

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

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

**TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. ERZAN ERZURUMLUOĞLU**

**HAZIRLAYAN
ŞEYMA KARAMAN**

ANKARA

2009

Şeyma KARAMAN tarafından **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi** adlı bu tez, tarafımdan incelenmiş ve Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU
Tez Danışmanı


: 

Bu tezin yüksek lisans derecesini elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU
Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

: 

Sosyal Bilimler Enstitüsü onayı.


Prof. Dr. Levent KANDİLLER

Tez Sınav Tarihi : 03 Eylül 2009

Tez Jüri Üyeleri :

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU (Çankaya Üniversitesi)



Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

(Çankaya 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.

Adı, Soyadı : Şeyma KARAMAN

İmzası : 

Tarih : 03 Eylül 2009

ÖZET

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

KARAMAN, Şeyma

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

Eylül 2009, 97 sayfa

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş olan bir sözleşme tipi değildir. Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan istisna (eser) sözleşmesi ile taşınmaz satım sözleşmesinin unsurlarını barındıran karma nitelikli bir sözleşmedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde sözleşmenin taraflarından arsa (iş) sahibi arsanın belirli paylarını müteahhide devretmek borcu altına girmekte, müteahhit ise arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerini arsa sahibine teslim etme borcunu üstlenmektedir. Dolayısıyla tarafların karşılıklı olarak sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri mevcuttur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde eserin ayıplı olması halinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu doğar ve arsa sahibi bundan doğan haklarını kullanabilir. İmkansızlık hallerinde sözleşme sona ereceği gibi sözleşmeye aykırı davranan veya edimini ifada temerrüde düşen taraf hakkında edim alacaklısı sözleşmeyi feshedebilir.

ABSTRACT

CONSTRUCTION CONTRACT IN REMUNERATION FOR LAND SHARE

KARAMAN, Şeyma

Graduate School of Social Sciences Department of Private Law

Supervisor : Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

September 2009, 97 pages

Construction Contract In Remuneration For Land Share is not a contract specifically regulated under the Code of Obligations. It is a mixed contract which includes elements from Freeland Contract and Real Estate Sales Contract, which are regulated under the Code of Obligations. In *Construction Contract In Remuneration For Land Share*, the owner of the real property is under the obligation to turn over his/her land share to the contractor, while the contractor undertakes the obligation to turn over the designated independent parts of the building constructed under the contract. Namely the parties have mutual rights and liabilities arising from the contract. In *Construction Contract In Remuneration For Land Share*, defective work gives rise to the warranty liability of the Contractor, in which case the real property owner may have recourse to the rights arising from this liability. In cases of *impossibility*, the contract becomes terminated and also the party who is in breach of contract or defaults in fulfillment

of the contractual performances gives the other party the right to terminate the contract.

GİRİŞ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ülkemizdeki sosyal ve ekonomik ihtiyaçların karşılanması amacıyla yaygın olarak uygulanan bir sözleşme türüdür. Ülkemizde taşınmazlar gün geçtikçe değerlenmekte keza inşaat maliyetleri de ona paralel olarak artmaktadır.

Bu sözleşme ile arsa (iş) sahibi taşınmazını değerlendirmekte, müteahhit ise herhangi bir bedel ödemeksizin sadece inşaat maliyetlerini üstlenerek anılan taşınmaz üzerine yapmış olduğu binadan kendisine düşen bağımsız bölümlere sahip olmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş olan bir sözleşme tipi değildir. Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan istisna (eser) sözleşmesi ile taşınmaz satım sözleşmesinin unsurlarını barındıran karma nitelikteki bir sözleşmedir.

Sözleşmenin özelliği ve niteliği, birçok hukuki sorun da beraberinde getirmektedir. Ekonomik değerlerin değişmesi, kullanılan malzeme ve işçiliğin kalitesi, inşaatın tesliminin gecikmesi halinde müteahhidin temerrüde düşmesi ya da arsa sahibinin arsa paylarını müteahhide zamanında devretmemesi gibi hususlarda taraflar arasında ihtilaf oluşabilmektedir. Yine sözleşmeye konu eserde ayıpların mevcut olması durumunda arsa sahibinin hakları ve müteahhidin

yükümlülükleri ile sözleşmenin devamı sırasında müteahhidin ya da arsa sahibinin şahsından doğan sorunlar da hukuki uyumsuzlıklara sebebiyet vermektedir.

Bu çalışmada öncelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı, unsurları, hukuki niteliği, çeşitleri ve şekli incelenecektir. Bunun ardından; sözleşmenin hükümleri, müteahhidin temerrüdü ve temerrüdün sonuçları ile eserin ayıplı olması halinde arsa sahibinin sahip olduğu haklar değerlendirilecektir. Son olarak da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona erme sebepleri ve sona ermesinin sonuçları ele alınacaktır.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
GİRİŞ.....	vii
İÇİNDEKİLER.....	ix
KISALTMALAR	xiv

BİRİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

1.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları	1
1.1.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı.....	1
1.1.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları	2
1.1.2.1. Arsa Sahibinin Belirli Arsa Paylarının Mülkiyetini Devir Borcu Altına Girmesi	2
1.1.2.2. Müteahhidin Belirlenen Bağımsız Bölümleri Teslim Borcu Altına Girmesi	3
1.1.2.3. Taraflar Arasında Anlaşma	3
1.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	4
1.2.1. Tam İki Taraflı Sözleşme Olma Niteliği	4
1.2.2. Karma Sözleşme Olma Niteliği	4
1.2.3. Sürekli – Geçici Karmaşığı Bir Borç İlişkisi Olma Niteliği	5
1.2.4. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilme Niteliği	7
1.3. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Çeşitleri	8
1.3.1. Arsanın Tamamının veya Belli Arsa Paylarının Müteahhide Devredilmesi	8

1.3.2. Arsa Paylarının İnşaatın Ulaştığı Seviyeye Göre Kısım Kısım Devredilmesi	9
1.3.3. Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaad Etmesi ve Müteahhidin de Arsa Üzerine İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi	9
1.4. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli ve Şekle Aykırılığın Sonuçları.....	10
1.4.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli.....	10
1.4.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekle Aykırılığın Sonuçları	12
1.4.3 Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekle Aykırılığın İleri Sürülemeyeceği Hususlar	12

İKİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

2.1. Müteahhidin Borçları	15
2.1.1. Yapıyı Teslim Borcu.....	15
2.1. Sadakat ve Özen Borcu	18
2.1.2.1. Sadakat Borcu	18
2.1.2.2. Özen Borcu	19
2.1.2.2.1. Müteahhidin İnşaatı Kullandığı Malzemeye İlişkin Özen Borcu	21
2.1.2.2.2. Müteahhidin İnşaatı Kendi Yönetimi Altında Yürütmesine İlişkin Özen Borcu.....	22
2.1.2.2.3. Müteahhidin Özen Borcuna Aykırılığının Özel Bir Düzenlemesi (BK m. 358/2 hükmü).....	25
2.2. Arsa Sahibinin Borçları	26
2.2.1. Arsa Paylarının Devir Borcu.....	26
2.2.2. İnşaatın Yapılması İçin Arsa Sahibinin Kendisine Düşen Yükümlülükleri Yerine Getirmesi Borcu.....	27

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN TEMERRÜDÜ VE TEMERRÜDÜN SONUÇLARI

3.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdünün Şartları	29
3.1.1. Genel Olarak	29
3.1.1.1. Edimin Muaccel Olması.....	30
3.1.1.2. Edimin Yerine Getirilmesinin Mümkün Olması.....	31
3.1.1.3. Edimin Yerine Getirilmemiş Olması	34
3.1.1.4. İhtar	35
3.1.2. BK m. 358/1 Hükümü.....	35
3.1.2.1. BK m. 358/1 Hükümünün Uygulanma Şartları	36
3.1.2.2. BK m. 358/1 Hükümünün Sonuçları.....	37
3.2. Müteahhidin Temerrüdünün Sonuçları	38
3.2.1. Genel Olarak	38
3.2.2. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı.....	39
3.1. İfadan Vazgeçip Müspet Zararın Tazmini	40
3.2.4. Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazmini	42

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YAPININ AYIPLI OLMASI HALİNDE ARSA SAHİBİNİN HAKLARI

4.1. Müteahhidin Ayıp Nedeniyle Sorumluluğunun Şartları	44
4.1.1. Yapının Teslim Edilmiş Olması	44
4.1.2. Yapının Ayıplı Olması.....	44
4.1.2.1. Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerin Eksikliği.....	45
4.1.2.2. Gerekli Niteliklerin Eksikliği.....	46
4.1.2.3. Ayıp Türleri.....	47
4.1.2.3.1. Hukuki Ayıp – Maddi (Fiili) Ayıp	47
4.1.2.3.2. Gizli Ayıp – Açık Ayıp	47
4.1.2.3.3. Tam Önemli – Daha Az Önemli Ayıp.....	48

4.1.2.3.4. Asli Ayıp – Tali (İkincil) Ayıp	48
4.1.3. Arsa Sahibinin Muayene ve İhbar Yükümlülüğünü Yerine Getirmiş Olması	49
4.1.3.1. Muayene Yükümlülüğü.....	50
4.1.3.2. İhbar Yükümlülüğü.....	52
4.2. Arsa Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları	53
4.2.1. Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı.....	53
4.2.1.1. Yapıdaki Ayıpların Arsa Sahibinin Kabule Zorlanamayacağı Derecede Önemli Olması	54
4.1. Binanın Yıkılması ve Kaldırılmasının Aşırı Bir Zararı Gerektirmemesi	55
4.2.2. Ücretin İndirilmesini Talep Hakkı	56
4.2.3. Ayıbın Giderilmesini Talep Hakkı	58
4.2.4. Ayıp Sonucu Tazminat Hakkı.....	59
4.3. Ayıba Karşı Tekeffülden Müteahhidin Sorumluluğunun Doğmasını Engelleyen Haller	60
4.3.1. Ayıbın Arsa Sahibine Yüklenecek Bir Sebepden Doğması	60
4.3.2. Eserin Kabulü	62
4.3.2.1. Açık Ayıplar Bakımından	63
4.3.2.2. Gizli Ayıplar Bakımından.....	64
4.4. Zamanaşımı	65

BEŞİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

5.1. İmkansızlığa Dayalı Sona Erme Sebepleri.....	67
5.1.1. İfadaki İmkansızlık	67
5.1.2. Müteahhidin Şahsından Doğan İmkansızlık.....	69
5.1.2.1. Müteahhidin Ölümü	70
5.1.2.2. Müteahhidin Acz Haline Düşmesi	70
5.1.3. Arsa Sahibinin Şahsından veya Tehlike Alanında Gerçekleşen Umulmayan Bir Olaydan Doğan İmkansızlık.....	71

5.2. Sözleşmenin Arsa Sahibi Tarafından Sona Erdirilmesi	73
5.2.1. Arsa Sahibinin Gerekçesiz (Keyfi; Tam Tazminat Karşılığı) Fesih Hakkı	73
5.2.2. Müteahhidin İşe Zamanında Başlamaması Nedeniyle Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı	75
5.2.3. Müteahhidin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Sebebiyle Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı	76
5.2.4. Arsa Sahibinin Yapının Ayıplı Olması Sebebiyle Sözleşmeden Dönme Hakkı	77
5.3. Sözleşmenin Müteahhit Tarafından Sona Erdirilmesi	79
5.3.1. Arsa Sahibinin Arsa Paylarını Müteahhide Devretmeyerek Temerrüde Düşmesi Üzerine Müteahhidin Sözleşmeden Dönmesi	79
5.3.2. Götürü Bedelli İşlerde Beklenmedik Masrafların Götürü Bedeli Çok Aşması Sebebiyle Müteahhidin Sözleşmeden Dönme Hakkı	80
5.4. Sona Ermenin Hukuki Sonuçları	82
5.4.1. Genel Olarak	82
5.4.2. Sözleşmenin Sona Ermesinin Kural Olarak Geriye Etkili Sonuç Yaratması	82
5.4.3. Sözleşmenin Sona Ermesinin İleriye Etkili Sonuç Doğurması	83
SONUÇ	87
KAYNAKÇA	89

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
age.	: Adı Geçen Eser
agm.	: Adı Geçen Makale
AD	: Adalet Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B	: Bası
Batider	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız.
C.	: Cilt
E.	: Esas numarası
f.	: Fıkra
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: (Yargıtay) Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar numarası
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: madde
MK	: Medeni Kanun
MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
no.	: numara
RG	: Resmi Gazete

S. : Sayı
s. : Sayfa
TTK : Türk Ticaret Kanunu
vb. : ve benzeri
vd. : ve devamı

BİRİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

1.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

1.1.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı

Uygulamada yaygın olarak karşımıza çıkan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi¹, Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş olan bir sözleşme tipi değildir ve bu sebeple Kanunda bir tanımı da bulunmamaktadır. Bu nedenle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımını yapabilmek için tarafların karşılıklı olarak edimlerinin incelenmesi gerekmektedir.

Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan istisna sözleşmesi ile taşınmaz satım sözleşmesinin unsurlarını barındıran arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tarafların edimi dikkate alınarak, “*arsa sahibinin; arsanın belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında müteahhide devretmeyi taahhüt etmesi*” şeklinde tanımlanabilir².

¹ Yargıtay tarafından kat karşılığı inşaat sözleşmesi olarak nitelendirilen bu sözleşmelere doktrinde ve MK m. 1009'da (tapuya şerh verilebilecek nispi haklar arasında sayılması itibariyle) arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi denilmektedir.

² **ERMAN, H.** (2007), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, B. 2, s. 1, İstanbul.

Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde sözleşmenin taraflarından arsa (iş) sahibi arsanın belirli paylarını müteahhide devretmek borcu altına girmekte, müteahhit ise arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerini arsa sahibine teslim etme borcunu üstlenmektedir.

1.1.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları

Yukarıda yer alan tanım uyarınca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarını, arsa sahibinin belirli arsa paylarının mülkiyetini devir borcu ve müteahhidin ise belirlenen bağımsız bölümleri teslim borcu altına girmesi ile tarafların aralarında anlaşmaya varmış olması şeklinde tespit etmek mümkündür.

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

Arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsanın belirli paylarını müteahhide devretme borcu altına girmektedir. Arsa sahibinin arsa paylarının mülkiyetinin devri, müteahhit tarafından inşa edilecek binadaki belirlenen bağımsız bölümlerin arsa sahibine tesliminin karşılığını ve sebebini oluşturmaktadır.

Arsa paylarının mülkiyetinin devri müteahhit tarafından inşa edilecek binadaki belirlenen bağımsız bölümlerin arsa sahibine tesliminin karşılığını ve sebebini teşkil etmekle birlikte, arsa sahibinin borcuna esas teşkil edecek arsanın sözleşme konusu inşaatın yapımına da elverişli olması gerekmektedir³. Taşınmazda mevcut olan maddi ve hukuki imkansızlıklar sebebiyle inşaatın yapılması mümkün olamıyorsa, arsa sahibinin sözleşmeye uygun olarak edimin yerine getirmesinden bahsedilmesi mümkün olamayacaktır.

³ ERMAN, H., age., s. 2.

1.1.2.2. Müteahhidin Belirlenen Bağımsız Bölümleri Teslim Borcu Altına Girmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhit, ana taşınmazı tamamlayıp sözleşmede öngörülen bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etme borcu altındadır. Çünkü bu sözleşme ile amaçlanan binanın tamamlanarak kat mülkiyetine çevrilmesi ve herkesin kendisine ait bağımsız bölümlere sahip olmasıdır⁴.

1.1.2.3. Taraflar Arasında Anlaşma

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi ile müteahhidin karşılıklı iradelerinin sözleşmenin konusu ve koşulları üzerinde birleşmiş olması gerekir⁵. Diğer sözleşme tiplerinde olduğu gibi Borçlar Kanunu'nun 2. maddesi gereğince arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de tarafların sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde uyuşmuş olmaları yeterlidir. İleride yan noktalar üzerinde bir uyuşmazlık çıkması halinde ise BK m. 2/2'ye göre çözüm yoluna gidilecek ve uyuşmazlık hakim tarafından işin niteliğine göre sonulandırılacaktır⁶.

Ayrıca sözleşmenin geçerli olabilmesi için, arsa sahibinin müteahhide vermeyi üstlendiği arsa payının devri taahhüdünün BK m. 22/2 ve 213 ile Medeni Kanun'un m. 706 hükümlerine göre resmi Őekilde⁷ yapılması gerekir⁸.

⁴ **ERMAN, H.**, age., s. 3.

⁵ **KOSTAKOĞLU, C.** (2006), *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, s. 16-17, İstanbul.

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **TEKİNAY, S., AKMAN, S., BURCUOĞLU, H., ALTOP, A.** (1993), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Cilt, B. 7, s. 76 vd., İstanbul.

⁷ Sözleşmenin Şekli ileride ayrıntılı olarak incelenmiştir.

⁸ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 71.

1.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

1.2.1. Tam İki Taraflı Sözleşme Olma Niteliği

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, hem arsa sahibi hem de müteahhit karşılıklı olarak borçlu ve alacaklı durumundadır. Şöyle ki, arsa sahibi belirli arsa paylarının mülkiyetini müteahhide devretmek, müteahhit ise binayı tamamlayarak kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmek borcunu yüklenmiştir. Her iki tarafın da karşılıklı olarak alacaklı ve borçlu olması sebebiyle bu sözleşmeler tam iki taraflı sözleşmelerdir⁹.

1.2.2. Karma Sözleşme Olma Niteliği

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, bir yandan taşınmaz satım sözleşmesine, diğer yandan da istisna sözleşmesine ilişkin hükümleri bir arada taşınması sebebiyle karma nitelikte olan sözleşmelerdendir¹⁰. Kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine ait unsurların, kanunun öngörmediği şekilde bir araya getirilmesinden doğan sözleşmeye karma sözleşme denilmektedir¹¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taşınmaz mülkiyetini geçirme yükümlülüğü ile eser yapma ve bağımsız bölümleri teslim etme yükümlülükleri

⁹ **KAYA, Ö. K.** (1993), *Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi*, s. 18, İstanbul. Ayrıca; Yargıtay 15. HD. 14.02.1994 tarih ve 1993/5253E., 1994/764K. sayılı kararı “Her iki dava aynı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmakta olup karşılıklı edimleri içeren bu sözleşmeden dolayı her iki taraf karşılıklı olarak birbirlerinden edimlerinin ifasını istemişlerdir. Bu nedenle, bir tarafın edimi diğer tarafın alacağını oluşturduğundan her iki davanın birlikte görülüp hükme bağlanması edim ve karşı edim ilişkisinin zorunlu bir sonucudur.” şeklindedir. **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹⁰ **KARAHASAN, M. R.** (1997), *İnşaat – İmar – İhale Hukuku, Doktrin – Yargıtay – Danıştay – Sayıştay Kararları, İlgili Mevzuatı*, C. 1, (İnşaat Hukuku), s. 633, İstanbul.

¹¹ **TANDOĞAN, H.** (1985), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/1, B. 4, (Borçlar Özel), s. 68-77, Ankara.; **SEROZAN, R.** (2002), “*Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Kuralların Seçiminde İzlenecek Yol*”, Prof. Dr. Ömer TEOMAN’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 2, s. 1223-1232, (Atipik Sözleşmeler), s. 1223- 1232, İstanbul.; **ZEVKLİLER, A., HAVUTÇU, A.** (2007), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, B. 9, s. 36 - 37, Ankara. **KUNTALP, E.** (1971), *Karışık Muhtevalı Akit*, s. 10, Ankara.

karşılıklılık ilişkisi içindedir¹². Kanunda düzenlenen iki sözleşme tipine ait edimler, Kanunda düzenlenmeyen bir şekilde birbirinin karşılığını teşkil etmekte ve böylece arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de çift tipli sözleşme olarak nitelendirilmektedir¹³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, bu sözleşmeyi oluşturan taşınmaz satımı ile istisna sözleşmesine ilişkin hükümleri kıyas yolu ile uygulanabilecek, bu hükümlerin uygulanmasında çatışma olması halinde ise, sözleşmenin amacı ve tarafların karşılıklı menfaatleri dikkate alınarak hakkaniyete uygun bir şekilde hareket edilecek olup gerekirse Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanması yoluna gidilecek, buradan bir sonuç elde edilemezse örf ve adet hukukuna bakılacak, bundan da bir sonuca ulaşılamaması halinde hakim tarafından MK m. 1 uyarınca hukuk kuralı yaratılacaktır¹⁴.

1.2.3. Sürekli – Geçici Karmaşığı Bir Borç İlişkisi Olma Niteliği

Ani edimli borç ilişkilerinde, edimin ifasıyla borcun sona ermesi aynı anda meydana gelmektedir. Oysa sürekli borç ilişkilerinde, bütünlük gösteren sonucun meydana gelmesinden önce de edimler bir zaman süreci içinde ve bölümler halinde yerine getirilmektedir¹⁵.

¹² **YAVUZ, C.** (2007), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, B. 7, s. 507, İstanbul.; **KARAHASAN, M. R.**, *İnşaat Hukuku*, s. 633.; **ERMAN, H.**, age., s. 6.

¹³ Bu sözleşme tipi Yargıtay kararlarında da, çift tipli sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Örnek olarak bkz. Yargıtay 15. HD. 17.05.1982 tarih ve 1982/573E., 1982/1184K. sayılı kararı. **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹⁴ **SUNGURBEY, İ., KANETİ, S.** (1967), *Topraktan Kat Satışı ve Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı Sözleşmesi*, s. 6-7, İstanbul.; Sözleşmelerin yorumlanması ve uygulanacak kuralın tespiti bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. **OĞUZMAN, M. K., BARLAS, N.** (2007), *Medeni Hukuk*, B. 14, s. 43 vd., İstanbul.; **KAPLAN, İ.** (2007), *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, B. 2, s. 31 vd., Ankara.; **OKTAY, S.** (1996), *“İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Boşlukların Tamamlanması ve Yorumlanması”*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, s. 263 vd.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **SELİÇİ, Ö.** (1977), *Borçlar Kanunu'na göre, Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, (Sona Erme), s. 115 vd., İstanbul.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani bir borç ilişkisi mi yoksa sürekli bir borç ilişkisi mi doğurduğu konusu doktrinde tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre¹⁶, müteahhidin işi borçlanılmış edimin tümü dışında kalan bir hazırlayıcı faaliyetten ibaret değildir. Müteahhidin edime yönelik hareketlerinin bir anda mı yoksa zaman içine yayılmış bir şekilde mi gerçekleştiğinin tespiti esas alınmalıdır. Sözleşme ile bir binanın yapımı ve bağımsız bölümlerin teslimi amaçlandığından edim sonucunun gerçekleşmesi de eserin teslimi ile aynı anda olmaktadır. Dolayısıyla bu görüşe göre, sözleşme türünü ani edimli bir borç ilişkisi olarak değerlendirmek gerekir.

Bir diğer görüş ise¹⁷, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi niteliği bulunduğu yönündedir. Buna göre, eserin meydana getirilmesinden önce de edimler zaman içinde ve bölünerek meydana getirilebilir. Borçlar Kanunu'nda da eser sözleşmesine ilişkin hükümler, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere özgü kurallar esas alınarak düzenlenmiştir. Genellikle bu tür sözleşmelerde de binanın belli bir aşamaya gelmesine göre edimler de peyderpey ifa edilmektedir. Buna örnek olarak inşaatın belli bir seviyeye ulaşması durumunda arsa paylarının bir bölümünün müteahhide geçirilmesi hali ya da müteahhide ait olacak arsa paylarının hepsinin başlangıçta müteahhide devredilmiş ve arsa sahibi lehine bunlar üzerine ipotek konulmuşsa, ipoteğin kısım kısım kaldırılması gösterilebilir¹⁸. Bu nedenlerle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde sürekli borç ilişkisi niteliğinin bulunduğu kabul edilmelidir.

Yargıtay ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçici – sürekli karmaşığı bir özellik taşıdığı görüşündedir. Yargıtay'ın bu nitelendirmesinin hukuki sonucu ise, müteahhidin teslim günü gelmesine rağmen binanın büyük bölümünün tamamlanması ancak bağımsız bölümleri teslim edememesi nedeniyle

¹⁶ **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 147 vd.; **YAVUZ, C.**, age., s. 507.; **SELİÇİ, Ö.** (1978), *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 7, İstanbul.

¹⁷ **ERMAN, H.** (1984), “*Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü – Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri*”, *İBD*. S. 4-5-6, (Müteahhidin Temerrüdü), s. 216-217.; **KARAHASAN, M. R.**, *İnşaat Hukuku*, s. 269.; **ERMAN, H.**, age., s. 8.

¹⁸ **ERMAN, H.**, age., s. 8.

temerrüde düşmesi durumunda, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi halinde, sözleşmenin geçmişe etkili yoksa ileriye etkili olarak mı ortadan kalkacağı konusuna yöneliktir. Sözleşme ani edimli olarak nitelendirildiği takdirde, geçmişe etkili bir şekilde ortadan kalkacak ve bunun sonucunda da müteahhit o ana kadar yapmış olduğu işin ve kullandığı malzemenin karşılığını sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda alabilecektir. Buna karşılık, sözleşmeye sürekli borç ilişkisi kuralları uygulandığında, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi ileriye etkili sonuç doğuracak ve yerine getirilmiş olan kısım varlığını koruyacaktır¹⁹.

1.2.4. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilme Niteliği

MK m. 1009 hükmü, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini tapuya şerh edilebilir nitelikteki nispi haklar arasında saymıştır²⁰. Sözleşmenin tapu kütüğüne şerhi, arsa sahibinin üzerine inşaat yapılacak taşınmazı üçüncü kişiye devretmesi halinde müteahhidin sözleşmeden doğan kişisel haklarını yeni malike karşı ileri sürebilmesi sonucunu doğurur ve yeni malik de önceki malikle müteahhidin yapmış olduğu sözleşmenin tarafı haline gelir²¹. Sözleşme tapuya şerh edilmiş ise müteahhit inşaaata devam edebilir ve sözleşme gereği kendisine ait olacak olan bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının devrini yeni malikten isteyebilir.

Sözleşmenin tapuya şerhinin bir diğer etkisi ise, taşınmaz üzerinde müteahhitten arsa payı iktisap etmiş olan üçüncü kişilerin MK m.1027 uyarınca iyiniyet iddiasında bulunmalarını engellemesidir²².

¹⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 tarih ve 983/3E., 984/1K. Sayılı kararı (Naklen **ERMAN, H.**, age., s. 9.).

²⁰ **UYAR, T.** (2002), *Türk Medeni Kanunu, Gerekçeli – İctihatlı*, C. 12-16, Ankara.

²¹ **ERMAN, H.**, age., s. 9.

²² Sonuçları açısından ayrıntılı bilgi için bkz. **ERMAN, H.**, age., s. 10.

1.3. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Çeşitleri

1.3.1. Arsanın Tamamının veya Belli Arsa Paylarının Müteahhide Devredilmesi

Burada arsa sahibinin arsa payının tamamının veya belli bir payının mülkiyetini tapuda müteahhide devretmesi söz konusudur. Ayrıca taraflar arasında yapılmış olan sözleşmede; arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümler, bu bağımsız bölümlerin nitelikleri, inşaat süresi ve diğer hususlar da yer almaktadır²³.

Arsa sahibi sözleşmede düzenlenmiş olan, belli arsa paylarının mülkiyetini müteahhide tapuda devretmiş olabilir. Bu devirlerin yapılması için taşınmaz üzerinde kat irtifakı kurulmuş ise, arsa sahibi müteahhitle arasındaki sözleşmeye istinaden, ileride bağımsız bölümlere bağlanacak belli payların mülkiyetini tapuda müteahhide devredebilir. Burada arsa sahibi arsa paylarının mülkiyetini başlangıçta müteahhide devretmek suretiyle edimini ifa etmektedir. Bu durumda, müteahhitten olan haklarının teminat altına alınabilmesi için, müteahhide devredilmiş olan bu arsa payları üzerine arsa sahibi lehine teminat ipoteği tesisi yoluna gidilmekte ve inşaat da belirli seviyeye ulaştıkça bu ipotek kısım kısım kaldırılmaktadır²⁴.

