edilmektedir. Borçlar Kanunu’nun md. 369 hükmünde arsa sahibine tanınan bu imkan inşaatın tamamlanmasından önce kullanılmak durumundadır. İnşaatın tamamlanması halinde md. 369 hükmüne dayanarak sözleşmenin feshi yoluna gidilebilmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak inşaatın büyük ölçüde tamamlandığı sadece boya, kaplama gibi ufak tefek işlerin kaldığı bir aşamada arsa sahibinin md. 369 hükmüne göre sözleşmeyi feshetmesinin iyiniyet kuralları ile

¹ Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda aynı esas korunarak madde metni “İşsahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir,” şeklinde ifadesini bulmuştur.

bağdaşmayacağı, bu halde artık iş sahibinin temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerektiği de ifade edilmektedir.²

İnşaatın tamamlanması ile teslimi birbirinden farklı kavramlar olduğundan madde hükmünde yer alan tamamlanma kavramını dar yorumlamak gerekecek ve inşaatın teslimi şartı aranmayacaktır.

Tamamlanma kavramının kat karşılığı inşaat sözleşmesinin hükümleri göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekmekte ve inşaatın sözleşmede tarafların anlaştığı şekilde tamamlanmış olması olarak yorumlamak gerekmektedir.

Madde hükmünde yer alan sözleşmeyi feshetme hakkı arsa sahibine tanınmıştır ve müteahhit bu yola gidemeyecektir. Arsa sahibi, inşaatın geldiği aşamaya göre yapılmış olan giderleri ve müteahhidin sözleşmenin feshi nedeni ile doğacak tüm zararını karşılaması halinde sözleşmeyi feshedebilecektir.

Arsa sahibi md. 369 hükmüne dayanarak sözleşmeyi fesih yoluna gidiyorsa bunu müteahhide bildirmeli ve sözleşmeyi bu şekilde feshettiği beyanını yöneltmelidir.

Arsa sahibinin bu fesih iradesi tek taraflı yenilik doğurucu bir haktır. Fesih bildirimini ile başkaca bir işleme gerek kalmaksızın sözleşme feshedilmiş olur. Fesih iradesinin müteahhit tarafından kabul edilmesine gerek yoktur.³ Yapılacak olan bu fesih ileriye etkili olarak sonuç doğuracaktır.

İş sahibi önce müteahhidin temerrüde düştüğü veya md.358 hükmüne göre işin zamanında yetişmeyeceği gerekçesi ile sözleşmeyi feshettiğini bildirmiş ancak yapılan yargılama sonrasında haklı neden olarak gösterdiği fesih gerekçelerinin koşullarının bulunmaması sebebi ile gösterdiği fesih nedeninin geçersiz sayılması halinde, bu geçersiz fesih bildiriminin geçersiz

² KARTAL, B., age., s. 123.

³ DUMAN, İ.H., age., s.1256.

olduğunu iş sahibi en başından biliyorsa yapılan bu feshi md. 369 hükmüne göre bir fesih olarak kabul etmek gerekeceği, ancak iş sahibinin durumu hatalı değerlendirmesinden kaynaklanan bir yanlışlığın olması halinde burada md.369 göre bir feshin varlığının kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir.⁴

Sözleşmenin B.K md.369 hükmüne göre arsa sahibi tarafından feshedilebilmesinde müteahhidin kusuru aranmaz. Aynı şekilde arsa sahibinin müteahhidin yaptığı masrafları ve uğramış olduğu zararını gidermesi konusunda da arsa sahibinin kusurunun varlığı aranmayacaktır.

Sözleşmenin arsa sahibi tarafından feshedildiğinin müteahhide varmasına kadar geçen sürede yapılmış olan bütün masraflar müteahhide ödenmelidir. Arsa sahibinin kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki edimi arsa payı devretmek olduğundan müteahhide inşaaata başlamadan önce bir pay devri yapılmışsa, kendisine tazminat olarak ödenecek ücret ve masrafların ödenmesi ile müteahhit devredilen arsa paylarını arsa sahibine iade edecektir.⁵

Müteahhide ödenecek olan bu masrafların yanında müspet zararının da tazmin edilmesi gerekmektedir. Müteahhidin müspet zararı yoksun kalınan karı da kapsar. Kar oranının somut duruma göre inşaatı niteliği ve değeri göz önünde bulundurularak saptanması gerekir.⁶ Burada kusur araştırması yapılmasına da gerek yoktur. Zira kusurun ağırlığı veya hafifliği müterafık kusur olması gibi durumların tazminatın miktarına etkisi yoktur.

Tazminatın ödenmesi konusunda tarafların ayrıca aralarında yapmış oldukları anlaşma geçerli olacaktır.

Tazminat miktarının hesaplanmasında gözetilecek esas, müteahhidin yapmış olduğu tüm masraflar ile müteahhidin sözleşme sonunda inşaatın

⁴ **ÖZ, T.**, (İnşaat Sözleşmesi), s.198.

⁵ **KARTAL, B.**, age., s.126.

⁶ Yargıtay 15. H.D 16.10.1989, 1623/4247

tamamlanması ile elde edeceği karın toplanmasıdır. Burada belirtilmesi gereken husus ise müteahhidin sözleşmenin feshedilmesi ile elde edeceği miktarın sözleşmede kararlaştırılan toplam miktarı aşmaması gereğidir.⁷

3.2. Müteahhidin Temerrüdü Nedeniyle Sözleşmenin Feshinde Müteahhidin Durumu

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin temerrüde düşmesi halinde, daha önceki bölümlerde arsa sahibinin seçimlik haklarından birini kullanabileceğini ifade etmiştik. Temerrüt halinde arsa sahibi aynen ifayı talep hakkını kullanabileceği gibi aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeyi feshedebilir.⁸ Ancak bunun için kural olarak müteahhide inşaatı bitirmesi için uygun bir süre vermesi gerekir. Ancak süre vermenin yararsız olacağı da ortada ise bu süreyi vermeksizin de sözleşmeyi feshedebilmesi mümkündür.

Borçlar Kanunu md. 106 hükmünde “Karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde, diğeri borcun ifa edilmesi için münasip bir mehil tayin veya münasip bir mehilin tayinini hakinden isteyebilir. Bu mehil zarfında borç ifa edilmemiş bulunduğu surette alacaklı her zaman onun ifasını talep ve teahhür sebebi ile zarar ve ziyan davası ikame eylemek hakkını haizdir; birde aktin icrasından ve teahhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vaz geçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyarı talep veya akdi fesh edebilir.” denilmektedir. Belirtmek gerekir ki, hükümde yer alan “fesh edebilir” ifadesi teknik anlamda bir fesih olmayıp, bunun “sözleşmeden dönme” olarak yorumlanması gerekir. Fesih sürekli borç ilişkilerinde sonradan ortaya çıkan nedenler ile sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesini ifade etmektedir.⁹

⁷ **HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A.**, age., s.367.

⁸ Yargıtay 15. H.D 03.04.2002, 2002/1223E. 2002/1559 K.: “...Taraflar arasında akdedilen düzenleme şeklindeki kat karşılığı inşaat sözleşmeleri ile; davalı yüklenici, plan ve projelerine uygun bir inşaatı süresi içerisinde tamamlayıp, davacı arsa sahiplerine teslim etmeyi yükümlenmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilememesi halinde; borçlu, temerrüde düşmüş sayılır ve dolayısıyla alacaklı arsa sahiplerinin BK'nın "106/II, son" maddesi uyarınca sözleşmelerden "dönme" hakkı doğar...”

⁹ **ÖZ, T.**, (Eser Sözleşmesinden Dönme)s.25.

Ancak madde hükmünde kastedilen sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesidir. Bu itibar ile hükümde yer alan fesih tabirinin isabetli olmadığı, hükümde kastedilen seçimlik hakkın bir “sözleşmeden dönme” anlamında sözleşmenin sona erdirilmesi olduğu yönünde bir anlayış hakimdir.¹⁰

Sözleşmeden dönme ile sözleşmenin kurulduğu andaki durumun tekrar sağlanması amaçlanmaktadır. Bu itibar ile dönme ile her iki taraf kendi edimini yerine getirmekten kurtulacak, yerine getirilmiş olması söz konusu ise duruma göre aynen veya nakden iadesi gündeme gelecektir.¹¹ Borcun gereği gibi ifa edilmediği hallerin bir çoğunda alacaklı tazminat davası gibi güç durumlar ile karşılaşmak istememesi halinde akitten kurtulmayı tercih etmektedir.

Sözleşmelerdeki temel ilkenin sözleşmeye bağlılığı ifade eden “ahde vefa” ilkesi olduğunun kabulü ile birlikte, sözleşmeye bağlı edimlerin yerine getirilmemesi karşısında bu ilkeye koşulsuz riayet edilmesinin ticari hayatta ve hukuki işlemlere olan güvende ortaya çıkaracağı olumsuz tablonun göz önünde bulundurulması gerekir. Sözleşmenin yapılması ile birlikte sözleşme esaslarına bağlı kalınması elbette ki sözleşmeden beklenen amaçtır. Ancak sözleşmenin taraflarından birinin edimini ifada temerrüde düşmesi sözleşme gereklerinin yerine getirilmediği anlamına gelmektedir. Sözleşmeden beklediği yararı sağlayamayan karşı tarafın, ahde vefa ilkesi zorunluluğu gereği sözleşmeye aynı koşullarla bağlı kalmasını beklemek taraflar arası yararlar dengesine uygun olmayacaktır. Diğer yandan sözleşmeden dönme imkanının sağlanmış olmasını, sözleşmenin diğer tarafı için üzerine düşen edimlerin yerine getirilmesinde bir baskı unsuru olarak kabul etmek yerinde olacaktır. Sözleşmeye koşulsuz bağlılık halinde, edimini yerine getirecek tarafta yaratılacak rehabetin önüne geçmek çok da mümkün olmayacaktır. Bu itibarla hakkaniyet ve sözleşmede tarafların yararlar dengesinin

¹⁰ SEROZAN, R., (Sözleşmeden Dönme), s.80.

¹¹ OĞUZMAN, K./ÖZ, T., age., s.384.

gözetilmesi açısından sözleşmeden dönülebilmesi imkanının tanınmış olmasını bu anlamda yorumlamak yanlış olmayacaktır.

Sözleşmeden dönme beyanı tek taraflı yenilik doğurucu bir hukuki işlemdir. Dönme beyanı karşı tarafa ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Dönme beyanının karşı tarafça kabul edilmesi gerekmemektedir. Beyanın karşı tarafa varması ile sözleşme sona erecektir. Dönme beyanı sarih olabileceği gibi örtülü de olabilecektir. Örneğin Yargıtay; arsa sahibinin sözleşmeden dönmekten bahsetmeden edimin ifa edilmemesi gerekçesi ile müteahhit adına tescil edilen tapu kaydının iptali ve kendi adına tescilini talep etmişse artık burada arsa sahibinin dönme iradesinin varlığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹² Arsa sahipleri birden fazla ise dönme iradesinin tüm paydaşlar tarafından birlikte kullanılması gerekir. Dönme beyanı için herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır. Ancak TTK md. 20 hükmü, tarafların tacir olmaları halinde yazılı bildirim şartını aramaktadır. Sözleşmeden dönme iradesinin karşı tarafa varması ile sözleşmenin sona erdiği kabul edilmiş olmasına karşın, Yargıtay, karşı tarafın dönme iradesine karşı çıkması halinde veya üçüncü kişilere pay devredilmiş olması gibi durumlarda kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshinin yargılamayı gerektirdiği görüşünü benimsemektedir.¹³ Bununla birlikte mahkeme kararının kurucu nitelikte değil açıklayıcı nitelikte olduğunu da belirtmek gerekir. Mahkeme sözleşmenin feshedildiğini tespit edecek, fesih kararı ile birlikte sözleşmeden dönmeye hüküm ve sonuçları, feshi beyanının karşı tarafa ulaştığı andan itibaren ortaya çıkacaktır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflar binanın kısım kısım teslim edileceğini kararlaştırmış iseler, bazı kısımların yapıp teslim edilmesine

¹² Yargıtay 15. H.D 01.03.2007, 8177/1291

¹³ Yargıtay 15. H.D 14.10.2005, 2005/5335 E. 2005/5448 K.: "...Tarafların anlaşmaları gereğince veya mahkeme kararı ile fesih olunmadıkça; ya da sözleşmenin bir tarafça devri hususunda taraf iradeleri birleşmedikçe veyahut da sözleşme batıl olmadıkça, edimlerin ifasında objektif yani kusursuz imkansızlık bulunmadıkça kat karşılığı inşaat sözleşmeleri ve dolayısıyla yanları arasındaki akdi ilişki, tarafların tek yanlı irade bildirimleriyle sona ermez..."

karşın diğer kısımların yerine getirilmesinde temerrüde düşülmüşse, arsa sahibinin sözleşmeyi fesih beyanı tamamlanmamış kısımlar için geçerli olacağı kabul edilmelidir. Söz konusu durumda bir kısmı dönmeden bahsedilebileceği ifade edilmektedir.¹⁴

3.2.1. Sözleşmenin Feshinin Sonuçları

Borçlar Kanunu md. 108/1 hükmüne göre, “Akitten rücu eden alacaklı, vaidolunan şeyi vermektan imtina ve tediye eylediği şeyi istirdat edebilir.” denilmiştir. Buna göre arsa sahibi sözleşmenin feshini istemesi ile birlikte artık üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmektan kaçınabilecektir. Bununla birlikte sözleşmenin feshinden önceki dönemde yapmış olduğu ödemelerin iadesini isteyebilir. Sözleşmeden dönülmesi ile birlikte tarafların karşılıklı olarak borçları sona erer. Taraflar birbirlerinden sözleşmeden doğan edimlerinin yerine getirilmesini talep edemeyecektir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin temerrüde düşmesi üzerine arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçerek sözleşmenin feshi yoluna gidebileceğinden bahsetmiştik. Borçlar Kanunu md.108 hükmünde öngörülen fesih halinin ani edimli borç ilişkilerinde ortaya çıkacak fesih durumları için öngörülmüş olduğu ileri sürülmektedir. Ani edimli borç ilişkilerinde ise fesih geçmişse etkili olarak hüküm doğurmakta ve sözleşmenin yapıldığı andan itibaren ortaya çıkan borç ilişkisi sona ermektedir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin ise geçici sürekli karmaşığı bir borç ilişkisi niteliğinde olduğu Yargıtay kararında¹⁵ yapılan belirleme ile birlikte daha önce ifade edilmiştir. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler için ise sözleşmeden dönme kavramının kullanılamayacağı adalet duygusu ve uygulama gerekliliği nedeni ile ancak ileriye etkili olarak bir feshin gündeme gelebileceği ifade edilmektedir.¹⁶

¹⁴ DUMAN, İ. H., age., s.614.

