

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

**ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Hazırlayan  
Sümeyye Hilal YILDIRIM**

**Tez Danışmanı  
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN**

**Ankara-2011**

## ONAY

Sümeyye Hilal YILDIRIM tarafından hazırlanan "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi" başlıklı bu çalışma, 14.06.2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda (oybirliği/oyçokluğu) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalı/ Medeni Hukuk Bilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

[İmza]

[Unvanı, Adı ve Soyadı] (Başkan)

Prof. Dr. Hasan Z. Döğen

[İmza]

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

Prof. Dr. M. Fadil Güçlü

[İmza]

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

Doç. Dr. Mustafa Akbulut

## **ÖNSÖZ**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, toplumda konut ve iş yeri bulma sıkıntısının artmasına paralel olarak yaygın olarak kullanılmaya başlanan, taraflar ve üçüncü kişiler bakımından sağladığı avantajlarla birlikte, bünyesinde birtakım sorunları da barındıran, ani edimli borç ilişkisi doğuran, çifte tipli, karma yapılı, atipik bir sözleşme türüdür.

Yüksek lisans tezi konumuzun “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” olarak belirlenmesinin sebebini, konunun önemli bir sektör haline gelmesine rağmen, tartışmalı hususlarla ilgili olarak görüş birliğine varılmaması sebebiyle, uzun süredir güncelliğini koruması oluşturmaktadır. Tezimizde, özellikle tartışmalı hususlar üzerinde durularak, farklı görüşlere gerekçeleriyle birlikte yer verilmek suretiyle, Yargıtay kararları çerçevesinde makul sonuçlara ulaşılmaya çalışılmıştır.

Tez konusunun belirlenmesi ve tezin hazırlanması sürecinde desteğini esirgemeyen tez danışmanım Sayın Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN’ a, her zaman yanımda olan canım aileme sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

**Sümeyye Hilal Yıldırım**

**ANKARA 2011**

## İÇİNDEKİLER

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| ÖNSÖZ .....               | i   |
| İÇİNDEKİLER .....         | ii  |
| KISALTMALAR CETVELİ ..... | vii |
| GİRİŞ .....               | 1   |

## BİRİNCİ BÖLÜM

### GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

|                                                                                                                                 |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI VE<br>UNSURLARI .....                                             | 3  |
| A. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı .....                                                                        | 3  |
| B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tarafları .....                                                                     | 5  |
| C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları .....                                                                     | 6  |
| 1. Arsa Sahibi İle Müteahhit Arasında Anlaşma Bulunması .....                                                                   | 6  |
| 2. Arsa Sahibinin Müteahhide Belirli Arsa Paylarının Devrini Taahhüt Etmesi .....                                               | 8  |
| 3. Müteahhidin Bağımsız Bölümler İnşa Etmek Suretiyle Meydana Getirdiği Binayı<br>Arsa Sahibine Devretmeyi Taahhüt Etmesi ..... | 9  |
| II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ .....                                                              | 10 |
| A. Genel Olarak .....                                                                                                           | 10 |
| B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sürekli Edimli Borç İlişkisi<br>Doğurduğunu Kabul Eden Görüş .....                  | 12 |
| C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Ani Edimli Borç İlişkisi Doğurduğunu<br>Kabul Eden Görüş .....                      | 13 |
| D. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Ani-Sürekli Edimli Borç Doğurduğunu<br>Kabul Eden Karma Görüş .....                 | 15 |
| E. Görüşlerin Değerlendirilmesi .....                                                                                           | 16 |