Ancak müteahhidin, kendisine devredilmiş olan arsa paylarını üçüncü kişilere devretmesi ya da satışını vaat etmesi ve bu durumun tapuya şerh edilmesi halinde, müteahhit sonradan inşaatı yarım bırakırsa arsa sahibinin hakları oldukça

²³ **KARAHASAN, M. R.**, *İnşaat Hukuku*, s. 643 vd.

²⁴ **KARATAŞ, İ.** (2004), *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, s. 111, Ankara.; Ayrıca, Yargıtay 15. HD. 17.06.1996 tarih ve 1992/2702 E., 1996/3402 K. sayılı kararı "Taraflar arasındaki sözleşmenin 5 ve 6. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; üzerinde bina yapımı kararlaştırılan parseller tapu devrinin maliki olan davalılarca ancak tapu kaydına satılmaz şerhi konulduktan sonra yapılmasını öngördükleri, bu suretle tarafların sözleşmedeki edimin yerine getirilmemesi halinde arsa sahipleri yararına bir teminat sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Ne var ki, MK m. 918' e göre böyle bir şartın tapu kütüğüne tescilinin mümkün olmadığı açıkça ortadadır. Bu durumda, mahkemece tarafların sözleşmedeki amaçlarına uygun olarak davacı yükleniciye devri öngörülen taşınmazlar üzerinde arsa sahibi davalılar yararına teminat ipoteği tesis edilerek..." şeklindedir. **Kazancı İçtihat Bankası.**

zayıflamaktadır ve bu durumda arsa payları üzerinde mevcut ipotek de tam olarak koruma sağlayamamaktadır.

Arsa paylarının müteahhide devri tapuda satış olarak da gösterilmiş olabilir. Ancak buradaki devir taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle tapuda satış olarak gösterilen devir ile inşaat sözleşmesinin bir arada ve bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir²⁵.

1.3.2. Arsa Paylarının İnşaatın Ulaştığı Seviyeye Göre Kısım Kısım Devredilmesi

Arsa paylarının devrinin inşaatın ulaştığı seviyeye göre kısım kısım gerçekleşmesi halinde, arsa payları müteahhide inşaatın belli aşamaya ulaşması durumunda ve kısım kısım devredilmekte ya da bu konuda üçüncü kişilere satış için müteahhide yetki verilmektedir. Müteahhide verilen söz konusu vekalet uyarınca, müteahhit arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre kendisine ait olacak arsa paylarını üçüncü kişilere satmaktadır²⁶. Burada müteahhit her ne kadar temsilci gibi görünse de satış bedeli kendisine ödendiği için gerçek satıcı kendisidir²⁷.

1.3.3. Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaad Etmesi ve Müteahhidin de Arsa Üzerine İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi

Bu şekilde yapılan bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taşınmaz satış vaadi ve inşaat yapımı tek bir sözleşme ile düzenlenmektedir. Bu sözleşmede arsa sahibi müteahhide ait olacak bağımsız bölümlere isabet edecek arsa paylarını müteahhide satmayı vaat etmekte, buna karşılık müteahhit de arsa üzerine inşaat

²⁵ YAVUZ, C., age., s. 140-141.

²⁶ ERMAN, H., age., s. 13.

²⁷ Örnek karar için bkz. Yargıtay 15. HD. 29.05.1989 tarih ve 1989/3481 E., 1989/2549 K. sayılı kararı. **Kazancı İçtihat Bankası**.

yaparak belirlenen bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi taahhüt etmektedir²⁸.

Uygulama en çok karşılaşılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi türü yukarıda açıklanmış olan arsa sahibinin arsa paylarının satışını vaat etmesi ve müteahhidin de arsa üzerine inşaat yapmayı taahhüt etmesi şeklini içeren nitelikteki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir.

1.4. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli ve Şekle Aykırılığın Sonuçları

1.4.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri; müteahhit açısından inşaat yapma yükümlülüğü, arsa sahibi açısından ise arsa payının devri yükümlülüğü içermesi dolayısıyla hukuki niteliği bakımından taşınmaz satımı ve istisna sözleşmelerinin unsurlarını taşıyan karma bir sözleşmedir.

Müteahhidin edim borcu yönünden sözleşmenin bir şekil şartı bulunmamasına rağmen arsa sahibinin müteahhide vermeyi borçlandığı arsa payının devri taahhüdünün BK m. 22/2 ve 213 ile MK m. 706 hükümleri gereğince resmi senetle yapılması geçerlilik koşuludur. Bu nedenle sözleşmenin, arsa paylarının devri taahhüdünü içerdiğinde noterde ya da tapuda; payların başlangıçta devrinde ise tapuda resmi düzenleme şeklinde yapılması zorunludur²⁹.

²⁸ **ERMAN, H.**, age., s. 14.

²⁹ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 71.; **YAVUZ, C.**, age., s. 515 vd.

Taraflardan birinin ediminin resmi şekle tabi olmasından ötürü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bu şekle uyularak yapılması gerekir³⁰. Bununla birlikte, tarafların noterde resmi düzenleme şeklinde değil de, haricen yapmış oldukları bir sözleşmenin altındaki imzalarını tasdik edilmesi Kanunun amaçladığı resmi senet hükmünde değildir. Şekle uyulmadan yapılmış olan bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kural olarak geçersiz olup bu durumda taraflar verdiklerini sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde geri alacaktır³¹. Ancak burada, denkleştirici adalet prensibinin gözden uzak tutulmaması gerekir. Geçersiz sözleşmeye göre, müteahhit tarafından yapılan inşaat kısmı arsa sahibi açısından kullanılabilir nitelikte ise, bu inşaatın yapıldığı tarihteki işçilik ve maliyet bedelinin müteahhide verilerek sonuca varılması hakkaniyete aykırılık teşkil edebilir. Müteahhit arsa sahibinin yarattığı güvene dayanarak geçersiz sözleşmeye rağmen bir takım imalat yapmışsa sebepsiz zenginleşme nedeniyle talep edeceği bedel imalatın yapıldığı tarih değil, ifa beklentisinin gerçekleşemeyeceğini öğrendiği tarihi esas alınarak belirlenmelidir³².

³⁰ Yargıtay 15. HD. 15.11.2001 tarih ve 2001/3091E., 2001/5233K. sayılı kararı: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, bedel olarak arsanın (taşınmazın) muayyen bir payının mülkiyeti müteahhit üzerine geçirildiğinden veya geçirilmesi taahhüt edildiğinden Medeni Kanun’un 634, Borçlar Kanunu’nun 213, Tapu Kanunu’nun 26, Noterlik Kanunu’nun 60, 89 ve 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 1, 10 ve 14. maddelerine göre sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi gerekir. Noter tarafından re’sen düzenlenmeyen, diğer deyişle dışarıda düzenlenip sadece imzaları noter tarafından onaylanan veya haricen düzenlenen inşaat sözleşmeleri geçerli değildir. Kanunda öngörülen şekil şartı emredici nitelikte olup hakim şekil noksanlığını taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında resen gözönüne almak zorundadır. Geçersiz olan sözleşmeyi ifadan kaçınmak kural olarak ahlaka aykırılık teşkil etmeyeceği gibi ifa edilmeyen edimlerin ifası da istenemez.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 30.4.1997 tarih ve 1997/15-146 E., 1997/372 K. sayılı kararı: “Eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise, özelliği olan bir karma sözleşme tipidir. 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 iç içedir. Biri, hiçbir şekle bağlı olmayan “inşaat sözleşmesi; diğeri ise MK’nın 634, BK’nın 213, Tapu Kanunu’nun 26 ve Noterlik Kanunu’nun 60. maddeleri uyarınca resmi biçimde yapılması gereken mülkiyet nakil borcu doğuran sözleşmedir. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, noterde düzenleme biçiminde yapılmakta ve mahkemelerce de bu husus re’sen gözetilmektedir.” şeklindedir. Aynı konu için örnek karar olarak bkz. Yargıtay 15. HD. 14.05.1990 tarih ve 1989/4811E., 1990/2181 K. sayılı kararı. **Kazancı İçtihat Bankası.**

³¹ **KARATAŞ, İ.**, age., s. 55.; Yargıtay 15. HD 14.3.1989 tarih 1989/2713 1989/1245: “Taraflar arasında kat karşılığı inşaat yapılmak üzere sözlü bir anlaşma yapıldığı ve davacının bir kısım imalatı yaptıktan sonra işten el çektiği sübuta ermiştir. Bu durumda davacının isteyebileceği tazminat haksız iktisap hükümlerine göre hesaplanacak imalat değerinden ibarettir”.

³² **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 74-75.

1.4.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekle Aykırılığın Sonuçları

BK m. 11/2 düzenlemesi, bir sözleşmede şekil eksikliğinin Kanunen doğuracağı sonuçlara ilişkin hükümler getirmiştir. Buna göre, Kanunda öngörülen şekil şartına uyulmadan yapılan bir sözleşme geçersizdir. Bu hüküm emredici niteliktedir ve bu husus taraflarca ileri sürülmemiş olsa bile hakim tarafından resen göz önüne alınır³³. Dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de şekil şartına uymadan yapılan sözleşmeler kural olarak hukuken geçersiz olup taraflardan birisi sözleşme ile kendisini bağlı saymadığı takdirde diğer taraf onu sözleşme hükümlerine uymaya zorlayamaz³⁴.

Bununla birlikte şekil yönünden geçersiz bir sözleşmede kısmen yapılan işin bedelinin de BK m. 61 çerçevesinde haksız iktisap hükümlerine göre tazmin edilmesi gerekir³⁵.

1.4.3 Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekle Aykırılığın İleri Sürülemeyeceği Hususlar

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, şekil eksikliği sözleşmeyi geçersiz kılmakta ise de bazı hallerde sözleşme şekil eksikliğine rağmen hem doktrin hem de uygulamada geçerli kabul edilmektedir.

Buna ilişkin ilk olarak, tarafların edimlerinin karşılıklı olarak tamamen ifa edilmiş olması hali söylenebilir. Buna göre arsa payı inşaat sözleşmesi şekle uygun olarak düzenlenmemiş ancak taraflarca sözleşmeden doğan bütün hak ve

³³ **TEKİNAY, S., AKMAN, S., BURCUOĞLU, H., ALTOP, A.**, age., s. 102.; **TUNÇOMAĞ, K.** (1976), *Borçlar Hukuku*, Genel Hükümler, C. 1, B. 6, s. 236, İstanbul.; **REİSOĞLU, S.** (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B. 19, s. 37, İstanbul.; **OĞUZMAN, M. K., ÖZ, T.** (1995), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 106, İstanbul.; **KILIÇOĞLU, A.** (2003), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B. 3, s. 59 vd. Ankara. Anılan konuya ilişkin olarak örnek karar için bkz. Yargıtay 15. HD 07.10.1983 tarih, 1983/1983E. 1983/2312K. **Kazancı İçtihat Bankası.**

³⁴ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 71.

³⁵ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 80-81.

borçlar yerine getirilmiş ise bunun ardından, sözleşmenin şekle uygun olmadığı gerekçesi ile taraflar karşılıklı edimlerinin iadesini isteyemez³⁶. Tarafların bu şekilde davranması MK m. 2 kapsamında objektif iyiniyet kuralına aykırılık teşkil eder³⁷.

Yine müteahhit kendisine teslim edilen arsa üzerinde inşaatın tamamını veya büyük bir bölümünü yapmışsa, arsa sahibinin şekil eksikliğini ileri sürerek tapuda arsa paylarının devrinden kaçınması hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Aynı şekilde arsa sahibi tapuda arsa paylarının mülkiyetini müteahhide geçirmiş ise müteahhidin karşı edimi olan inşaatı yapma taahhüdünü kısmen veya tamamen yerine getirmeyerek sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi de dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder³⁸. Ayrıca şekil kuralına uyulmadan düzenlenen bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflar edimlerini karşılıklı olarak kısmen ifa etmişlerse yani müteahhidin inşaatı başlamasından sonra ve arsa sahibinin de arsa payının bir kısmının müteahhit veya onun gösterdiği bir üçüncü kişiye devretmesinden sonra tarafların sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi MK m. 2'deki iyiniyet kuralı ile bağdaşmayacağından dinlenmez³⁹.

³⁶ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 73.

³⁷ Yargıtay HGK. 23.10.1991 tarih, 1991/396E. 1991/511K. : "...Olayda, davacı arsa sahibi tarafından tapuda davalı yüklenici şirkete arsa payı devir ve kaydı yapıldığı gibi davalı yüklenici de inşaatı bitirerek davacı arsa sahibine dört adet bağımsız bölümü teslim etmiş ve böylece taraflar karşılıklı olarak ifada bulunmuşlardır. Bu durumda, taraflar arasındaki sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi MK. 2. maddesinde öngörülen objektif iyiniyet kuralına aykırı olup, sözleşme arık geçerli hukuki sonuç doğurur..." **Kazancı İçtihat Bankası**.

³⁸ **KOSTAKOĞLU, C.** (1984), "*Eser Sözleşmelerinin Bir Türü Olan Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmelerinde Şekil*", Yargıtay Dergisi, s. 930.; **YAVUZ, C.**, age., s. 517.; **ERMAN, H.**, age., s. 2.; **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 73.

³⁹ Ayrıntılı bilgi ve örnek Yargıtay kararları için bkz. **KARATAŞ, İ.**, age., s. 40 vd.

Sonuç olarak, Őekil eksikliĐinin dűrűstlűk kurallarına aykırılık teŐkil edip etmediĐi ve hakkın kűtűye kullanılması niteliĐi taŐıyıp taŐımadıĐı her bir somut olay aŐısından ayrı ayrı incelenmeli ve her olaya en uygun kurallar saptanmalıdır⁴⁰.

⁴⁰ **AYAZLI, P.** (1987), “*Arsa Payı KarŐılıĐı Kat Yapımı SűzleŐmesi*” , MŪHFD, C. 2, S.1, s. 50, İstanbul.

İKİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

2.1. Müteahhidin Borçları

2.1.1. Yapıyı Teslim Borcu

Müteahhidin başlıca borcu, sözleşme konusu binayı tamamlama ve arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümleri sözleşmeye ve fenne uygun bir şekilde teslim etme borcudur. Eser sözleşmesinde müteahhidin teslim borcunun varlığını belirten açık bir kanun hükmü bulunmamasına rağmen, Doktrinde eserin tesliminin müteahhidin asli borcu olduğu kabul edilmektedir⁴¹. Eser sözleşmesine ilişkin çeşitli maddelerde⁴² “teslim”den söz edilmiş olması da kanun koyucunun teslim borcunu zımnen kabul ettiğini göstermektedir⁴³.

Eserin tamamlanması ve eserin teslimi ise farklı kavramlardır. Eserin teslimi tamamlanmış eserler bakımından söz konusu olup sözleşmenin yerine

⁴¹ **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 125.; **BURCUOĞLU, H.** (1990), “*Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi için Uyulması Gereken Süreler*”, Tandoğan'a Armağan, s. 287, Ankara.; **TUNÇOMAĞ, K.** (1977), *Borçlar Hukuku Dersleri*, Cilt: Özel Borç İlişkileri, C. 2, B. 3, (Özel Borç İlişkileri), s. 1012, İstanbul.

⁴² BK m. 358/1: “... teslim için ayın edilen zaman ..” BK m. 359/1: “... şeyin tesliminden sonra ...” BK m. 360/1 “ ... tesellüm zamanında ...” BK m. 364/1: “ işin parası teslim zamanında ödenir” şeklindedir.

⁴³ **ERMAN, H.**, age., s. 29.

getirilmesi amacıyla eserin iş sahibine verilmesi anlamına gelmektedir. Teslim, sözleşme ile kararlaştırılan işin tamamlanarak amacına uygun kullanılabilir şekilde iş sahibinin zilyetliğine verilmesidir. Bu nedenle eksik olan işin tesliminden bahsedilemez⁴⁴. Eserin tamamlanmasına rağmen müteahhit tarafından usulüne uygun bir şekilde teslimi yapılmaz ise müteahhidin o işteki sorumluluğu devam eder.

İşin tesliminde temel olarak iki unsur bulunmaktadır. Bunlardan ilki eserin eksiksiz bir şekilde tamamlanmış olmasıdır. Müteahhit yüklediği işi, sözleşmeye ve projesine göre tamamlayıp teslim etmekle yükümlüdür. Müteahhidin, noksanı bulunan bir işi teslim etmesi halinde ise, bu teslim kendisinden beklenen edimin ifası olarak kabul edilemez ve bu durumda müteahhit teslimin hukuki sonuçlarından yararlanamaz⁴⁵.

İşin teslimi için gereken ikinci unsur ise yapılan inşaatın, arsa sahibinin fiil ve iradesi ile hakimiyetine geçmesidir. Teslim ancak bu şekilde gerçekleşmiş olur. Kullanılabilir nitelikteki ufak noksan ve ayıpları ile teslim hazır hale gelen bir inşaatı arsa sahibinin teslim almaktan kaçınması ya da süresinden önce bitmiş ve teslim hazır hale gelen bir inşaatın sözleşmede kararlaştırılan sürenin sonuna kadar müteahhitin haklı bir neden olmaksızın arsa sahibine teslim etmekten kaçınması iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz⁴⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de, yapı arsa üzerine inşa edildiğinden, kural olarak teslim borcu eserin tamamlandığının bildirilmesi ile yerine getirilir⁴⁷. Bu bildirim açık veya örtülü olabilir. Müteahhit yapıyı arsa sahibinin görebileceği biçimde tamamlamış ve üzerinde tasarruf edebileceği hale

⁴⁴ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 685.

⁴⁵ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 685.; Yargıtay 15. HD 13.11.198a tarih, 1984/1074E. 1984/3475 K. Sayılı kararı” Kural olarak inşa edilen bir eser tamamen bittikten sonra teslim edilebilir. Ayıba karşı tekeffül borcu da eserin fiilen ve tamamen tesliminin gerçekleşmesi halinde söz konusu olabilir. ”

⁴⁶ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 686-687.

⁴⁷ **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 125.

getirmişse, örtülü bir bildirim varlığı kabul edilebilir⁴⁸. Ayrıca, arsa sahibinin davranışları da teslim borcunun ifa edildiği sonucunu doğurabilir.

Buna karşılık arsa sahibinin kendisine ait olacak bağımsız bölümlerde fiili egemenliğini kullanması imkanı sağlanmadıkça veya bu egemenliği engelleyici durumlar ortadan kaldırılmadıkça, eserin tamamlandığının bildirilmiş olması teslim borcunun yerine getirildiği anlamına gelmeyeceği gibi yapının tüm işleri tamamlanmadan arsa sahibinin bağımsız bölüme taşınmış olması mutlaka teslimin yapıldığını da göstermez⁴⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşmede teslim borcunun ne şekilde yerine getirileceği konusunun kararlaştırılması mümkündür. Buna ilişkin olarak uygulamada en çok teslim, binanın iskanının alınması şartına bağlanmaktadır⁵⁰.

Yapının teslimi ile eserin kabulü birbirinden farklı kavramlardır. Yapının teslim alınması için özel bir teslim alma iradesine gerek yoktur. Ancak eserin kabulü arsa sahibinin, müteahhidin yaptığı eseri sözleşmeye uygun gördüğüne ve ayıp iddiasında bulunmayacağına ilişkin bir irade açıklamasıdır⁵¹. Bu nedenle, bağımsız bölümlerin fiilen teslim alınmış olması, mutlaka eserin kabul edildiği anlamına gelmez.

⁴⁸ **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 125.

⁴⁹ **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 125-126.

⁵⁰ **KARATAŞ, İ.**, age., s. 120.; Yargıtay. 15. HD. 28.06.2001 tarih, 2001/1424E. 2001/3548K. : “Sözleşmenin 5. maddesinde teslim yapı kullanma izninin alınması koşuluna bağlanmıştır. Başka bir anlatımla, yapı kullanma izni alınmadıkça daha önce yapılmış olan eylemli teslim, yasal bir teslim sayılamaz. Somut olayda, yasal veya eylemli bir teslim bulunmadığı gibi, yapı kullanma izninin alınması olanağını sağlayan vekaletnamenin verilmesi yönünde, yüklenicinin bir girişimi ve arsa sahiplerini bu konuda temerrüde düşürücü bir işlemin varlığı da iddia ve kanıtlanmış değildir.”; **BURCUOĞLU, H.**, agm, s. 288.

⁵¹ **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 49.; **BURCUOĞLU, H.**, agm, s. 289.

2.1. Sadakat ve Özen Borcu

2.1.2.1. Sadakat Borcu

Borçlar Kanunu'nun istisna sözleşmesini düzenleyen hükümleri arasında müteahhidin sadakat borcu açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak, doktrinde de kabul edildiği üzere iş görme borcu doğuran sözleşmelerden olan vekalet sözleşmesine ilişkin vekilin sadakat borcunu düzenleyen BK m. 390 hükmü, yine iş görme borcu doğuran istisna sözleşmesine de kıyasen uygulanmalıdır⁵².

Müteahhidin sadakat borcuna yönelik iki durum BK m. 357 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre BK m. 357/2'de malzemenin iş sahibi tarafından verilmesi halinde, müteahhidin malzemenin kullanılışı hakkında hesap verme ve artanı iade etme borcu bulunmaktadır. BK m. 357/son'a göre ise, iş devam ettiği sırada iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın ayıplı olduğu anlaşılırsa veya eserin tam ve zamanında ifasını tehlikeye düşürecek başka bir hal meydana gelirse müteahhidin durumu derhal iş sahibine bildirme yükümlülüğü vardır⁵³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhit arsa üzerine inşa edeceği binayı genellikle kendi malzemesi ile yaptığından dolayı BK m. 357/2 hükmünün burada uygulanması oldukça enderdir. Ancak, istisnai nitelikte olsa da bu sözleşmelerde bazı malzemenin arsa sahibi tarafından sağlandığı durumlarda, bu malzemenin artanının arsa sahibine iade edilmesi gerekir. Bu malzemenin ayıplı olması halinde de, BK m. 357/son uyarınca müteahhit bunu derhal arsa sahibine bildirmekle yükümlüdür. Müteahhit bu bildirim yapmaz ise bunun sonuçlarına kendisi katlanır⁵⁴.

⁵² TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 49.; YAVUZ, C., s. 457.; KARAHASAN, M. R., *İnşaat Hukuku*, s. 191 vd.; SELİÇİ, Ö., age., s. 87.; ERMAN, H., age., s. 32.

⁵³ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 49.; YAVUZ, C., s. 457.; Yargıtay 15. HD. 28.12.2005 tarih ve 2005/2426E., 2005/6805K. sayılı kararı. **Kazancı İctihat Bankası**.

⁵⁴ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 109.; Örnek kararlar için bkz. KARATAŞ, İ., age., 96.

BK m. 357/son düzenlemesi olan arsanın ayıplarından iş sahibini haberdar etmeye ilişkin hükmün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine de uygulanması mümkündür. Burada özellikle arazinin, sözleşmede öngörülen inşaatın zamanında ve gereği gibi yerine getirilmesine elverişli olmaması sorunu mevcut olabilir. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle yapının plan ve projelerini de müteahhit üstlenir ve böylece müteahhidin araziyi kontrol yükümlülüğü de bulunduğundan arsanın inşaat elverişsiz olduğunu sonradan arsa sahibine bildirmesi onu sorumluluktan kurtarmaz⁵⁵.

BK m. 357/3 hükmü “Müteahhit, işin zamanında ve noksansız ifasına engel olabilecek bütün tehlikeleri iş sahibine derhal bildirmekle yükümlüdür” şeklinde açık bir şekilde düzenleme getirmiş olup buna göre müteahhit, ihbar yükümlülüğünü zamanında yerine getirmezse, bundan doğacak zararlardan, özellikle gecikmeden doğan zarardan kendisi sorumlu olacaktır.

2.1.2.2. Özen Borcu

Müteahhidin sözleşme ile üstlendiği işe özen göstermesi ve bu özen çerçevesinde işi tamamlayıp arsa sahibine eseri teslim etmesi gerekmektedir.

BK m. 356/1 hükmü uyarınca müteahhidin mesuliyeti, umumi surette işinin hizmet akdindeki mesuliyetine dair olan hükümlere tabidir. Ancak doktrinde de açıklandığı üzere, bu madde mehz İsviçre Kanunu’na uygun şekilde müteahhidin işi ifa ederken genellikle hizmet sözleşmesinde işçiden beklenen derecede özen göstermeye mecbur olduğu şeklinde anlaşılması gerekmektedir⁵⁶.

Müteahhit genellikle arsa sahibine oranla daha uzman bir kişi olması sebebiyle ve arsa sahibinden talimat alma hususunda daha bağımsız

⁵⁵ SELİÇİ, Ö., age., s. 104.

⁵⁶ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 54.; SELİÇİ, Ö., age., s. 92.; ERMAN, H., age., s. 35. : Yargıtay 15. HD. 24.10.1989, 1989/1398 ve 1989/4437K.: “...Müteahhit edimini yerine getirirken genel olarak işinin hizmet akdindeki sorumluluğuna dair hükümlere tabidir... BK m. 325'e göre elde ettiği veya ihmal ettiği kazancının hesap edilerek düşülmesi gerekir”.

bulunmasından ötürü, işçiden daha fazla özen göstermelidir ve sorumluluğunun da işçiden daha ağır olarak takdir edilmesi gerekmektedir⁵⁷.

Müteahhit işi üstlenirken eserin yapımı için gerekli ön koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmalıdır. Yine, plan ve projeleri arsa sahibi onaylamış olsa bile müteahhidin, plan ve projelerin hatalı olmasından doğan sonuçlardan sorumluluğu devam etmektedir⁵⁸. Ayrıca, müteahhit yapı tekniği kurallarına da uymak zorunda olup bu kurallara uymadığı zaman sorumluluğu mevcut olur⁵⁹.

Bu konuda Ticaret Kanunu m. 20/2'deki “basiretli bir iş adamı” unsuru dikkate alınacağı gibi tecrübeli ve uzman bir müteahhidin davranış biçiminin de ölçü olarak alınması uygundur. Yine bu konuda yapılacak binanın özelliklerine, niteliğine, kapsamına da dikkat etmek gerekir⁶⁰.

Tüm bunlarla birlikte müteahhit inşaatı yaparken muhtemel bir zararı önlemek için gerekli tedbirleri almakla da yükümlü olduğu gibi Kanunda da müteahhidin özen borcu konusunda bazı özel hükümler yer almaktadır. Ancak, bu hükümlerin varlığı, bunların dışında kalan konularda müteahhidin özen borcunun bulunmadığı anlamına gelmez⁶¹.

⁵⁷ **KARAHASAN, M. R.** (1975), *Mülkiyet Hukuku*, (Mülkiyet) s. 1159, İstanbul.: Yargıtay 4. HD. 26.5.1958, 1958/3887E. 1958/3655K.: “Davalı müteahhidin mesuliyeti BK. 356/1 yollaması ile 321. maddeye tabidir. 321. madde hükümlerinin BK. 96 hükümlerinin bir tatbik seklinden ibaret bulunduğunu, yani iş sahibinin işçinin veya müteahhidin kastini veya ihmali veya dikkatsizliğini ispat etmesi kanuni şartlardan olmayıp, iş sahibi sadece akde aykırı davranışı ve bundan belli bir zarar doğmuş olduğunu ispat etmekle mükellef olup, zararın herhangi bir kusurdan doğmadığını ispat külfetinin müteahhit veya işçiye düştüğünü ...”

⁵⁸ **TANDOĞAN, H.**, age., s. 56.

⁵⁹ **SELİÇİ, Ö.**, age., s. 94.