¹⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 25.01.1983/3, 1984/1

¹⁶ SELİÇİ, Ö., age., s.210. ; SUNGURBEY, İ., age., s.466.

Müteahhidin inşaatı zamanında teslim edememesi nedeni ile temerrüde düşmesi üzerine arsa sahibinin seçimlik hakkını sözleşmeden dönme yönünde kullanması halinde sözleşmenin ileriye etkili olarak mı yoksa geriye etkili olarak mı feshedileceği her somut durum içerisinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir.¹⁷

Sözleşmenin feshi halinde feshin ileriye etkili olarak mı yoksa geriye etkili olarak mı sonuç doğuracağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Sözleşmenin geriye etkili olarak feshedildiğinin kabulü halinde müteahhide sözleşmenin feshinden önce yapılan ödemelerin iadesi ile birlikte devredilmiş arsa payları varsa bunların da iadesi söz konusu olacaktır. Bu halde müteahhidin sözleşmenin feshine kadar ki dönemde yaptığı iş için bir ücret talep hakkı olmayacak ancak eğer ki dönme anına kadar bir inşaatın yapılması söz konusu olmuşsa ve bunların sökülüp alınması da mümkün değilse arsa sahibi nezdinde bir malvarlığı artışı oluşacağından söz konusu olacak bu sebepsiz zenginleşmenin müteahhide iadesi gerekecektir.¹⁸ Müteahhide yapılacak bu ödeme içerisinde kar olmayacaktır.¹⁹

Sözleşmenin geriye etkili sonuç doğurmasının sözleşmenin hiç yapılamamış sayılacağı anlamına gelmeyeceği, fesih ile birlikte adil ve hakkaniyete uygun bir tasfiye sürecine girileceği ifade edilmektedir.²⁰

¹⁷ **ERMAN, H.**, age., s. 97

¹⁸ "İleriye etkili fesih sonucuna erişebilmek için kanunun farklı durumlara ilişkin olarak düzenlemiş olduğu hükümlerden birine kıyas yolu ile dayanılmasının mümkün olup olmadığıdır. Bu mümkün ise bu durumda ileriye etkili fesih M.K. md. 2' nin ikincilliği ilkesi gereği bu çerçevede gerekçelendirilemeyecektir. Ancak eğer bu durum için kıyas mümkün değilse bu kez somut olayda genel temerrüd kurallarını uygulamanın hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurması halinde M.K md.2 şemsiyesine sığınmak mümkün olacaktır. Bunun kabul edilmesi halinde ise hukuk güvenliğinin zedelenmesi açısından çok dikkatli davranılmalıdır."(**YILDIRIM, A.A.** (2004), "*Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri*", Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul, s.77.)

¹⁹ "Müteahhide inşaatı bitiremeyip temerrüde düşmesi rağmen kar payı verilmesinin müteahhidi inşaatı tamamlamak konusunda olumsuz yönde motive edeceği düşünülmektedir."(**TANDOĞAN, H.**, age., c.2, s.147.)

²⁰ **HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A.** (1992), Borçlar Hukuku. Özel Bölüm, İstanbul, s.369.

Fesih ile birlikte taraflar birbirlerinden aldıklarının iadesini sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda isteyebileceklerdir. Sözleşmeden dönülmesi ile birlikte sözleşme başlangıç anından itibaren hiç doğmamış gibi sonuç doğuracağından tarafların dönmeye kadar birbirlerine karşı kazandırmaları sebepsiz kalacaktır. Müteahhidin temerrüde düşmesi halinde gündeme gelecek karşılıklı kazandırmaların iade edilmesi için ise müteahhidin temerrüde düşmesinde kusuru aranmayacaktır.

Diğer yandan dönmeden önce müteahhit kendisine devredilen arsa paylarını üçüncü kişilere devretmişse, arsa sahibi dönme ile birlikte üçüncü kişilere devredilen bu arsa paylarının da kendisine iadesini talep edebilir.

Bir diğer görüşe göre ise sözleşmenin temerrüt nedeni ile feshedilmesi halinde söz konusu olan bu fesih geçmişe etkili olarak değil ileriye etkili olarak sonuç doğuracaktır. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçici sürekli karmaşığı bir borç ilişkisi niteliğinde olması nedeni ile sürekli borç ilişkilerinde geçmişe etkili olabilecek bir fesih değil ancak ileriye etkili olabilecek bir fesihten bahsetmenin mümkün olacağı ileri sürülmektedir.

Feshin ileriye etkili olarak sona ermesi halinde, sözleşmenin fesih anına kadar geçerli bir sözleşme olması ve o ana kadar yerine getirilen edimlerin de sözleşmeye göre geçerli olması söz konusu olacaktır. Fesih anına kadar da geçerli bir sözleşmenin varlığının kabul edilmesi ve bu ana kadar yerine getirilen edimlerin geçerli olması halinde müteahhidin de yerine getirdiği edimi oranında talep hakkının bulunduğu ileri sürülmektedir.²¹ Sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedildiğinin kabulü halinde fesih anına kadar yapılan işin bedelinin müteahhide verilmesi gerekmektedir. Burada müteahhide ödenecek bedelin, sözleşme ile kararlaştırılan bedel ile inşaatın fesih anına kadar ki tamamlanmış kısmına ilişkin oran nispetinde ödenmesi gerekecektir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde bedel olarak müteahhide arsa payı verileceğinden yapılacak oran hesabına karşılık gelen arsa payı müteahhide devredilecektir.

²¹ **ERMAN, H.**, age., s. 101

Müteahhidin inşaatın yapımındaki emeğinin korunması gerektiği en azından feshe kadar yaptığı inşaaata karşılık gelen bölüm için ücretinin ödenmesinin gerektiği ifade edilmektedir.²²

Sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedildiğinin kabulü ile müteahhide devredilen arsa paylarının üçüncü kişilere devri halinde, üçüncü kişilerin bu kazanımları korunacak ve arsa sahibi bunlara karşı iade talebinde bulunamayacaktır.²³ Ancak burada devralan üçüncü kişilerin iyiniyetli olmaları koşulu da gözetilecektir.

Belirtmek gerekir ki sözleşmenin feshinin ileriye etkili olarak sonuç doğuracağını ileri sürenler dahi inşaaata başlanılmış olup inşaatın belirli bir ölçüye getirilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Yani inşaaata hiç başlanmamış veya başlamasına rağmen bunun zamanında bitmesinin mümkün olmayacağı anlaşılıyorsa bu halde söz konusu olacak fesih geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğuracağı ileri sürülmektedir.²⁴

Söz konusu durumdaki görüş ayrılıklarının uygulamada giderilmesi için Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu konu ile ilgili olarak bir karara varmış olmasına rağmen yine de bu karar bazı yönleri ile tam olarak konuyu açıklığa kavuşturamamış ve tartışmaların sona ermesinde yeterli olamamıştır.

Söz konusu kararda Yargıtay' a göre; edimin zamanında yerine getirilmemesi nedeni ile müteahhidin temerrüde düşürülmesi halinde, Borçlar Kanunda temerrüde ilişkin genel hükümler olarak belirlenen B.K 106 ve 108 hükümlerinin uygulanması gerektiği ancak bununla birlikte sözleşmenin geçici sürekli karmaşığı bir borç ilişkisi niteliğinde olduğu ve dürüstlük kurallarının gerektirdiği hallerde sözleşmenin feshinin ileriye etkili olarak da netice doğurabilecektir.

²² **SEROZAN, R.**, (Sözleşmeden Dönme),s.81-88

²³ Yargıtay 14. H.D 06.07.1989, 3918/6607

²⁴ **KARAHASAN, M.R.**, (İnşaat-İmar), s. 267. ; **ERMAN, H.**, age., s. 101.

Kararda feshin ileriye etkili olarak sonuç doğurması halinde yerine getirilen kısmi edimlere ilişkin olarak tam bir açıklık bulunmasa da, müteahhide yerine getirdiği edimleri karşılığında kararlaştırılan orana göre arsa payı verilemeyeceği buna mukabil olacak değerde bedel ödenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.²⁵ Ancak buna karşın bu belirliliğin olmaması nedeni ile müteahhide yapmış olduğu edime karşılık sözleşmede kararlaştırılan arsa payları ile yapılacak oranlama ile karşılık gelen arsa payının devredilmesi gerektiği de ifade edilmektedir.²⁶

Yargıtay, sözleşmenin feshi halinde feshin ileriye etkili olarak sonuç doğurabilmesi için inşaatın büyük çoğunluğunun tamamlanmış olmasını, büyük çoğunluğu kavramını da yaklaşık % 65-70 oranında inşaatın yerine getirilmiş olması koşulunu aramaktadır. Bu ölçüde bir tamamlanma söz konusu ise somut durumun niteliği ve hakkaniyet gerektiriyorsa sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedildiğinin kabul edileceği ifade edilmektedir.²⁷ Ancak inşaatın ifade edilen oran nispetinde tamamlanmaması halinde sözleşmenin feshinin de geriye etkili olarak sonuç doğuracağı ve buna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekliliği ifade edilmiştir.²⁸

Yargıtay uygulaması çözüme yönelik olarak pratik çözüm sağlayabilmektedir. Bir yandan sözleşmenin feshine teknik anlamda borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerektiği, bu

²⁵ **TANDOĞAN, H.**, age., c.2, s. 158.

²⁶ **SUNGURBEY, İ.**, age., s.496.

²⁷ "İnşaatın %65 ve bunun üzerinde b,r oranda tamamlanmış olmasını ileriye etkili fesih için geçerli saymak isabetli değildir. Bu durumda ileriye etkili fesihın müteahhidi koruyucu alanı çok genişlemektedir. Müteahhitlerin büyük çoğunluğunun Türk Ticaret Kanunu anlamında tacir kişi ve kuruluş olduğu gerçeği karşısında riski bu kadar geniş bir yelpazede arsa sahibinin üzerine atmak hakkaniyete aykırı bir yapı sergilemektedir. Bu çerçevede inşaatın büyük bölümü olarak kabul edilecek oranın alt seviyesinin tüm mahkemelerce yeknesak bir uygulamayı sonuçlayacak biçimde kesin olarak belirlemesi uygun olacaktır." (**YILDIRIM, A.A.**, agm., s.77.)

²⁸ Yargıtay 15. H.D 10.03.2004, 4328/1320; "... Bilirkişi raporlarına göre yüklenicinin arsa sahibine ait parseller üzerinde yaptığı inşaatın seviyesi ancak %86 dır. Sözleşme konusunun bütününe göre bu fiziki seviyenin çok daha düşük olacağı açıktır. O halde borçlu temerrüdüne düşen yüklenicinin yapıyı tamamladığı kısmın kapsamına göre ileriye etkili feshin sonuçlarından yararlanma olanağı yoktur..."

nedenle de yapılacak feshin de teknik olarak sözleşmeden dönme olduğu saptamasının yapılması ile birlikte, somut durumlarda inşaatın büyük çoğunluluğunun tamamlanmış olması halinde bunun görmezden gelinerek sözleşmeden dönmenin amacı olan sözleşme öncesi duruma dönülmesi isteminin söz konusu olamayacağı ve bu anlamda arsa sahibine dengesiz ölçüde bir kazandırım sağlayacağı göz önünde bulundurulduğunda yerine göre feshe ileriye etkili olarak da geçerlilik tanınabileceği yönündeki hükmün en azından çözüm sağlamaya yönelik olduğu söylenebilir.

3.2.2. Menfi Zarar İstemi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ile arsa sahibi üzerine düşen edimleri yerine getirmekten kaçınarak, verdiklerinin de iadesinin yanında, B.K 108/2 hükmünde yer alan “Bundan başka borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemezse alacaklı akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararın tazminini de talep edebilir.” ifadesi gereği sözleşmenin feshi nedeni ile uğradığı zararın tazminini isteyebilecektir.

Arsa sahibinin isteyeceği bu zarar menfi zarardır. Yani sözleşmenin gerçekleşmemesi nedeni ile ortaya çıkan zarardır. İstenilecek olan bu menfi zarar sözleşme yapılmıyaydı ortaya çıkmayacak olan zarardır. Sözleşmenin yerine getirileceği inancı ile sözleşmenin yapılmasına karşın bu güvenin boşa çıkarılması dolayısıyla uğranılacak olan zarardır.²⁹

Sözleşmenin feshi istendiğinden artık sözleşmenin ifa edilmemesi nedeni ile ortaya çıkacak bir zarar talep edilemez.

Arsa sahibinin sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeni ile sözleşmeyi feshetmesinin yanında uğradığı zararın tazminini isteyebilmesi müteahhidin kusurlu olması gerekir. Müteahhit temerrüde düşmede kusuru olmadığını kanıtlarsa tazminat ödemekten kurtulabilecektir.

²⁹ KILIÇOĞLU, A.M., age., s.548.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu menfi zarar kapsamında istenilebilecekler olarak; Sözleşmenin yapılması için gerekli olan giderler, sözleşmenin yerine getirilmesi ve edanın kabulü için yapılan masraflar, sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar, sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar gibi kalemlerinin talep edilebileceği görüşündedir.³⁰

Menfi zarar iki grupta ifa edilebilir. Birincisi fiili zarar olarak ifade edilen yapılmış olan masraflar, diğeri ise yoksun kalınan kar yani, Yargıtay kararında ifade edildiği üzere kaçırılan fırsat. Yapılmış olan masraflar birkaç kalem altında özetlenebilir. Bunları sözleşme masrafları(harçlar, noter masrafı, posta gideri), dava masrafları ve uğranılan zarar olarak ifade etmek mümkündür.³¹ “Kaçırılan fırsat” kavramı ile ise, alacaklının sözleşmeden dönme yolunu tercih etmesi halinde kazanç kaybı talep edememesinden doğan haksızlığın giderilmeye çalışıldığı ifade edilmektedir.³² Kaçırılan fırsat adı altındaki zararını isteyebilmesi için arsa sahibinin inşaatı sözleşmeye uygun olarak bir başkasına yaptırması ve parasını da yükleniciye ödemiş olması gerektiği de ifade edilmektedir.³³ Başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmaması nedeni ile uğradığı zararın ödenmesi isteğinde bulunan alacaklıdan kiminle hangi sözleşmeyi yapma fırsatı kaçırdığını somut ve kesin olarak ispat etmesini beklemenin haksızlık olacağı bu nedenle somut bir sözleşme yapma fırsatını kaçırdığını ispat edemese bile alacaklının iş hacmine, o ana kadar yaptığı işlere ve dönülen sözleşmenin kurulduğu andaki piyasa koşullarına göre böyle bir sözleşme yapma olanağına sahip olduğu yolunda kanaat uyandırmasının yeterli sayılması gerektiği ifade de edilmektedir.³⁴

³⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.01.1990, 392/1

³¹ **AYDEMİR, E.**, age., s.453.

³² **KILIÇOĞLU, A.M.**, age., s.549.

³³ Yargıtay 15. H.D 26.05.2005, 5308/3169

³⁴ **DUMAN, İ.K.**, age., s. 668.

3.3. Müteahhidin Sresinde İe Balamaması ve İi Tamamlamada Gecikmesi Nedeniyle Arsa Sahibinin, Teslim Tarihini Beklemeksizin Sözleşmeyi Erken Feshinde Müteahhidin Durumu

Borçlar Kanunu'nun md. 358/1 hükümünde "Mütaahhit, ie zamanında balamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak ii tehir eder yahut i sahibinin kusuru olmaksızın vakı olan tehhr bütün tahminlere nazaran mütaahhidin ii muayyen zamanda bitirmesine imkan vermiyecek derecede olursa i sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeğe mecbur olmaksızın akdi feshedebilir." denilmiştir. Hükme göre, arsa sahibince, inşaatın teslim tarihi beklenmeksizin müteahhidin temerrüde drlebilmesi mümkündür. Madde hükmü yalnız arsa sahibine yönelik olarak bir imkan getirmekte söz konusu imkandan müteahhidin faydalanma olanağı bulunmamaktadır. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda md.473 hükümünde " Yüklenicinin ie zamanında balamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak ii geciktirmesi ya da i sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin ii kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, i sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir." ifadesiyle aynı esasların korunduğu görülmektedir.

B.K md 358/1 hükmü uygulamasında, arsa sahibi, müteahhidin ie zamanında balamaması veya inşaatın yapımında gecikmesi veya bütün tahminlere göre inşaatı kararlaştırılan teslim tarihinde tamamlamasının mümkün olmaması halinde, sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihi beklenmeksizin müteahhidi temerrüde drebilecektir.

Taraflar sözleşmede ie balama tarihini açıkça belirtmemi olabilirler. Bu halde müteahhit makul bir sürede ie balamalıdır.³⁵ İe balamaktan kasıt, inşaatın projelerinin hazırlanması ve onaylanması veya gerekli malzeme araç ve gerecin inşaatın yapılacağı yere getirilmesi veya inşaat antiyesinin kurulması olarak kabul da edilebilecektir.

³⁵ Yargıtay 15. H.D 30.05.1989, 3349/2577

Diğer yandan müteahhidin işe zamanında başlamasına rağmen çeşitli nedenler ile inşaatın yapımını geciktirmesi de söz konusu olabilmektedir. Örneğin inşaatın ulaştığı belirli aşamaların aşağı yukarı belirli bir tarihte yapılması kararlaştırılmış olması mümkündür. 3 ay içerisinde temelin atılacağı 5 ay sonra 2. katın kaba inşaatının tamamlanacağı şeklinde belirlemeler yapılmış olabilir. Bu süreler geçmesine rağmen müteahhidin bu planın çok gerisinde olması inşaatın geciktirdiğine delalet olduğu söylenebilir.

Müteahhidin inşaatın yapımına geç başlamasında veya inşaatın yapımını geciktirmesinde kusuru aranmaz. Burada önemli olan ve madde hükmünde yer verilen husus, gecikmenin arsa sahibi nezdinde gerçekleşen bir nedenden kaynaklanmaması gerektiğidir.³⁶ Örneğin arsa sahibini inşaatın yapılacağı arsayı inşaat yapımına uygun olarak müteahhide teslim etmemesi veya arsa sahibi tarafından temin edileceği kararlaştırılan malzeme, araç ve gerecin sağlanmaması gibi hallerde arsa sahibinin yerine getirmediği bu yükümlülükleri nedeni ile müteahhide karşı inşaat zamanında başlanmadığı iddiasının ileri sürmesi iyiniyetli olmayacaktır.³⁷ Bu halde müteahhidin sorumluluğunun doğmayacağı söylenebilir. Bunun yanında bir görüşe göre de müteahhidin, arsa sahibinin riziko alanından kaynaklanan neden hakkında arsa sahibini zamanında uyarma yükümlülüğünün bulunduğu, müteahhit bu yükümlülüğünü zamanında yerine getirseydi söz konusu gecikmenin olmayacağını söylenebildiği hallerde müteahhidin bundan sorumlu olacağı ve bunun sonucunda arsa sahibinin sözleşmeden dönebileceği ileri sürülmektedir.³⁸

³⁶ Yargıtay 15. H.D 25.12.1973, 438/422

³⁷ **TUNÇOMAĞ, K.**, c.I, s. 79

³⁸ **ÖZ, T.**, (İnşaat Sözleşmesi)s. 116.

İşe başlamadaki gecikmenin arsa sahibine isnat edilebilmesi için, gecikmenin arsa sahibinin riziko alanında meydana gelmesi ve müteahhidin de bu rizikoyu arsa sahibine ihbar etmesi gerekmektedir.³⁹

İnşaatın yapımındaki gecikmenin arsa sahibine isnad olunamayan sebeplerden ortaya çıkmasının yanında, gecikmenin müteahhide de isnad olunamayacağı hallerde B.K md. 358/1 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı konusunda tereddütlü bir durum ortaya çıkmaktadır. Madde hükmünün dar yorumlanması neticesinde, gecikmenin arsa sahibine isnad edilemeyeceği durumlarda, hangi nedenle gecikmenin gerçekleştiğinin önemli olmadığı müteahhidin her durumda bundan sorumlu olacağı ve md. 358/1 hükmünün uygulanması gerektiğini ifade eden görüşler mevcuttur.⁴⁰ Bunun yanında gecikmenin arsa sahibine de müteahhide de isnad edilemeyeceği nedenlerden ortaya çıkması halinde müteahhide süre uzatımı sağlanması gerektiği ve md. 358/1 hükmünün uygulanmasının yerinde olmayacağını ifade eden görüşler de bulunmaktadır.⁴¹

Sözleşmede işe başlama tarihi ile birlikte teslim tarihi de belirtilmemişse, müteahhit inşaaata makul bir süre içerisinde başlamalıdır. Arsa sahibi müteahhide işe başlaması konusunda ihtarda bulunmuşsa ve müteahhit buna rağmen işe başlamamışsa, belirli bir süre vererek erken fesih hakkını kullanabilecektir.

Diğer yandan sözleşmede inşaatın başlaması gereken tarih açıkça belirlenmiş olabilir. Müteahhidin bu tarihlere uyması gerekmektedir. Bununla birlikte inşaaata başlaması, süresi belirli bir şartın gerçekleşmesi ile de belirlenmiş olabilir. Bu şartın gerçekleşmesi halinde de inşaaata başlama süresini geldiği kabul edilir. Örneğin arsa sahibi tarafından inşaat izninin alınmasından sonra inşaaata başlanacağı kararlaştırılabilir. Bu yükümlülüğün

³⁹ TANDOĞAN, H., age., c.2, s.116.

⁴⁰ TANDOĞAN, H., age., c.2, s.116-117.

⁴¹ ERMAN, H., age., 73.

yerine getirilmesi ile birlikte de müteahhidin artık inşaatı başlatması gerekmektedir.

Müteahhidin inşaatın yapımını geciktirmesi ve inşaatın bulunduğu aşamaya göre tamamlanmasının bütün tahminlere göre belirlenen sürede yerine getirilmesinin mümkün olmaması halinde de arsa sahibinin erken fesih hakkını kullanabileceğini ifade etmek gerekir. Burada yapılacak olan tespit, inşaatın bulunduğu aşama ve tamamlanması gereken aşamanın ne kadar bir süre gerektirdiğidir. Gereken süre somut koşullar dikkate alınarak makul olan sürenin hesaplanması ile ortaya çıkacaktır. Hesaplanan bu süre, karşılaştırılan tarihte inşaatın tamamlanmasına olanak vermemesi halinde arsa sahibinin erken fesih hakkını kullanabileceği söylenebilecektir.

Arsa sahibi tarafından md. 358 hükmüne gidilebilmesi için müteahhide işe başlaması veya gecikmenin giderilmesi konusunda ihtarda bulunulması gerekmektedir. Arsa sahibi müteahhide ihtarda bulunmalı ve işi tamamlaması için uygun bir süre vermelidir.⁴² Verilecek olan bu sürenin inşaatın tamamlanabilmesi için gereken uygun bir süre olması gerekir. Ancak bazı hallerde sürenin verilmesine de gerek yoktur. Müteahhit inşaatı tamamlamayacağını beyan etmişse bir süre verilmesinin de manası olmayacaktır. Bununla birlikte inşaatın teslim süresinin kesin olarak karşılaştırıldığı durumlarda ilave süre verilmesinin de faydasız olacağı anlaşılıyorsa bu sürenin verilmesine de gerek yoktur.⁴³

Sözleşmede işe başlama tarihi ile birlikte teslim tarihi de belirlenmişse, müteahhidin zamanında işe başlamaması md. 358/1 uygulaması için yeterli olmayacak, zamanında işe başlamamanın yanında, işin belirlenen tarihte tamamlanmasının da mümkün olmaması

⁴² SELİÇİ, Ö., age., s. 80.

⁴³ ÖZ, T., (İnşaat Sözleşmesi), s.62.

anlaşılmalıdır.⁴⁴ Geri kalan işin bitirilemeyecek kadar çok olması şartı aranmaktadır.⁴⁵

Arsa sahibi tarafından md 358/1 hükmü yoluna gidilerek sözleşmenin feshi halinde, arsa sahibi menfi zararının tazminini isteyebilecektir. Bununla birlikte müteahhidin söz konusu gecikmede kusurunun bulunmadığını ispat etmesi halinde menfi zararı ödemekten kurtulması da mümkündür. 358/1 hükmünün uygulanması ile birlikte sözleşmeden dönülmüşse, sözleşmede teslimin gecikmesine bağlanmış olan cezai şart talep edilemeyecektir.⁴⁶ Ancak feshe bağlanmış bir cezai şart istemi söz konusu ise o halde gündeme gelmesi mümkündür.

Arsa sahibinin md.358/1 hükmünün uygulama alanı bulması ile birlikte temerrüde ilişkin diğer haklarını kullanması da mümkündür. Arsa sahibi aynen ifa talebinde bulunabilecek veya bundan vazgeçerek müspet zararının tazminini isteyebilecektir. Ayrıca müteahhidin ifaya yanaşmaması halinde işin tamamlattırılması için masrafı ona ait olmak üzere başka bir müteahhitle anlaşabilecektir. Bu halde de bundan doğan gecikme zararının tazminini talep edebilecektir.⁴⁷

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde feshin geriye etkili olarak veya ileriye etkili olarak feshedilmesinin somut duruma göre belirleneceğine ilişkin daha önce açıklamalar yapılmıştır. Esasen geçmişe etkili fesih, ani edimli sözleşmelerde söz konusu olmakta olduğundan, geçici sürekli karmaşığı borç ilişkisi niteliğinde olan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshinin ileriye etkili olduğu ifade edilmektedir. Ancak sözleşmenin feshinin ileriye etkili olarak sonuç doğurmasının dürüstlük kurallarının gerektirdiği

⁴⁴ **ERMAN, H.**, age., 73.

⁴⁵ **AYAN, S.**, age., s.335.

⁴⁶ Yargıtay, 15. H.D 13.03.1992, 4232/1284.

⁴⁷ Karşı yönde Bkz. "B.K 358/1 hükmü muacceliyetten önce sözleşmeden dönme imkanı sağlayan özel bir hükümdür. Burada müteahhidin bir erken temerrüdünün söz konusu değildir. Bu sebeple de arsa sahibinin B.K 106 hükmünde yer alan diğer seçimlik haklarını da kullanabilmesi mümkün değildir."(**ÖZ. T.**,(İnşaat Sözleşmesi),s.47)

hallerde kabul edilmemesi, geçmişe etkili olarak feshedildiğinin kabulü hakkaniyete daha uygun düşmesi de söz konusu olabilmektedir. B.K md. 358 hükmüne göre inşaata hiç başlanmaması veya devam edilmemesi hallerinde sözleşmenin feshinin geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağı ve bu kapsamda öngörülen hükümlere tabi olacağı rahatlıkla ifade edilebilir. Ancak sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihi geçmesine rağmen inşaatın tamamlanması için oldukça az bir sürenin gerekmesi halinde sözleşmenin geriye etkili olarak feshinin kabul edilmesi dürüstlük kurallarına aykırı olacaktır. Tamamlanmanın kararlaştırılan tarihten çok kısa süre sonra gerçekleşeceği anlaşılıyorsa bu yola gidilmesine olanak tanınmamalıdır.

3.4. Müteahhidin Şahsından Doğan Nedenler ile Sözleşmenin Feshinde Müteahhidin Durumu

Borçlar Kanunu md. 371/1 hükmünde “Mütaahhit öldüğü yahut sun’u taksiri olmaksızın işi bitirmekten aciz kaldığı takdirde, mukavele müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış ise istisna akdi münfesihi olur.” denilmiştir. Aynı hüküm Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda yerini korumuş ve “Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.” şeklinde ifade edilmiştir. Hükme göre, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin şahsının, kişisel beceri ve tecrübesinin gözetilerek yapılması halinde, müteahhit ölürse veya kusuru olmaksızın işi yapmaktan aciz duruma düşerse sözleşme feshedilecektir.⁴⁸

Müteahhidin ölmesi kural olarak sözleşmenin feshine neden olmaz. Eğer ki sözleşme müteahhidin kişisel niteliği göz önüne alınarak yapılmışsa artık edimin ifası mümkün olamayacağından sözleşme sona erecektir.⁴⁹

⁴⁸ ÖZYÖRÜK, S., age., s.36.

⁴⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 04.07.1973, 405/559.

Müteahhit tarafından yapımına başlanan inşaatın tamamlanmasında müteahhidin kişisel niteliği ön plana çıkmıyor ve inşaat alelade bir inşaat niteliğinde ise başkaları tarafından, hatta müteahhidin mirasçıları tarafından da inşaatın bitirebilmesi mümkündür.⁵⁰

Sözleşmenin yapılırken müteahhidin kişisel niteliğinin gözetilip gözetilmediği hususunun inşaatın niteliği ve somut durumun gerekleri göz önünde tutularak belirlenmesi gerekir. Karşı tarafın, müteahhidin ünü, şöhreti vesilesi ile bu sözleşmeyi yaptığı anlaşılabilirse müteahhidin kişisel niteliğinin gözetilerek sözleşmenin yapıldığı söylenebilecektir.