⁶⁰ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 434. **ERMAN, H.**, age., s. 36.

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 434 vd.

2.1.2.2.1. Mütcaahhidin İnşaatıta Kullandığı Malzemeye İlişkin Özen Borcu

BK m. 357/1 hükmü; “ mütcaahhit imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine mesul ve bu konuda bayi gibi mütcaahhitdir.” şeklindedir. Söz konusu hükme göre mütcaahhit, imal ettiği eserde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesuldür ve bu hususta satıcı gibi tekeffül borcu içindedir. İstisna sözleşmesine ilişkin hükümler arasında eserde kullanılacak malzemenin mütcaahhit tarafından temin edileceğine dair bir açıklık bulunmamaktadır⁶². Bu konuda istisna sözleşmeleri bakımından doktrinde tartışma bulunmasına rağmen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine yönelik olarak ağırlıklı olan görüşe göre; inşaatıta kullanılacak malzemenin mütcaahhit tarafından sağlanması gerekmektedir⁶³.

Mütcaahhidin sağladığı malzeme yapının sözleşmede belirtilen niteliklerini taşıyacak şekilde imalin edilmesine uygun olmalıdır ve sözleşmede ayrıca özellikleri belirtilmemişse orta kalitedeki malzemenin kullanılması gerekmektedir⁶⁴.

BK m. 357/1 hükmü, malzemenin mütcaahhit tarafından sağlandığı eser sözleşmelerinde, kullanılan malzemenin iyi cinsten olmaması halinde mütcaahhidin satıcı gibi tekeffül borcu altında olduğu şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Doktrinde baskın olan görüş bu hükmün, mütcaahhidin sağladığı malzemenin ayıplı olması nedeniyle eserin ayıplı olduğu halleri satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül kurallarına tabi tuttuğu ve zapta karşı tekeffül hükümlerine de yollama yaptığı yönündedir⁶⁵. Dolayısıyla kullanılan malzemedeki ayıplar nedeniyle inşaatıta bir bozukluk meydana gelmiş olması halinde, mütcaahhit

⁶² **ERMAN, H.**, age., s. 36.

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 104 vd.

⁶⁴ **ERMAN, H.**, age., s. 37.

⁶⁵ **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 107.; **Seliçi, Ö.** : age., s. 99 vd.

hakkında BK m. 359 ve m. 360 hükümleri değil de satım sözleşmesine ilişkin BK m. 194 ve m. 207 hükümleri uygulanacaktır.

Müteahhit hakkında satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı yer, müteahhidin sağladığı malzemede bir ayıp bulunması halinde söz konusu olacaktır ve malzemenin yapılan iş için uygun olmaması veya işin iyi yürütülmemesi ya da diğer sebepler nedeniyle yapıda meydana gelen bozukluklar için BK m. 360 hükümleri uygulanacaktır.

2.1.2.2.2. Müteahhidin İnşaatı Kendi Yönetimi Altında Yürütmesine İlişkin Özen Borcu

Kural olarak müteahhit taahhüt ettiği inşaatı kendi yönetimi ve gözetimi altında yürütme ve tamamlama borcu altındadır. Bu borç; işçilerin, yardımcı kişilerin ve taşeronların seçiminde, işlerin organizasyonu ve dağıtılmasında, denetim ve talimat verilmesinde, araç ve gereçlerin sağlanmasında da aynı şekildedir. Müteahhidin tüm bu hususlarda gerekli özeni gösterme borcu vardır ve buna aykırılık olması halinde de meydana gelen zararlardan dolayı müteahhit arsa sahibine karşı BK m. 96 vd. hükümleri uyarınca sorumlu olur⁶⁶.

BK m. 356/2 hükmü “ *müteahhit imal olunacak şeyi bizzat yapmaya veya kendi iradesi altında yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir*” şeklindedir.

Söz konusu hükme göre müteahhit, imal olunacak şeyi bizzat yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur. Ancak işin mahiyetine göre şahsi niteliklerinin önemi yoksa taahhüt ettiği şeyi başkasına imal ettirebilir. Bu hüküm eser sözleşmelerinde müteahhide duyulan güvenin öncelikli olmasının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁶⁶ KARAHASAN, M. R., *İnşaat Hukuku*, s. 207 vd.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise müteahhidin şahsının ön planda olmamasından ötürü, müteahhit inşaatı kendi yönetimi altında yaptırma yetkisine sahiptir⁶⁷. Bu nedenle müteahhit inşaatın yapımında inşaatın duvar örmesi, kaba ve ince sıvalarının yapılması, elektrik tesisatının döşenmesi gibi işlerde yardımcı kişi kullanılabilir⁶⁸. Müteahhit ile yardımcı kişi taşeron arasında bu konuda yapılan sözleşme eser sözleşmesidir⁶⁹. Bu durumda taşeron müteahhidin denetiminde ve müteahhidin yardımcısı olarak çalışır ve kural olarak asıl iş sahibinin de bu durumda taşeronla karşı eserin yapımını ve edimin ifasını istemeye ve bu hususta ona talimat vermeye hakkı yoktur⁷⁰. Taşeronun kendi edimine aykırılığı sonucunda müteahhit arsa sahibine karşı olan yükümlülüğünü yerine getiremezse taşeron arsa sahibinin uğradığı zararı tazminle sorumlu olur⁷¹.

Yardımcı kişi olan taşeron, yaptığı işten dolayı müteahhide karşı sorumludur ve müteahhitten alacaktır. Bu sebeple taşeron ile iş sahibi arasında hukuki bir ilişki bulunmamasından ötürü taşeron tarafından yapılan işin bedelinin iş sahibinden talep edilmesi mümkün değildir⁷².

Eserin yapımına ilişkin olarak asıl müteahhit bir takım işleri taşeronlara bırakma yetkisine sahip olması halinde, taşeronların kendilerine bırakılan işi

⁶⁷ **ERMAN, H.**, age., s. 40.

⁶⁸ **KARATAŞ, İ.**, age., s. 84. : Yargıtay 15. HD. 10.12.1990 tarih, 1990/2197E. 1990/2583K. : “Sözleşmede inşaatın bizzat davacı tarafından yapılacağı taraflarca kararlaştırılmış değildir. Davacı kendi mesuliyeti altında inşaatın bir bölümünü üçüncü kişilere de yaptırabilir. Bu iste davacının şahsi mahareti sonuca etkili görülmemiştir”.

⁶⁹ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 439.

⁷⁰ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 439.

⁷¹ **AKKANAT, H.** (2000), *Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi*, (Taşeronluk) s. 222 vd., İstanbul.; **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 85 vd.; Ayriyeten bkz. **AKYOL, Ş.** (1976), *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, İstanbul.

⁷² Yargıtay 15. HD. 05.02.1990 Tarih, 1990/355E. 1990/364 K. : “davalılar arasında kat karşılığı inşaat yapımına ilişkin sözleşme ile davalı müteahhidin yüklendiği inşaatın kalıp işlerini taşeron sıfatı ile yapan davacı ile diğer davalı arsa sahibi arasında akdi bir ilişki bulunmamaktadır. Sözleşmenin niteliği itibarıyla inşaatın bedeli arsa sahibi tarafından müteahhide arsa payı olarak ödeneceğinden taşeronca yapılan iş arsa sahibi yönünden haksız zenginleşme olarak kabul edilemez. Bu nedenle davanın arsa sahibi yönünden reddi gerekirken ...” **Kazancı İçtihat Bankası**.

gereği gibi yerine getirmemelerinden dolayı BK m. 100 uyarınca iş sahibine karşı kendisi sorumlu olacaktır⁷³. Yani müteahhit, yetkili olarak yapımını devrettiği taşeronun zararlı eyleminden dolayı BK m. 100'e göre sorumlu tutulur. BK m. 360 uyarınca da taşeronun yaptığı işler bakımından, asıl müteahhit arsa sahibine karşı ayıba karşı tekeffülden doğrudan sorumludur; ancak bu ayıplar nedeniyle meydana gelen zararın tazmini bakımından BK m. 100'ün uygulanması mümkün olabilir.

Eğer, asıl müteahhit yetkisi olmaksızın eserin yapımını taşeronla devretmiş ya da edimi yerine getirmeyerek veya gereği gibi ifa etmeyerek arsa sahibini zarara uğratmışsa bu zarardan asıl müteahhit BK m. 96 vd. hükümleri uyarınca sorumlu olur⁷⁴. Müteahhidin yardımcı kişilere müracaatı borç ilişkisine aykırılık teşkil ediyorsa, müteahhidin borca aykırılık nedeniyle sorumluluğuna gidilir ve böyle bir sorumluluk için başka bir araştırma yapmaya da gerek yoktur.

Bu durumda müteahhidin sorumluluğu BK m. 100'de olduğu gibi dolaylı bir sorumluluk olmayıp BK m. 96 hükmüne dayanan doğrudan bir sorumluluktur⁷⁵. Arsa sahibi, taşeronun inşaatı uzaklaştırılmasını müteahhitten isteyebileceği gibi; bu talebinin dikkate alınmaması halinde ise BK m. 106'da düzenlenmiş olan haklarını kullanmayı seçebilir⁷⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin taşeronlara başvurması mümkün olmasına rağmen, üstlendiği tüm inşaatı genel bir taşeronla

⁷³ **KARAHASAN, M. R.**, *İnşaat Hukuku*, s. 208.; **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 439.; **TUNÇOMAĞ, K.**, (Özel Borç İlişkileri), s. 512.; **KILIÇOĞLU, A.** (1975), "Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma ve Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu", AÜHFD, C. XXXII, S. 14, s. 198.; **SELİÇİ, Ö.**, age., 124-125.; **KAPLAN, İ.** (1983), *Türk İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarların Sorumluluğu*, (Mimarlık Sözleşmesi) s. 169, Ankara.

⁷⁴ **ERMAN, H.**, age., s. 44.

⁷⁵ **KILIÇOĞLU, A.B.**, agm., s. 192-193.

⁷⁶ **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 92.

devretmesi ise BK m. 356/2 hükmüne aykırılık teşkil edeceğinden mümkün değildir⁷⁷.

2.1.2.2.3. Müteahhidin Özen Borcuna Aykırılığının Özel Bir Düzenlemesi (BK m. 358/2 hükmü)

Müteahhidin eserin yapımına ilişkin özen borcuna aykırılığı, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı biçimde meydana gelmesi sonucunu doğuracak nitelikte ise, BK m. 358/2 hükmü ile arsa sahibi lehine özel bir düzenleme getirilmiştir.

BK m. 358/2, “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 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.” şeklinde olup buna göre anılan hüküm arsa sahibine, işin sonunu bekleyerek ayıp nedeniyle tekeffülden doğan haklarını kullanma zorunluluğu olmadan, işi özenle yapmadığını gördüğü müteahhide karşı daha iş tamamlanmadan bazı önlemler alma imkanı vermektedir⁷⁸.

Müteahhidin kusuru nedeniyle inşaatın ayıplı veya sözleşmeye aykırı bir şekilde yapılacağını kesinlikle tahmin etmek mümkün olursa, arsa sahibi müteahhide işin gereği gibi yapılması için uygun bir süre verebilir veya mahkemenen bu yönde bir süre tayin ettirebilir. Bu süre içinde müteahhidin inşaatı gereği gibi yapmaması halinde, hasar ve masrafları müteahhide ait olmak üzere ayıpların giderilmesi veya işin kalan kısmının bir üçüncü kişiye yaptırılacağı ihtar edilir ve bu ihtarın sonuçsuz kalması halinde, arsa sahibi işi başkasına yaptırabilir⁷⁹.

⁷⁷ Ayırtılı bilgi için bkz. TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 71-79.; ERMAN, H., age., s. 40.

⁷⁸ ERMAN, H., age., s. 46.

⁷⁹ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 62 vd.

2.2. Arsa Sahibinin Borçları

2.2.1. Arsa Paylarının Devir Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin asli borcu sözleşmede kararlaştırılan arsa paylarını müteahhide devretmektir.

Arsa sahibinin kararlaştırılan arsa paylarının mülkiyetini müteahhide ne zaman geçireceği konusunda ise öncelikle sözleşme hükümlerine göre hareket edilir. Eğer sözleşmede, arsa paylarının devri bakımından taraflarca bir tarih belirlenmişse bu tarihe göre işlem yapılır. Bu tarih gün olarak belirlenebileceği gibi, inşaatın belli aşamalara gelmesine göre de saptanmış olabilir⁸⁰.

İnşaatın sözleşmede belirtilen seviyeye gelmesine rağmen, arsa sahibinin arsa paylarının belirlenen bölümlerini müteahhide devretmekten kaçınması temerrüt sonucunu doğurabilir ve bu durumda müteahhit bu kısım için tescil davası açabilir⁸¹.

Buna karşılık, sözleşmede arsa paylarının müteahhide devri konusuna ilişkin olarak bir tarih ya da bir sıra belirlenmemişse, BK m. 364 hükmüne bakmak gerekir. Bu hükme göre, arsa paylarının müteahhide devri borcu, müteahhidin sözleşmeye göre belirlenen edimini yerine getirmesi durumunda

⁸⁰ Örneğin, inşaatın temelini atılması halinde arsa paylarının belli bir bölümünün, kaba inşaatın yapılması halinde belli bir kısmının ve inşaatın tamamlanması durumunda da geri kalan arsa paylarının müteahhide geçirileceği öngörülmüşse, inşaat bu seviyelere ulaştıkça belirlenen arsa paylarının mülkiyetinin de müteahhide devredilmesi gerekir. **ERMAN, H.**, age. s. 48.

⁸¹ **KARATAŞ, İ.**, age. s. 238.; Yargıtay 15. HD. 25.2.1999 tarih, 1999/5229 E. 1999/672K. : "Sözleşmeye göre, davacıya ait son villa tapusunun verilmesinin arsa sahibinin villalarının tamamının teslim edilip oturma ruhsatlarının alınmasına bağlı bulunduğu, oysa iskan ruhsatını almakla yükümlü bulunan davacı yüklenicinin bu mükellefiyetini henüz yerine getirmediği anlaşıldığından şu aşamada henüz tescile hak kazanmadığı ortadadır. Bu nedenle, mahkemece iskan ruhsatının alınması için yükleniciye uygun bir mehil verilip, iskan alındığında tapunun iptal ve tesciline, aksi takdirde "iskan alındığında ayrıca dava açma hakkı saklı tutularak" davanın reddine kara verilmesi gerekirken..." şeklindedir.

muaccel hale gelir. Böylece müteahhit kendi edimini yerine getirmediğçe, arsa sahibinin karşı edimi olan arsa paylarının devrini de talep edemeyecektir⁸².

Bununla birlikte, müteahhidin sözleşme gereği kendisine düşen edimini yerine getirmesine rağmen, arsa sahibinin aralarındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekil şartına uygun yapılmadığından bahisle arsa paylarının devrinden kaçınması hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır ve arsa sahibini devir yükümlülüğünden kurtarmaz⁸³.

2.2.2. İnşaatın Yapılması İçin Arsa Sahibinin Kendisine Düşen Yükümlülükleri Yerine Getirmesi Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin amacı arsa sahibinin arsası üzerine, belirlenen arsa paylarının devri karşılığında, müteahhit tarafından sözleşmede öngörülen inşaatın yapılması olmasından ötürü bu sözleşmenin yerine getirilebilmesi için öncelikle arsa üzerine inşaat yapılmasının mümkün olması gerekir. Bu nedenle, arsa sahibinin arsayı inşaat yapmaya elverişli bir şekilde müteahhide teslim etmesi gerekmektedir⁸⁴.

Eğer arsa üzerine sözleşmede öngörülen inşaatın yapılması sözleşmenin yapıldığı sırada objektif olarak mümkün değilse, BK m. 20 uyarınca sözleşme

⁸² Yargıtay 15. HD 10.12.2001 tarih, 2001/4000E. ve 2001/5695K. sayılı kararında, : “Borçlar Kanunu’nun 81. maddesi uyarınca iki taraflı akitlerde akdin ifasını talep eden kimse kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylememiş ise karşı taraftan ifa isteyemez. Öte yandan eser sözleşmesinde iş sahibinin borcu olan eser bedelinin ödenmesi eserin yapılıp teslim edilmesi koşuluna bağlıdır. Aksi kararlaştırılmadığı sürece yüklenicinin kendi edimini yerine getirmesi ve daha sonra eser bedelini istemesi gerekir” **Kazancı İçtihat Bankası.; KARATAŞ, İ.**, age., s. 268.: Yargıtay 15. HD. 16.6.1999 tarih 1999/1613E. ve 1999/2543 K. : "Sözleşmede aksine hüküm olmadıkça ferağın işin tesliminde yapılması gerekir. Olayda teslim yapılmış, ancak bilirkişilerin saptadığı kadarıyla 2 milyar 100 milyonluk eksik iş vardır. Bu noksanlıkların giderilmemesi karşılığı iki bağımsız bölümün ferağı verilmemiştir. Bağımsız bölümlerden birinin değeri mevcut noksanlıkların giderilmesine yeterli ise, ikincisinin ferağına dair istemin kabulü gerekir..."

⁸³ Bkz. I. Bölüm 4/C.

⁸⁴ **ERMAN, H.**, age., s. 50.

başlangıçtaki imkansızlık nedeniyle geçersizdir⁸⁵. Fakat sözleşmede öngörülen inşaatın yapılması sonradan imkansız hale gelmişse⁸⁶, sonraki imkansızlık söz konusu olur ve bu durumda olaya göre BK m. 117 veya BK m 96 hükümlerine başvurulur⁸⁷.

⁸⁵ **KARATAŞ, İ.**, age., s. 57-58.: Yargıtay 15. HD. 30.10.2001 tarih, 2001/2953E. 2001/4871K. Sayılı kararı: "Yanlar arasındaki sözleşmenin konusu kamu düzeninden olan imar mevzuatına aykırı bulunduğundan anılan sözleşme esasen hiç meydana gelmemiş sayılır ve vücuda gelmemiş sözleşmenin iptalinden de söz edilemez. Ancak istemin kapsamında (olayda sözleşmenin iptali talep edilmiş), sözleşmenin geçersizliğinin tespiti talebi de varsayılacağı bu talebin hüküm altına alınması ile yetinilmelidir."

⁸⁶ Örneğin imar planlarındaki değişiklik nedeniyle inşaat yapılamıyorsa sonradan imkansızlık meydana gelmiş olur.

⁸⁷ Yargıtay 15. HD. .25.10.2001 tarih 2001/2599E. ve 2001/4820 K: "Davalı arsa sahibi, inşaat sırasında kendisine isabet eden 16 no.lu daire ile bu daireye bağlı bir adet garaj hakkını düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vaadi sözleşmesiyle davacıya satış vaadinde bulunmuş ve satış bedelini nakden almıştır. Bilahare yapılan tadilat projesi ile 16 no.lu dairenin garaj hakkı ortadan kaldırılmıştır. Böylece, davacıya verilmesi vaat edilen garaj yeri yönünden, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin ifası imkansız hale gelmiştir. Davalı arsa sahibinin açık veya kapalı rızası olmadan inşaat sözleşmesinde ve dolayısıyla inşaat projesinde değişiklik yapılması mümkün olmadığı gibi, tadilat projesinin alınması da mümkün değildir. Davalı sözleşmenin imkansız hale gelmesinde bu nedenle kusurludur; dolayısıyla, garaj yönünden davacının zararını tazminle yükümlüdür."

Kazancı İçtihat Bankası.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN TEMERRÜDÜ VE TEMERRÜDÜN SONUÇLARI

3.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdünün Şartları

3.1.1. Genel Olarak

İnşaat sözleşmelerinin karşılıklı taahhütler içermesi sebebiyle, tarafların edimlerini karşılıklı olarak karşılaştırılan sürede ifa etmeleri gerekir. Aksi halde BK m. 81 hükmü uyarınca muaccel bir edim borçlusunu olan taraf kendi edimini ifa etmedikçe karşı taraftan da edimin ifasını isteyemez⁸⁸.

Tarafların sözleşme ile üstlendikleri altında bulunduğu edim borcu karşılaştırılan süre sonunda, ifası muaccel bir borç olur. BK m. 101/1 hükmüne göre, muaccel bir borcun borçlusunu, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de taraflardan birinin temerrüde düşmesi için Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerindeki borçlu temerrüdüne ilişkin genel koşulların gerçekleşmesi gerekir. Borcun muaccel olması, edimin

⁸⁸ KOSTAKOĞLU, C., age., s. 461.

yerine getirilmesinin mümkün olması ancak buna rağmen edimin yerine getirilmemiş olması ve ihtar koşullarının varlığı aranacaktır⁸⁹.

3.1.1.1. Edimin Muaccel Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere⁹⁰; müteahhidin asli edimi sözleşme konusu inşaatı tamamlamak ve arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümleri teslim etmek olup arsa sahibinin asli edimi ise, sözleşmede belirlenen arsa paylarının mülkiyetini müteahhide geçirmektir.

Taraflar arasındaki sözleşmede karşılıklı edimlerin yerine getirilmesi için bir vade öngörülmüşse bu tarihin gelmesiyle borç muaccel olur. Buna karşılık, sözleşmede ifa için bir süre belirlenmemişse, “*ecel meşrut olmadığı veya isin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde borcun hemen ifa ve derhal icrası talep olunabilir*” düzenlemesini içeren BK m. 74 hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır⁹¹.

Ancak bu hükmün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, özellikle müteahhidin borcu bakımından uygulanması, müteahhidin edimini yerine getirebilmesi için belirli bir süreye ihtiyaç bulunması sebebiyle mümkün değildir. Dolayısıyla, sözleşmede vade belirlenmeyen durumlarda müteahhidin borcunun muaccel olması sözleşme konusu işin mahiyeti gereği makul bir sürenin geçmesine bağlıdır⁹². Bu durumda, eserin tedbirli ve deneyimli bir müteahhit tarafından olağan çalışma araçları kullanılarak ne kadar süre içinde bitirilebileceği

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **OĞUZMAN, M. K., ÖZ, T.**, age., s. 367.; **TUNÇOMAĞ, K.**, *Genel Hükümler*, s. 467 vd.; **EREN, F.** (2003), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B. 8, s. 1045 vd., İstanbul.; **REİSOĞLU, S.**, age., s. 321 vd.

⁹⁰ Bkz. III. Bölüm.

⁹¹ **ERMAN, H.**, age., s. 56.

⁹² **ERMAN, H.**, age., s. 56.

dikkate alınarak, müteahhidin borcunun ancak bu süre dolduktan sonra yapılacak bildirimle muaccel olacağı sonucuna varılmalıdır⁹³.

Buna karşılık, arsa sahibinin borcunun muaccel olması için sözleşmede bir süre öngörülmemişse, ayrıca makul bir süre tanınmasına gerek olmayıp, BK m. 74 uyarınca edimin derhal ifası istenebilir.

3.1.1.2. Edimin Yerine Getirilmesinin Mümkün Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde temerrütten bahsedebilmek için, edimin ifasının mümkün olması, yani edimin yerine getirilmesinin imkansız hale gelmemiş bulunması gerekir⁹⁴. Burada söz konusu olan imkansızlık, sözleşmenin kuruluşundan sonraki imkansızlıktır ve bu imkansızlık maddi veya hukuki imkansızlık şeklinde ortaya çıkabilir⁹⁵.

İfanın imkansızlaşması durumunda artık temerrütten bahsedilmez. Bu takdirde kusurlu imkansızlık halinde BK m. 96 uyarınca karşı tarafın bu yüzden uğradığı zararın tazmini gerekir. Kusursuz imkansızlık durumunda ise BK m. 117 uyarınca tarafların karşılıklı edimleri sona erer⁹⁶.

⁹³ **ÖZ, T.** (1989), *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 155, İstanbul.; **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 129.

⁹⁴ **ERMAN, H.**, age., s. 58.

⁹⁵ **ÖZ, T.**, age., s. 165.; **KARATAŞ, İ.**, age., s. 224.; Yargıtay 4. HD. 24.6.1957 tarih, 1957/1586E. 1957/4175K.: “Taraflar arasındaki satış vadinin belli bir gayrimenkulden ifraz edilecek bir parçaya ilişkin bulunmasına ve imar müdürlüğünden gelen cevaplardan hem binanın durumu ve hem de yerin küçüklüğü bakımından ifraza müsaade edilemeyeceğinin anlaşılmasına göre taraflar arasındaki akdin konusu imkansız olan bir akit olduğu ortaya çıkmaktadır ki, böyle bir akit BK. 20. maddesi uyarınca hükümsüzdür. Hükümsüz bir akde dayanılarak ceza şartına hükmolunamaz”; Yargıtay 15. HD. 22.1.1990 tarih, 1990/2987E. 1990/43K. : “Arsanın bulunduğu yer itibarıyla gerek sit alanı bulunması, gerekse imar durumu itibarıyla iki kat inşaatın müsait olmasına rağmen, taraflarca üç kat inşaat yapılması yolunda akdedilen sözleşme ve sözleşmedeki bağımsız bölümlerin paylaşımı, BK. 20 madde hükmüne göre hükümsüzdür. Hükümsüz sözleşmenin tarafları bağlayıcı bulunduğu kabul edilemez”. Aynı zamanda imkansızlık konusunda bkz. **KURŞAT, Z.** (2004), *“İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”*, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, s. 751 vd., İstanbul.

⁹⁶ **ERMAN, H.**, age., s. 59.; Yargıtay 15. HD. 31.1.2002 tarih, 2002/4351E. 2002/454K. sayılı kararı: “imar yasalarıyla buyurucu nitelikte hükümler getirilerek toplum yararının korunması

Bu konuda BK m. 368 hükmü istisna sözleşmesi için özel bir hüküm getirmiştir. Anılan madde, “*Yapılan şey teslimden evvel kazara telef olmuş ise iş sahibi, onu tesellüden 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.*” şeklinde olup bu hükmün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine de uygulanması mümkündür⁹⁷. Böylece yapı tamamlanmış, ancak arsa sahibine teslim edilmemişse, beklenmedik bir olay sonucu inşaatın yok olması halinde kusursuz imkansızlık söz konusu olacak ve tarafların karşılıklı edimleri sona erecektir.

Buna karşılık, inşaat tamamlanmadan eserde meydana gelen durumlarda ise imkansızlıktan söz edilmesi mümkün değildir⁹⁸. İnşaatın yapılması mümkün oldukça imkansızlık ortaya çıkmaz. Yine, müteahhidin içinde bulunduğu ekonomik koşullardan ötürü inşaatı yapamayacak durumda bulunması da imkansızlık olarak değerlendirilemez⁹⁹. Bu nedenle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaat tamamlanmadan ifanın maddi imkansızlığı sınırlı bazı hallerde söz konusu olabilir¹⁰⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, hukuki imkansızlık haline daha çok rastlanır. Borcun ifasının bir hukuk kuralı tarafından yasaklanması ya da borçlunun böyle bir kuralın uygulanması nedeniyle ifa iktidarını kaybetmesi

amaçlanmıştır. Kamu düzeninden olan hükümlerin mahkemece doğrudan göz önünde tutulması zorunludur. İnşaatın durdurulması istediğini bildiren Belediye yazılan arsa sahibi sıfatıyla bizzat davacılar tebliğ edilmiştir. İdare Mahkemesince inşaat ruhsatı ile inşaatın dayanağı nazım ve uygulama imar planındaki değişikliklerin iptaline karar verilmiş, bu karar kesinleşmiştir. Kamu düzenine aykırılığı mahkeme karar ile saptanmış inşaatın devam edilmesi yükleniciden beklenemez. O halde sözleşmeden sonra ortaya çıkan bu objektif imkansızlık nedeniyle davalı yüklenicinin sorumluluğundan söz edilmeyeceği açıkken...” şeklindedir.

⁹⁷ YAVUZ, C., age., s. 525.

⁹⁸ ERMAN, H., age., s. 61.