Sözleşme müteahhidin kişisel özellikleri gözetilerek yapılmamışsa müteahhidin ölümü ile sözleşme sona ermeyecektir.

Müteahhidin şirket ortaklığı şeklinde olması durumunda çoğu defa müteahhidin kişisel niteliklerinin ön planda olduğu söylenemeyecektir. Bu halde şirket ortaklarının ölmesi halinde sözleşmenin sona erdiğinden bahsedilemez. Şirketin tasfiyesi halinde borç ödemediği acze düştüğü söylenebilecek ve sözleşmenin feshi gündeme gelecektir. Ancak bu halde de arsa sahibinin şirket ortaklarından birinin kişisel becerisi ve tecrübesine olan güven nedeni ile sözleşmenin yapıldığını ispat etmeleri halinde yine bu ortağın ölümü nedeni ile sözleşmenin feshedildiğinin kabulü gerekebilecektir.

Sözleşmede taraflar, müteahhidin ölümü halinde sözleşmenin sona ereceğini açıkça kararlaştırmış olabilir. Bu halde sözleşme müteahhidin ölümü ile sona erecektir.

Müteahhidin ölümü veya kusuru olmaksızın işi yapmaktan aciz duruma gelmesi halinde edimini ifasının imkansızlığı ortaya çıkar. Burada imkansızlık hali sözleşmenin yapılmasından sonraki ortaya çıkan imkansızlık halidir.

⁵⁰ DUMAN, İ. H., age., s. 1303.

Müteahhidin ayırt etme gücünden yoksun kalması halinde de müteahhidin kişisel niteliği gözetilerek sözleşme yapılmışsa sözleşme yine sona erecektir.

B.K md. 371/1 hükmünde müteahhidin ölümünün yanı sıra müteahhidin kusuru olmaksızın işi yapmaktan aciz duruma düşmesi halinde sözleşme müteahhidin kişisel niteliği gözetilerek yapılmışsa sözleşmenin sona ereceği ifade edilmiştir. Ancak söz konusu aciz haline düşmekte müteahhidin kusuru varsa söz konusu hüküm uygulanmayacak ve müteahhit arsa sahibinin sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeni ile ortaya çıkacak zararının karşılamak durumunda olacaktır.

Müteahhidin iflas etmesi durumunda işi yapmaktan aciz duruma düştüğünün kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. İflas eden müteahhide ilişkin, alacaklılar toplantısında müteahhidin sözleşme ile yükümlü olduğu işe devam etmemesi gerektiğine yönelik olarak karar alınması halinde B.K md. 371 hükmü anlamında bir aciz halinin varlığının kabul edileceği ifade edilmiştir.⁵¹

Borçlar Kanunu'nun md. 82 hükmünde “ Mütekabil taahhütleri muhtevi olan bir akitte akitlerden birinin borcunu edadan aciz olması ve bilhassa iflas veya aleyhindeki haczin neticesiz kalması sebebi ile diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse, bu taraf, lehindeki borcun ifası temin edilinceye kadar kendisine terettüp eden borcun ifasından imtina ve talebi üzerine bu teminat münasip bir müddet içinde verilmediği surette akti feshedebilir.” denilmiştir. Buna göre iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi veya iflas etmesi halinde, diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse, karşı edimin yerine getirilmesi güvenceye alınıncaya kadar kendi edimini yerine getirmekten

⁵¹ KOSTAKOĞLU, C., age., s.704.

kaçınabilecektir. İstenilen güvence de uygun bir süre içerisinde gösterilmemesi halinde de sözleşmeden dönme hakkına sahip olur.⁵²

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşme müteahhidin kişisel nitelikleri gözetilerek yapılmışsa ve müteahhit inşaat tamamlanmadan ölmüş veya işi yapmaktan aciz hale düşmüşse sözleşme kendiliğinden sona erecektir. Ancak sözleşme müteahhidin kişisel nitelikleri göz önünde bulundurularak yapılmamışsa, inşaatın üçüncü kişiler veya müteahhidin mirasçıları tarafından tamamlanabilmesi imkanı söz konusudur. B.K md 371/2 hükmünde yer alan “Bu takdirde yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi onu kabule ve bedelini vermeğe mecburdur.” hükmü gereğince, işin tamamlanan kısmı, arsa sahibi tarafından kullanılabilir durumda ise arsa sahibi tamamlanan kısma karşılık gelecek bölümü kabul edecek ve bedelini ödeyecektir.

İnşaatın bu yapılan kısmının arsa sahibince kabul edilmesi için kullanılmaya uygun olması gerekir. Kullanılmaya uygunluk kavramını geniş yorumlamak gerekmekte, bunu yapılmış kısmın tamamlanmasının mümkün olup olmadığı şeklinde değerlendirmek zorunlu olmaktadır. Zira ortada tamamlanmamış bir inşaat vardır ve bunun içerisinde yaşanmaya başlanması veya kiraya verilmesinin mümkün olmadığı ortadadır. Bu itibar ile “kullanılmaya kabil” olma terimini bu anlamda düşünmek gerekmekte ve inşaatın yapılmış kısmının kalan kısmın tamamlanması ile kullanılmasının mümkün olup olamayacağının değerlendirilmesi aranmaktadır. Ancak yapılmış olan kısım, inşaatın devam edilmesi halinde tamamlanmasına olanak sağlamıyor ve inşaatın yıkılması gerekiyorsa, bu kısma ilişkin bir kabul ve bedel ödeme yükümlülüğünün olmadığı sonucunu çıkarmak yerinde olacaktır.

Müteahhitçe yapılan kısma ilişkin bedel, inşaatın yapılmış kısmının değeri ile tamamlanması halinde edeceği değer arasındaki oran nispetinde belirlenecektir. Böyle bir oranın kurulması mümkün olamıyorsa yapılan işin

⁵² TANDOĞAN, H., age., c.2, s.336

masraf ve değerine göre bir bedel tespit edilecektir. Müteahhit ölmüşse yapılan kısmın bedeli ölüm tarihine göre hesaplanmalıdır.⁵³

Sözleşmenin md.371 hükümünde yer alan sebeplerle sona ermesi halinde söz konusu fesih ileriye etkili niteliktedir. Sözleşmenin feshi ile tarafların borçları fesih tarihinden itibaren sona erer.

Müteahhit borç ödemekten aciz duruma kendi kusuru ile düşmüşse md. 371 hkm uygulama alanı bulmaz. Bu halde müteahhit arsa sahibinin bu sebeple uğramış olduğu zararı tazminle yükümlü olacaktır.

3.5. İş Sahibinin Nezdinde Ortaya Çıkan Sebepler ile Sözleşmenin Sona Ermesinde Müteahhidin Durumu

Borçlar Kanunu'nun md.370 hkmnde⁵⁴ "Taahhüt olunan Şeyin yapılması iş sahibi nezdinde zuhur eden bir kaza yüzünden mümkün olamıyorsa müteahhit yaptığı işin kıymetini ve bu kıymette dahil olmıyan masrafını alır." denilmiştir. Hükme göre iş sahibinin Şahsında meydana gelen bir kaza nedeni ile işin ifasının mümkün olamaması halini düzenlemektedir. Buna göre iş sahibinin(arsa sahibi) kusurundan kaynaklanmayan bir olay nedeni ile işin yapılamaması durumuna ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. İş sahibine anlatılan hallerde sözleşmeyi bozma hakkının tanındığı ifade edilmelidir. Alacaklının eseri teslim almada temerrüde düşmüş olmadıkça teslimi olanaksız durumlar işin de bu yola gitmenin mümkün olduğu ifade edilmektedir.⁵⁵

⁵³ TANDOğAN, H., age., c.2, s.336

⁵⁴ Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 485. maddesinde "Eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imknsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. İfa imknsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır." Şeklindeki ifadesi ile aynı esaslar korunmuştur.

⁵⁵ TANDOğAN, H., age., c.2, s. 327.

Bahsedilen bu durumda, iş sahibi nezdinde gerçekleşen mutlak nitelikte, inşaatın başlanmasına veya tamamlanmasına engel olan bir imkansızlık hali sözleşmenin sona ermesine neden olmaktadır. Anılan imkansızlık hali sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkan bir imkansızlık halidir. İnşaatın tamamlanması objektif anlamda her müteahhit yönünden mümkün olamamalıdır. İmkansızlık durumunun, inşaatın yapımına başlanmadan önce veya başlandıktan sonra ortaya çıkması söz konusu olabilir.⁵⁶

Üzerinde inşaat yapılacak olan arsanın kamulaştırılmasında olduğu gibi imkansızlık durumu arsa sahibinin kusuru olmaksızın onun risk alanında gerçekleşen bir olay olmalıdır.

B.K md.370 hükmünde öngörülen halde sözleşme ileriye etkili olarak sona erer. Sözleşmenin sona erdiği tarihten sonraki yerine getirilmesi gereken edimler istenemez.

Hükme göre müteahhit yaptığı işin değeri ve masrafını isteme hakkı elde eder. Arsa sahibi nezdinde gerçekleşen olay nedeni ile imkansızlık halinde, işin yapılmış olan kısmının kullanılıp kullanılmamasının müteahhidin isteyeceği bedel üzerinde etkisi yoktur. Yapılan kısmın kullanılabilirlik niteliği değerlendirilmeyecektir.

İmkansızlığın ortaya çıkmasında arsa sahibinin kusuru yoksa müteahhit yapmış olduğu masraflar ile yaptığı işin değerine uygun oranda bir bedel isteyebilecektir. Ancak arsa sahibinin kusurlu davranışı nedeni ile imkansızlık ortaya çıkmışsa, B.K md.370/2 hükmünde yer alan, “Bu hususta iş sahibinin taksiri varsa müteahhidin başkaca zarar ve ziyan istemeğe hakkı olur.” hükmü doğrultusunda müspet zararını isteyebilecektir.

Sözleşmenin ortadan kalkması ile ödenecek bedel kanunda sadece “kıymet” olarak ifade edilmiştir ancak bu kıymetten ise arsa payını devir

⁵⁶ DUMAN, İ.H., age., s.1293.

değil arsa payına tekabül edecek değerin ifa edilmesinin anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir.⁵⁷

3.6. Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Ortaya Çıkan İmkansızlık Nedeni ile Sözleşmenin Sona Ermesi

Belirtmek gerekir ki bahsedilecek olan imkansızlık hali, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkacak olan imkansızlık durumudur. Sözleşmenin kurulması esnasında sözleşmenin konusunun imkansız olması halinde sözleşme kurulduğu andan itibaren zaten geçersizdir yani hiç doğmamıştır.

Ortaya çıkan edimin imkansızlığında, borçlunun sorumluluğuna ilişkin uygulanacak olan hükümler, borçlunun imkansızlıkta kusurlu olup olmamasına göre farklılık göstermektedir. Sonraki imkansızlık halinde borçlunun imkansızlığın meydana gelmesinde kusuru yoksa borca aykırılık halinden söz edilemez. Borçlar Kanunu'nda borçlunun borca aykırılıktan sorumluluğunda kusur ilkesi kabul edildiğinden sonradan ortaya çıkan imkansızlıkta borçluya yüklenilebilir bir kusur mevcut değilse borçlunun imkansızlıktan sorumlu tutulması mümkün değildir.⁵⁸ Borçlar Kanunu md. 117 hükmünde "Borçluya isnat olunamıyan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakit olur." denilmiştir.⁵⁹ Bu itibar ile sonraki kusursuz imkansızlık halinin bir borca aykırılık durumu değil borcu sona erdiren nedenler arasında olduğu ifade edilmektedir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulduğu sırada imar mevzuatına ilişkin bir engel bulunmamasına rağmen inşaatın yapımına başlandıktan sonra söz konusu mevzuatta değişiklik yapılması nedeni ile binanın imara

⁵⁷ KARTAL, B., age., s.122.

⁵⁸ KILIÇOĞLU, A.M., s.492.

⁵⁹ Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 136. Maddesinde ifa imkansızlığı başlığında aynı husus: "Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşır, borç sona erer." İfadesi ile düzenlenmiştir.

aykırı hale gelmesi, bu nedenle de ruhsatının iptal edilmesi söz konusu olmuşsa bu halde tarafların kusurundan söz edilemeyecek, kamu düzenine ilişkin emredici hukuk normlarının uygulanması zorunluluğu gereği bir imkansızlık hali ortaya çıkmış olacaktır.⁶⁰

Ortaya çıkacak imkansızlık halinin objektif anlamda herkes için geçerli bir imkansızlık durumu olması gerekir. Bunun yanında imkansızlığı ortaya çıkaran nedenin sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkması şarttır.

Diğer yandan imkansızlık halinin süreklilik arz etmesi gerekmektedir. İmkansızlık geçici nitelikte ise borcun sona ermesi söz konusu olmaz.⁶¹ Ancak imkansızlığa neden olan olayın ne kadar süreceği belirli değilse yine sözleşmenin sona erdiği kabul edilmelidir.

İmkansızlık hali, borcun konusunun bir bölümünün yerine getirilmesini olanaksız kılabilir. Bu halde ise borcun tamamının sona erdiğinden bahsedilemez. Müteahhit bu halde borcun imkansız hale gelen kısmından sorumlu tutulamayacaktır. Ancak borcun kısmen imkansızlaşan bölümü borcun diğer kısmının ifasını anlamsız kılıyor ise yine borcun tamamının sona erdiği sonucuna varmak isabetli olacaktır. Örneğin inşaatla kullanılacak bir malzemenin tedarikinin imkansız hale gelmesi halinde o malzemenin muadili bir malzeme ile inşaatın yapılması mümkün olabiliyorsa bu durumda borcun tamamen sona erdiğinden söz edilemez. Ancak o malzeme olmaksızın inşaatın yapılması mümkün olamıyor veya yapılması

⁶⁰ Yargıtay 15. H.D 23.01.1992, 346/149: "...İmar uygulaması davalının iradesi dışında yapılmıştır...Davalının borcunun ifası imkansız hale geldiğinden davalı yönünden borç sakıt olur..."

⁶¹ İmkansızlık belirlediği ana göre sürekli bir nitelik taşımaya rağmen sonradan bu imkansızlığın ortadan kalkması ve ifanın tekrar mümkün hale gelmesi sona ermiş borcu yeniden canlandırmaz. Ancak bu takdirde borcun sona erdiğinin dürüstlük kurallarına aykırı olabileceği gözden kaçırılmamalıdır. (KÜRŞAT, Z. (2004), "İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri", Prof. DR. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul, s.762.)

tarafların inşaattan bekledikleri menfaati karşılamıyorsa artık borcun sona erdiğinden bahsetmek gerekecektir.⁶²

Tarafların imkansızlık halinin ortaya çıkmasında kusurlarının olmaması durumunda borç sona erer.⁶³ Taraflar borçlarından kurutulur. Borcun sona ermesi söz konusu olur.⁶⁴ Tarafların borcun sona ermesine ilişkin herhangi bir irade açıklamasında bulunmalarına gerek de yoktur.

B.K. md 117/2 hükmünde “Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bu suretle beri olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfikan almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur. Kanun veya akit ile, borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın, alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır.” denilmiştir. Bu itibar ile taraflar imkansızlığın ortaya çıkması ile birlikte borcun sona ermesi nedeni ile sebepsiz zenginleşme hükümleri dairesinde aldıkları şeyleri geri vermekle sorumludur.⁶⁵ Ancak taraflar sözleşmede bunun aksini de kararlaştırabilirler.

Diğer yandan Borçlar Kanunu’nda müteahhidin kusuru olmaksızın ortaya çıkan kimi durumlarda müteahhidin ediminin ifası imkansız hale gelmesine ilişkin bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu durumlara ilişkin olarak esasen sözleşmenin sona ermesi bölümünde ayrıntılı açıklama yapılacak bazı hususlara bu bölümlerde de kısaca değinmek gerekmektedir.

⁶² **SELİÇİ, Ö.**, age., s.165.

⁶³ “Yargıtay uygulamasına göre sözleşmenin son bulması kuralı kesin değildir. Eğer borçlu imkansız hale gelen edimin yerine başka bir yarar elde etmişse örneğin satışı vaat edilen taşınmazını başkasına satılması nedeni ile alınan bedel, taşınmazın kamulaştırılması sebebiyle ödenen kamulaştırma bedeli alınmışsa, sigorta tazminatı ödenmişse borç ilişkisi son bulmayıp konusu değişerek devam eder.”(**UYGUR, T.**, age., c.2,s.192;)

⁶⁴ Yargıtay 14. H.D 31.03.2009, 1208/4056: “...B.K 117. Maddesinin 2. Fıkrasına göre eğer taraflar imkansız hale gelen akit nedeni ile birbirlerinden bazı şeyler edinmişlerse bunları haksız zenginleşme hükümlerine göre iade etmeye mecburdur...”(**SÜTÇÜ, N.**, age., s.1289)

⁶⁵ Yargıtay 1. H.D 21.02.1991, 15991/2131: “... kat karşılığı inşaat sözleşmesinde öngörülen edimlerin yanların iradesi dışında kalan bir nedenden ötürü yerine getirilemeyeceği anlaşılmıştır. Hal böyle olunca akdin yerine getirilmesinin imkansızlığının ortaya çıkması karşısında yanların verdiklerini geri isteyebilme hakları doğar...”

Borçlar Kanunu md. 368 hükmünde “ Yapılan şey teslimden evvel kazara telef olmuş ise iş sahibi, onu tesellümden temerrüt etmiş bulunmadıkça müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masraflarının tediyesini isteyemez. Bu takdirde, telef olan malzeme kime ait ise hasarı da ona aittir. Eğer yapılan şey, iş sahibi tarafından verilen malzemenin veya gösterilen arsanın kusurundan yahut iş sahibi tarafından imal ve inşa tarzı hakkında verilen emirden dolayı telef olmuş ise; müteahhit, bu tehlikeleri zamanında ihbar eylemiş bulunduğu takdirde yaptığı işin kıymetini ve bu kıymette dahil olmıyan masrafın tesviyesini talep edebilir. İş sahibinin taksiri olduğu takdirde mütaahhidin, fazla olarak zarar ve ziyan istemeğe hakkı vardır.” şeklinde yer alan ifade ile, müteahhidin kusuru olmaksızın edimin ifasının imkansız hale gelmesi durumlarından biri hakkında bazı tespitler yapılmıştır. Hükme göre, yapılan inşaat, arsa sahibine tesliminden önce beklenmedik bir olay sonucu yok olursa, arsa sahibi inşaatı teslim almada temerrüde düşmediği sürece, müteahhit, yaptığı inşaat için ücret ve masraf talep edemeyecektir. Yani hasara burada müteahhit katlanacaktır.

İşaret edilen md. 368 hükmü Borçlar Kanunu’nda eser sözleşmesinin sona erme hallerinin düzenlendiği kısımda yer almıştır. Her ne kadar hükümde eserin yok olması halinde sözleşmenin sona ereceğine ilişkin bir ifade yer almasa da kanunun sistematüğinden bu sonucu çıkarmak yanlış olmayacaktır. Esasen eserin yok olması ile kural olarak müteahhidin borcu sona ermez. Zira inşaatın tekrar yapılması mümkündür. Bu halde de inşaatın tekrar yapımından söz edilebildiği durumlarda borç sona ermeyecek sadece madde hükmünde düzenlenen hasarın müteahhide ait olması sonucu ortaya çıkacaktır. Yok olan inşaat için müteahhit herhangi bir talepte bulunamayacaktır. Diğer yandan inşaatın tekrar yapılması mümkün olmayacak ise edimin ifasının müteahhidin kusuru olmaksızın imkansızlaştığı ve bu sebeple de artık borcun sona erdiğini kabul etmek isabetli olacaktır. Bu halde hasara yine müteahhit katlanacak ancak artık müteahhidin arsa sahibine karşı inşaat yapma borcu da sona erecektir.

İnşaatın tamamının değil de bir kısmının yok olması halinde de yine yok olan kısma ilişkin ifade edilen hükümler söz konusu olacaktır.⁶⁶

İfanın müteahhidin kusuru olmaksızın, arsa sahibi nezdinde gerçekleşen bir sebepten ileri gelmesi halinde de benzer bir durum söz konusudur. Buna göre B.K md. 370 hükmünde “Taahhüt olunan şeyin yapılması iş sahibi nezdinde zuhur eden bir kaza yüzünden mümkün olamıyorsa müteahhit yaptığı işin kıymetini ve bu kıymette dahil olmıyan masrafını alır. Bu hususta iş sahibinin taksiri varsa müteahhidin başkaca zarar ve ziyan istemeğe hakkı olur.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre arsa sahibinin egemenlik alanından kaynaklanan bir sebep ile -örneğin arsa sahibinin teslim edeceği arsanın kamulaştırılması durumunda olduğu gibi- inşaatın yapılmasının mümkün olamaması halinde sözleşmenin sona ereceği ifade edilmektedir. Söz konusu durumda da artık bir imkansızlık hali söz konusudur ve imkansızlık müteahhidin kusurundan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkmıştır. Bu halde artık müteahhit borcundan kurtulacak ve söz konusu imkansızlık nedeni ile müteahhide karşı arsa sahibinin her hangi bir talep hakkı söz konusu olmayacaktır. Aksine, hükümde böylesi bir durumda müteahhidin sahip olacağı haklara işaret edilmiştir.⁶⁷

İfanın müteahhidin şahsında ortaya çıkan beklenmedik bir olay neticesinde de ortaya çıkması mümkündür. Bu duruma ilişkin olarak da Borçlar Kanunu'nun md. 371 hükmünde “Mütaahhit öldüğü yahut sun'u taksiri olmaksızın işi bitirmekten aciz kaldığı takdirde, mukavele müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış ise istisna akdi münfesihi olur. Bu takdirde yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi onu kabule ve bedelini vermeğe mecburdur.” ifadesi ile bir düzenleme yapılmıştır. Hükme göre edimin ifasının müteahhidin kusuru olmaksızın ama onun nezdinde gerçekleşen ölüm, aciz hali gibi bir sebeple imkansız hale gelmesi

⁶⁶ KÜRŞAT, Z., agm., s.770.

⁶⁷ KÜRŞAT, Z., agm., s.770.

durumunda, sözleşmenin sona ereceğine işaret edilmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, hükümde de yer aldığı üzere, sözleşmenin bu durumda sona erebilmesi için, inşaat sözleşmesinin müteahhidin kişisel nitelikleri gözetilerek yapılmış olması gerekmektedir. Eğer ki sözleşme müteahhidin kişisel nitelikleri gözetilerek yapılmamışsa borç sona ermeyecek müteahhidin mirasçısı, yasal temsilcisi veya halefinin inşaatı yerine getirme borcu ile yükümlü olacağı ifade edilmektedir.⁶⁸

Yukarıda Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan kimi hususlara ilişkin olarak özel düzenlemelere yer verilmiştir. İşaret edilen, eser sözleşmesinde ortaya çıkabilecek imkansızlık halleri haricinde imkansızlık durumlarının ortaya çıkması halinde Borçlar Kanunu'nda imkansızlığa ilişkin öngörülen B.K md. 117 hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Tarafların imkansızlık halinin ortaya çıkmasında kusursuz olmaları halinde borçtan kurtulmaları için temerrüde düşmemiş olmaları gerekir. Temerrüde düştükten sonra imkansızlık nedeni ile borcun sona ermesi kural olarak söz konusu olmaz. Ancak temerrüde düşen taraf temerrüde düşmekte kusurunun olmadığını veya borç zamanında yerine getirilseydi dahi imkansızlık halinin aynı şekilde etkileyeceğini ispat ederse sorumluluktan yine kurtulabilecektir.

İmkansızlık hali borçlunun kusuru nedeni ile ortaya çıkmışsa bu durumun bir borca aykırılık olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Bu halde de borçlu kusuru ile neden olduğu borcun imkansız hale gelmesinden alacaklının uğradığı zarar nispetinde sorumlu olacaktır.

Borçlunun sonraki kusurlu imkansızlıktan sorumlu olması bir takım şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Öncelikle edimin imkansız hale gelmiş olması şartı aranır. Edim objektif anlamda imkansızlaşmalı yani edimin yerine getirilmesi herkese göre imkansız olmalıdır. Borçlunun kişisel durumuna ilişkin borcun yerine getirilememesi söz konusu ise bu halde imkansızlıktan söz edilemeyecektir. Örneğin borçlunun kredi bulmakta

⁶⁸ KÜRŞAT, Z., agm., s.772-773.

zorluk çekmesi nedeni ile borcunu yerine getirememesi bir kusurlu imkansızlık olarak değerlendirilemeyecektir. Objektif anlamda sonraki kusurlu imkansızlık durumunda edimin aynen ifası mümkün olamamaktadır. Bu halde alacaklının aynen ifa talebinin yerine uğranılan zararın tazmininin istenmesi gündeme gelir.

Edimin ifasının imkansız hale gelmesinin yanında diğer bir husus imkansızlık halinin akdin kurulmasından sonra ortaya çıkması gerekmektedir. Zira imkansızlığın sözleşmenin kurulmasından önce mevcut olması halinde önceki imkansızlık olarak daha önce anlatılan konu gündeme gelecek ve sözleşme kurulduğu andan itibaren geçersiz olacağından zaten bir ifanın yerine getirilmesinden bahsedilemeyecektir.

Diğer bir koşul olarak da borçlunun edimin ifasına kendi kusuru ile sebebiyet vermiş olması aranır. Daha önce ifade edildiği üzere borçlunun imkansızlığın ortaya çıkmasında kusuru yoksa borç sona erecek ve borçlunun bu sebeple bir sorumluluğu olmayacaktır.

Kusur konusunda ispat külfeti borçludadır. Alacaklı edimin imkansız hale gelmesine ilişkin olarak borçlunun kusurlu olduğunu ispatla yükümlü olmayıp, borçlu imkansızlığın ortaya çıkmasında kendisine bir kusur atfedilemeyeceğini ispat etmesi gerekir.⁶⁹ Burada tersine çevrilmiş bir ispat yükümlülüğü söz konusudur. Borçlu edimin ifasında kusuru olmadığını ispat etmekle sorumluluktan kurtulur.

Sonraki kusurlu imkansızlık halinde borçlu, borca aykırılık nedeni ile B.K md. 96 hükmü gereğince alacaklının uğramış olduğu zararı giderecektir. Buradaki zarar borçlunun borca aykırı davranışı olmasa ve borç imkansızlaşmasa elde edecek olduğu menfaatin kaybından dolayı uğradığı zarardır. Yani müspet zarardır.⁷⁰

⁶⁹ UYGUR, T., age., c.2,s.191.

⁷⁰ KÜRŞAT, Z., age., s. 768.

3.7. Cezai Şart Meselesinde Müteahhidin Durumu

Cezai şart, borçluyu borcunu yerine getirmeye sevk etmek amacı ile öngörölmüş bir nevi tarafların alacaklarını güvence altına alma ihtiyacının gerçekleştirilmesi amacıyla hizmet etmek için ortaya çıkmış bir yaptırım olarak ifade edilir. Temelde, borcunu gereği gibi ifa etmeyen borçlu, alacağın bu sebeple uğrayacağı zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Ancak söz konusu bu zararın ispat yükümlülüğü alacaklıya aittir. Bu sebeple sözleşmeyle getirilen cezai şart yaptırımını ile zarara uğrayan alacaklının zararını ispat yükü üzerinde olmaksızın gidermesi kolaylığını taşımaktadır.⁷¹ Cezai şart ile sağlanmak istenen fayda borçlunun borcunun kararlaştırılan şekilde yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. Cezai şart, sözleşmenin kurulması esnasında borçlunun borca aykırı davranışta bulunmayacağını, bulunması halinde ise belirli bir miktar ödeme yapmayı taahhüt etmesinden ibarettir. Belirli bir ödemenin yapılması taahhüdü, borca aykırı davranışa şartına bağlanmaktadır.

Eser sözleşmelerinde de müteahhidin eseri teslim zamanını geçirmesi halinde gecikilen süre için sözleşmede öngörölen cezai şartı ödemekle yükümlü olacağı bilinmelidir. Genellikle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın tesliminde gecikilen her gün için belirli bir miktar cezanın ödeneceği kararlaştırılır. Bu halde teslim günü gelmesine rağmen teslimin söz konusu olmaması halinde müteahhidi temerrüde düşürmek için gerekli olan ihtar yükümlülüğünün de yerine getirilmesi aranmaksızın cezai şartın talep edilmesi mümkün olabilecektir.⁷²

Cezai şart başlı başına bir borcun konusu olmamakta bir asıl borca bağlı bulunmaktadır. İfade edildiği üzere bir nevi güvence olan cezai şart, asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir borçtur.⁷³ Fer' i niteliği olan cezai şartın mukadderatı asıl borca tabidir. Asıl borcun herhangi bir sebeple geçersizliği

⁷¹ OĞUZMAN, K./ÖZ, T., age., s.897.

⁷² ERMAN, H., age., s.79.