⁹⁹ Örnek kararlar için bkz. KARAHASAN, M. R. (1973), *Tazminat Davaları*, (Tazminat) s. 1181, İstanbul.

¹⁰⁰ İnşaat alanında meydana gelen yer kaymasından ötürü inşaatın yapılamaması hali örnek olarak gösterilebilir.

halinde, hukuki imkansızlık gündeme gelir¹⁰¹. Örneğin, sözleşmenin kurulmasından sonra imar mevzuatında meydana gelen değişiklik nedeniyle arsada inşaatın yapılması yasaklanmışsa ya da imar mevzuatındaki değişiklik binanın sözleşmede kararlaştırılan haliyle yapılmasına imkan tanımıyorsa hukuki imkansızlık ortaya çıkar¹⁰².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin şahsını ilgilendiren imkansızlık durumuna ilişkin olarak ise, BK m. 371’de istisna sözleşmesi için getirilen hükme bakmak gerekir¹⁰³. BK m. 371, “*Müteahhit öldüğü yahut sun’u taksiri olmaksızın işi bitirmekten aciz kaldığı takdirde, mukavele müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış ise istisna akdi münfesihtir. Bu takdirde yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi onu kabule ve bedelini vermeğe mecburdur.*” şeklinde düzenleme getirmiş olup doktrin tarafından söz konusu hükmün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine de uygulanması gerektiği fikri benimsenmiştir¹⁰⁴. Yargıtay’ın ise bu konuda, sözleşmenin içeriğinden sözleşmenin müteahhidin kişiliği göz önüne alınarak yapılmadığı anlaşılabilirse sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği sonucuna varılmayacağı, ancak sözleşmenin müteahhidin kişiliği nazara alınarak yapılmış olması halinde ise sözleşmenin münfesihtir şeklinde kararları mevcuttur¹⁰⁵.

Bununla birlikte sözleşmede bu konuda bir hüküm varsa veya müteahhit bir tüzel kişiye ve ortaklardan biri ölmüş ya da ortaklıktan ayrılmışsa, BK m.

¹⁰¹ **TEKİNAY, S., AKMAN, S., BURCUOĞLU, H., ALTOP, A.**, age., s. 999.

¹⁰² **ERMAN, H.**, age., s. 62.; **KARATAŞ, İ.**, age., s. 136-137.; Yargıtay. 15. HD. 05.05.1998 tarih 1998/845E. 1998/1844K : “... Görülüyor ki, imar tadili sözleşme düzenlendikten sonra ve tarafların iradeleri dışında yapılmış, sözleşmeyle kararlaştırılan 40 daire yerine 30 bağımsız bölüm inşası için ruhsat alınabilmiştir. Davalı arsa sahibine sözleşmedeki paylaşım miktarı kadar daire verilemeyeceği ortadadır. Başka bir deyişle edimlerin yanların iradesi dışında kalan bir nedenden ötürü yerine getirilemeyeceği anlaşılmaktadır. Akdin yerine getirilme imkansızlığı ortaya çıktığından, yanlar ancak almış oldukları şeyi geri vermeye mecbur olduğu gibi borcun ifasından önceki zararları diğer taraftan isteyebilir”.

¹⁰³ **ERMAN, H.**, age., s. 62.

¹⁰⁴ **YAVUZ, C.**, age., s. 526.; **ÖZ, T.**, age., s. 162.; **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 162.

¹⁰⁵ Örnek kararlar için; **ERMAN, H.**, age., s. 63.

371/1 hükmünün uygulanması söz konusu olmayacak ancak tüzel kişiyle yapılan sözleşmelerde ölen veya ayrılan ortağın kişiliği önem taşıyorsa, yani o olmadan sözleşmenin yerine getirilmesi mümkün değilse bu takdirde BK m. 371 hükmü uygulanabilecektir¹⁰⁶.

BK m. 371/1 hükmünün uygulanmasının söz konusu olduğu hallerde, BK m. 371/2 hükmü uyarınca, arsa sahibi tamamlanmamış olan binanın bitmiş kısmını kendisi için kullanılması mümkün olduğu takdirde kabule ve bu kısmın bedelini vermeye mecburdur¹⁰⁷.

3.1.1.3. Edimin Yerine Getirilmemiş Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesi için, edimin yerine getirilmemiş olması gerekmektedir. Müteahhit açısından edimin yerine getirilmesi binanın tamamlanması ve arsa sahibinin binadan yararlanmasına hazır bir şekilde terk edilmesi ile gerçekleşmiş olur. Bu konuda uyuşmazlıkların ortadan kaldırılması için, müteahhit tarafından yapının tamamlandığının arsa sahibine bildirilmesi uygundur. Ancak müteahhidin böyle bir bildirimde bulunulması zorunluluğu mevcut değildir¹⁰⁸. Müteahhidin bildirim üzerine veya bildirim yapmamasına rağmen binanın bittiğini anlayacak durumda olan arsa sahibi, inşaatı teslim almaktan kaçınırsa da alacaklı temerrüdüne düşer¹⁰⁹.

Binanın tamamlanmamış olması hali kural olarak edimin yerine getirilmediği sonucunu doğurur. Ancak binanın tamamlanmamış olmasına rağmen, arsa sahibi daireleri kullanmaya başlamışsa bu şekilde ifayı kabul etmiş sayılabilir. Fakat arsa sahibinin daireleri kullanmaya başlaması bir zorunluluk

¹⁰⁶ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 133.; ÖZ, T., age., s. 163.

¹⁰⁷ ERMAN, H., age., s. 64.

¹⁰⁸ ÖZ, T., age., s. 169.

¹⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAHASAN, M. R., *İnşaat Hukuku*, s. 220 vd.

sonucu ise veya ihtirazi kayıt varsa, bu kullanımın ifa olarak kabul edildiği anlamına gelmez¹¹⁰.

3.1.1.4. İhtar

Taraflardan birinin temerrüde düşürülmesi için kural olarak temerrüt ihtarına gerek vardır. Ancak BK m. 101/2'ye göre, taraflarca sözleşmede teslim günü tayin edilmişse ya da edimin yerine getirilmesini belirleme hakkı taraflardan birine tanınmış ve bu hak kullanılarak vade tayin edilmiş ise, belirlenen bu günün gelmesiyle ihtarla gerek olmadan karşı taraf temerrüde düşer¹¹¹. Ayrıca, BK m. 107/1 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu ihtarın yararsız kalacağı anlaşılıyorsa yine ihtarsız temerrüt sonucu meydana gelebilir¹¹². Bu duruma örnek olarak müteahhidin inşaat alanını kesin olarak terk etmiş olması hali gösterilebilir.

Temerrüt ihtarı, muhataba ulaşması gereken bir irade beyanıdır ve ihtarın muhataba ulaşması ile temerrüt doğar. Bu nedenle muhatabına ulaşmayan ihtar temerrüt sonucunu doğurmaz¹¹³.

3.1.2. BK m. 358/1 Hükümü

BK m. 358/1; “Müteahhit, işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan tehhür bütünü tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecede olursa iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeğe mecbur olmaksızın akdi feshedebilir.” şeklinde olup anılan hüküm çerçevesinde; eser sözleşmesine ilişkin olarak belirtilen koşulların

¹¹⁰ ÖZ, T., age., s. 169.; SELİÇİ, Ö., age., s. 126.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 126.; KARAHASAN, M. R., *Tazminat*, s. 1292.

¹¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNAY, S., AKMAN, S., BURCUOĞLU, H., ALTOP, A., age., s. 953 vd.

¹¹² ERMAN, H., age., s. 68- 69.

¹¹³ KOSTAKOĞLU, C., age., s. 461.

gerçekleşmesi halinde, eserin teslim tarihi beklenmeksizin müteahhidin temerrüde düşürülmesi imkanı sağlanmıştır. Söz konusu düzenleme eser sözleşmelerine ilişkin getirilmiş olsa bile karma bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için de uygulama alanı bulur¹¹⁴.

BK m. 358/1 hükmü, sadece müteahhit açısından uygulanma imkanı getirmiş olup iş sahibi durumunda olan arsa sahibi hakkında anılan hükmün uygulanması söz konusu değildir. Bununla birlikte arsa sahibi için uygulama imkanı veren böyle bir erken temerrüt hükmü ise düzenlenmiş değildir¹¹⁵.

3.1.2.1. BK m. 358/1 Hükmünün Uygulanma Şartları

BK m. 358/1, teslim tarihinin bitmesini beklemeden¹¹⁶ müteahhidin temerrüde düşürülmesi için bazı şartlar aranmaktadır.

Buna göre aranan ilk şart, müteahhidin objektif olarak yükümlülüğüne aykırı biçimde inşaatın yapımında gecikmiş olmasıdır¹¹⁷. Müteahhidin işin yapımında gecikmiş sayılması ise değişik şekillerde olabilir. Buna göre işe zamanında başlamamış olabileceği gibi zamanında başlamasına rağmen sözleşme şartlarına aykırı olarak işi geciktirmiş veya eseri sözleşmede belirtilen sürede bitirmesinin mümkün olmadığı anlaşılır bir vaziyet almıştır¹¹⁸.

¹¹⁴ YAVUZ, C., age., 471.

¹¹⁵ ERMAN, H., age., s. 70.

¹¹⁶ KAPLAN, İ. (1985), “Eser Sözleşmelerinde İşin Başkasına Yaptırılması ve İhale Farkı Tazminatları”, Batider, Haziran 1985, C. XIII Sayı: 1, s. 1-11, Ankara.; (İhale Farkı), s. 7.; “BK. 358/1 hükmü teslim tarihi belirlenmiş olan sözleşmelerde uygulama alanı bulmaktadır. Sözleşmede binanın teslim süresi kararlaştırılmamışsa, kural olarak müteahhit işe sözleşme yapılır yapılmaz başlamalıdır (BK. 74). Müteahhit işe başlamıyorsa, arsa sahibi ihtar çekerek onu temerrüde düşürür ve uygun bir mehil vermesine rağmen işe başlamayan müteahhide karşı BK. 106'daki seçimsiz haklardan birini kullanabilir. Temerrüt ihtar ile uygun süre tayini aynı zamanda yapılabilir.”

¹¹⁷ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 123-124.

¹¹⁸ ERMAN, H., age., s. 71.; Yargıtay 15. HD. 08.05.1984, 1984/1341E. 1984/1611K. sayılı kararı: “..Davanın açıldığı tarihte sözleşmedeki ifa süresinin bitimine 1 yıl 1 ay vardır... İnşaatın, fesih için davanın açıldığı tarih ile inşaatın sözleşmeye göre ikmal edilmesi gereken tarih arasındaki

BK m. 358/1 hükmünün uygulanabilmesi için aranan ikinci şart ise müteahhide işe başlaması veya devam etmesi için ihtarda bulunulması ve bunun için uygun bir süre verilmesidir. Her ne kadar BK m. 358/1 hükmünde bu konuda herhangi bir açıklık bulunmasa da söz konusu hüküm BK m. 106'nın özel bir uygulaması niteliğinde olduğundan, genel hükümlerdeki koşulların BK m. 358/1 bakımından da aranması ve buradaki boşluğun bu şekilde doldurulması gerekmektedir¹¹⁹. Ancak burada da BK m. 107'de öngörülen ve süre verilmesine gerek olmayan hallerin varlığında bu yola gitmeye gerek yoktur¹²⁰. Özellikle, müteahhidin inşaatı bırakıp gitmiş olması halinde süre verilmesi gerekmez.

Bununla birlikte sözleşmede hem işe başlama hem de teslim tarihi belirlenmiş olmasına rağmen müteahhit işe başlamamış ise, müteahhidin salt işe başlamaması iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı vermez; bu durumda ayrıca eserin teslim tarihinde bitirilmesinin mümkün olmaması da gerekir¹²¹.

3.1.2.2. BK m. 358/1 Hükümünün Sonuçları

Yukarıda belirtilen koşullar gerçekleştiği takdirde arsa sahibi, BK m. 358/1 hükmüne göre sözleşmeden dönebilir ya da BK m. 106 hükmü çerçevesinde, edimin ifasını ve gecikme tazminatını ya da ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep edebilir¹²².

BK m. 358/1 düzenlemesinde iş sahibinin “akdi feshedebileceği” belirtilmiş bulunmasına rağmen burada sözü edilen sözleşmeden dönme olup

1 yıl 1 aylık surede kalan bölümün fiilen ikmal edilmesinin mümkün olup olmadığı yolunda bilirkişiden görüş almamış olması hatalıdır ve mahkemece değinilen yönde araştırma ve inceleme yapılması BK. nun 358/1 hükmü gereğidir.” şeklindedir.

¹¹⁹ SELİÇİ, Ö., age., s. 80 vd.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 118.

¹²⁰ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 118.

¹²¹ ÖZ, T., age., s. 60.; Ayrıca örnek Yargıtay kararları için bkz. KARAHASAN, M. R., *Mülkiyet*, s. 1160.

¹²² KOSTAKOĞLU, C., age., s. 696 vd.

sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesidir¹²³. Ancak BK m. 358/1 hükmünün uygulanması esnasında dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edilmelidir. Örneğin inşaatın büyük bir bölümünün tamamlanmış olmasına rağmen teslim tarihinde bitirilmesi mümkün değilse bu durumda anılan maddenin uygulanması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. BK m. 358/1'e inşaat başlanmadığı veya devam edilmediği durumlarda, inşaatın sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesini haklı kılacak düzeyde olması halinde başvurabilir.

Arsa sahibi BK m. 358/1 uyarınca sözleşmeden döndüğü takdirde ayrıca menfi zararının tazminini de talep edebilir. Müteahhit ancak BK m. 108/2 uyarınca gecikmede kusuru bulunmadığını kanıtlaması halinde bu sorumluluktan kurtulabilir. Bununla birlikte arsa sahibi BK m. 358/1' deki sözleşmeden dönme hakkını kullandığı takdirde işin kararlaştırılan sürede tamamlanmamasına ilişkin düzenleme ile getirilen cezai şartı isteyemez, sadece sözleşmede ayrıca fesih sonucuna bağlanmış bir cezai şart varsa onu talep hakkına sahip olur.

3.2. Müteahhidin Temerrüdünün Sonuçları

3.2.1. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın teslim günü gelmiş olmasına rağmen müteahhidin edimini yerine getirmeyerek temerrüde düşmesi halinde, Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır.

Buna göre, BK m. 101 - 105 ve 106 - 108 hükümleri müteahhidin teslim borcunu yerine getirmekte temerrüde düşmesi halinde uygulanacaktır. Bu durumda arsa sahibi aynen ifayı ve gecikme nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebileceği gibi, aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirerek sözleşmenin yerine getirilmemesinden doğan müspet zararının tazminini isteyebilir ya da sözleşmeden dönebilir ve menfi zararının tazminini talep edebilir.

¹²³ **ERMAN, H.**, age., s. 75.; **KAPLAN, İ.**, *Mimarlık Sözleşmesi*, s. 121.

3.2.2. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı

Müteahhidin inşaatı tamamlama ve teslim etmesinde temerrüde düşmüş olması halinde, arsa sahibi aynen ifa ya da gecikme tazminatı talep edebilir. Bunun için ayrıca müteahhide bir uygun süre verilmesine de gerek yoktur¹²⁴. Diğer taraftan, arsa sahibi müteahhide süre vermiş olmasına rağmen süre sonunda aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirmemişse, karine olarak halen gecikmiş ifayı istediği kabul edilmelidir¹²⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle müteahhidin geciktiği her gün için belirli bir cezai şart ödeyeceği hususu kararlaştırmaktadır. Bu durumda, arsa sahibi zararını ispat yükünde olmaksızın bu cezai şartın ödenmesini talep edebilir. Ayrıca, sözleşmede aksine hüküm yoksa müteahhidi temerrüde düşürmek için gerekli ihtar yapılmasa bile teslim gününün geçirilmesiyle ceza işlemeye başlar. Ancak aksi kararlaştırılmadıkça müteahhit gecikmede kusuru olmadığını, gecikmenin kendisine isnat edilemeyeceğini kanıtlayarak cezai şartı ödemekten kurtulabilir¹²⁶.

Diğer taraftan BK m. 158/2 düzenlemesi çerçevesinde arsa sahibi cezai şartı talep hakkından açıkça vazgeçmişse veya ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin edimi kabul etmişse, müteahhitten cezai şart isteyemez¹²⁷. Ancak, taraflar

¹²⁴ **TEKİNAY, S., AKMAN, S., BURCUOĞLU, H., ALTOP, A.**, age., s. 946.

¹²⁵ **TANDOĞAN, H.** (1961), *Türk Mesuliyet Hukuku*, (Mesuliyet), s. 501, Ankara. **EREN, F.**, age., s. 292.; **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 133-134.; **KARATAŞ, İ.**, age., s. 393; Yargıtay 15. HD. 14.9.1992, 1992/3517E. 1992/3953K. sayılı kararı: “Ne var ki, dava dışı arsa sahibi, davacıya satılan önce 1.10.1989 günlü teslim belgesi ile üç daireyi teslim aldığı kabul ettiğine göre, teslim alınan bu üç dairenin davacıya satılan daireyi de kapsayıp kapsamadığının araştırılması gerekir. Dava konusu daire davacıya satıktan önce teslim alınıp davalı yüklenici ibra edilmişse artık halefiyete dayanılmaz ve davacı davasını bu halde arsa sahibine yöneltebilir”. Yine, Yargıtay 15. HD. 06.10.1987 tarih ve 1987/4375 E. ve 1987/3437K. sayılı kararında: “inşaat süresi 3 ayla sınırlandırılmış olmakla taraflardan birinin borçlu temerrüdüne düşmesi durumunda, diğer taraf BK m. 106’da yer alan seçimlik haklardan birini aynı ölçüler içinde kullanmalıdır” şeklindedir.

¹²⁶ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 692.; **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 135.; **ERMAN, H.**, age., s. 80.

¹²⁷ **KARATAŞ, İ.**, age., s. 289.; Yargıtay 15. HD. 23.10.2000, 2397: “Sözleşmenin 3. maddesinde, gecikilen ilk altı ay için 6000 Dolar, ikinci altı ay için de 12.000 Dolar cezai şart kararlaştırılmıştır.

arasındaki sözleşmede ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin eserin kabulünün gecikme nedeniyle cezai şarttan vazgeçme anlamına gelmeyeceği belirtilmişse ihtirazi kayıt konulmaması cezai şart talebine engel olmaz¹²⁸.

Arsa sahibinin, sözleşmede belirtilen cezai şartı aşan bir zarara uğraması halinde ise, ortaya çıkan zararını ve müteahhidin gecikmede kusurlu olduğunu kanıtlayarak zararının tazminini de BK m. 159/2 uyarınca isteyebilir¹²⁹. Arsa sahibinin uğradığı bunun gibi zararlar cezai şart miktarını aşmakta ise, bunlar talep edilebilir ancak zarar cezai şarta konu olan miktardan az ise bunların ayriyeten istenmesi mümkün değildir¹³⁰.

Müteahhit temerrüde düşmesine rağmen, edimini gecikmeli olarak yerine getirirse arsa sahibinin karşı edimi olan arsa paylarının müteahhide devri gerekir. Bu durumda, müteahhidin gecikme nedeniyle sorumlu bulunduğu tazminat borcunun ifasına kadar arsa sahibinin üzerine düşen edimi yerine getirmekten kaçınması da BK m. 81 hükmü çerçevesinde mümkündür.

3.1. İfadan Vazgeçip Müspet Zararın Tazmini

Sözleşme süresi içerisinde yapımın üstlendiği işi yapamayan veya tamamlayamayarak borçlu temerrüdüne düşen müteahhit hakkında arsa sahibi, aynen ifa isteğinden ve gecikme nedeniyle talep edebileceği sair zarar ve ziyan haklarından vazgeçerek işin yapılmamasından dolayı uğradığı müspet zararı talep edebilir¹³¹.

Anılan fıkraya göre, edanın ihtirazi kayıt dermeyeran edilmeksizin kabulü halinde bu ceza istenemez. Dava dilekçesinde, inşaatın 15.9.1997 tarihinde teslim alındığı davacı tarafça kabul edilmiştir. Teslim alınırken, cezayı isteme hakkının saklı tutulduğu da kanıtlanmış değildir. Bu durumda, davanın reddine karar verilmesi gerekirken..." şeklindedir.

¹²⁸ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 136.

¹²⁹ Örneğin, gecikilen süre nedeniyle bina ile ilgili bir takım vergilerin artmış olması hali gibi.

¹³⁰ Yargıtay 15. HD. 13.3.1996, 1996/6740E. 1996/13231K. : "... Zararın cezadan az olması halinde, ceza ile birlikte zarar istenemezse de, ceza miktarından fazla olan zararın cezayı aşan miktarı talep edilebilir." şeklindedir. **Kazancı İçtihat Bankası**.

Arsa sahibinin tercih konusu olan bu hakkı BK m. 106/2’de düzenlenmiş olup anılan hüküm “*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.*” şeklindedir. Açıklanan bu hüküm çerçevesinde, arsa sahibinin bu talepte bulunabilmesi için kural olarak müteahhide inşaatı tamamlaması için uygun bir süre vermesi, bu süre içinde inşaatın tamamlanmamış olması ve arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirerek müspet zararın tazminini talep ettiğini bildirmesi gerekir¹³². Son süre tayini ile ifadan vazgeçip müspet zararın tazmininin isteneceğine ilişkin irade açıklaması aynı zamanda yapılabilir. Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçip, ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle müspet zararın tazminini istemesi halinde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sona ermez.

Buradaki tercih konusu edilen müspet zarar, temerrüde konu edim ifa edilmiş olsaydı alacaklının mameleki ne durumda olacaktıysa bu durum ile edimin yerine getirilmemesi arasındaki farktır.

Müteahhidin haklı bir neden olmadan sözleşme süresi sona ermesine rağmen inşaatı hiç başlamamış olması halinde aynen ifadan vazgeçen iş sahibinin talep edebileceği müspet zararı; sözleşmeye konu inşaat için müteahhide ödenmesi kararlaştırılan bedel ile binanın yapılmış hali itibarıyla tercih hakkının kullanıldığı tarihteki rayiç değer arasındaki farktır¹³³.

Bununla birlikte sözleşme süresi içinde müteahhidin işe başlaması ancak süre sonunda haklı bir neden olmaksızın işi tamamlayamayarak temerrüde

¹³¹ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 697.

¹³² Ayrıntılı bilgi için bkz. **KARTAL, B.** (1993), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 104, Ankara.; **TEKİNAY, S., AKMAN, S., BURCUOĞLU, H., ALTOP, A.**, age., s. 960 vd.; **ERMAN, H.**, age., s. 92.

¹³³ **DAYINDARLI, K.** (2003), *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü*, B. 3, s. 50, Ankara.; **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 698.; **TANDOĞAN, H.**, *Mesuliyet*, s. 502-503.

düşmesi durumunda ise, müteahhidin yüklendiği işin bütününe göre yapılmayan kısmın oranı bulunarak inşaatın bulunacak kaim bedelinden bu orana isabet eden miktar iş sahibinin müspet zararı olarak kabul edilir¹³⁴.

Tüm bunlarla birlikte aynen ifa yerine müspet zararına hükmedilen iş sahibi, müteahhitten artık başkaca zarar – ziyan ya da cezai şart talep edemez.

3.2.4. Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazmini

Arsa sahibi, müteahhidin temerrüde düşmesi halinde aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeyi feshedebilme imkanına sahiptir¹³⁵. Sözleşmenin yerine getirilmemesinden doğan tazminat talebinde olduğu gibi, kural olarak bu durumda da temerrüde düşen müteahhide edimini yerine getirmesi için uygun bir sürenin son kez verilmesi ve sürenin faydasız kalması üzerine ifadan vazgeçerek sözleşmenin feshedildiğinin derhal bildirilmesi gerekir. Fesih beyanı son süre verilmesine ilişkin bildirimde de yer alabilir.

BK m. 107 hükmüne göre ise, son süre tayinine gerek olmayan hallerde arsa sahibi müteahhide bir süre vermek zorunda olmaksızın aynen ifadan vazgeçtiğini ve sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir¹³⁶.

¹³⁴ KOSTAKOĞLU, C., age., s. 698.

¹³⁵ KOSTAKOĞLU, C., age., s. 757.

¹³⁶ Ayrıca bkz. AKKAYAN YILDIRIM, 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, s. 49 vd., İstanbul.; SEROZAN, R. (1975), *Sözleşmeden Dönme*, s. 177-178, İstanbul.; ERMAN, H. (1979), *İstisna Sözleşmelerinde Beklenilmeyen Haller – BK 365/2*, (Beklenilmeyen Haller), s. 104, İstanbul.; ERMAN, H., *Müteahhidin Temerrüdü*, s. 4-5-6.; ERMAN, H., age., s. 95.; Yargıtay 13. HD. 27.4.1987, 1346/2534: "Süresinde bozma (fesih) bildiriminde bulunulmadan ve daha sonra borcun (edimin) yerine getirilmesi için süre verilmeden dava açılması doğru değildir." Yargıtay. 15. HD. 4.7.1988, 1088/866E. 1988/2520K. sayılı kararı: “Somut olayda eserin tamamlanarak teslim edileceği tarih kesin bir biçimde kararlaştırılmış olduğundan davalı ve karşılık davacının, yükleniciye sözleşmenin yerine getirilmesi için ayrıca bir süre tanımasına veya uygun bir sürenin belirlenmesi için hakimden istekte bulunmasına gerek yoktur.”. Yargıtay 15. HD. 25.2.1998, 1998/497E. 1998/672K. : “Dava, sözleşmenin feshi ve tapu iptali istemine ilişkindir. Dava, 29.7.1996 tarihinde açılmıştır. Davacılar, daha sonra 4.10.1996 tarihinde açtıkları bir başka davada da aynı sözleşmeye dayanarak, gecikme nedeniyle kira bedellerinin tespitiyle tahsilini talep etmişlerdir. Başka bir anlatımla, davacılar hem sözleşmenin feshi (sona erdirilmesi) ve hem de ifası gibi

Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, karşı taraf sözleşmeden dönmeyi kabul etmezse veya sözleşmeden dönmeye karşı çıkarsa sözleşmeden dönmek isteyen tarafın, mahkemeden bu yolda bir karar alması gerekir. Bu davada dönme talebinin haklı olup olmadığı tespit edilip buna göre mahkemece sözleşmenin feshine veya davanın reddine karar verilir. Mahkemenin davanın reddine karar vermesi, taraflar arasındaki sözleşmenin yürürlükte kalmaya devam ettiği sonucunu doğurur¹³⁷. Ayrıca sözleşmede arsa sahibi olarak birden fazla kişi taraf ise, sözleşmenin feshi için bunların hepsinin birlikte hareket etmesi gerekmektedir¹³⁸.

Müteahhidin temerrüdü nedeniyle akdin feshini tercih eden iş sahibi, fesih ile birlikte ancak menfi zararlarını ve sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde BK m. 158/1 hükmü çerçevesinde seçimlik cezayı talep edebilecek olup feshedilen akit nedeniyle müspet zararlarını isteyemez¹³⁹. Ancak sözleşmede bu konuda kararlaştırılmış özel hükümlerin bulunması halinde bu hükümlerin geçerli olması sebebiyle, anılan sözleşme hükümlerine göre hareket edilecektir.

birbiriyle çelişen iki ayrı talepte bulunmuşlardır. Bu durumda, davacıların asıl maksatlarına bakmak gerekir. İnşaatın geldiği seviye ve tarafların yararları göz önünde bulundurulduğu takdirde, asıl amacın, fesih olmayıp, sözleşmenin ifası ve geciken ifa dolayısıyla zararın tazmini ve henüz sonuç doğurmamış olan fesih talebinden vazgeçme olduğu açıktır..."