⁷³ KILIÇOĞLU, A.M., a.g.e.,s.585-586.

halinde buna bağı ferî nitelikte olan cezai şart taahhüdü de geçersiz olacaktır. Aynı şekilde asıl borcun imkansızlığının söz konusu olması halinde cezai şartın talep edilmesi de söz konusu olamayacaktır.⁷⁴ Cezai şartın ferî niteliğinin önemli bir sonucu da asıl borcun doğumu için gerekli olan şekil şartlarına tabi olmasıdır. Asıl borcun geçerli bir şekilde vücut bulabilmesi için uyulması gereken şekil şartı, cezai şartın öngörüldüğü taahhüt için de söz konusu olmaktadır. Cezai şartın ferî niteliğinin konumuz ile ilgili önemli bir sonucu da; sözleşmeden dönülmesi halinde, geçmişe yönelik olarak hüküm ve sonuçları ortadan kalkan sözleşme de cezai şarta ilişkin hükümlerin de bu sebeple ortadan kalkacak olması, yani cezai şartın artık sözleşmeden dönülmesi ile birlikte istenemeyecek oluşudur.

Her ne kadar cezai şart genellikle sözleşmeden doğan borçlar için öngörülüyor olsa da bu zorunlu olmayıp uygulamada pek rastlanmasa da haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar için de söz konusu olabilmesinde bir engel yoktur.⁷⁵

Cezai şartın konusu verme, yapma veya yapmama borçlarına ilişkin edimler hakkında olabilir. Bununla birlikte tarafların cezai şarta ilişkin edimleri serbestçe tayin etmesi de mümkündür.⁷⁶ Uygulamada ise çoğunlukla cezai şarta ilişkin edim olarak belirli bir paranın ödenmesi şeklinde bir yaptırımın kararlaştırılması söz konusu olmaktadır. Ancak burada üzerinde durulması gereken husus cezai şart olarak kararlaştırılan müeyyidenin kişilik haklarına, ahlaka, kamu düzenine aykırılık oluşturması veya konusunun

⁷⁴ B.K 161. maddesinde “Ceza, kanuna veya ahlaka (adaba) muğayir bir borcu teyit için şart edilmiş veya hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez.” denilmiştir.

⁷⁵ **TUNÇOMAĞ, K.** (1963), Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul.(Cezai Şart), s.4.

⁷⁶ “Genellikle cezai şartın belirli bir miktar para olarak kararlaştırılması uygulamada rastlanılan durum olsa da öngörülecek yaptırımın aynı bir karşılık veya hakkın devri olması da mümkündür.” (**OĞUZMAN, K./ÖZ, T.**, age., s. 900.)

imkansız olması halinde cezai şart olarak öngörülen edimin geçersiz olacağıdır.⁷⁷

3.7.1. Cezai Şartın Türleri

3.7.1.1. İfaya Eklenen Cezai Şart

Cezai şartın uygulamada en çok görülen bu türünde alacaklı, sözleşmede belirtilen zamanda ve kararlaştırılan yerde ifanın gereği gibi yerine getirilmemesi halinde, hem gecikmiş olan ifayı hem de kararlaştırılan cezai şartı talep edebilmektedir. B.K. md. 158/2 hükmünde “Akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını hem meşrut cezanın tediyesini talep edebilir. Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun.” denilmiştir. Bu haliyle hükümden görüleceği üzere ifaya eklenen cezai şartta, alacaklı borcun yerinde ve zamanında yerine getirilmemesi halinde hem cezai şart hem de aynen ifa talebinde bulunabilecektir. Örneğin sözleşmede inşaatın tamamlanması gereken süreden sonra her geciken ay için 10 bin Lira cezai şart ödenmesi öngörülmüş ise, inşaatın tamamlanması gereken süreden sonra her geciken ay için öngörülen cezai şart miktarının ödenmesi ile birlikte inşaatın da tamamlanarak teslim edilmesi talep edilebilecektir.

İfaya ekli bu cezai şartın talep edilebilmesi için sözleşme ilişkisinin devam ediyor olması gerekir. Diğer bir ifade ile sözleşmenin feshedilmemiş olması lazımdır. Zira cezai şartın fer'i niteliği bunu gerektirmektedir.⁷⁸

İfaya ekli bu cezai şart ile götürü tazminat(kira tazminatı) birbirinden farklı kavramlardır. Götürü tazminatın aksine ifaya eklenen cezai şartta borçlunun gereği gibi ifa etmemesi üzerine ifa ile birlikte istenecek olan cezai şart için alacaklının bir zararının ortaya çıkması şartı aranmamaktadır. Yani alacaklının zararı olmasa dahi sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi halinde

⁷⁷ BOZER, A., age., s.279.

⁷⁸ Yargıtay 15. H.D. 20.11.1978 1978/2199

cezai şart talep edilebilir. Ancak alacaklı, gereği gibi ifanın yapılmaması halinde aynen ifa ile birlikte götürü tazminat talebinde bulunmuş ise zararının doğmuş olması şartı aranır.

B.K. md. 258/2 hükmünün devamında, “Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun.” Hükmü ile alacaklının ifaya ekli cezai şart talebinde bulunma hakkını yitirdiği ifade edilmiştir. Buna göre alacaklının, cezai şart talebinde bulunabilecek durumda olmasına karşın bu hakkından feragat ettiğini açıkça beyan etmesi halinde, artık cezai şart talebinde bulunması söz konusu olmayacaktır. Alacaklının bu feragat beyanını kanıtlama yükümlülüğünün ise borçluya ait olduğu ileri sürülmektedir.⁷⁹

Madde hükmündeki diğer bir husus da alacaklının, borçlunun yerine getirdiği ifasını herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin kabul etmesi halinde alacaklının artık cezai şart talebinde bulunamayacağı, bu hakkının sona ereceğidir. Alacaklının ifayı kabulü ile birlikte cezai şart talebini ileri sürme imkanını en geç ifa sırasında saklı tutmuş olması durumunda ise daha sonra ifanın yanı sıra cezai şart talebinde bulunabilmesi de mümkün olacaktır.

3.7.1.2. Seçimlik Cezai Şart

B.K md. 358/1 hükmünde “Akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise, hilafına mukavele olmadıkça, alacaklı ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir.” denilmiştir. Buna göre kararlaştırılan cezai şart asıl borcun ifası ile bir arada değil, asıl borcun ifasından vazgeçilerek talep edilebilecektir. Seçimlik cezai şartta, ifa ile birlikte istenilen cezai şarttan durum farklıdır. İfa ile birlikte istenilecek cezai şartta, ifanın yerinde ve zamanında yapılmaması nedeni ile ortaya çıkan ifanın gereği gibi yerine getirilmemesi hali söz konusudur. Ancak seçimlik cezai şart ise ifanın

⁷⁹ **KILIÇOĞLU, A.M.**, age., s.591.;Bu halde borçlunun bunu HUMK md. 287 anlamında belgeyle kanıtlaması gerekir.

zamanında ve yerinde yapılmaması şeklindeki ihlaller dışındaki diğer borca aykırılık hallerinde gündeme gelebilecektir. Bu durumda hem edimin ifası hem de cezai şart istenememektedir.⁸⁰

Cezai şartın bu türünde, borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklıya isterse aynen ifanın yerine getirilmesini, isterse de cezai şartın kendisine ödenmesini talep etme imkanı sağlanmıştır. Alacaklı bu halde aynen ifa veya cezai şart taleplerinden birinin yerine getirilmesini isteyebilecek ve bunu belirleme hak ve yetkisine sahip olacaktır. Yoksa burada borçluya cezai şart ödeyerek borçtan kurtulma imkanının sağlanması söz konusu değildir.

Söz konusu bu seçimlik hak “yenilik doğurucu”⁸¹ bir hak olarak tanımlanmıştır. Alacaklının seçimini cezai şarttan yana kullanması halinde bundan geri dönerek aynen ifayı talep edemeyecektir. Alacaklının bu seçimlik hakkını cezai şarttan yana kullanabilmesi için herhangi bir zararının varlığını ispat etmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak seçimin cezai şarttan yana kullanılması ile birlikte ayrıca borca aykırılık nedeni ile uğramış olduğu zarar varsa bunu da talep edebilmesinin önünde bir engel de bulunmamaktadır.

B.K 158/1’ de öngörülen bu düzenleme emredici bir norm olmayıp sözleşmede aksi her zaman kararlaştırılabilir ve borca aykırılık halinde cezai şartın talep edileceği hükme bağlanabilir.

3.7.1.3. Dönme Cezası (İfa Yerine Cezai Şart)

Dönme cezasında seçimlik cezai şartın tersine bir durum söz konusudur. Nasıl ki seçimlik cezai şartta alacaklıya ifa veya cezai şarttan birisini seçme hakkı tanınmışsa, dönme cezasında da borçluya ifa yerine cezai şart ödeyerek borcundan kurtulma imkanı sağlanmıştır. Burada

⁸⁰ OĞUZMAN, K./ÖZ, T., age., s.904., TEKİNAY, S./AKMAN, S./BURCUOĞLU,H./ALTOP, A., age., s.348.

⁸¹ Yenilik doğurucu hakkın tüm özellikleri anlatılan seçimlik hakta da kendisini gösterir. Alacaklı seçimlik hakkını kullanarak cezai şartı seçmişse bundan dönüp aynen ifayı talep edemez. Yenilik doğurucu hakkın, bir kere kullanıldıktan sonra bundan geri dönülememesi niteliği bunu gerektirmektedir.

seçimlik hak sahibi de borçludur. Borçlu isterse cezai şartı ödeyerek borcundan kurtulabilecektir. Türk Hukukunda esasen sürekli olmayan sözleşmelerin tek taraflı olarak ortadan kaldırılması mümkün değildir. Fakat tarafların aralarında anlaşarak her iki tarafa veya taraflardan birine belirli bir bedel ödeyerek sözleşmeden dönme hakkının tanınması da mümkündür. Tarafların ödeyeceği bu bedele de dönme cezası denilmektedir.⁸²

Dönme cezasının diğer cezai şart türlerinden bir farkı da diğerlerinde borçlunun borca aykırı davranışı aranmaktayken dönme cezai cezasında borçlunun borca aykırı bir davranışta bulunmasına gerek yoktur. Borçlu dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönme imkanına sahiptir.

Dönme cezası ile cezai şart esasen mahiyetleri itibarı ile farklılık arz etmektedir. Dönme cezası tarafların borcundan kurtulabilmeleri için öngörülmüşken, cezai şart tarafları borcunu yerine getirmeye zorlamayı amaçlamaktadır.⁸³

Diğer cezai şart türlerinin aksine Yargıtay; dönme cezasında dönme cezasını aşan zararın istenemeyeceği görüşündedir. Dönme cezasında tarafların öngörülen bu ceza ile aralarında ortaya çıkabilecek tüm zararları öngördüğü varsayılmaktadır. Bu itibar ile zarar tazmininin önceden miktar olarak sınırlandırıldığı ileri sürülmektedir.⁸⁴

Dönme cezası, cayma tazminatına benzemektedir. Ancak cayma tazminatında sözleşmenin yapıldığı esnada alacaklıya belirli bir miktar tazminat olarak baştan ödenmekte, sözleşmeden dönülmesi halinde ödenen bu para alacaklının uhdesinde kalmaya devam etmektedir. Ancak dönme cezasında bu haliyle baştan bir ödeme söz konusu değildir. Sözleşmede

⁸² **TUNÇOMAĞ, K.**, (Cezai Şart), s.31.

⁸³ **EREN, F.**, age., s.371.

⁸⁴ Yargıtay 15. H.D 08.12.1999, 3885/4530 (**DUMAN, İ.H.**, age., s.695.)

kararlaştırılanın cezai şart mı cayma tazminatı mı olduğunun ihtilafı halinde cezai şart lehine yorum yapılması gerekliliği ifade edilmektedir.⁸⁵

3.7.2. Cezai şartta Kusur ve Zarar

3.7.2.1. Cezai şartta Kusur Sorunu

Türk Hukukunda genel kural olarak tazmin yükümlülüğünde borçlunun kusurlu olması şartı aranmaktadır. Buna göre cezai şartı düzenleyen hükümler de bununla paralellik arzeder. B.K md.161/2 hükmünde “hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez.” denilmiştir. Hükümden anlaşılacağı üzere, borcun ifası borçlunun kusuru olmaksızın imkansız hale gelirse alacaklı cezai şart talep edemeyecektir.

Her ne kadar hükümden imkansızlık hali ile bir sınırlama yapıldığı görölmekteyse de doktrinde bunun geniş yorumlanması, imkansızlık halinin yanında borçlunun kusuru olmaksızın temerrüde düşmesi, ifanın ayıplı olması gibi hallerde de cezai şart talep edilebilmesi için borçlunun kusurunun aranması gerekliliği ifade edilmiştir.⁸⁶

Kusurun ispatı konusunda da genel kural B.K 96 hükmü doğrultusunda, borçlu kusurunun bulunmadığını ispatla yükümlü olacak ve kusursuzluğunu ispatlayamayan borçlu cezai şartı ödemekle yükümlü olacaktır.

3.7.2.2. Cezai şart ve Zarar İlişkisi

Cezai şart, borçlunun gereği gibi borcunu ifa etmemesi halinde ortaya çıkacak zararın giderilmesini amaçlayan bir yaptırım olarak değil mahiyeti itibarı ile tarafları sözleşme ile bağlı tutma amacını güden bir ceza niteliğindedir. Borçlunun borca aykırı davranışı nedeni ile ortaya çıkan tazmin yükümlülüğü ile cezai şart niteliği itibarı ile birbirlerinden farklı

⁸⁵ Bkz. KILIÇOĞLU, A.M., age., s.593.

⁸⁶ TEKİNAY, S./AKMAN, S./BURCUOĞLU,H./ALTOP, A., age., s.480.

içeriktedir. Bu sebeple borçlunun borca aykırı davranışı nedeni ile cezai şart talep edebilmesi için zarar koşulu aranmamaktadır. B.K 159/1 hükmünde “Alacaklı zarara düşer olmasa bile ceza lazım olur.” denilmekte, bu haliyle de zararın varlığı bir ön koşul olarak zorunluluk arz etmemektedir. Bu itibar ile alacaklı herhangi bir zararı olmasa da borçlunun borca aykırı davranış ile kararlaştırılan cezai şartı talep edebilecektir.

Alacaklı cezai şart olarak talep ettiği miktarın yanında ayrıca uğradığı zarar için cezai şartın altında kalan kısım ile ilgili olarak tazmin talebinde bulunamayacaktır.⁸⁷ B.K 159/2 hükmünde “Şart olunan ceza miktarından fazla zarara düşer olan alacaklı, borçlunun bir kusuru olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemez.” denilmektedir. Buna göre alacaklı cezai şart olarak talep ettiği miktarı aşan bir zararı varsa ancak bunu talep edebilecektir. Yargıtay da; cezai şartın zaten gecikmeden doğan zararın karşılanması için öngörüldüğünü bununla birlikte cezai şartı aşmayan zararın ayrıca istenemeyeceği görüşünü benimsemiştir.⁸⁸ Örnekle ifade etmek gerekirse, alacaklı borcunu gereği gibi ifa etmeyen borçludan 100 bin lira talep etmiş ve bunu almışsa ayrıca 70 bin lira zararının olduğunu ileri sürerek bunu borçludan talep edemez. Ancak 120 bin lira zararı olan alacaklı cezai şart olarak tahsil ettiği 100 bin lirayı aşan 20 bin lira için uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise alacaklının, cezai şart olarak talep edilen miktar için borçlunun ifa etmemede kusurunu ispat yükümlülüğü bulunmazken, B.K 159/ 2 hükmüne göre cezai şartı aşan uğranılan zararın tazmini talebinde alacaklı borçlunun kusurunu ispatla yükümlü olmaktadır.

Diğer yandan daha önce mahiyetlerinin farklı olduğu belirtilen dönme cezasında diğer cezai şarta ilişkin hükümlerden farklı bir hukuki durum söz konusudur. Dönme cezasında sözleşmeden dönülmesi nedeni ile alacaklının uğradığı dönme cezasını aşan miktar talep edilememektedir. Borçlunun

⁸⁷ OĞUZMAN, K./ÖZ, T., age., s.910.

⁸⁸ Yargıtay 11.H.D 27.2.2001, 10625/1710

borcunu ödeme yükümlülüğünden kurtarılması amacını taşıyan dönme cezasının mahiyeti bunu gerektirmektedir.⁸⁹

3.7.3. Cezai Şartın Tenkisi

B.K 161/3 hükmünde “Hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir.” denilmiştir. Buna göre sözleşme ile serbestçe tayin edilebilecek olan cezai şart hakimin müdahalesi ile değiştirilebilecektir. Hakim, cezai şartın miktarına ilişkin bir değerlendirme yaparken somut olayın niteliği ve hakkaniyet gereği cezai şartın miktarına ilişkin belirleme yaparak borçlunun ekonomik durumunu gözetecektir. Bu çerçevede sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın fahiş ve hakkaniyete aykırılığı tespitini yapan hakim bu bedelin indirilmesine karar verebilecektir. Hakimin cezai şartın fahiş olduğu tespitini yapması halinde takdir yetkisi olmaksızın bedelin indirilmesine karar vermesinin zorunlu olduğu ileri sürülmektedir. Madde hükmünde “yükümlüdür” ifadesinin bunu gerektirdiği ifade edilmektedir.⁹⁰ Diğer yandan borçlunun cezai şartın indirilmesi imkanından önceden feragat etmesi de mümkün olamamaktadır.⁹¹

Daha önce ifade edilen nedenler ile dönme cezasında tenkisin yapılamayacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Yargıtay cezai şartın tenkisinde, cezai şartın fahiş olup olmadığı, borçlunun ödeme gücü, ifa etmemekle elde ettiği yararı, kusur derecesi, tarafların durumu gibi kriterlerin hakim tarafından gözetilecek esaslar olduğunu ifade etmektedir.⁹²

Hakimin müdahalesi ile cezai şart miktarının tenkisi konusunda bir istisnanın varlığını söylemek gerekir. Türk Ticaret Kanununun md 24 hükmü ile cezai şartın borçlusunun tacir olması halinde cezai şartın tenkisinin söz

⁸⁹ TUNÇOMAĞ, K., age., (Cezai Şart),s.122.

⁹⁰ SEROZAN, R.,(İfa), s.232.

⁹¹ BOZER, A., age., s.281

⁹² 13.H.D 20.05.2008, 1540/6896.

konusu olmadığını ifade ederek B.K 161/3 hükmüne bir istisna getirilmiştir. Buna göre borcunu gereği gibi yerine getirmeyen borçlunun tacir olması halinde cezai şart olarak öngörülen miktarın fahiş olduğu iddiası ile tenkisi söz konusu olmayacaktır. Ancak Yargıtay son dönemde istisna olarak öngörülen kuralı esnetme eğiliminde görülmekte, borçlunun tacir olması durumunda dahi ekonomik çöküntüye sebep olacak nitelikte cezai şartın tenkisinin söz konusu olması gerektiği görüşünü benimsemeye başlamaktadır.⁹³

3.7.4. Cezai Şartta Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu

Borçlar Kanununun md.106 hükmünde “Bu mehil zarfında borç ifa edilmemiş bulunduğu surette alacaklı her zaman onun ifasını talep ve teahhür sebebi ile zarar ve ziyan davası ikame eylemek hakkını haizdir; birde aktin icrasından ve teahhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vaz geçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyana talep veya akdi fesh edebilir.” hükmü yer almaktadır. Buna göre arsa sahibine temerrüt halinde bir takım seçimlik haklar tanınmıştır. Arsa sahibi B.K 106 hükmü dairesinde, aynen ifayı talep ile birlikte gecikme nedeni ile uğradığı zararın tazmini isteyebileceği gibi, aynen ifadan derhal vaz geçtiğini bildirerek sözleşmenin yerine getirilmemesinden doğan müspet zararın tazminini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir ve menfi zararının giderilmesini isteyebilir.

Arsa sahibi duruma göre bu seçimlik haklardan birini kullanabilecektir. Burada üzerinde durulacak mesele, arsa sahibinin, müteahhidin temerrüdü halinde B.K 106 hükmünden doğan seçimlik haklarından sadece aynen ifa ve gecikme tazminatının ödenmesi seçeneğinde ısrar ederek cezai şartın miktarını arttırmak yönünde hareket etmesi halinde ortaya çıkacak durumdur.

Yargıtay önceleri iş sahibinin cezai şartı arttırmak için aynen ifada ısrar etmesi halini dürüstlük kurallarının ihlali olacağı ve arsa sahibinin

⁹³ Yargıtay H.G.K. 20.3.1974 1970/T-1053 E. 1974/222 K. (KILIÇOĞLU, A.M., age., s.596.)

cezanın artmasına neden olacağı için müterafık kusuru anlamına geleceği, bu itibar ile arsa sahibinin en geç ne zaman aynen ifa talebinden vazgeçmesi gerekiyorsa o tarihe kadar cezai şartı talep edebileceği görüşünü benimsemekteydi.⁹⁴Ancak daha sonra bu görüş terk edilerek tam aksi yönde alacaklının, temerrüt halinde borcun aynen ifasını ve gecikme tazminatını her zaman isteyebileceği, seçimlik diğer hakların kullanılmasının dürüstlük kurallarına aykırı olmayacağı ve bu sebeple müterafık kusurdan söz edilemeyeceği görüşü artık hakim hale gelmiştir.⁹⁵

Müteahhidin inşaatı tamamlamayacağını açıkça ifade etmesi veya inşaatı terk edip gitmesi durumunda arsa sahibi, B.K 97 hükmüne göre müteahhidin nam ve hesabına inşaatı tamamlatma imkanı bulunduğundan en geç inşaatın bitirilmesi için gereken sürenin sonuna kadar cezai şartın talep edebileceği ancak müteahhidin işten el çekmemesi halinde arsa sahibinin, aynen ifadan vazgeçerek diğer seçimlik haklarını kullanmak istediğini bildirdiği tarihe kadar cezai şartın talep edebileceği de doktrinde kabul edilmektedir.⁹⁶

Müteahhidin teslimde gecikmesine rağmen inşaatı devam etmesini, edimini ifa etmeye yönelik bir çaba olarak kabul etmek ve artık bu noktadan sonra arsa sahibi tarafından seçimlik diğer hakların kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması olarak yorumlamamak gerekmektedir.

⁹⁴ Yargıtay 15.H.D 2.2.1978, 1943/181: "...eksik ve kusurlu işleri yerine getirmekle yükümlü olan yüklenici işten el çekerek bırakıp gitmekle direngen duruma düşmüştür; davacının direnme nedeni ile sözleşmeyi bozması için sözleşmede öngörülen otuz günlük süre yerine 320 gün beklemesi iyi niyetle bağdaşmaz ve sadece o 30 gün için gecikme cezası isteyebilir..."(ERMAN, H., age., s.82)

⁹⁵ Yargıtay H.GK. 1991, 340/467: "...İş sahibinin 106/2. Maddedeki seçimlik hakkını geç kullanması kınanabilecek bir davranış olarak kabul edilemez. Çünkü yukarıda açıklandığı üzere seçimlik hakkını dilediği zaman ve zaman aşımı sürecinde kullanmak arsa sahibinin yasal hakkıdır...Davacının gecikme süresinin tamamını kapsayan yüm tazminatı istemesi hakkın kötüye kullanılması olarak nitelenemez. Hakkın kötüye kullanılması hakkın sırf başkasına zarar vermek için kullanıldığı hallerin dışında hem kendine yarar sağlamak ve hemde karşı tarafa zarar vermek kastı ile hakkın kullanıldığı hallerde söz konusu olabilir.Davacı sözleşmeden doğan hukuka uygun bir hakkını kullanmakta, kendisine yarar sağlamaktadır...Özen borcuna aykırı davranarak kusurlu durumda bulunan davalı yüklenici teslim gününden itibaren işleyecek cezai şartı tam olarak ödemek zorundadır..." (ERMAN,H., age., s.85)

⁹⁶ Bkz. SELİÇİ,Ö., age., s.74; ERMAN, H., age., s.86.

SONUÇ

Henüz kanunda düzenlenmiş sözleşme tipleri arasında yer almayan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, son yıllarda mevcut konut ihtiyacını karşılamaya yönelik olarak ihtiyaca binaen ortaya çıkmış bulunmaktadır. Ekonomik gücü ve uzmanlığı bir bina yapmaya yeterli olmayan arsa sahipleri, arsalarını müteahhide teslim etmekte, müteahhitler de mesleki faaliyetlerinin gereğini yerine getirerek arsa sahiplerinin kendilerine teslim ettiği arsaları üzerine bina inşa ederek hem arsa sahiplerinin konut ihtiyacını gidermekte hem de inşa ettikleri binada kendilerine ait olacak daireleri satarak kazanç elde etmektedirler. Bu yönüyle sözleşmenin, her iki tarafı için oldukça avantaj sağlayan bir sistem olduğu söylenebilir. Bu olumlu yönlerinin yanında sözleşmenin kuruluşundan itibaren çok sayıda uyuşmazlıkla karşılaşılması da olasıdır. İncelemede kat karşılığı inşaat sözleşmesinin temel niteliklerine yer vermekle birlikte müteahhidin sözleşmedeki konumu üzerinde değerlendirmeler yapılmıştır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan satım sözleşmesi ve istisna sözleşmelerinin unsurlarını içerisinde barındıran bir sözleşme olarak meydana gelmiştir. Müteahhit, arsa sahibinin arsası üzerine inşa edeceği bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi yükümlenmesi karşılığında, arsa sahibi de belirlenen arsa paylarını müteahhide devir borcunu yükümlenmektedir. Sözleşme bu kapsamda tarafların aralarında anlaşmalarıyla kurulmuş olmaktadır. Bu itibar ile sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler kapsamında değerlendirilmektedir. Hem satım sözleşmesinin, hem istisna sözleşmesinin unsurlarını taşıyan bu sözleşmeye, ne tek başına satıma sözleşmesine ilişkin hükümler, ne de istisna sözleşmesi için öngörülen hükümler doğrudan

uygulanamayacaktır. Yargıtay' ın da uygulamada çift tipli karma sözleşmeler olarak kabul ettiği kat karşılığı inşaat sözleşmelerine, her iki sözleşme türüne ilişkin öngörülen hükümler, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin mahiyetine uyduğu oranda kıyasen uygulanacaktır. Diğer yandan sözleşmenin hukuki mahiyetine yönelik olarak, geçici borç ilişkisi doğurduğu yönünde görüşlerin bulunduğu gibi, sürekli borç ilişkisi doğurduğuna yönelik görüşler de savunulmaktadır. Burada Yargıtay ise, sözleşmenin somut durumlar incelendiğinde hem geçici borç ilişkisi hem de sürekli borç ilişkisi niteliğinde değerlendirilebileceği görüşünde olup, geçici-sürekli karmaşığı bir borç ilişkisi niteliğinde olduğu tanımlamasıyla bir orta yol bulmaya, bununla birlikte somut durumlara pratik çözümler sağlamaya yönelik bir çözüm üretmeye çalışmaktadır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin hem satıma ilişkin unsurları, hem de istisna sözleşmesinin öğelerini barındırması, sözleşmenin geçerlilik şekli konusunda da tartışmalara neden olmaktadır. Bir yanda, Türk Hukuk sisteminde gayrimenkul satışlarının resmi şekle tabi olması karşısında, diğer yanda geçerliliği hiçbir şekil şartına bağlı olmayan istisna sözleşmesinin karışımı olan bir sözleşmeye hangi şekil şartının uygulanacağı konusunda tereddütler ortaya çıkmıştır. Ancak sözleşmenin gayrimenkul devrini öngören yönünün ağır bastığı kabul edilerek, resmi şekilde yapılmış olmasının geçerlilik şekli olarak kabul edilmesi, doktrin ve Yargıtay uygulamasında yerleşik hale gelmiştir. Bu itibar ile de sözleşmenin noterde düzenleme şeklinde yapılması gerektiği konusunda bir tereddüt kalmamıştır. Bu itibar ile noterce düzenleme şeklinde resmi koşul yerine getirilmeksizin yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin kuruluşundan itibaren geçersiz olacağı söylenebilecektir. Ancak her durumda, resmi şekle uyulmaksızın yapılan sözleşmelerinin geçersiz olacağını söylemek de yerinde olmayacaktır. Yargıtay uygulamasına göre, şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecek durumlarda, sözleşmenin geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuracağı sonucuna ulaşılmıştır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin tam iki tarafa borç yükleyen niteliği gereği, sözleşmenin her iki tarafı bazı yükümlülükleri yerine getirmekle mükelleftir. Öncelikle sözleşmede amaçlanan binaların inşası için arsa sahibinin, müteahhide üzerinde bina yapmaya elverişli bir arsayı teslim etmekle yükümlü olacağını söylemek gerekir. Arsa sahibinin bu yükümlülüğünü yerine getirmesiyle birlikte müteahhit artık arsa sahibine bir bina inşa ederek ona ait olacak bağımsız bölümleri teslim etmek sorumluluğu altına girecektir. Müteahhidin bu bina meydana getirme borcunu yerine getirirken pek çok yükümlülük altında olduğunu ifade etmek gerekir. Müteahhit, sözleşmenin kuruluşundan itibaren binanın teslim edilmesine kadar ki sürede işi özenle yürütme yükümlülüğü altındadır. Kısaca müteahhidin özen gösterme sorumluluğu olarak ifade edebileceğimiz bu yükümlülüğün içerisine, müteahhidin işi sadakatle yerine getirme borcunu, müteahhidin malzemeyi seçmede ve kullanmasında gerekli özeni göstermesi borcunu, bunun yanı sıra müteahhidin işi bizzat kendi denetimi ve gözetimi altında yürütmesi borcunu da eklemek gerekecektir. Diğer yandan müteahhit, inşaatı imar mevzuatına uygun olarak inşa etmekle sorumludur. Binanın, imar planlarına uygun olmasının yanında, inşaat ruhsatı ve iskan ruhsatı alabilecek nitelikte olması, müteahhidin sorumluluğu altındadır. Bu niteliklere uygun olmayan bir binanın tamamlanması ve arsa sahibine teslim edilmesi mümkün olamayacaktır. Binanın teslimi müteahhidin asli edim borcudur. Müteahhidin sözleşmede kararlaştırılan sürede binayı tamamlayıp teslim edememesi onun temerrüdü sonuçlarına neden olur. Bu halde arsa sahibine, müteahhide karşı yöneltebileceği seçimlik haklar tanınmıştır. Sözleşmenin feshedilmesine kadar gidilebilecek olan müteahhidin temerrüdü durumunda, müteahhit, sebep olduğu zararı çeşitli yollarla gidermekle yükümlü olacaktır. Müteahhidin binayı teslim borcu, ancak tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları nitelikte bir binanın teslim edilmesi ile mümkün olabilecektir. Sözleşmede aranılan niteliklerin binada olmaması hali ayıp olarak değerlendirilir ve müteahhidin bu anlamda ayıba karşı tekeffül hükümleri gereği sorumluluğu söz konusu olur. Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin olarak arsa sahibine bir takım seçimlik haklar

tanınmış olup, yapının ayıplı olması halinde arsa sahibi, kendisine tanınan haklardan bir tanesini kullanmak suretiyle ayıp nedeni ile uğrayacağı zararın giderilmesini talep edebilir.