¹³⁷ Yargıtay 15.HD. 19.12.2005 tarih ve 2005/7707 esas 2005/6899 karar sayılı kararında: "Fesih iradesinin açık bir irade beyanı ile karşı tarafa bildirilmesi mümkün olduğu gibi, bu iradenin bir eylem biçimi ile de duyurulması mümkündür. Somut olayda; davacı yüklenici davada gerçekleştirdiği imalat bedelinin tahsilini talep etmiştir. Davacı imalat bedelini istediğinden, bu talebi ile sözleşmeyi feshettiği de anlaşılmaktadır. Davalı arsa sahipleri de davadan sonra keşide ettikleri ihtar ile sözleşmeyi feshettiklerinden fesih konusunda taraf iradeleri birleşmiştir. Fesih iradeleri birleştiğinden imalat bedeli yönünden fesih haklı olup olmamasının önemi yoktur. Fesih sonucu için tasfiyesi gerekeceğinden, davacı yüklenici sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, dava tarihi itibarıyla gerçekleştirdiği arsa sahiplerinin yararlanabileceği ekonomik değeri olan ve malvarlıklarında artış sağlayan imalat bedelini isteyebilir" şeklindedir. **Kazancı İçtihat Bankası.**

¹³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **KARATAŞ, İ.**, age., s. 340.

¹³⁹ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 700.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YAPININ AYIPLI OLMASI HALİNDE ARSA SAHİBİNİN HAKLARI

4.1. Müteahhidin Ayıp Nedeniyle Sorumluluğunun Şartları

4.1.1. Yapının Teslim Edilmiş Olması

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun doğması için öncelikle yapının tamamlanmış ve arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin teslim edilmiş olması gerekmektedir¹⁴⁰.

4.1.2. Yapının Ayıplı Olması

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun meydana gelmesi için ikinci şart, yapının ayıplı olması şartıdır. Ayıp, teslim edilen eserde sözleşmede kararlaştırılmış olan niteliklerin veya sözleşmede öngörülen tahsis amacı bakımından gerekli niteliklerin bulunmaması halidir.

Müteahhit üstlendiği inşaatı gerek sözleşmeye gerekse de fenni şartlara göre inşa edip teslim etmelidir. Sözleşmeye ya da fenni şartlara uygun yapılmayan inşaat ise ayıplıdır¹⁴¹. Mevcut ayıp, eserin sözleşmeye aykırı olduğunu,

¹⁴⁰ Yukarıda II. Bölüm I/A'da ayrıntılı olarak incelenmiştir.

¹⁴¹ KOSTAKOĞLU, C., age., s. 547.

dolayısıyla müteahhidin sözleşmeyi gereği gibi ifa etmediğini gösterir. Ancak burada müteahhidin edimini yerine getirmemesi ve borçlu temerrüdüne düşmesi sonucu meydana gelmeyip, edimin gereği gibi ifa edilmemesi ya da kötü ifası söz konusudur¹⁴².

Müteahhidin kullandığı yardımcı şahıslar ve inşaatın bazı kısımlarını yürüten taşeronlar tarafından ayıp meydana getirilmiş olabilir. Bu durumda da arsa sahibi müteahhidin sorumluluğu yoluna gidebilir ve müteahhidin buradaki sorumluluğu, yardımcı kullanmasından veya işi taşerona yaptırmasından bağımsız olarak mevcuttur¹⁴³.

Eserin ayıplı olup olmadığının saptanması daha teknik bir konudur ve uygulamada bu hususta teknik bilirkişilerden yararlanılmaktadır. Ayıbın tespiti için, sözleşmede belirlenen nitelikler veya eserde bulunması gereken nitelikler ile teslim edilen eserin fiilen taşıdığı nitelikler karşılaştırılmalıdır¹⁴⁴. Bu konuda sözleşmede öngörülen niteliklerin bulunmaması ile gerekli niteliklerin eksikliği halleri de birbirinden ayrılmalıdır.

4.1.2.1. Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerin Eksikliği

Eserin taşıyacağı nitelikler taraflarca sözleşmede kararlaştırılmışsa bu niteliklerden herhangi birinin eksikliği eserin ayıplı olduğu sonucunu doğurur. Teslim edilen eserin teknik bakımdan kusurunun bulunmaması, eksik niteliğe rağmen sözleşme konusu eserle aynı şekilde kullanılabilir derecede bulunması veya değer taşıması eserin ayıplı sayılmasını ortadan kaldırmaz¹⁴⁵.

¹⁴² **ERMAN, H.**, age., s. 109.

¹⁴³ **SELİÇİ, Ö.**, age., s. 122.

¹⁴⁴ **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 162.; **YAVUZ, C.**, age., s. 473.

¹⁴⁵ **BURCUOĞLU, H.**, agm, s. 285.; **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 163.

Taraflar arasında yapılan sözleşmede eserin taşıyacağı asgari nitelikler belirtilmiş olabilir. Bu durumda arsa sahibi, niteliklerin asgari olarak belirtilen ölçünün üstünde olmadığını ileri sürerek ayıp hükümlerinden yararlanamaz. Çünkü eserin ayıplı sayılması için söz konusu niteliklerin asgari seviyenin altında olması gerekir¹⁴⁶. Ayrıca, taraflar sözleşmede eserde bulunmaması gereken nitelikleri de belirtmiş olabilirler. Bu durumda eserin sözleşmede belirtilen bu nitelikleri taşıması halinde ayıp hükümlerinin uygulanması sonucu doğar.

Taraflar arasındaki sözleşmede belirtilen nitelikler bakımından müteahhidin bu konuda ayrıca sorumluluk yüklediği beyanında bulunup bulunmaması veya bu beyanın arsa sahibinin sözleşmeyi yapma kararına etkili olup olmadığı konusu bir değişiklik yaratmaz ve müteahhit BK m. 359 uyarınca sorumlu olur¹⁴⁷. Buna karşın, müteahhidin ayrıca belli niteliklere ilişkin olarak garanti vermesi ayıp sonucu zarar için kusursuz sorumluluğu kabul ettiği anlamına gelebilir.

4.1.2.2. Gerekli Niteliklerin Eksikliği

Taraflar arasında yapılmış olan sözleşmede, sözleşme konusu yapının hangi nitelikleri taşıyacağı belirtilmemiş olabilir. Bu durumda dürüstlük kuralı ve ticari doğruluk çerçevesinde ve gerekliliğinde, müteahhit kullanılmaya elverişli ve normal yapıdaki bir eserin değerini ve kalitesini taşıyan bir inşaat yapmakla yükümlüdür¹⁴⁸. Ayriyeten esere ilişkin olarak sözleşmede özel bir kullanım amacının belirlenmiş olması halinde inşaat bu amaca ilişkin olmalıdır.

¹⁴⁶ **ERMAN, H.**, age., s. 111.

¹⁴⁷ **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 163.

¹⁴⁸ **TUNÇOMAĞ, K.**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 1015.; **BURCUOĞLU, H.**, agm, s. 285.; **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 164.; **ÖZ, T.**, age., s. 92.; **YAVUZ, C.**, age., s. 474.; **ERMAN, H.**, age., s. 112.

Müteahhidin, sözleşmeye konu eseri genellikle kabul edilen teknik kurallara uygun olarak tamamlaması gerekir ve bu kurallara aykırılık olması halinde eserin ayıplı olması sonucu ortaya çıkar¹⁴⁹.

4.1.2.3. Ayıp Türleri

Yapılan inşaatlarda ayıplar, çeşitli görünümelerde ortaya çıkabilir. Buna ilişkin olarak aşağıdaki şekilde yapılacak olan ayrımlar sıralanabilir:

4.1.2.3.1. Hukuki Ayıp – Maddi (Fiili) Ayıp

Kamu hukuku, bir binanın kullanımına ilişkin olarak güvenlik veya başka sebeplerden ötürü bir takım kurallar getirebilir. Müteahhit tarafından bu kurallara uyulmaması hukuki ayıp olarak nitelendirilir¹⁵⁰. Fiili ayıplar ise inşaatla mevcut olan bozukluğu ifade etmektedir.

Bir inşaatla ilgili hem hukuki ayıplar, hem de fiili ayıplar müteahhidin sorumluluğunu doğurmaktadır¹⁵¹.

4.1.2.3.2. Gizli Ayıp – Açık Ayıp

Açık ayıp, BK m. 362 hükmünde ifade edildiği üzere, “*usulü veçhile yapılan muayenesinde görülebilen*” ayıplardır. Buna karşın, inşaatın gözle ve elle yapılan muayenesinde saptanamayan özel bir teknik inceleme ile veya bir zaman süreci sonucunda ortaya çıkan ayıplar ise gizli ayıptır¹⁵². Gizli ayıp genellikle

¹⁴⁹ **ERMAN, H.**, age., s. 112.

¹⁵⁰ **BURCUOĞLU, H.**, agm, s. 285-286.; **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 167.; **SELİÇİ, Ö.**, age., s. 138.; Ayriyeten, Yargıtay yerleşik kararlarına göre de, örneğin müteahhidin sözleşmede vaat ettiği işkan ruhsatının alınmamış olması hukuki ayıp olarak nitelendirilmektedir. Örnek olarak bkz. Yargıtay 15. HD., 16.10.1977 tarih, 1977/1658E. 1077/1746K. Sayılı kararı. **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹⁵¹ **ERMAN, H.**, age., s. 112.

¹⁵² **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 552.; **BURCUOĞLU, H.**, agm, s. 285-286.;

müteahhidin fenni koşullara uygun ve aranan niteliği taşımayan malzeme kullanmasından kaynaklanmaktadır.

4.1.2.3.3. Tam Önemli – Daha Az Önemli Ayıp

Tam önemli – daha az önemli ayıp ayrımı, BK m. 360 hükmünün 1. ve 2. fıkrası açısından, ayıba karşı tekeffül hükümlerine yönelik olarak iş sahibinin hangi haklarını kullanabileceğini gösterdiği için önemli bir ayrımdır.

Tam önemli ayıplar eserin kullanılmasını engelleyen niteliktedir ve iş sahibinin kabule zorlanamayacağı ayıp türüdür¹⁵³. Oysa eserin kullanılmasına engel olmayan daha az önemli ayıplarda iş sahibi eseri kabul mecburiyetindedir. Ancak, bu tür ayıplar bakımından da müteahhidin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Daha az önemli ayıplar açısından, bu ayıpların ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması şeklinde olmadığı sürece ayıp hükümleri uygulama alanı bulur¹⁵⁴.

4.1.2.3.4. Asli Ayıp – Tali (İkincil) Ayıp

Asli ayıplar eserin teslimi sırasında mevcut olan ayıplardır. Asli ayıpların sonradan yol açtığı ayıplar ise tali ayıplardır¹⁵⁵. Asli ayıplar gibi tali nitelikteki ayıplar da müteahhidin ayıp nedeniyle sorumluluğuna dahildir. Ancak, eserin tesliminden sonra bozulması veya bazı niteliklerini kaybetmesi ikincil bir ayıp niteliği taşımyorsa ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması mümkün değildir¹⁵⁶.

YAVUZ, C., age., s. 474.

¹⁵³ BURCUOĞLU, H., agm, s. 286.; YAVUZ, C., age., s. 475.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 167.; ERMAN, H., age., s. 114.

¹⁵⁴ BURCUOĞLU, H., agm, s. 286.; YAVUZ, C., age., s. 475.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 167.; ERMAN, H., age., s. 114.

¹⁵⁵ Örneğin, ayıplı beton yüzünden duvarın çökmesi olayı gibi.

¹⁵⁶ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 166.; ERMAN, H., age., s. 114.; ÖZ, T., age., s. 93.; SELİÇİ, Ö., age., s. 142.; BURCUOĞLU, H., agm., s. 287.

4.1.3. Arsa Sahibinin Muayene ve İhbar Yükümlülüğünü Yerine Getirmiş Olması

BK m. 359/1 hükmüne göre; eserin tesliminden sonra, iş sahibi işlerin mutad durumuna göre imkanını bulur bulmaz teslim aldığı eseri muayene etmeye ve ayıplar varsa bunları müteahhide bildirmeye mecburdur ve söz konusu muayeneyi ve ihbarı ihmal ederse eseri zımnen kabul etmiş sayılır¹⁵⁷.

Söz konusu hükümden de anlaşıldığı üzere arsa sahibinin, müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna başvurabilmesi için, eseri muayene etmesi ve ayıp ihbarını yapmış olması gerekmektedir. Aksi halde, müteahhidin sorumluluğuna gidilebilmesi kural olarak sadece gizli ayıplar ve müteahhidin kasten sakladığı ayıplar için mümkün olacaktır¹⁵⁸.

Arsa sahibine düşen bu muayene ve ihbar yükümlülüğü, bir borç niteliğinde olmayıp sadece ayıba karşı tekeffül hükümlerinden doğan haklarından yararlanabilmesi için bir şarttır¹⁵⁹. Bir borç niteliği taşımadığından müteahhit, iş sahibinden eserin muayene edilmesini ve varsa ayıpların bildirilmesini isteyemez ve bu konuda onu temerrüde düşüremez. Dolayısıyla eserin muayene edilmesi ve ayıp bildiriminde bulunulması konusu iş sahibine ait bir yasal yükümlülüktür. Nitekim iş sahibinin bu yükümlülüğü, eserin iş sahibi tarafından kabul edilip

¹⁵⁷ Yargıtay 15. HD. 16.5.2002 tarih ve 2002/789E. 2002/2562K. sayılı kararı: "Davacılar açık ayıpları işin kabulü anında, gizli ayıpları da, ortaya çıktığında vakıf olur olmaz davalılara bildirmekle yükümlüdür. Aksi halde ayıptan ötürü başvuru hakları düşer" şeklindedir. **Kazancı İçtihat Bankası.**

¹⁵⁸ Yargıtay 15. HD. 30.11.1989, 1989/2106E. 1989/5030K. sayılı kararı : "...Davacının kendisine isabet eden 3 dairenin avan projesine göre 48 m² küçük yapılmasından dolayı ortaya çıkan değer kaybına ilişkin istemine gelince, dairelerin projesinden küçük yapılması açık ayıp niteliğini taşır. Bu durumda davacı iş sahibinin eseri teslim alırken işlerin mutad cereyanına göre imkân bulur bulmaz gecikmeksizin muayene ettirip davaya konu edilen bu kusurları yükleniciye bildirmek zorundadır. Aksi halde yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur... Somut olayda davacı değer kaybı hususunda davalıya karşı herhangi bir itiraz ileri sürmemiş ve eseri teslimden yaklaşık 2 sene sonra muayene ve tespit yoluna giderek ayıplı iş nedeniyle talepte bulunmuş olduğundan, yüklenicinin sorumluluğunun kalmadığına hükmedilmesi gerekir..." **Kazancı İçtihat Bankası.**

¹⁵⁹ SELİÇİ, Ö., age., s. 145.; ÖZ, T., age.,s.112.; BURCUOĞLU, H., agm., s. 306.

edilmeyeceğini mümkün olduğu kadar kısa zamanda öğrenmesi açısından müteahhidi korumaya yöneliktir¹⁶⁰.

Arsa sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğü BK m. 356/1 hükmü çerçevesinde eserin (bağımsız bölümlerin) iş sahibine teslimi ile başlamaktadır¹⁶¹. Dolayısıyla, arsa sahibi eserin ayıplı olduğunu teslimden önce bilse dahi teslim almadan muayene ve ihbar yükümlülüğü yoktur.

Taraflar sözleşmede muayene ve ayıp ihbarı için özel bir düzenleme yapmış olabilirler. Bu durumda, kural olarak iş sahibi sözleşmedeki bu düzenlemeye uymalıdır. Ancak getirilen bu düzenlemedeki ihbar süresi, eserin niteliği ve kapsamı bakımından yeterli değilse işlerin olağan akışına göre gereken süre esas alınacaktır¹⁶².

4.1.3.1. Muayene Yükümlülüğü

BK m. 359 hükmü iş sahibine eseri muayene yükümlülüğü getirmektedir. Anılan hüküm, *“imal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutat cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeğe mecburdur. İki taraftan her birinin, imal olunan şeyi masrafi kendisinden olmak üzere ehli hibreye muayene ettirilmesini ve muayene neticesinin bir raporla tespitini istemeğe hakkı vardır.”* şeklinde olup bu

¹⁶⁰ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 168.

¹⁶¹ ERMAN, H., age., s. 117-118.; Yargıtay 15. HD. 14.4.1983, 1983/844E. 1983/934K. sayılı kararında: *“...Hadisemizde, dava mevzuu kusurlu ve noksan işlerin hemen göze çarpacak mahiyette olduğu anlaşılmaktadır. O halde iş sahibinin daireleri teslim alır almaz veya fiilen işgal eder etmez derhal ihbar mecburiyetini yerine getirmesi gerekir. Bu kanuni lazime yerine getirilmediği takdirde müteahhit her türlü mesuliyetten kurtulur. Davalı vekili, inşaatın 1979 senesi başlarında tamamlanarak teslim edildiğini ve ipoteklerin de çözüldüğünü bildirmiş ve dosyadaki deliller de bu hususu teyit eder mahiyette görülmüştür. Ufak tefek kusurlar ve noksanlıklar bulunması, iskan raporunun alınmaması veya geç alınması dairelerin kabule icbar edilemeyeceği anlamını taşımaz. İskan raporu alınmadan da daireler fiilen işgal edilip faydalanma yoluna gidilebilir. Bu itibarla, dairelerin tesellüm tarihi ihbar mükellefiyeti için süre başlangıcı olarak kabul etmek gerekir. O halde aradan uzun bir müddet geçtikten sonra çekilen ihtarname kabul değer görülmemiştir.”*

¹⁶² YAVUZ, C., age., s. 476.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 174.; ÖZ, T., age., s. 114.; ERMAN, H., age., s. 118.

hükme göre, bağımsız bölümlerin iş sahibine tesliminden sonra, iş sahibinin muayene yükümlülüğü doğmaktadır.

Söz konusu düzenlemede geçen “*imkanını bulur bulmaz*” ifadesi “*işlerin mutat cereyanına*” deyimini ile birlikte ele alınmalı ve böylece iş sahibinin subjektif durumu tek başına değerlendirilmemelidir¹⁶³. Arsa sahibinin derhal eseri muayeneye başlamamasında dürüstlük kuralı çerçevesinde bir haklı sebep varsa muayene, işlerin olağan akışına ters düşmeyecek şekilde belirli bir zaman sonra da yapılabilir¹⁶⁴.

Muayenenin ne kadar zaman süreceği konusunda da, objektif olarak mümkün ve makul süre esas alınmalı, eserin türü ve amacına göre normal bir iş sahibinden beklenecek olağan bir araştırma ve inceleme için gereken makul sürenin iş sahibine verilmesi gerekir¹⁶⁵.

BK m. 359/2’de, tarafların masrafları kendisine ait olmak üzere eseri o konuda bir bilirkişiye muayene ettirmesi ve sonucu bir raporla tespit ettirmesi imkanı tanınmıştır¹⁶⁶. Belirtilen hüküm taraflara böyle bir zorunluluk yüklememektedir. Ancak taraflar kendi aralarındaki sözleşmede söz konusu hususa yönelik bir düzenleme getirmiş olabilir ve bu durumda sözleşmeye göre hareket edilmesi gerekir¹⁶⁷. BK m. 359/2’de geçen “*ehlihibre*” ifadesini ise Mahkemece tayin edilmiş olan bilirkişiler olarak anlamak gerekir¹⁶⁸.

¹⁶³ **ARAL, F.** (2007), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, B. 7, s. 356, Ankara.; **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 170.

¹⁶⁴ **BURCUOĞLU, H.**, agm., s. 309.; **ÖZ, T.**, age., s.114.; Örnek olarak bkz. Yargıtay 15. HD. 14.03.1977, 1977/515E. 1977/629K. Sayılı kararı (**ERMAN, H.**, age., s. 120.).

¹⁶⁵ **ERMAN, H.**, age., s. 120.; Yargıtay 15. HD. 18.10.1982, 1982/1404E. 1982/2045 K. sayılı kararı. “imal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işin gidişine göre olanak bulur bulmaz o şeyi muayene ettirme ve kusurları varsa müteahhide bildirmek zorundadır. Yapılan şeyin açıkça veya üstü kapalıca kabulünden sonra yüklenici sorumluluktan kurtulur. Davacılar kendilerine verilen dairenin sözleşmeye uygun olup olmadığını derhal araştırmalı ve gerektiğinde BK m. 359/son gereğince bilirkişilere durumu tespit ettirmelidirler. 2 – 3 yıl sonra bunu tevessül davacıları hakkı kılmaz.”

¹⁶⁶ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., 549.

BK m. 359/2 düzenlemesi, eseri o konuda bir bilirkişiye muayene ettirmesi ve sonucu bir raporla tespit ettirmesi imkanını hem iş sahibine hem de müteahhide tanımıştır. Buna göre, müteahhidin eseri muayene ettirmesi, iş sahibinin ayıp ihbarında bulunması halinde söz konusu olur¹⁶⁹.

BK m. 359'da yer alan eserin muayenesi yükümlülüğü eserdeki açık ayıplar bakımından söz konusu olur¹⁷⁰. Eserdeki gizli ayıplar ve müteahhidin kasten saklamış olduğu ayıplar bakımından iş sahibinin muayene yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁷¹.

4.1.3.2. İhbar Yükümlülüğü

İş sahibinin Kanunda kendisine tanınan ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanabilmesi için eserdeki ayıpları vaktinde müteahhide bildirmesi gerekir. Ayıp ihbarı, hem açık hem de gizli ayıplar için geçerli olup müteahhidin kasten gizlemiş olduğu ayıplar bakımından iş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanabilmesi için geçerli değildir¹⁷².

Ayıp ihbarı, eserin durumu hakkında iş sahibinin müteahhide vermiş olduğu bilgi değil aynı zamanda iş sahibinin belirlediği ayıplar nedeniyle müteahhidin ediminin sözleşmeye aykırı olduğuna ve müteahhidin sorumlu tutulacağına yönelik bir irade beyanıdır¹⁷³. Söz konusu ihbar bir irade açıklaması

¹⁶⁷ BURCUOĞLU, H., agm., s. 312.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 170.

¹⁶⁸ TUNÇOMAĞ, K., *Özel Borç İlişkileri*, s. 1020.; BURCUOĞLU, H., agm., s. 312.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 171.; ÖZ, T., age., s. 115.; SELİÇİ, Ö., age., 148.

¹⁶⁹ ERMAN, H., age., s. 122.

¹⁷⁰ KOSTAKOĞLU, C., age., s. 548.

¹⁷¹ ERMAN, H., age., s. 122.

¹⁷² BURCUOĞLU, H., agm., s. 316.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 174.; ÖZ, T., age., s. 118.; SELİÇİ, Ö., age., 202.; Ayrıca örnek Yargıtay kararları için bkz. KARAHASAN, M. R., *Mülkiyet*, s. 1167.

¹⁷³ BURCUOĞLU, H., agm., s. 306.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 172.

olmasına rağmen, hukuki bir işlem olarak kabul edilmeyip hukuki işlem benzeri bir fiil olarak kabul edilmektedir¹⁷⁴. Nitekim müteahhidin sorumluluğu kendisine yapılan ihbara değil, ayıbın varlığına bağlıdır. Gerçekte ayıp yoksa müteahhit itiraz etmiş olmasa bile sorumluluğu söz konusu olmaz¹⁷⁵.

Ayıp ihbarının hukuki bir işlem olmaması sebebiyle herhangi bir şekil şartı zorunluluğu da yoktur. Yazılı ya da sözlü olarak yapılabilir¹⁷⁶. Ayıp ihbarı hukuki sonuçlarını da müteahhide ulaştığı an değil, gönderildiği an doğurur¹⁷⁷.

Ayıp ihbarının zamanında yapılıp yapılmadığı hususunun müteahhit tarafından ileri sürülmesi gerekir, hakim tarafından resen göz önüne alınamaz¹⁷⁸. Müteahhit tarafından ayıp ihbarının vaktinde yapılmadığının iddiası halinde ise ispat külfeti iş sahibine yüklenir¹⁷⁹. Bununla birlikte müteahhit, ihbar edilen ayıbın gizli değil de açık ayıp olduğu iddiasını ileri sürerse bunu kendisi kanıtlamalıdır.

4.2. Arsa Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları

4.2.1. Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı

BK m. 360/1 hükmü “*Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nisfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele*

¹⁷⁴ KOSTAKOĞLU, C., age., 549.; ÖZ, T., age., s. 116.; SELİÇİ, Ö., age., 152.; BURCUOĞLU, H., agm., s. 306.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 172.

¹⁷⁵ ERMAN, H., age., s. 126.

¹⁷⁶ KOSTAKOĞLU, C., age., 549.; KARAHASAN, M. R., *Mülkiyet*, s. 1093.; SELİÇİ, Ö., age., 151.; KARAHASAN, M. R., *İnşaat Hukuku*, s. 452.; BURCUOĞLU, H., agm., s. 306.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 173.; ÖZ, T., age., s. 116.; Örnek karar için bkz. Yargıtay HGK 22.03.1995 tarih, 1995/31E. 1995/196K. **Kazancı İċtihat Bankası**.

¹⁷⁷ ERMAN, H., age., s. 126.; ÖZ, T., age., s. 116.; SELİÇİ, Ö., age., 152.

¹⁷⁸ ERMAN, H., age., s. 127.

¹⁷⁹ İspat yüküne ilişkin olarak bkz. ALANGOYA, Y. (2001), *Medeni Usul Hukuku Esasları*, s. 307 vd., İstanbul.; KURU, B., ARSLAN, A., YILMAZ, E. (2001), *Medeni Usul Hukuku*, Ders Kitabı, s. 423 vd., Ankara.

şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta müteahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıp halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkının kabul edilebilmesi için hem binadaki ayıpların kabule zorlanamayacak derecede önemli olması, hem de binanın yıkılması ve kaldırılmasının fazla bir zararı gerektirmemesi icap etmektedir¹⁸⁰.

4.2.1.1. Yapıdaki Ayıpların Arsa Sahibinin Kabule Zorlanamayacağı Derecede Önemli Olması

BK m. 360/1 düzenlemesine göre iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için gereken ilk şart, yapıdaki ayıbın eseri arsa sahibi açısından kullanılmayacak bir duruma getirmesidir. Burada aranan nitelik; ayıbın eseri tamamen ve kesin olarak kullanılmayacak hale getirmesidir. Ayrıca, eseri kullanılmaz hale getiren ayıp büyük masrafı gerektirmeyen bir onarımla giderilebilecekse yine sözleşmeden dönme yoluna gidilemeyecektir¹⁸¹.

Maddede geçen, “*kullanılmazlık*” unsurunu sözleşmede öngörülen kullanma amacına göre belirlenmek gerekir. Eğer sözleşmede özel bir kullanma biçimi öngörülmüş ve buna ilişkin nitelikler belirlenmişse, bu nitelikleri taşımayan eserin karine olarak kullanılmaz durumda olduğu kabul edilmektedir¹⁸². Bu konuda dürüstlük kuralları da göz önüne alınmalı ve her somut olayın bu kurallar çerçevesinde değerlendirilmesi yapılmalıdır¹⁸³.

¹⁸⁰ BURCUOĞLU, H., agm., s. 289.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 177.; ÖZ, T., age., s. 102.; SELİÇİ, Ö., age., 135.; ERMAN, H., age., s. 132.

¹⁸¹ ERMAN, H., age., s. 131.

¹⁸² ÖZ, T., age., s. 107.; SELİÇİ, Ö., age., s. 163.

¹⁸³ Yargıtay 15. HD. 1.3.1999, 1999/5274E. 1999/721K. : "... Yapılan şeyin fen ve sanat kurallarına göre iş sahibinin reddedip etmeyeceği düzeyde olup olmadığı, kabulden

Burada asıl olarak araştırılması gereken husus; ayıp nedeniyle eserin iş sahibi tarafından kabulünün beklenemez derecede olup olmadığıdır. Ayıbın iş sahibi tarafından eseri kabule zorlanamayacak derecede bulunması, her somut olayın koşullarına göre ve tarafların karşılıklı menfaatlerinin tartılması suretiyle hakkaniyete göre saptanır¹⁸⁴.