Sözleşmede kararlaştırılan işlerin eksik olması veya sözleşmede öngörülmemesine rağmen fazladan yapılan işler, özellikle taraflar arasında sıklıkla uyuşmazlık konusu olmaktadır. Sözleşmede belirtilen işlerin yapılmaması halinde arsa sahibi bu eksikliklerin giderilmesi konusunda müteahhidi zorlayabileceği gibi müteahhit namına eksikliklerin giderilmesini de talep edebilecektir. Eksik iş olarak tanımlanan bu durumda müteahhit, mevcut eksiklik nedeni ile kendisine arsa payı olarak devredilecek değerde bir eksik ödemenin yapılması ile karşılaşabilecektir. Bununla birlikte sözleşmede öngörülenden fazla işin yapılması da mümkün olabilmektedir. İlave iş veya ilave bağımsız bölüm olarak ortaya çıkabilecek bu husus karşısında duruma göre müteahhidin de arsa sahibinden sözleşmede öngörülenden fazla bir talep elde etme imkanını bulabileceğini söylemek genel anlamda yanlış olmayacaktır.

Sözleşmenin konusu olan inşaatın yapımı esnasında gerek arsa sahibi gerekse müteahhit kendisine ait olacak bağımsız bölümleri üçüncü kişilere devredebilecektir. Daha çok binanın yapım maliyetlerini karşılamak için finansman arayışına giden müteahhidin bu yola sıklıkla gittiğine tanık olunmaktadır. İnşaat devam ederken bu şekilde üçüncü bir kişiye yapılan devir, üçüncü kişiyi sözleşmenin tarafı yapmaksızın, arsa sahibi ve müteahhit arasındaki ilişkiden etkilenir bir noktaya getirmektedir. Uygulamada beklide en çok uyuşmazlık da bu gibi durumlarda ortaya çıkmaktadır. Taraflar henüz yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmemişken, sözleşmenin tarafları arasında çıkacak bir uyuşmazlık, devir alan üçüncü kişilerin durumunu da bir belirsizliğe sürüklemektedir. Özellikle müteahhidin teslimde temerrüde düşmesi halinde arsa sahibince sözleşmenin feshedilmesi halinde üçüncü kişiler son derece korumasız kalmaktadır. Temerrüt halinde sözleşmenin feshinin geriye etkili olarak mı yoksa ileriye etkili olarak mı sonuç doğuracağı üçüncü kişilere yapılan bu devirlerin kaderini belirlemektedir. Eğer ki

sözleşmenin geriye etkili olarak feshedildiği kabul edilirse, sözleşme baştan itibaren geçersiz hale geleceği için üçüncü kişilere yapılan bu devirler de geçersiz hale gelecektir ve arsa sahibi, üçüncü kişilere yapılan satışların da iptalini isteyebilecektir. Ancak sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedildiğinin kabul edilmesi ile de üçüncü kişilere yapılan bu satışlar geçerliliğini koruyacak ve arsa sahipleri, üçüncü kişilerden, müteahhitten edindikleri arsa paylarının iadesini talep edemeyeceklerdir. Bu gibi durumlarda her somut olaya ilişkin ayrı bir değerlendirme yapılmasının gerekeceği ortak kanaattir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmenin sona ermesi bir çok sebeple gerçekleşebilir. Her şeyden önce edimlerin ifası ile sözleşme olağan şekilde beklenen amaçların gerçekleşmesi ile sona erebilir. Diğer yandan arsa sahibi herhangi bir gerekçe göstermeksizin müteahhide zararını ödeyerek sözleşmenin sona ermesini sağlayabilir. Burada arsa sahibine tanınmış bir hak olarak ortaya çıkan bu husus ile müteahhidin binanın inşa edilmesi ile elde edeceği tüm yararın kendisine sağlanarak sözleşmenin sona erdirilmesi yoluna gidilebilir. Bunun yanında müteahhidin kararlaştırılan süre içerisinde binayı teslim edememesi halinde arsa sahibi kendisine tanınmış seçimlik haklardan biri olan sözleşmeden dönme hakkını kullanarak sözleşmenin sona ermesini sağlayabilecektir. Bu halde arsa sahibi müteahhitten menfi zararını da talep edebilecektir. Müteahhidin veya iş sahibinin nezdinde ortaya çıkacak bir takım sebeplerden ötürü de sözleşmenin sona erdirilmesi mümkündür. Bu hallerde de kusuru ile sözleşmenin sona erdirilmesine sebep olan taraftan tazminat istenebilmesi imkanı da devam etmektedir.

En nihayetinde, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde çeşitli nitelikler ve boyutlarda ortaya çıkan uyuşmazlıklara, mevzuatta yer alan bir takım eksikliklerin ve mahkeme kararlarındaki tutarsızlıkların da payı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki mevcut uyuşmazlıkların çoğunluğu, tarafların sözleşme hükümlerine sadık kalmamalarından ileri gelmektedir. Her iki tarafın da daha fazla menfaat için giriştikleri yarış, çoğunlukla sözleşme ilişkisini devam edilemez noktalara

sürüklemektedir. Diğer yandan tarafların menfaatlerini yeterince güvenceye almayan sözleşmeler de, esasen en baştan sorun olmaktan çıkarılabilecek konuları yeterince karşılayamamaktadır. Uyuşmalıkların en aza indirilmesi ve tarafların menfaatlerinin korunabilmesi için alınacak en temel önlem, tarafların amaçlarının tam olarak yansıtıldığı kapsamlı sözleşmelerin hazırlanmasından geçmektedir.

KAYNAKÇA

- [1] **AKİPEK, J. / AKINTÜRK, T.** (2009), Eşya Hukuku, İstanbul.
- [2] **AKKANAT, H.** (2006), "*Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat*", Prof.Dr.Fikret EREN' e Armağan, Ankara.
- [3] **AKKANAT, H.** (2000), Taşeronluk Sözleşmesi, İstanbul.
- [4] **ARIDEMİR, A.G.** (2004), "*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Doğan İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler Sorunu Bakımından Hukuki Durum*", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, S.450-473.
- [5] **ARKAN, S.** (2001), Ticari İşletme Hukuku, Ankara.
- [6] **ARTUKMAÇ, S.** (1969), Türk İmar Hukuku, Ankara.
- [7] **AYAN, S.** (2008), İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara.
- [8] **AYAZLI, P.** (1985), Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Ankara.
- [9] **AYDEMİR, E.** (2009), Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara.
- [10] **BOZER, A.** (2001), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara.
- [11] **BURCUOĞLU, H.** (1990), "*Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler*", Tandoğan'a Armağan, Ankara.
- [12] **CENKÇİ, E.** (Mart-Nisan 2010), "*Yargıtay Kararları Işığında Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Doğan İlave İş ve İlave Bağımsız Bölüm Sorunlarının Değerlendirilmesi*", Kazancı Hukuk Dergisi, Sayı 67-68, S.113-139.
- [13] **DAYINDARLI, K.** (14-15 Şubat 1986), "*İstisna Akdinin Ademi İfası ile İlgili Yargıtay Kararları*": BATIDER, Sempozyum, S.43-97.
- [14] **DUMAN, İ.H.** (2010), Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Ankara.
- [15] **EREN, F.** (1991), Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, Ankara.
- [16] **ERGEN, C./BÖKE, V.** (2006), Kaçak Yapı, Ankara.
- [17] **ERGEN, C.** (2009), İmar Planları, Ankara.

- [18] **ERMAN,H.** (2007), Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul.
- [19] **FEYZİOĞLU, N.F.** (1977), Borçlar Hukuku(Genel Hükümler) C.2, İstanbul.
- [20] **GÜNEL, M.C.** (2004), “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaattaki Ayıp Nedeni ile Sahip Olduğu Haklar*”, Prof.Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul, S.411-433.
- [21] **HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A.** (1992), Borçlar Hukuku. Özel Bölüm, İstanbul.
- [22] **KALABALIK, H.** (2003), İmar Hukuku Dersleri(Planlama, Yapı, Arsa, Koruma), Ankara.
- [23] **KANETİ, S.** (1972), Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi(Tahvili), İstanbul.
- [24] **KARAHASAN, M.R.** (2002), Türk Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, tümü yeniden işlenmiş ve genişletilerek yenilenmiş baskı, C.1, İstanbul.
- [25] **KARAHASAN, M.R.** (1977), Türk Eşya Hukuku , İstanbul.
- [26] **KARAHASAN, M.R.** (1977), İnşaat İmar İhale Hukuku, C.I, İstanbul.
- [27] **KARAVELİOĞLU, C.** (2007), Açıklamalı-Uygulamalı- İçtihatlı İmar Kanunu, C.I ve C.II, Ankara.
- [28] **KARATAŞ, İ.** (2009), Eser(İnşaat Yapım) Sözleşmesi, Yenilenmiş 2. Bası, Ankara.
- [29] **KARTAL, B.** (1993), Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara.
- [29] **KILIÇOĞLU, A.M.** (2008), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara.
- [30] **KILIÇOĞLU, A.M.** (1975), “*Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu*”, AÜHFD, C.XXXII, Ankara, Sayı 1-4, s.192.
- [31] **KOCAAĞA, K.** (Kasım-Aralık 2009), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan İlave İş ve İlave Bağımsız Bölüm Sorunu*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, Sayı 85, S.86-105.
- [32] **KOSTAKOĞLU, C.** (2010), İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat sözleşmeler, İstanbul S.67.
- [33] **KÜRŞAT, Z.** (2004), “*İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri*”, Prof. DR. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul, S.751-776.
- [34] **OĞUZMAN, K. / SELİÇİ, Ö. / OKTAY-ÖZDEMİR, S.** (2004), Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Eklemeler Yapılmış 10. Bası, İstanbul.
- [35] **OĞUZMAN, K./ÖZ, T.** (2009), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul.

- [36] **ÖZ, T.** (2006), İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul.
- [37] **ÖZ, T.** (1989), İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul.
- [38] **ÖZYÖRÜK, S.** (1988) İnşaat Sözleşmesi, İstanbul.
- [40] **REİSOĞLU, S.** (1968), Hizmet Akdi, Ankara.
- [41] **REİSOĞLU, S.** (1986), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara.
- [42] **REİSOĞLU, S.** (2007), “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Prof. Dr. Seza Reisoğlu’na Armağan, C XXIV, S. 2, Ankara Aralık.
- [43] **SELİÇİ, Ö.** (1978), İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul.
- [42] **SEROZAN, R.** (1994), İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul.
- [43] **SEROZAN, R.** (1975), Sözleşmeden Dönme, İstanbul.
- [44] **SUNGURBEY, İ.** (1973), Medeni Hukuk Sorunları, C.I, İstanbul.
- [45] **SÜTÇÜ, N.** (2010), Uygulama ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Ankara.
- [46] **ŞENOCAK, Z.** (2002), Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara.
- [47] **TANDOĞAN, H.** (1988), Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C.1, 5.Bası, Ankara.
- [48] **TANDOĞAN, H.** (1987), Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C.2, 3.bası, Ankara.
- [49] **TANDOĞAN, H.** (1961), Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara.
- [50] **TEKİNAY, S/AKMAN, S./BURCUOĞLU,H./ALTOP, A.** (1993), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul.
- [51] **TUNÇOMAĞ, K.** (1976), Türk Borçlar Hukuku C.1, Genel Hükümler, İstanbul.
- [52] **TUNÇOMAĞ, K.** (1977), Türk Borçlar Hukuku C.2, Özel Borç İlişkileri, İstanbul.
- [53] **TUNÇOMAĞ, K.** (1963), Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul.
- [54] **UYGUR, T.** (1998), Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, C.2, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara.
- [55] **YAVUZ, C.** (2007), Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul.

- [56] **YILDIRIM, A.A.** (2004), "*Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri*", Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul, S.49-86.
- [57] **ZEVKLİLER, A.** (2008), Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, Ankara.

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyisim, İsim : Burak SABUNCU

Uyruğu : T.C.

Doğum Tarihi ve Yeri : 09.09.1985 Çorum

Medeni Hali : Bekar

Telefon : 0.533.492.2902

E posta : av.burak.sabuncu@gmail.com

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Tarihi
Lisans	Çankaya Üniversitesi	2008
Lise	Çorum Anadolu Lisesi	2003

İŞ DENEYİMİ

Yıl	Yer	Pozisyon
2009- Halen	Hukuk Bürosu	Avukat

YABANCI DİLLER

İyi seviye İngilizce, başlangıç seviye Almanca

HOBİLER

Basketbol, Sinema, Squash, Yüzme,