Sözleşmede açıkça belirtilen niteliklerin eserde bulunmaması halinde de dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirme yapılarak iş sahibinin eseri kabulünün gerekip gerekmediği araştırılmalıdır¹⁸⁵. Buna karşın, sözleşmede öngörülen özelliklerin eksik olması hali, eserin kabulünü beklenemez hale getiren önemli ayıp olduğu karine olarak kabul edilmeli ve bu karinenin aksi müteahhit tarafından kanıtlanmalıdır¹⁸⁶. Dolayısıyla sözleşme ile eserde bulunması kararlaştırılan niteliklere aykırılık, dürüstlük kurallarına göre eserin kabulünü beklenemez bir sonuç yaratmıyorsa yine sözleşmeden dönme yoluna gidilemeyecektir.

4.1. Binanın Yıkılması ve Kaldırılmasının Aşırı Bir Zararı Gerektirmemesi

Ayıp nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için sadece eserin arsa sahibi tarafından kabulünün beklenemez olması koşulunun bulunması yetmez ayrıca BK m. 360/3 uyarınca ayrıca yapılan binanın yıkılması ve kaldırılmasının aşırı bir zarara yol açmaması koşulu da bulunmalıdır. Yapının yıkılması ve kaldırılmasının aşırı bir zarar doğuracak olması halinde arsa sahibi ancak BK m.

kaçınılamayacak düzeyde ise mevcut hali ile bedelin tenkisi gerekip gerekmeyeceği, gerekiyorsa bunun parasal tutarı incelettilip hesaplatılmak, böylece sonucuna uygun bir hükme varılmalıdır..." **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹⁸⁴ **BURCUOĞLU, H.**, agm., s. 290.; **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 181.

¹⁸⁵ **ÖZ, T.**, age., s. 109.

¹⁸⁶ **ERMAN, H.**, age., s. 132.

360/2'de öngörülen bedel indirimine veya eserin onarım ve düzeltilmesine yönelik talep haklarını kullanabilir¹⁸⁷.

Müteahhit tarafından teslim edilen eserde iş (arsa) sahibinden eserin kabulünün beklenemeyeceği ölçüde önemli bir ayıbın bulunması halinde, sözleşmeden dönülebilmesi için ikinci bir inceleme yapılması; yapının yıkılması ve kaldırılmasının aşırı bir zararı doğurup doğurmayacağı araştırılması gerekecektir. Bu hükmün getirilmesindeki amaç ise yaratılmış olan mevcut değer korunmasına yönelik olup aynı zamanda müteahhidin aşırı zarara uğramasını önlemeyi amaçlamaktadır¹⁸⁸.

Yapının yıkılması ve kaldırılmasının müteahhit bakımından zarara yol açıp açmayacağı konusu hakim tarafından takdir edilecektir. Fazla zararın belirlenmesinde; somut olayın koşulları, özellikle eserin arsaya birlikte saptanacak değeri ile arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer düşüklüğü göz önüne alınacak ve buna göre bir tespit yapılacaktır¹⁸⁹.

Eserdeki ayıpların BK m. 360/1 kapsamına girecek şekilde eseri kabule zorlanamayacak nitelikte olduğunu kanıtlamak arsa sahibine, buna karşılık eserin yıkılmasının ve kaldırılmasının büyük masraf gerektireceğini kanıtlamak ise müteahhide aittir¹⁹⁰.

4.2.2. Ücretin İndirilmesini Talep Hakkı

Eserdeki ayıp kabulden kaçınmayı haklı gösterecek nitelikte önemli değilse ya da yapının yıkılması ve kaldırılması çok masraflı ise arsa sahibi ücretin

¹⁸⁷ ÖZ, T., age., s. 125.

¹⁸⁸ ÖZ, T., age., s. 125.; SELİÇİ, Ö., age., s.163.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 183.

¹⁸⁹ ÖZ, T., age., s. 125.; SELİÇİ, Ö., age., s.163-164.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 183.

¹⁹⁰ ÖZ, T., age., s. 126.; SELİÇİ, Ö., age., 164.

değer eksikliği oranında indirilmesini BK m. 360/2 uyarınca isteyebilir¹⁹¹. Bununla birlikte eserdeki ayıbın kabulden kaçınmayı haklı gösterecek derecede olması halinde de iş sahibi sözleşmeden dönme yoluna gitmeksizin, yine ayıp oranında ücretin indirilmesini talep edebilir¹⁹².

Ücret indiriminin istenmesi de tek taraflı ve varması gerekli irade beyanı ile kullanılan bir yenilik doğuran haktır¹⁹³. Bu nedenle ücret indirimine ilişkin bu irade beyanı, müteahhide varınca hukuki sonuçlarını doğurur. Bunun neticesinde iş sahibi beyanından artık tek taraflı olarak dönemez ve bu hakkını kullanması ile birlikte diğer seçimlik haklarını da kullanamaz¹⁹⁴.

Sözleşmeden dönme beyanındaki gibi, ücret indirimi beyanı da şekle bağlı değildir. Açık veya örtülü bir şekilde yapılabilir¹⁹⁵.

Ücret indiriminin hesaplanmasında genellikle nispi metot uygulanmaktadır. Buna göre, eser ayıplı olmasaydı taşıyacağı değer ile ayıplı haline yönelik değeri arasındaki oran; sözleşmede belirlenen ya da kanuna göre tayin edilen ücrete uygulanarak indirilmiş ücret saptanır¹⁹⁶.

¹⁹¹ Yargıtay 15. HD. 29.9.1989 tarih, 1989/2459E. 1989/3261K. Sayılı kararı: "...yapılan iş kabule zorlanamayacak biçimde kusurlu değilse, karşılaştırılan ve yapılan iş bedelinden indirim yapılır", Yargıtay. 15. HD. 23.1.1990 tarih, 2202E. 84K. Sayılı kararı: "...Mahkemece yapılan incelemede ECA yerine başka kalitede musluklar ve eyvelerin takıldığı tespit edilmiş olduğuna göre BK. 360 madde hükmü gereğince iş sahibinin bunları kabule icbar edilebileceğinden aradaki kalite farkının ödetilmesine karar verilmek gerekirken, hiçbirinin takılmamış gibi bedellerine hükmedilmiş olması yanlıştır..." **Kazancı İçtihat Bankası**.

¹⁹² **ERMAN, H.**, age., s. 135.

¹⁹³ **SELİÇİ, Ö.**, age., 168.; **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 186.; **BURCUOĞLU, H.**, agm., s. 293.

¹⁹⁴ **ERMAN, H.**, age., s. 136.

¹⁹⁵ **BURCUOĞLU, H.**, agm., s. 293.; **ERMAN, H.**, age., s. 136.

¹⁹⁶ Hesaplamaya ilişkin ayrıntılar ve uygulanan diğer yöntemlere ilişkin olarak için bkz. **ARAL, F.**, age., s. 360.; **ERMAN, H.**, age., s. 136.; Ayrıyeten örnek Yargıtay kararları için bkz. **KARAHASAN, M. R.**, *İnşaat Hukuku*, s. 146.

4.2.3. Ayıbın Giderilmesini Talep Hakkı

BK m. 360/2 hükmüne göre, ayıbın giderilmesi için gereken onarım aşırı masrafı gerektirmiyorsa iş sahibi ücret indirimi yerine ayıbın giderilmesini isteme hakkına sahiptir.

Ayıbın giderilmesini isteyebilmek için ayıba karşı tekeffülün genel şartlarından ayrı olarak bazı özel şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir. BK m. 360/2 'de açık olarak belirtilmemiş olsa da, iş sahibinin bu hakkı kullanabilmesi için ilk şart objektif olarak ayıbın giderilmesinin mümkün olması şartıdır¹⁹⁷.

İş sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için aranan ikinci şart ise ayıbın giderilmesinin aşırı masraf gerektirmemesidir¹⁹⁸. Ayıbın giderilmesi için gerekli olan masrafın aşırı olup olmadığı hususu hakim tarafından takdir edilecektir. Hakim, bu konuda müteahhit açısından işçilik giderlerini, malzeme giderlerini, ayrıca bozuk kısmın düzeltilmesinde bozuk olmayan kısımlarda olabilecek hasar ve zararların giderilmesi için gerekli olan giderlerini; iş sahibi açısından ise ayıbın giderilmesinin ona sağlayacağı yararı göz önüne alacaktır¹⁹⁹. İş sahibinin onarım üzerine elde edeceği yarar ile müteahhidin onarım masrafları arasında açık bir orantısızlık varsa, masrafın aşırı olduğu kabul edilmelidir²⁰⁰. Ancak, ayıbın giderilmesi aşırı masrafı gerektirmesine rağmen, müteahhit açık veya örtülü bir şekilde eserdeki mevcut ayıbı gidermeyi kabul etmişse, artık masrafın aşırı olduğu gerekçesiyle itirazda bulunamaz²⁰¹.

¹⁹⁷ **ERMAN, H.**, age., s. 140.; Yargıtay 15. HD. 21.4.1984, 1984/748E. 1984/1417K sayılı kararı: "... aykırılıkların fiilen projesine uygun hale getirilmesinin mümkün olup olmadığı ve parasal tutarı araştırılmamıştır..."; **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 196.; **SELİÇİ, Ö.**, age., s. 176.; **BURCUOĞLU, H.**, agm., s. 297.

¹⁹⁸ **SELİÇİ, Ö.**, age., 176.; **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 196.

¹⁹⁹ **ÖZ, T.**, age., s. 97. **SELİÇİ, Ö.**, age., s. 175.; **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 197.; **ERMAN, H.**, age., s. 141.

²⁰⁰ Yargıtay HGK. 16.1.1971, 1971/385E. 1971/4K. sayılı kararı: "...sığınağın müteahhit tarafından sözleşmeye göre 20 cm. daha alçak yapılması halinde, bütün binanın yıkılarak sığınağın yeniden yapılması istenemez..." şeklindedir. **Kazancı İhtihat Bankası.**

Müteahhidin iş sahibinin ayıbın giderilmesi talebini reddetmesi ya da uygun bir süre içerisinde ayıbı gidermemesi veya yapmış olduğu tamirin de ayıplı olması halinde iş sahibi diğer seçimlik haklarını kullanabilme imkanına sahiptir²⁰².

İş sahibinin ayıbın giderilmesi talebinin ardından kural olarak müteahhit derhal işe başlayarak uygun süre içerisinde de çalışmalarını tamamlamalıdır. Müteahhit uygun süre içinde eserdeki ayıbı gideremez ise arsa sahibinin ihtarı ile, eğer arsa sahibi bir süre belirlemişse bu sürenin sonunda ayrıca ihtaraya gerek olmaksızın BK m. 101/2 hükmü çerçevesinde temerrüde düşer²⁰³. Müteahhidin ayıbı giderme borcunu ifade temerrüde düşmesi halinde, arsa sahibinin genel kural olan BK m. 106 uyarınca müteahhide uygun bir süre tanınması ve bu süre içinde de ayıp giderilmezse BK m. 106'da yer alan hakları, sözleşmenin özelliği göz önüne alınarak kullanması söz konusu olur. Arsa sahibi bu durumda ayıbın giderilmesi talebinde ısrar edebileceği gibi ifadan vazgeçerek tazminat talep edebilir ya da BK m. 360'daki koşullara uygun olması halinde sözleşmeden dönebilir veya ücret indiriminde bulunabilir²⁰⁴.

4.2.4. Ayıp Sonucu Tazminat Hakkı

BK m. 360 hükmü müteahhidin kusurlu olması halinde, ayıp nedeniyle meydana gelen zararın tazminine yönelik düzenleme getirmiştir. Ayıp sonucu tazminat talebi, diğer haklarla birlikte ileri sürülebileceği gibi ayrı olarak da istenebilir.

²⁰¹ SELİÇİ, Ö., age., s. 175.

²⁰² ÖZ, T., age., s. 97.; SELİÇİ, Ö., age., s. 174.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 193.; ERMAN, H., age., s. 142.

²⁰³ SELİÇİ, Ö., age., s. 179.

²⁰⁴ SELİÇİ, Ö., age., s. 179.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 199.; BURCUOĞLU, H., agm., s. 298.

Burada söz konusu olan ve tazmini gereken zarar, ayıp sonucu arsa sahibinin uğradığı ve diğer seçimlik hakların kullanılmasıyla giderilemeyen zarardır²⁰⁵. Burada müteahhidin eseri ayıplı olarak yapması yüzünden ortaya çıkan ve bu nedenle arsa sahibinin malvarlığında oluşan bir zarar söz konusudur.

Bununla birlikte BK m. 360'daki tazminat yükümlülüğünün doğması için zararın, eserin ayıplı olması sonucu meydana gelmesi ve anılan maddedeki diğer haklardan farklı olarak, zararın oluşmasında müteahhidin kusurlu olması gerekir²⁰⁶.

4.3. Ayıba Karşı Tekeffülden Müteahhidin Sorumluluğunun Doğmasını Engelleyen Haller

4.3.1. Ayıbın Arsa Sahibine Yüklenecek Bir Sebepden Doğması

BK m. 361 hükmü; *“yapılan şeyin kusurlu (ayıplı) olması müteahhidin sarahaten beyan eylediği müteahhida mugayir olarak iş sahibinin verdiği emirlerden neşet etmiş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine isnadı kabil olursa, iş sahibi o şeyin kusurlu olmasından mütevellit haklan dermeyer edemez”* şeklindedir.

Maddede eserdeki ayıbın herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebileceği hallerde ayıba karşı tekeffülden doğan hakların ileri sürülemeyeceği genel olarak belirtilmiş, ayrıca özel bir durum olarak müteahhidin açık bir şekilde uyarmasına rağmen ayıbın iş sahibinin verdiği talimat yüzünden ortaya çıkması hali

²⁰⁵ **ERMAN, H.**, age., s. 146.

²⁰⁶ **SELİÇİ, Ö.**, age., s. 184.; **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 205.; **BURCUOĞLU, H.**, agm., s. 299.; Ayriyeten, Yargıtay 15. HD. 9.5.1997, 1997/1426E. 1997/2474K. sayılı kararı: İnşaatın projeye uygun hale getirilmesinin mümkün olmamasından dolayı, bağımsız bölümlerdeki değer kaybının istenmesi halinde, davacının kayıtsız kalarak zararın artışına neden olmasından dolayı, dava tarihindeki fiyatlar değil, ayıp ve noksanlıkların öğrenildiği tarihi takip eden makul süre içerisindeki fiyatlar esas alınarak, projeye uygun ve noksansız yapılsaydı davacıya ait bağımsız bölümlerin değeri ile bina mevcut halinde aynı tarihlerdeki değeri arasındaki farkın bulunması gerekir" **Kazancı İçtihat Bankası**.

düzenlenmiştir²⁰⁷. Bu durumda, ayıbın arsa sahibine yüklenebilecek sebeplerden doğması için müteahhidin kusurlu olması gerekmez.

BK m. 361'de belirtilen özel durumda, müteahhidin ayıp konusunda arsa sahibini uyarılmış olması ancak buna rağmen arsa sahibinin vermiş olduğu talimatta ısrar etmiş olması gerekmektedir. Bu durumda sorumluluğun doğmaması için, müteahhide arsa sahibini açıkça uyarması yükümlülüğü düşmektedir. Bu uyarının açıkça yapılması konusunda güdülen amaç, arsa sahibi tarafından verilen talimatın yanlışlığı konusunda bilgi verilerek arsa sahibinin durumu yeniden değerlendirmesini ve konuya ilişkin kararını vermesini sağlamaktır²⁰⁸. Müteahhidin arsa sahibine yapması gereken bu uyarı herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Arsa sahibi tarafından müteahhide verilen talimatın da yazılı olmasına gerek yoktur²⁰⁹.

BK m. 361 hükmünün, müteahhidin uyarma yükümlülüğünü aradığı özel durum dışında kalan ayıbın arsa sahibine yüklenebilecek bir sebepten doğması hallerinde, müteahhit arsa sahibini uyarırsa da sorumluluğu meydana gelmez. Ancak, eserdeki ayıp arsa sahibinin sağladığı malzemedен veya arsanın ayıplı olmasından kaynaklanıyorsa, BK m. 357/3 düzenlemesi uyarınca, müteahhit bu durumu fark ettiği anda arsa sahibine bildirmelidir²¹⁰. Diğer taraftan müteahhit, arsa sahibinin sağladığı malzemenin veya arsanın ayıplı olduğunu fark etmese bile, bilmesi gereken açık ayıplarda ya da inceleme yükümlülüğünün bulunduğu hallerde sorumluluğunun devam edeceği kabul edilmektedir²¹¹. Ancak inşaattaki ayıp, arsa sahibinin hazırlattığı plan ve projelerden veya teknik yanlışlıklardan doğmuş olursa müteahhidin sorumluluğu meydana gelmez.

²⁰⁷ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 214.; ERMAN, H., age., s. 148.

²⁰⁸ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 211.

²⁰⁹ ÖZ, T., age., s. 111.

²¹⁰ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 214-215.; BURCUOĞLU, H., agm., s. 302.

²¹¹ Bu durumda müteahhidin sorumluluğu özen yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanmaktadır. Ayrıca bkz. TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 215.

Müteahhidin bu hallerde iş sahibini uyarması durumunda, dürüstlük kuralları çerçevesinde uygun bir süre beklemesi gerekir. Bunun devamında arsa sahibinin talimatında ısrar etmesi halinde artık müteahhidin sorumluluğu söz konusu olmaz²¹².

Ayıbın arsa sahibine yüklenecek sebeplerden kaynaklandığına ilişkin ispat yükü müteahhide aittir. Müteahhit bu durumda; ayıbın iş sahibine yüklenebilecek bir sebepten meydana geldiğini, uyarma ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirdiğini ya da böyle bir uyarma ve bildirim yükümlülüğü bulunmadığını kanıtlamak zorundadır²¹³.

Diğer taraftan, ayıbın arsa sahibine yüklenebilecek bir sebepten meydana gelmesine rağmen, ayıbın doğmasına müteahhidin kusuru veya yardımcısının eylemi de etkili olmuşsa, müteahhidin sorumsuzluğu söz konusu olmaz ve BK m. 361 hükmü uygulanmaz. Bu durumda BK m. 44/1 hükmü kıyasen uygulanmalı ve müteahhidin sorumluluğundan arsa sahibinin müterafik kusuru nedeniyle indirim yapılmalıdır²¹⁴.

4.3.2. Eserin Kabulü

Eserin kabulü, eserin teslimi olayından farklı bir kavramdır²¹⁵. Eserin kabulü, arsa sahibinin müteahhidin yaptığı işin sözleşmeye uygun olduğuna ve ayıp iddiasında bulunmayacağına ilişkin bir irade açıklamasıdır²¹⁶. Dolayısıyla kabul beyanı, karşı tarafa varmakla hukuki sonuç doğuran ve onun onayına bağlı olmayan tek taraflı bir irade açıklamasıdır. Bu beyan açık olabileceği gibi örtülü

²¹² **ERMAN, H.**, age., s. 150.

²¹³ **SELİÇİ, Ö.**, age., s. 198.

²¹⁴ **SELİÇİ, Ö.**, age., s. 172-173.; **BURCUOĞLU, H.**, agm., s. 302-303.; **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 209.; **ÖZ, T.**, age., s. 111.; Ayrıca müterafik kusur hk. bkz. **EREN, F.**, age., s. 251 vd.; **REİSOĞLU, S.**, age., s. 187 vd.

²¹⁵ Teslime ilişkin olarak bkz. **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 685.

²¹⁶ **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 217.; **SELİÇİ, Ö.**, age., s. 199.; **ERMAN, H.**, age., s. 151.

de olabilir²¹⁷. Eserin kabulüne yönelik beyan, belirli koşulların gerçekleşmesine yönelik ihtirazi kayıtla da yapılabilir. Bu halde, eserin kabulü şartın gerçekleşmesine bağlı olur²¹⁸.

Eserin kabulünün hukuki sonucu ise, eserde bulunabilecek ayıplara rağmen, müteahhidin edimini tam olarak yerine getirmiş sayılmasıdır²¹⁹.

Eserin kabulü halinde arsa sahibi BK m. 360'da düzenlenmiş olan ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacak ve böylece müteahhidin ayıp nedeniyle sorumluluğu da ortadan kalkacaktır²²⁰.

BK m. 362/2, eserin teslimine ilişkin olarak açık ve gizli ayıplar bakımından ayırım yapmıştır.

4.3.2.1. Açık Ayıplar Bakımından

Açık ayıplar bakımından eserin kabulü müteahhidin sorumluluğunu ortadan kaldırır. BK m. 362/2 hükmü açık ayıplar bakımından arsa sahibine muayene ve ihbar yükümlülüğü getirmiştir ve buna göre, bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen arsa sahibinin eseri zımnen kabul etmiş olduğu kabul edilir.

Bunun neticesinde, açık ayıplar bakımından arsa sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemesi müteahhidin sorumluluktan

²¹⁷ **TANDOĞAN, H.**, *Borçlar Özel*, s. 218.

²¹⁸ **SELİÇİ, Ö.**, age., s. 199.; **ÖZ, T.**, age., s. 121.

²¹⁹ **SELİÇİ, Ö.**, age., s. 199.

²²⁰ Yargıtay 15. HD. 18.12.1990 tarih, 1990/4583E. 1990/5569K. sayılı kararı: "... Yapılan eserin sarahaten veya zımnen kabulünü müteakip yüklenici her türlü mesuliyetten beri olur ...” Yargıtay 15. HD. 22.11.1990 tarih, 1990/3773E. 1990/5000K. sayılı kararı: "... Davacının dava dilekçesi ile eski hale getirilmesini istediği hususlar açık olup davacı eserin tesliminde ihtirazi kayıtlar ileri sürmediğinden davalıdan bir istemde bulunamaz. ...” **Kazancı İctihat Bankası**. Ayrıca örnek Yargıtay kararları için bkz. **KARAHASAN, M. R.**, *Mülkiyet*, s. 1167.

kurtulmasını sağlar ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasını engeller²²¹.

BK m. 362/1 uyarınca, müteahhidin kasten sakladığı ve iş sahibinin farkına varmadığı açık ayıplar bakımından eserin kabulü müteahhidin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu kapsamda müteahhidin sorumluluğuna gidilebilmesi için, bu ayıpları teslim zamanında bilmesi ancak bunları bilinçli olarak arsa sahibine bildirmemiş olması gerekir²²². Müteahhidin buradaki bilinçli olarak susmasına kanuni bir sonuç bağlanmakta yani sorumluluğunun kalkması engellenmektedir.

4.3.2.2. Gizli Ayıplar Bakımından

BK m. 362/3 hükmü uyarınca gizli ayıpların ortaya çıkması halinde arsa sahibinin bunları derhal müteahhide bildirme yükümlülüğü vardır. Arsa sahibi bu bildirim yükümlülüğünü yerine getirmez ise eseri kabul etmiş sayılır ve müteahhidin sorumluluğu da ortadan kalkar.

Gizli ayıplar, usulünce yapılan bir muayene ile ortaya çıkarılamayan ayıplardır ve bunlar teslim sırasında küçük de olsa bulunmasına rağmen sonradan gelişerek fark edilebilir nitelikte olabileceği gibi, teslim sonrasında var olan bir ayıbın etkisiyle daha sonradan ortaya çıkabilecek olan tali ayıplar da olabilir²²³.

Gizli ayıplar açısından iş sahibine bir muayene yükümlülüğü getirilmemiştir. Böylece iş sahibinin sonradan yapacağı bir muayene ile anlayabileceği bir gizli ayıbı bir olayda anlayamamış olması müteahhidin

²²¹ ÖZ, T., age., s. 120.; ERMAN, H., age., s. 153.

²²² TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 219.

²²³ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 220.; ERMAN, H., age., s. 155.; Yargıtay 15. HD. 20.02.1978 tarih 1978/267E. 1978/300K. sayılı kararı : ... “doğramaların, badana ve boyanın, sıvıların birinci sınıf işçilik ve malzemedan olmadığı yönü bilerek saklanan ve yöntemine göre gözden geçirmede fark edilemeyecek kusurlardan ve sonradan ortaya çıkabilen ve olağan bir gözden geçirme ile görülmesi ve bilinmesi olanaksız olan gizli ayıplardan değildir ...”

sorumluluğunu ortadan kaldırmaz ve böylece arsa sahibi ayıbı öğrendiği zaman süresinde müteahhide bildirimde bulunarak BK m. 361 hükmünde düzenlenmiş olan haklarını kullanabilir²²⁴.

Kanun koyucu gizli ayıbın öğrenilir öğrenilmez derhal bildirilmemesi halinde, eserin kabul edildiğine yönelik bir varsayım getirmiştir. Gizli ayıbın müteahhide bildirilmesinin zamanında yapılmış olduğunu arsa sahibi kendisi ispat etmelidir²²⁵. Ayıbın zamanında bildirilmediğinin kanıtlanması halinde buna bağlanacak olan hukuki sonuç hakim tarafından resen göz önüne alınır²²⁶. Bununla birlikte müteahhidin ayıbın gizli değil de açık ayıp olduğuna yönelik bir iddiası var ise, bunun ispat külfeti de kendisine aittir.

4.4. Zamanaşımı

BK m. 363 hükmü zamanaşımına ilişkin olarak düzenleme getirmiştir. Anılan hüküm, *“Yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, müşterinin haklarının tabi olduğu müruru zaman hükmüne tabidir. Fakat gayrimenkul inşaat müteallik kusurlardan dolayı iş sahibinin müteahhide ve inşaatı iştirak eyliyen mimar ve mühendise karşı mütalebesi, tesellüm zamanından itibaren beş senelik müruru zamana tabidir.”* şeklindedir.

BK m. 363/2’deki düzenleme uyarınca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, ayıba karşı tekeffülden doğan davalar beş yıllık zamanaşımına tabidir. Söz konusu bu sürenin sözleşme ile kısaltılabilmesi ve azami olarak on yıl uzatılabilmesi de mümkündür²²⁷. Müteahhidin ayıbı kasten gizlediği hallerde BK m. 363’ün yollama yaptığı BK m. 207/3 düzenlemesi uygulama alanı bulur ve

²²⁴ BURCUOĞLU, H., agm., s. 156.; ERMAN, H., age., s. 156.

²²⁵ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 221.

²²⁶ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 222.

²²⁷ ERMAN, H., age., s. 160.

buna göre de zamanaşımı süresi bu hallerde on yıldır. Bu sürenin sözleşme ile de kısaltılması mümkün değildir²²⁸.

Zamanaşımı sürelerinin başlangıç tarihi, eserin teslim tarihidir. İnşaatın bittiğinin müteahhit tarafından arsa sahibine bildirilmesi ve arsa sahibinin de işin bitmiş olduğunu sayması ile teslim gerçekleşmiş olur ve zamanaşımı başlar²²⁹.

BK m. 132 ve 133 hükümleri çerçevesinde zamanaşımının durması ve kesilmesine ilişkin hükümler, yukarıda belirtilen bu sürelerin, zamanaşımı süreleri olması sebebiyle bunlar hakkında da uygulanır²³⁰. Diğer taraftan zamanaşımı süresi içinde arsa sahibinin ayıp ihbarında bulunması halinde BK m. 207/2 uyarınca ayıp nedeniyle sahip olduğu tazminat alacağını zamanaşımı süresi geçmiş olsa da müteahhide karşı defi olarak ileri sürebilme imkanı mevcuttur ve böylece arsa sahibi zamanaşımına uğramış bu alacağını BK m. 118/3 hükmü çerçevesinde müteahhidin kendisinden olan bir alacağı ile takas edebilir²³¹.

²²⁸ **TANDOĞAN, H.** (1982), *“İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımı”*, Batider, C. XI, S. 3, (İstisna Akdi), s. 5.; **BURCUOĞLU, H.**, agm., s. 329.

²²⁹ **TANDOĞAN, H.**, *İstisna Akdi*, s. 5.; **BURCUOĞLU, H.**, agm., s. 329.; **ÖZ, T.**, age., s. 129.

²³⁰ **BURCUOĞLU, H.**, agm., s. 330.

²³¹ **DAYINDARLI, K.** (1986), *İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları*, s. 79, Ankara 1986.; **SELİÇİ, Ö.**, age., s. 207.; **ÖZ, T.**, age., s. 129.

BEŞİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

5.1. İmkansızlığa Dayalı Sona Erme Sebepleri

5.1.1. İfadaki İmkansızlık

Müteahhidin herhangi bir kusuru olmamasına rağmen sözleşme konusu işin ifasının imkansız hale gelmesi veya ifanın imkansız bulunması hallerinde sözleşmenin feshi gerekir²³².

Sözleşmede, ifadaki imkansızlık hali sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olduğu takdirde konusu mümkün olmayan sözleşme, BK m. 20/1 hükmüne göre butlan ile malul bulunduğundan batıldır²³³.

Sözleşmenin ifasındaki imkansızlık hali, meydana gelen bir hasar yüzünden imkansızlık ve işin ifasından doğan imkansızlık olarak iki başlık altında incelenmelidir.

İnşaatta meydana gelen bir hasar sonucu ifade imkansızlık doğabilir. Buna göre, inşası devam eden inşaatın müteahhidin herhangi bir kusuru olmaksızın

²³² ZEVKLİLER, A., HAVUTÇU, A., age., s. 346.

²³³ EREN, F., age., s. 300.

umulmayan bir nedenden ötürü yani kazara (yangın, deprem gibi) telef olması halinde, müteahhit isterse sözleşmeyi feshedebilir²³⁴. Belirtilen bu imkansızlık hali BK m. 368 de düzenlenmiş olup buna göre anılan hüküm, “*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 olmayan masrafın tesviyesini talep edebilir. İş sahibinin taksiri olduğu takdirde müteahhidin fazla olarak zarar ve ziyan istemeğe hakkı vardır.*” şeklindedir.

Anılan maddenin ilk fıkrasına göre; inşaatı telef eden kazanın meydana gelmesinden önce; inşaat tamamlanmış, inşaatı teslim alması için iş sahibine bildirimde bulunulmuş ve iş sahibinin de eseri teslim almaması üzerine temerrüde düşürülmüş olması gerekmektedir. Ancak söz konusu koşulların hepsinin birlikte gerçekleşmesi halinde, telef olan inşaattaki zarar ve ziyandan iş sahibi sorumlu olur²³⁵.

BK m. 368/2 hükmü, inşaat henüz teslim hazır hale gelmeden ve iş sahibine eserin teslimi teklif edilmeden kaza sonucu telef olmasına ilişkindir. Bu halde telef olan malzeme kime ait ise zararı da ona ait olur ve bu nedenle müteahhit emeğinin karşılığını talep edemez²³⁶.

BK m. 368/3 ise müteahhidin özen borcuna ilişkin olarak düzenlenmiştir. Buna göre inşaatta meydana gelen kaza; üzerinde inşaat yapılacak arsanın ayıbından, iş sahibince müteahhide verilen plan ve projenin kusurundan ya da

²³⁴ ARAL, F., age., s. 382.

²³⁵ KOSTAKOĞLU, C., age., s. 760.

²³⁶ ARAL, F., age., s. 382.

verilen malzemenin yetersiz veya kusurlu olmasından kaynaklanmış ise, müteahhidin özen borcunun gereği muayene ve varsa ayıp ihbarına rağmen iş sahibi inşaatın yapılması talimatını vermiş ve müteahhit de bunun üzerine inşaatı yapmışsa; müteahhit yapmış olduğu işin kıymetini ve masraflarını talep edebileceği gibi iş sahibinin bu konuda taksiri bulunması halinde, oluşan zarar ve ziyanını da isteyebilir²³⁷.

Müteahhidin kusuru olmaksızın sözleşme konusu işin ifasından doğan imkansızlık hali ise BK m. 117 hükmü ile düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar karşılıklı olarak taahhütleri bulunan sözleşmede iktisaplara müteallik hükümlere tevfikan almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş şeyi istemek hakkından da mahrum olur²³⁸. Kanun ve sözleşme ile borcun ifasından önce oluşan zararın, alacaklıya yükletilmiş olduğu haller ise bunun istisnasını teşkil eder.

5.1.2. Müteahhidin Şahsından Doğan İmkansızlık

BK m. 371 hükmü “*Müteahhit öldüğü yahut sun'u taksiri olmaksızın işi bitirmekten aciz kaldığı takdirde, mukavele müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış ise, akdi münfesih olur. Bu takdirde yapılan miktarın kullanılması kabil ise, iş sahibi onu kabule ve bedelini vermeye mecburdur.*” şeklindedir.

Anılan hükme göre, yapılması gereken inşaatın özelliği yönünden müteahhidin kişisel becerisi ve özel bilgisi gözetilerek iş kendisine verilmiş ise sözleşme konusu inşaat için aranan özel beceriye sahip müteahhidin, ölümü veya kusuru olmaksızın işi yapmakta acze düşmesi taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini sona erdirir²³⁹.

²³⁷ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 104 vd.; SELİÇİ, Ö., age., s. 99.; ARAL, F., age., s. 383.; KOSTAKOĞLU, C., age., s. 760.

²³⁸ REİSOĞLU, S., age., s. 303 vd.; KOSTAKOĞLU, C., age., s. 760.

²³⁹ KOSTAKOĞLU, C., age., s.762.

BK m. 371 hükmünün aşağıda belirtildiği üzere, iki başlık altında incelenmesi gerekir.

5.1.2.1. Müteahhidin Ölümü

Müteahhidin ölmesi, kural olarak taraflar arasındaki sözleşmeyi sona erdirmez. Sözleşmede müteahhide ait olan hak ve yükümlülükler mirasçılara intikal eder. Ancak, sözleşme müteahhidin şahsı ve özel becerisi dikkate alınarak özel olarak onunla yapılmışsa sözleşme konusu işin mirasçılar tarafından yürütülmesi istenemeyeceği gibi, mirasçıların da işi yürütme istekleri iş sahibince kabul edilmeyebilir²⁴⁰.

BK 371/2 maddesinde düzenlenmiş olan “*işin kabul edilebilirliği*” hükmü ise işin yapılan kısmından iş sahibinin yararlanabilmesi anlamında değerlendirilmelidir²⁴¹. Bu çerçevede, müteahhidin ölümü halinde, BK m. 371/2 uyarınca, ölen müteahhit tarafından yapılan ve iş sahibinin yararlanabileceği işin bedeli, müteahhidin mirasçılara ödenmelidir.

5.1.2.2. Müteahhidin Acz Haline Düşmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, inşaatın özelliğinden ötürü kişisel becerisi gözetilerek sözleşmeye taraf müteahhide verilmişse ve işin devamı sırasında müteahhit işi yapmakta acze düşerse sözleşme son bulur. Ancak bu durumun müteahhidin kendisinden kaynaklanan bir kusurdan meydana gelmemiş olması gerekir. Eğer müteahhit kendi kusurundan dolayı işi yapmakta acze düşmüş ise, BK m. 371/2 hükmünden yararlanamayacağı gibi işin tamamlanmaması nedeniyle, iş sahibinin doğan zarar ve ziyanından ve sözleşmede kararlaştırılan cezai şarttan da sorumlu olur²⁴².

²⁴⁰ ZEVKLİLER, A., HAVUTÇU, A., age., s. 346.

²⁴¹ ARAL, F., age., s. 358.

²⁴² ARAL, F., age., s. 388.

Müteahhidin iflası, işin yapılmasında müteahhit yönünden bir aciz hali olarak kabul edilebilir. Ancak İİK m. 324'e göre²⁴³, müflisin alacaklıları tarafından yapılan toplantıda, müflis müteahhidin sözleşme ile yüklendiği işe devam etmemesi hususunda verilecek karar üzerine BK 371/1 maddesindeki aciz hali ortaya çıkar ve bu durumda sözleşme sona erer²⁴⁴. Müflis müteahhidin yapmış olduğu işin bedeli ise, BK m. 371/2 düzenlemesine göre iş sahibi tarafından ödenir.

BK m. 82 hükmü çerçevesinde; müteahhidin aczi üzerine iş sahibi, müteahhitten teminat isteyebilir. İş sahibinin istemiş olduğu bu teminatı müteahhit vermezse iş sahibi bu sefer sözleşmeyi feshedebilir²⁴⁵. Müteahhidin iflası, iş sahibi açısından kendi hakkının güvenceye alınması için müflisten veya iflas idaresinden teminat talebini haklı kılmaktadır. Bu teminatın münasip bir süre içinde verilmemesi üzerine iş sahibi BK m. 82'ye göre sözleşmeyi feshedebilir. Bu takdirde iş sahibi, sözleşmelerinde varsa seçimlik cezayı ve cezayı aşan menfi zararlarını müflis müteahhitten talep edebilir.

5.1.3. Arsa Sahibinin Şahsından veya Tehlike Alanında Gerçekleşen Umulmayan Bir Olaydan Doğan İmkansızlık

BK m. 370, iş sahibinin sorumlu olduğu durumlar sebebiyle eserin tamamlanmasının imkansız olmasını düzenlemektedir. Buna göre, *“taahhüt olunan şeyin yapılması iş sahibi nezdinde zuhur eden bir kaza yüzünden mümkün olamıyorsa müteahhit yaptığı işin kıymetini ve bu kıymette dahil olmayan masrafını alır. Bu hususta iş sahibinin taksiri varsa müteahhidin başkaca zarar ve ziyan istemeye hakkı olur.”*

²⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **KURU, B., ARSLAN, A., YILMAZ, E.** (2003), *İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı*. s. 570 vd., Ankara.; **MUŞUL, T.** (2002), *Teorik ve Uygulamada İcra ve İflas Hukuku, C. II*, s. 100 vd., İstanbul.

²⁴⁴ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 763.

²⁴⁵ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 763.

Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için, öncelikle eserin tamamlanması imkansız olmalıdır. Burada söz konusu edilen imkansızlık sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan objektif veya mutlak bir imkansızlıktır ve eserin meydana getirilmesi herhangi bir müteahhit için mümkün olmamalıdır²⁴⁶. Bu tür imkansızlık, yapımına henüz başlanmamış eserin yapımına veya yapımına başlanmış olan eserin tamamlanmasına engel olan bir imkansızlık olabileceği gibi tamamlanmış olmasına rağmen teslimi imkansız olan eserlere yönelik de olabilir²⁴⁷.

BK m. 370'in uygulanabilmesi için gereken ikinci şart ise, imkansızlığın iş sahibinin şahsından veya tehlike alanında gerçekleşen umulmayan bir durumdan doğmasıdır. Buna örnek olarak, inşaatın yapılacağı arsanın kamulaştırılması, inşaat yasağı konulması, deprem sebebiyle arsanın yapılamayacak duruma gelmesi örnek olarak verilebilir²⁴⁸.

BK m. 370 hükmünün uygulama alanı bulması halinde, tarafların karşılıklı olarak eserin henüz tamamlanmamış kısmına ilişkin talep hakları sona erer. Bununla birlikte sözleşmenin sona ermesi aşamasına kadar müteahhit yapmış olduğu işin değerini ve masraflarının ödenmesini iş sahibinden isteyebileceği gibi ayrıyeten imkansızlığın ortaya çıkmasında iş sahibinin kusuru var ise müspet zararının tazminini de talep edebilir²⁴⁹.

²⁴⁶ ZEVKLİLER, A., HAVUTÇU, A., age., s. 346.

²⁴⁷ ARAL, F., age., s. 385.

²⁴⁸ ARAL, F., age., s. 386.

²⁴⁹ ARAL, F., age., s. 386.

5.2. Sözleşmenin Arsa Sahibi Tarafından Sona Erdirilmesi

5.2.1. Arsa Sahibinin Gerekçesiz (Keyfi; Tam Tazminat Karşılığı) Fesih Hakkı

BK m. 369 hükmü “*Yapılan şey; bitmezden evvel iş sahibi yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve müteahhidin zarar ve ziyanını baliğın mabelağ tazmin etmek şartıyla mukaveleyi feshedebilir.*” şeklinde eser sözleşmeleri için hüküm getirmektedir. Anılan maddeye göre; müteahhidin sözleşme koşullarına aykırı bir davranışı veya kusuru olmamasına rağmen inşaaata başlanılmasından önce veya inşaatın devamı sırasında, sözleşme iş sahibi tarafından sebepsiz ve keyfi olarak feshedilebilir²⁵⁰. Ancak bu fesih hakkı, o zamana kadar yapılmayan kısımdan dolayı müteahhidin doğan zarar ve ziyanının tamamen ödenmesi koşuluna bağlıdır.

BK m. 369’da geçen “*baliğın mabelağ tazmin*” ifadesi, tam tazminatı yani müteahhidin sözleşmenin yerine getirilmesinde olan menfaatini karşılayan müspet zararın tazminini ifade eder²⁵¹. Müspet zarar kavramına, fiili zarar ile yoksun kalınan kar da dahildir. Fiili zarar kapsamında iş sahibi, müteahhidin sözleşmenin ifası amacıyla yapmış olduğu bütün harcamaları tazmin etmek zorundadır. Bununla birlikte iş sahibi müteahhidin yoksun kaldığı bütün karı da tazmin etmelidir²⁵².

İstisna sözleşmesi bakımından düzenlenmiş olan bu hüküm; müteahhidin eseri hazırlamasının kendisi için bir borç ve sadece iş sahibi yararına gerçekleştirilen bir iş olduğu, bu nedenle iş sahibinin dilediği zaman bu faaliyetin yürütülmesinden vazgeçmesinin mümkün bulunduğu şeklinde açıklandığı gibi²⁵³;

²⁵⁰ ZEVKLİLER, A., HAVUTÇU, A., age., s. 346.

²⁵¹ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 201.; ARAL, F., age., s. 380.

²⁵² ARAL, F., age., s. 380.

²⁵³ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 343.

eser sözleşmesinde taraflar arasındaki güven ilişkisine kanun koyucunun büyük önem verdiği ve özellikle iş sahibinin her ne sebeple olursa olsun artık güven duymadığı bir müteahhitle arasındaki ilişkiyi dilediği zaman sona erdirebilmesinin gerekli olduğu biçiminde de²⁵⁴ ifade edilmektedir.

İstisna sözleşmesi bakımından savunulabilecek bu gerekçeler, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yönünden aynı şekilde kabul edilebilir nitelikte değildir. Gerçekten arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin ifa menfaati de inşaatın yapımına bağlanmış bulunmaktadır ve müteahhit meydana getireceği yapı üzerinde hak elde edecektir. Bu nedenle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, eserin (bina yapımının) sadece iş sahibi yararına gerçekleştirilen bir iş olduğu hiçbir şekilde ileri sürülemez²⁵⁵.

Bununla birlikte, başkaca bir haklı sebep yoksa sırf, arsa sahibinin müteahhide olan güven duygusunu kaybetmesi de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu hükmün uygulanması imkanını sağlamaz²⁵⁶.

Ancak bu sözleşmelerde, arsa sahibi sözleşmeyi söz konusu hükme göre feshetmek isterse müteahhit buna razı olabilir ve bu durumda BK m. 369'un öngördüğü sonuçlar gerçekleşebilir²⁵⁷. Bununla birlikte Yargıtay'ın yerleşik görüşü de BK m. 369'un arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulanabileceği yönündedir.²⁵⁸

²⁵⁴ ÖZ, T., age., s. 139.; YAVUZ, C., age., s. 526.

²⁵⁵ ERMAN, H., age., s. 196.

²⁵⁶ ERMAN, H., age., s. 196.

²⁵⁷ ÖZ, T., age., s. 142.; ERMAN, H., age., s. 196.

²⁵⁸ Yargıtay 15. HD. 08.10.1991 tarih, 1991/364E. 1991/4638K. sayılı kararı: "... kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibi ancak BK m. 369 hükmünde öngörülen hususları yerine getireceğini müteahhide açık bir şekilde bildirmek şartıyla sözleşmeyi feshedebilir. ..." Yargıtay 15. HD. 21.12.1989 tarih, 1989/1464E. 1989/5329 K. sayılı kararı: "... davalı yer sahiplerinin akde aykırılığa ve temerrüde dayandırdıkları fesih BKm. 369 maddesinde düzenlenen yüklenicinin tüm zararlarını en üst düzeyde karşılamak üzere yapılmış bir fesih niteliğinde ve anlamında bulunmadığından..." **Kazancı İċtihat Bankası**. Ayrıca, ayrıntılı bilgi için bkz. **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 766.

5.2.2. Mütcaahhidin İŖe Zamanında BaŖlamaması Nedeniyle Arsa Sahibinin SözcleŖmeden Dönme Hakkı

Mütcaahhidin, sözcleŖmeye göre işe zamanında baŖlamaması veya işin uygun bir zamanda bitirilmesine imkan vermeyecek düzeyde gecikmesi halinde arsa sahibi tarafından sözcleŖme süresinin sonu beklenmeksizin sözcleŖmeden dönülebilir²⁵⁹. İş sahibine tanınan bu sözcleŖmeden dönme hakkı BK m. 358/1 hükmü ile düzenlenmiştir²⁶⁰. Buna göre, “Mütcaahhit, işe zamanında baŖlamaz veya mukavele Ŗartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vakı olan tehhür bütün tahminlere nazaran mütcaahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecede olursa iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeye mecbur olmaksızın akdi feshedebilir.”

İş sahibinin BK m. 358/1 uyarınca sözcleŖmeden dönebilmesi için bazı Ŗartlar gerekmektedir. Bu Ŗartlardan ilki, mütcaahhidin işe zamanında baŖlamamasıdır. Mütcaahhidin işe baŖlayacağı zaman sözcleŖmeyle kararlaŖtırılmış olabilir. SözcleŖmeyle kararlaŖtırılmadığı halde ise mütcaahhit gerekli ve mutad bir hazırlık zamanından sonra, BK m. 74 uyarınca sözcleŖmenin kurulmasının hemen ardından işe baŖlamak zorundadır²⁶¹.

BK m. 358/1’de düzenlenen dönme hakkının kullanılabilmesi için ikinci Ŗart ise, işin icrasının sözcleŖmeye aykırı olarak geciktirilmesi ve gecikmenin eserin kararlaŖtırılan tarihte tamamlanmasına engel olacak derecede olması Ŗartıdır. Buna göre işin icrasının sözcleŖmeye aykırı olarak geciktirilmesi, mütcaahhidin sözcleŖmeyle öngörülen iş programına uymaması, ara vadeleri geçirmesi veya yeterli iş gücü ile araç ve gereçleri sağlamaması halinde söz konusu olur²⁶². Gecikmenin eserin kararlaŖtırılan tarihte tamamlanmasına engel

²⁵⁹ **ERMAN, H.**, age., s. 75.

²⁶⁰ Bkz. III. Bölüm I./B. Anılan kısımda ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

²⁶¹ **ZEVKLİLER, A., HAVUTÇU, A.**, age., s. 346.; **ARAL, F.**, age., s. 342.

²⁶² **YAVUZ, C.**, age., 471.; **ARAL, F.**, age., s. 343.

olacak derecede olması halinde ise; gecikmeden sonra kalan sürenin eserin vadesinde teslimi için yeterli olmaması, yani gecikmenin kaçınılmaz olması gerekir²⁶³.

BK m. 358/1'e göre iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için son şart ise, müteahhidin gecikmesini haklı kılan bir sebebin bulunmamasıdır. Buna göre, müteahhidin ediminin objektif olarak imkansızlaşması veya onun BK m. 81 ve 82'ye dayanarak işi yerine getirmekten kaçınabilmesi hallerinde bu şart gerçekleşmiş olmaz²⁶⁴.

BK m. 358/1 için gereken ve yukarıda anılan şartların gerçekleşmesi halinde iş sahibi eserin teslim tarihini beklemeden sözleşmeden dönebilir. Dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar, iş sahibi ücret ödemeyi reddedebilir ve daha önce ödediği ücretin iadesini isteyebilir²⁶⁵. Bununla birlikte iş sahibinin BK m. 358/1 hükmüne dayanarak sözleşmeden dönmesinin haksız olması halinde ise iş sahibi müteahhide BK m. 369 uyarınca öngörülen tam tazminatı ödemek yani müteahhidin müspet zararını tazmin etmek zorundadır²⁶⁶.

5.2.3. Müteahhidin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Sebebiyle Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı

Karşılıklı taahhütleri içeren sözleşmeler için düzenlenen genel hüküm niteliğindeki BK m. 106 hükmü aynı nitelikte olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için de uygulanabilir.

²⁶³ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 113.

²⁶⁴ TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 113.; EREN, F., age., 867 vd.

²⁶⁵ KAPLAN, İ., *Mimarlık Sözleşmesi*, s. 121.; ARAL, F., age., s. 344.

²⁶⁶ ARAL, F., age., s. 345.

Arsa sahibi, müteahhidin temerrüde düşmesi halinde aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeyi feshedebilme imkanına sahiptir²⁶⁷. Sözleşmenin yerine getirilmemesinden doğan tazminat talebinde olduğu gibi, kural olarak bu durumda da temerrüde düşen müteahhide edimini yerine getirmesi için uygun bir sürenin son kez verilmesi ve sürenin amacına ulaşmaması üzerine ifadan vazgeçerek sözleşmenin feshedildiğinin derhal bildirilmesi gerekir. Fesih beyanı son süre verilmesine ilişkin bildirimde de yer alabilir.

BK m. 107 hükmüne göre ise, son süre tayinine gerek olmayan hallerde arsa sahibi müteahhide bir süre vermek zorunda olmaksızın aynen ifadan vazgeçtiğini ve sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir²⁶⁸.

Müteahhidin temerrüdü nedeniyle, akdin feshini tercih eden iş sahibi, fesih ile birlikte ancak menfi zararlarını ve sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde BK m. 158/1 hükmü çerçevesinde seçimlik cezayı talep edebilecektir. Feshedilen sözleşme nedeniyle iş sahibi müspet zararlarını isteyemez²⁶⁹. Ancak sözleşmede bu konuda kararlaştırılmış özel hükümlerin bulunması halinde bu hükümlerin geçerli olması sebebiyle, somut sözleşme hükümlerine göre hareket edilmelidir.

5.2.4. Arsa Sahibinin Yapının Ayıplı Olması Sebebiyle Sözleşmeden Dönme Hakkı

BK m. 360/1 hükmü “*Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele*

²⁶⁷ Bkz. III. Bölüm. Anılan bölümde ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

²⁶⁸ Ayrıca bkz. **AKKAYAN YILDIRIM, A.**, s. 49 vd.; **SEROZAN, R.** (1975), *Sözleşmeden Dönme*, s. 177-178, İstanbul.; **ERMAN, H.**, *Beklenilmeyen Haller*, s. 104.; **ERMAN, H.**, *Müteahhidin Temerrüdü*, s. 4 vd.; **ERMAN, H.**, age., s. 95.; Yargıtay 13. HD. 27.4.1987, 1987/1346E. 1987/2534K. sayılı kararı: “Süresinde bozma (fesih) bildiriminde bulunulmadan ve daha sonra borcun (edimin) yerine getirilmesi için süre verilmeden dava açılması doğru değildir.” **Kazancı İçtihat Bankası.**

²⁶⁹ **KARATAŞ, İ.**, age., s. 340.

şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta müteahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir.” şeklindedir²⁷⁰.

Söz konusu maddeye göre ayıp halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkının kabul edilebilmesi için hem binadaki ayıpların kabule zorlanamayacak derecede önemli olması, hem de binanın yıkılması ve kaldırılmasının fazla bir zararı gerektirmemesi icap etmektedir²⁷¹.

İş sahibinin bu halde sözleşmeden dönebilmesi için ayıbın eseri tamamen ve kesin olarak kullanılamayacak hale getirmiş olması gerekir. Eseri kullanılamaz hale getiren ayıp büyük masrafı gerektirmeyen bir onarımla giderilebilecekse sözleşmeden dönme yoluna gidilemeyecektir²⁷².

Maddede geçen, “*kullanılmazlık*” unsurunu sözleşmede öngörülen kullanma amacına göre belirlenmek gerekir. Eğer sözleşmede özel bir kullanma biçimi öngörülmüş ve buna ilişkin nitelikler belirlenmişse, bu nitelikleri taşımayan eserin karine olarak kullanılamaz durumda olduğu kabul edilmektedir²⁷³. Bu konuda dürüstlük kuralları da göz önüne alınmalı ve her somut olay bu kurallar çerçevesinde değerlendirilmelidir²⁷⁴.

Ayıp nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için sadece eserin arsa sahibi tarafından kabulünün beklenemez olması koşulu ile birlikte BK m. 360/3 uyarınca ayrıca yapılan binanın yıkılması ve kaldırılmasının aşırı bir zarara yol açmaması koşulu da bulunmaktadır. Yapının yıkılması ve kaldırılmasının aşırı bir zarar doğuracak olması halinde arsa sahibi ancak BK m. 360/2’de

²⁷⁰ Bkz. III. Bölüm 2/A. Anılan kısımda ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

²⁷¹ BURCUOĞLU, H., agm., s. 289.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 177.; ÖZ, T., age., s. 102.; SELİÇİ, Ö., age., 135.; ERMAN, H., age., s. 132.

²⁷² ERMAN, H., age., s. 131.

²⁷³ ÖZ, T., age., s. 107.; SELİÇİ, Ö., age., s. 163.

²⁷⁴ BURCUOĞLU, H., agm., s. 290.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 181.

öngörülen bedel indirimine veya eserin onarım ve düzeltilmesine yönelik talep haklarını kullanabilir²⁷⁵.

Müteahhit tarafından teslim edilen eserde, iş sahibinden eserin kabulünün beklenemeyeceği ölçüde önemli bir ayıbın bulunması halinde, sözleşmeden dönülebilmesi için ikinci bir inceleme yapılması ve yapının yıkılması ve kaldırılmasının aşırı bir zararı doğurup doğurmadığının araştırılması gerekecektir. Bu hükmün getirilmesindeki amaç ise yaratılmış olan mevcut değer korunmasına yönelik olup aynı zamanda müteahhidin aşırı zarara uğramasını önlemektir²⁷⁶.

5.3. Sözleşmenin Müteahhit Tarafından Sona Erdirilmesi

5.3.1. Arsa Sahibinin Arsa Paylarını Müteahhide Devretmeyerek Temerrüde Düşmesi Üzerine Müteahhidin Sözleşmeden Dönmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin asli borcu arsa paylarının devri borcudur²⁷⁷.

Arsa sahibinin kararlaştırılan arsa paylarının mülkiyetini müteahhide ne zaman geçireceği konusunda ise öncelikle sözleşme hükümlerine göre hareket edilir ve eğer sözleşmede arsa paylarının devri bakımından taraflarca bir tarih belirlenmişse bu tarihe göre işlem yapılır. Bu tarih gün olarak belirlenebileceği gibi, inşaatın belli aşamalara gelmesine göre de saptanmış olabilir. İnşaatın sözleşmede belirtilen seviyeye gelmesine rağmen arsa sahibinin arsa paylarının belirlenen bölümlerini müteahhide devretmekten kaçınması sözleşmenin ihlali olacaktır. Bu durumda müteahhit arsa sahibine keşide edeceği bir ihtarla onu temerrüde de düşürebilir.

²⁷⁵ ÖZ, T., age., s. 125.

²⁷⁶ ÖZ, T., age., s. 125.; SELİÇİ, Ö., age., s. 163.; TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 183.

²⁷⁷ II. Bölüm, II/A'da açıklanmıştır.

Arsa sahibinin sözleşmeye göre arsa payı devri edimi açısından temerrüde düşürülmesi halinde; müteahhit kaybedilen bu süre için ek süre talebinde bulunabileceği gibi edimin ifası için mahkemeye de başvurabilir ya da BK m. 106/2 hükmünün son cümlesine göre sözleşmeden dönebilir²⁷⁸. Böylece sözleşme önceye etkili olarak ortadan kalkmaktadır²⁷⁹. Bu durumda müteahhidin menfi tazminat istemeye hakkı olur ve arsa sahibi ancak temerrüde düşmekte hiçbir kusurunun bulunmadığını ispat halinde menfi tazminat ödemekten kurtulur.

Müteahhit menfi zarar olarak; sözleşmenin ifa edileceği düşüncesiyle yapmış olduğu giderleri, bu sözleşmeye taraf olarak diğer bir sözleşme imzalamayı kaçırmış olması nedeniyle uğradığı zararları ve sözleşmeye göre kendisine düşecek payın parasal değerini talep edebilir²⁸⁰. Ancak sözleşme geçerli olsaydı elde edeceği menfaatlerin tazminini isteyemez²⁸¹.

5.3.2. Götürü Bedelli İşlerde Beklenmedik Masrafların Götürü Bedeli Çok Aşması Sebebiyle Müteahhidin Sözleşmeden Dönme Hakkı

BK m. 365/2 hükmü, götürü ücret kararlaştırılmış olan istisna sözleşmelerinde, müteahhide beklenilmeyen haller nedeniyle ücretin arttırılması veya sözleşmenin feshi imkanını vermektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde BK m. 365/2 hükmünün uygulanması hususu ele alınacak olursa bu sözleşmelerde, müteahhidin inşa edip teslim etmeyi üstlendiği bağımsız bölümler karşılığında alacağı, kendisine isabet edecek

²⁷⁸ DUMAN, İ. H. (2005), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, (Sözleşme). s. 95, İstanbul.; KOSTAKOĞLU, C., age., s. 964.; Ayrıyeten örnek karar olarak bkz. : Yargıtay 15. HD. 16.06.1988 tarih ve 1987/3792E. ve 1988/2336K. sayılı kararı.

²⁷⁹ TUNÇOMAĞ, K., *Genel Hükümler*, s. 547.; EREN, F., age., s. 1077.

²⁸⁰ TUNÇOMAĞ, K., *Genel Hükümler*, s. 549.

²⁸¹ EREN, F., age., s. 1079.

bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarıdır. Bu nedenle müteahhidin ücretinin götürü olarak belirlenmiş olduğu kabul edilmektedir²⁸².

Ülkemizde arsa ve dairelerin değerlerinin günden güne yükselmesi sebebiyle, müteahhidin malzeme ve işçilik fiyatlarında beklenilmeyen aşırı artış nedeniyle BK m. 365/2 uyarınca ücret artırımını veya sözleşmenin feshi talebinde bulunması genellikle mümkün olamayacaktır. Ancak, istisnai olarak meydana gelen aşırı, beklenilmeyen maliyet artışlarına rağmen taşınmazın değeri artmamış ya da maliyet artışına göre çok önemsiz bir artış meydana gelmişse, bu fesih imkanının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir²⁸³. Buna karşılık, maliyet giderlerinde herhangi bir artış olmamasına rağmen, taşınmazın durumunda gerek müteahhide, gerekse arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerde aynı oranda azalma meydana gelmektedir.

BK m. 365/2, sadece işin daha fazla emek veya masraf gerektirmesi halinde müteahhide böyle bir imkan tanımaktadır. Yoksa sadece karşı edimde meydana gelen değer azalması madde kapsamına girmemektedir²⁸⁴.

Bununla birlikte BK m. 367 hükmü çerçevesinde, taraflar arasındaki istisna sözleşmesine konu inşaatın bedeli tam olarak tespit edilememiş veya müteahhit ve arsa sahibinin birlikte yapmış oldukları ilk keşifte saptanan bedelin sözleşmede yaklaşık bedel olduğu ve kesin bedelin ileride kararlaştırılacağı kabul edilmiş olması durumunda, inşaat aşamalarına göre yapılan giderin tahmin edilen bu bedeli arsa sahibinin kusuru olmaksızın çok fazla aşması halinde arsa sahibine tanınan sözleşmenin feshi hakkı²⁸⁵ arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulanamaz. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, müteahhide ait olacak arsa payları yapılan işin bedeli olduğundan, bedel götürü olarak saptanmıştır.

²⁸² TANDOĞAN, H., *Borçlar Özel*, s. 234-235.; YAVUZ, C., age., s. 519.

²⁸³ YAVUZ, C., age., s. 519.

²⁸⁴ ERMAN, H., age., s. 195.

²⁸⁵ ZEVLİLİLER, A., HAVUTÇU, A., age., s. 346.; ARAL, F., age., s. 378.; KOSTAKOĞLU, C., age., s. 758.

Dolayısıyla, yaklaşık bedelle kurulan istisna sözleşmelerine uygulanabilen BK. 367 hükmünün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulanması mümkün değildir²⁸⁶.

5.4. Sona Ermenin Hukuki Sonuçları

5.4.1. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşmenin sona ermesinin hukuki sonuçları sözleşmeye konu işin fesih tarihine kadar yapılmış olan kısım ve özelliği gözetilerek geriye etkili veya ileriye etkili olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir.

5.4.2. Sözleşmenin Sona Ermesinin Kural Olarak Geriye Etkili Sonuç Yaratması

İnşaat sözleşmelerinde sözleşmenin arsa sahibi tarafından feshi, hukuki sonuçlarını kural olarak geriye etkili olarak doğurur, sözleşme sanki hiç yapılmamış gibi ortadan kalkar. Bu durumda sözleşme, müteahhidin temerrüde düşmesi sebebiyle sona erdirilmiş ise müteahhit o ana kadar yapmış olduğu işin bedelini BK m. 61 vd. maddeleri uyarınca talep edebilir²⁸⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde akdin feshi diğer inşaat sözleşmelerindeki gibi kural olarak geriye etkili olarak sonuç doğursa da olayın niteliği ve özelliği haklı kıldığı hallerde ileriye etkili sonuç doğurduğu kabul edilir²⁸⁸.

²⁸⁶ **ERMAN, H.**, age., s. 194.

²⁸⁷ **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 768.

²⁸⁸ **SUNGURBEY, İ.** (1984), “Yapıt Sözleşmelerinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde Ismarlananın Kusuruyla İşi Belirli Zamanda Bitirmeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin Ismarlayanca Bozulması Durumunda, Uyuşmazlığın Kural Olarak BY.106/108 Çerçevesinde Çözümlemesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY.2'deki İlke Gözetilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde feshin geriye etkili sonuç doğurduğu hallerde, müteahhidin kendi malzemesi ile arsa sahibinin arsası üzerine yapmış olduğu inşaatın karşılığı, BK m. 61 maddesi çerçevesinde haksız zenginleşme hükümleri doğrultusunda hesaplanır ve bunun ardından bulunan oranın arsa sahibinden tahsil edilerek müteahhide ödenmesi gerekir²⁸⁹.

Bu durumda müteahhit arsa payı talebinde bulunamaz. Sözleşme geriye etkili olarak hükümsüzleştiği için, bu sözleşmeye dayanılarak arsa sahibi tarafından daha öncesinden müteahhide devredilen arsa payları varsa bu payların da aynı şekilde arsa sahibine iade edilmesi gerekmektedir.

5.4.3. Sözleşmenin Sona Ermesinin İleriye Etkili Sonuç Doğurması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, kusur ile temerrüde düşen müteahhit hakkında arsa sahibinin, BK m. 106/2 veya m 358 hükümlerine göre sözleşmeyi feshetmesi kural olarak geriye etkili sonuç doğurmakta ise de, inşaatın ulaştığı seviyeye göre, Yargıtay kararları doğrultusunda feshin ileriye yönelik sonuç yaratması kabul olunur. Bu istisnai hal, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 Tarih ve 1983/3E. 1984/1 K. sayılı kararı²⁹⁰ ile kabul edilmiş olup anılan karar bu istisnai hali özet olarak şu şekilde tanımlamaktadır:

“Bazen inşaat sözleşmesi iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin, yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşır ki; böyle bir durumda müteahhidin bu kısmi ifasının karşılığı yalnızca 106 – 108 maddeleri uyarınca belirlenirse, iş sahibi normal hallerde sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin kusurundan amacını aşan bir şekilde

Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.1.1984 Gün, 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı Üstüne Birkaç Not”, YHD., Haziran.; SEROZAN, R. (2002), İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, (İfa) s. 210 vd., İstanbul.

²⁸⁹ SEROZAN, R., İfa., s. 210.; KOSTAKOĞLU, C., age., s. 768.

²⁹⁰ RG. 27.02.1984. 18325, s. 17 vd.

yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa müteahhidin olaydaki kusuru, borçlar hukuku yönünden müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirlemek bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir (BK m. 98/2, m. 43). Görülmektedir ki, 106 – 108 maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde, hakkı şekle mahkum edecek derecede adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkar olmaktan çok uzak kalabilmektedir.

İşte bu meselelerin objektif bir şekilde çözümü ancak Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir. Çünkü, Türk- İsviçre Hukuku'na göre, bu gibi durumlarda, Medeni Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen 'hakkın kötüye kullanılması yasağı' kuralından yararlanılabilir. Olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106 – 108 maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçların) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanununun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (ileriye etkili sözleşmelerde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da müteahhit kısmi ifanın bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.”

Bu karar ile Yargıtay kusurlu olup temerrüde düşen müteahhit hakkında sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğurmasını, somut olayın nitelik ve özelliğinin haklı gösterdiği hallerde mümkün olacağı koşuluna bağlamıştır. Anılan koşula yönelik unsurlar ise²⁹¹:

- Sözleşme konusu işin, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde müteahhidin kusuru ile tamamlanmamış olması,

²⁹¹ SUGURBEY, İ., agm., s. 781 vd.; ERMAN, H., Müteahhidin Temerrüdü, s. 4 vd.; KOSTAKOĞLU, C., age., s. 770.

- Arsa sahibi tarafından BK m. 101/1 ya da m. 106/1'e göre çekilecek ihtarla müteahhidin temerrüde düşürülmesi veya BK m. 107 maddesindeki derhal fesih koşullarının bulunması,

- Kusurlu ve temerrüde düşen müteahhit hakkında arsa sahibince BK m. 106/2 ve m. 107 hükümleri çerçevesinde fesih hakkının kullanılmış olması,

- Sözleşmenin feshedildiği anda, inşaatın tamamlanan kısmının kapsamı ve durumun özelliği iyiniyet kurallarına göre, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç yaratmasını gerekli kılması,

şeklinde saptanabilir. Bu dört unsurun bulunduğu durumlarda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için sözleşmenin feshi ileriye etkili sonuç doğurur ve böylece inşaatın noksanlığı oranında müteahhidin sözleşmede kararlaştırılmış olan payı azaltılıp arsa sahibine verilmek suretiyle noksan iş bedelinin ödenmesi sağlanır²⁹².

Sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç yaratması için, fesih anında inşaatın ne oranda yapılmış olması hususunun tespiti gerekmektedir. Yukarıda anılan kararda iş %85 oranında iken feshedilmiş ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu feshin ileriye yönelik sonuç doğurması için bu oranı yeterli bulmuştur. Ancak, Yüksek Kurul kararında belirli bir oran saptamaktan kaçınarak “olayın nitelik ve özelliğinin haklı göstermesi kuralını” koymuş ve böylece uygulamaya yönelik bir esneklik getirmiştir²⁹³.

Sonuç olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşme konusu inşaatı %85 oranında yapan ancak kendi kusuru sebebiyle temerrüde düşen ve ikmal edemeyen müteahhit hakkında akdin feshi ileriye etkili olarak sonuçlarını doğurur. Bu durumda, müteahhit yaptığı işin karşılığını arsa payı ve inşaat olarak

²⁹² **SUNGURBEY, İ.**, agm., s. 785.; **KOSTAKOĞLU, C.**, age., s. 770.

²⁹³ Yargıtay kararları, son yıllarda genel olarak işin fiziki gerçekleşme oranının %85'ten aşağı olmaması gerektiği yönünde istikrar kazanılmıştır.

alacağı için fesih anına kadar yapılan işin karşılığı da sözleşmede öngörülen paylaşım kurallarına göre yapılır.

Buna göre, sözleşmede kararlaştırılan paylaşım şekline veya oranına göre işin tamamlanması durumunda, müteahhide ait olması gereken bağımsız bölümlerin miktarı, nitelik ve değerleri de gözetilerek bu paydan fesih zamanına kadar yapılan işin oranına isabet edecek miktar veya pay yapmış olduğu işin karşılığı olarak müteahhide verilir²⁹⁴.

²⁹⁴ KOSTAKOĞLU, C., age., s. 771.

SONUÇ

Ülkemizde şehirleşmenin ve toplumsal yaşamının gelişmesiyle ve konutun bir hak ve ihtiyaç olmasıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi günden güne daha çok önem kazanmaktadır. Bununla birlikte ülkemizde taşınmazlar gün geçtikçe değerlenmekte keza inşaat maliyetleri de ona paralel olarak artmaktadır. Bu nedenle özellikle sosyal ve ekonomik ihtiyaçların karşılanması amacıyla uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yaygın olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu sözleşme ile arsa (iş) sahibi taşınmazını değerlendirmekte, müteahhit ise herhangi bir bedel ödemeksizin sadece inşaat maliyetlerini üstlenerek anılan taşınmaz üzerine yapmış olduğu binadan kendisine düşen bağımsız bölümlere sahip olmaktadır.

Ancak sözleşmenin özelliği ve niteliği, birçok hukuki sorun da beraberinde getirmektedir. Ekonomideki hızlı dalgalanmalar, kullanılan malzeme ve işçiliğin kalitesi, inşaatın tesliminin gecikmesi halinde müteahhidin temerrüde düşmesi ya da arsa sahibinin arsa paylarını müteahhide zamanında devretmemesi gibi hususlarda taraflar arasında ihtilaf oluşabilmektedir. Yine sözleşmeye konu eserde ayıpların mevcut olması durumunda arsa sahibinin hakları ve müteahhidin yükümlülükleri bu anlamda sorunları beraberinde getirmektedir. Bu uyuşmazlıkları, taraflar arasındaki menfaat dengesini koruyarak ve hukuk adaletini sarsmayacak şekilde çözüme ulaştırmak gerekmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin özellikle Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş olan bir sözleşme tipi olmadığından yani Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan istisna (eser) sözleşmesi ile taşınmaz satım sözleşmesinin unsurlarını barındıran karma nitelikteki bir sözleşme olmasından dolayı gerek Doktrinde gerekse Yargıtay uygulamalarında birbirinden farklı görüş ve çözümler ortaya çıkmış, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları verilmesi gerekmiştir.

Şu an itibariyle her ne kadar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine yönelik olarak görüş birliği büyük oranda sağlanmış olsa da bu konuda yeterli ve gerekli yasal bir düzenleme yapılmıncaya kadar doğabilecek hukuki sorunlar için öncelikle mevcut Kanuni düzenlemeler ardından Yargıtay kararları ve dürüstlük kuralları çerçevesinde hakkaniyete uygun çözümler getirilmelidir.

KAYNAKÇA

- [1] **AKIN, G. A.** (2006), “*Eserdeki Ayıbın İş Sahibine İsnad Edilmesi (Borçlar Kanunu MD. 361)*”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı 156, 157 ve 158.
- [2] **AKKANAT, H.** (2000), *Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi*, İstanbul.
- [3] **AKKANAT, H.** (2006), “*Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat*”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, s. 63-76, Ankara.
- [4] **AKKAYAN YILDIRIM, 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, s. 49 vd., İstanbul.
- [5] **AKYOL, Ş.** (1976), *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, İstanbul.
- [6] **AKINTÜRK, T.** (2007), *Borçlar Hukuku*, B. 13, İstanbul.
- [7] **ALANGOYA, Y.** (2001), *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul.
- [8] **ARAL, F.** (2007), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, B. 7, Ankara.
- [9] **ARIDEMİR GENÇ, A.** (2004), “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan “İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler” Sorunu Bakımından Hukuki Durum*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, s. 449 vd., Ankara.
- [10] **AYAZLI, P.** (1987), “*Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi*”, MÜHFD, C. 2, S. 1, İstanbul.

- [11] **AYBAY, A., HATEMİ, H.** (2009), *Eşya Hukuku*, İstanbul.
- [12] **AYDEMİR, E.** (2009), *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, Ankara.
- [13] **BAYGIN, C.** (1999), *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinin Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler*, İstanbul.
- [14] **BİLGE, N.** (1962), *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Ankara.
- [15] **BİLİR, A.** (1994), *İş Görme Akitlerinde (Hizmet-İstisna-Akidleri) Fesih*, Ankara.
- [16] **BİRSEN, K.** (1967), *Borçlar Hukuku Dersleri, Borçlar Genel Hükümleri*, B. 4, İstanbul.
- [17] **BURCUOĞLU, H.** (1990), “*Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi için Uyulması Gereken Süreler*”, Tandoğan'a Armağan, s. 287, Ankara.
- [18] **BOZER, A.** (1968), *Borçlar Hukuku Hususi Borç Münasebetleri*, Ankara.
- [19] **CANPOLAT, F.** (2009), *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları*, Ankara.
- [20] **DAYINDARLI, K.** (1986), *İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları*, Ankara.
- [21] **DAYINDARLI, K.** (2003), *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü*, B. 3, Ankara.
- [22] **DOĞAN, M.** (1998), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- [23] **DUMAN, İ. H.** (2006), *İnşaat Hukuku*, İstanbul.

- [24] **DUMAN, İ. H.** (2005), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul.
- [25] **GÜNEL, M. C.** (2004), “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar*”, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, s. 411 vd., İstanbul.
- [26] **GÜRAL AKİPEK, J.** (1973), *Türk Eşya Hukuku*, 2. Kitap, Ankara.
- [27] **EREN, F.** (1975), *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara.
- [28] **EREN, F.** (2003), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B. 8, İstanbul.
- [29] **ERGEZEN, M.** (2007), *İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı*, Ankara.
- [30] **ERMAN, H.** (2007), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, B. 2, İstanbul.
- [31] **ERMAN, H.** (1979), *İstisna Sözleşmelerinde Beklenilmeyen Haller – BK 365/2*, İstanbul.
- [32] **ERMAN, H.** (1984), “*Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü – Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri*”, İBD. S. 4-5-6.
- [33] **ERMAN, H.** (1984), “*Karar İncelemesi – Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*”, İÜHFM, S. 1-4.
- [34] **ERTEN, M. A.** (2000), *Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşaa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (BK. md. 58)*, Ankara.
- [35] **ERTEN, M. A.** (2000), *Borçlar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Olduğu Zararlardan Dolayı Sorumluluk*, Ankara.
- [36] **ESENER, T., Güven, K.** (2008), *Eşya Hukuku*, Ankara.

- [37] **GÖKYAYLA, K. E.** (2002), “*Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1.
- [38] **GÜRPINAR, D.** (2006), *Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi*, İzmir.
- [39] **HATEMİ, H., SEROZAN, R., ARPACI, A.** (1982), *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul.
- [40] **HATEMİ, H., SEROZAN, R., ARPACI, A.** (1991), *Eşya Hukuku*, İstanbul.
- [41] **İMRE, Z.** (1948), *Bina ve İnşa Eseri Maliklerinin Mesuliyeti*, C. 5, S. 54, s. 20, ABD.
- [42] **İNAN, A. N.** (1984), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ders kitabı, B. 3, Ankara.
- [43] **KAMBER, K.** (1989), *Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- [44] **KAPLAN, İ.** (2007), *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, B. 2, Ankara.
- [45] **KAPLAN, İ.** (1983), *Türk İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarların Sorumluluğu*, Ankara.
- [46] **KAPLAN, İ.** (1985), “*Eser Sözleşmelerinde İşin Başkasına Yaptırılması ve İhale Farkı Tazminatları*”, Batider, Haziran 1985, C. XIII Sayı: 1, s. 1-11, Ankara.
- [47] **KAPLAN, İ.** (1996), “*İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları*”, Batider Yayını Ankara.
- [48] **KARAHASAN, M. R.** (1973), *Tazminat Davaları*, İstanbul.

- [49] **KARAHASAN, M. R.** (1975), *Mülkiyet Hukuku*, İstanbul.
- [50] **KARAHASAN, M. R.** (2004), *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, C. 5-6, İstanbul.
- [51] **KARAHASAN, M. R.** (2003), *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Öğreti – Yargıtay Kararları – İlgili Mevzuat*, C. 1, Ankara.
- [52] **KARAHASAN, M. R.** (2002), *Türk Borçlar Hukuku-I: Özel Borç İlişkileri Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat*, İstanbul.
- [53] **KARAHASAN, M. R.** (1997), *İnşaat – İmar – İhale Hukuku, Doktrin – Yargıtay – Danıştay – Sayıştay Kararları, İlgili Mevzuatı*, C. 1, İstanbul.
- [54] **KARAHASAN, M. R.** (2007), *Yeni Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku*, Ankara.
- [55] **KARATAŞ, İ.** (2004), *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, Ankara.
- [56] **KARAVELİOĞLU, C.** (2007), *İmar Kanunu*, İstanbul.
- [57] **KARAYALÇIN, Y.** (1975), *İstisna Akdi – Zamanaşımı Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler*, Ankara.
- [58] **KARTAL, B.** (1993), *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Ankara.
- [59] **KAYA, Ö. K.** (1993), *Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi*, İstanbul.
- [60] **KILIÇOĞLU, A.** (2003), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B. 3, Ankara.
- [61] **KILIÇOĞLU, A.** (1975), “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma ve Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”, AÜHFD, C. XXXII, S. 14.
- [62] **KOÇ, N.** (1990), *Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Sorumluluğu (BK. md. 58)*, Ankara.

- [63] **KOSTAKOĞLU, C.** (2006), *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, İstanbul.
- [64] **KOSTAKOĞLU, C.** (1984), “*Eser Sözleşmelerinin Bir Türü Olan Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmelerinde Şekil*”, *Yargıtay Dergisi*.
- [65] **KURAL, O. C., KILIÇBAY, E., İZMİR, H.** (1988), *İnşaat ve İhale Hukuku*, Ankara.
- [66] **KUNTALP, E.** (1971), *Karışık Muhtevalı Akit*, Ankara.
- [67] **KURŞAT, Z.** (2004), “*İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri*”, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, s. 751 vd., İstanbul.
- [68] **KURU, B., ARSLAN, A., YILMAZ, E.** (2001), *Medeni Usul Hukuku*, Ders Kitabı, Ankara.
- [69] **KURU, B., ARSLAN, A., YILMAZ, E.** (2003), *İcra ve İflas Hukuku*, Ders Kitabı, Ankara.
- [70] **MUŞUL, T.** (2002), *Teorik ve Uygulamada İcra ve İflas Hukuku*, C. II, İstanbul.
- [71] **OĞUZMAN, M. K., BARLAS, N.** (2007), *Medeni Hukuk*, B. 14, İstanbul.
- [72] **OĞUZMAN, K., SELİÇİ, Ö., ÖZDEMİR, S.** (2006), *Eşya Hukuku*, B. 11, İstanbul.
- [73] **OĞUZMAN, M. K., ÖZ, T.** (1995), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul.
- [74] **OKTAY, S.** (1996), “*İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Boşlukların Tamamlanması ve Yorumlanması*” , İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, s. 263 vd.

- [75] **OLGAÇ, S.** (1970), *Hukuk Davalarında İstisna Akdi*, B. 2, İstanbul.
- [76] **OZANOĞLU, H. S.** (1999), “*İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları*”, GÜHFD, C.III, s. 1-2, Haziran-Aralık.
- [77] **ÖKTEM, S.** (2006), “*Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 2006/5.
- [78] **ÖNEN, T.** (1996), *Borçlar Hukuku*, Ankara.
- [79] **ÖZ, T.** (1989), *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, İstanbul.
- [80] **ÖZ, T.** (2007), *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, İstanbul.
- [81] **ÖZTAN, B.** (2007), *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, B. 26, Ankara.
- [82] **ÖZYÖRÜK, S.** (1988), *İnşaat Sözleşmesi (Yapısı – Feshi) Borçlar Kanunu'nun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları*, İstanbul.
- [83] **REİSOĞLU, S.** (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B. 19, İstanbul.
- [84] **SELİÇİ, Ö.** (1977), *Borçlar Kanunu'na göre, Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul.
- [85] **SELİÇİ, Ö.** (1978), *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul.
- [86] **SUNGURBEY, İ.** (1984), “*Yapıt Sözleşmelerinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde İsmarlananın Kusuruyla İşi Belirli Zamanda Bitirmeyerek Dirmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin İsmarlayanca Bozulması Durumunda, Uyuşmazlığın Kural Olarak BY.106/108 Çerçevesinde Çözümlemesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY.2'deki İlke Gözetilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.1.1984 Gün,*

3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı Üstüne Birkaç Not", YHD., Haziran.

- [87] **SUNGURBEY, İ., KANETİ, S.** (1967), *Topraktan Kat Satışı ve Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı Sözleşmesi*, İstanbul.
- [88] **SEROZAN, R.** (1975), *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul.
- [89] **SEROZAN, R.** (2002), *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, İstanbul.
- [90] **SEROZAN, R.** (2006), *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, B. 2, İstanbul.
- [91] **SEROZAN, R.** (2002), "Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Kuralların Seçiminde İzlenecek Yol", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 2, s. 1223- 1232, İstanbul.
- [92] **ŞAKAR, M.** (1996), *Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış İmar Mevzuatı*, B. 3, İstanbul.
- [93] **ŞENOCAK, Z.** (2002), *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara.
- [94] **TANDOĞAN, H.** (1987), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt II. B. 3, Ankara.
- [95] **TANDOĞAN, H.** (1985), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/1, B. 4, Ankara.
- [96] **TANDOĞAN, H.** (1982), "İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımı", *Batider*, C. XI, S. 3.
- [97] **TANDOĞAN, H.** (1961), *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara.
- [98] **TANDOĞAN, H.** (1982), "Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu", YHD., s. 493-499.

- [99] **TEKİNAY, S., AKMAN, S., BURCUOĞLU, H., ALTOP, A.** (1993), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Cilt, B. 7, İstanbul.
- [100] **TUNÇOMAĞ, K.** (1977), *Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt: Özel Borç İlişkileri*, C. 2, B. 3, İstanbul.
- [101] **TUNÇOMAĞ, K.** (1976), *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. 1, B. 6, İstanbul.
- [102] **TUNÇOMAĞ, K.** (1967), *Borçlar Hukuku Dersleri Cilt: Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nev'ileri)*, İstanbul.
- [103] **TÜRK, Ş. Ş., TÜRK, C.** (2006), *Arazi ve Arsa Düzenlemesi*, İstanbul.
- [104] **TÜZEMEN, E.** (1998), “*Borçlar Kanunu'nun 58. maddesi Üzerine Bir İnceleme*”, AD. 1945, s. 1.
- [105] **UÇAR, A.** (2003), *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, Ankara.
- [106] **UYGUR, T.** (1998), *Açıklamalı - İçtihatlı İnşaat Hukuku Arsa Payı Karşılığı (Kat Karşılığı) İnşaat Sözleşmesi*, C. 2, Ankara.
- [107] **UYGUR, T.** (1998), *Açıklamalı - İçtihatlı İnşaat Hukuku Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi*, Ankara.
- [108] **YALÇINDOĞAN, T.** (2004), *Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri*, Ankara.
- [109] **YAVUZ, C.** (2007), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, B. 7, İstanbul.
- [110] **ZEVKLİLER A.** (1982), *Taşınmaz Malikinin Yetkileri Açısından İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat*, Ankara.
- [111] **ZEVKLİLER, A., HAVUTÇU, A.** (2007), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, B. 9, Ankara.