|                                                                                                                                                 |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>III. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ GEREĞİ ARSA SAHİBİNİN YÜKLENDİĞİ EDİMİN GERÇEKLEŞTİRİLME ÇEŞİTLERİ.....</b>                       | <b>19</b> |
| A. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Gereği Belli Arsa Paylarının Müteahhide Devri.....                                                     | 19        |
| B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Gereği Arsanın Tamamının Müteahhide Devri.....                                                         | 20        |
| C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Gereği Arsa Paylarının İnşaat Geline Aşamaya Göre Müteahhide Devri.....                                | 22        |
| D. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Gereği Arsa Sahibinin Müteahhide Arsa Paylarının Devrini Vaat Etmesi.....                              | 23        |
| <b>IV. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ VE ŞEKLE UYULMAMASININ SONUÇLARI .....</b>                                                | <b>24</b> |
| A. Genel Olarak Şekil .....                                                                                                                     | 24        |
| B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli.....                                                                                          | 26        |
| 1. Genel Olarak .....                                                                                                                           | 26        |
| 2. Arsa Sahibi ile Müteahhit Arasında Düzenlenen Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli.....                                            | 27        |
| 3. Müteahhit İle Üçüncü Kişiler Arasında Düzenlenen Arsa Payının Devrine İlişkin Sözleşmenin Şekli.....                                         | 31        |
| C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekle Aykırı Olarak Düzenlenmesinin Sonuçları ve Şekle Aykırılığın İleri Sürülemeyeceği Haller..... | 32        |
| 1. Şekle Aykırılığın Sonuçları .....                                                                                                            | 32        |
| a. Yokluk görüşü.....                                                                                                                           | 33        |
| b. Mutlak Butlan görüşü (Klasik görüş).....                                                                                                     | 34        |
| c. Eksik borç görüşü .....                                                                                                                      | 38        |
| d. Fiilî sözleşme görüşü .....                                                                                                                  | 41        |
| e. Kendine özgü geçersizlik görüşü.....                                                                                                         | 42        |
| 2. Şekle Aykırılığın İleri Sürülemeyeceği Haller .....                                                                                          | 44        |
| <b>V. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI .....</b>                                                         | <b>46</b> |
| A. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hizmet Sözleşmesinden Farkları .....                                                                | 47        |
| B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Vekâlet Sözleşmesinden Farkları .....                                                               | 50        |
| C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Satım Sözleşmesinden Farkları.....                                                                  | 52        |
| D. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Eser (İstisna) Sözleşmesinden Farkları .....                                                        | 53        |

## İKİNCİ BÖLÜM

### ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ VE TESCİLE İCBAR DAVASI

|                                                                                              |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLERİN<br/>TESPİTİ.....</b>    | <b>54</b> |
| <b>II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI.....</b>                 | <b>56</b> |
| <b>A. Müteahhidin Borçları.....</b>                                                          | <b>56</b> |
| 1. Müteahhidin Bağımsız Bölüm İnşa Etme Borcu .....                                          | 57        |
| a. Müteahhidin İnşaatı Sadakat ve Özenle Yapma Borcu .....                                   | 57        |
| (1) Müteahhidin sadakat borcu.....                                                           | 57        |
| (2) Müteahhidin özen borcu.....                                                              | 59        |
| b. Müteahhidin İş Bizzat Yapma veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcu ..                 | 62        |
| c. Müteahhidin gerekli araç-gereç ve malzemeyi sağlama borcu.....                            | 67        |
| d. Müteahhidin inşaata zamanında başlama ve devam etme borcu .....                           | 72        |
| (1) Teslim süresi belli olan işlerde .....                                                   | 73        |
| (2) Teslim süresi belli olmayan işlerde.....                                                 | 74        |
| 2. Müteahhidin İnşaatı Teslim Etme Borcu .....                                               | 75        |
| a. Genel Olarak Müteahhidin İnşaatı Teslim Etme Borcu .....                                  | 75        |
| b. Müteahhidin İnşaatı Teslim Borcunu İfası.....                                             | 77        |
| c. Müteahhidin İnşaatı Teslim Borcunu Yerine Getirmemesi Sebebiyle Temerrüde<br>Düşmesi..... | 79        |
| (1) Müteahhidin temerrüdünün şartları.....                                                   | 82        |
| i. İnşaatı teslim borcunun muaccel olması .....                                              | 82        |
| ii. Borcun ifasının mümkün olması.....                                                       | 84        |
| iii. Teslim borcunun zamanında ifa edilmemiş olması .....                                    | 85        |
| iv. Müteahhidin temerrüde düşmesine engel olacak herhangi bir sebep<br>bulunmaması .....     | 87        |
| v. Arsa sahibinin ihtarda bulunması.....                                                     | 88        |
| (2) Müteahhidin temerrüdünün sonuçları.....                                                  | 91        |
| i. Arsa sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatını talep etmesi .....                        | 93        |
| ii. Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini talep<br>etmesi .....      | 95        |
| iii. Arsa sahibinin sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini talep etmesi<br>.....        | 99        |
| (a) Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi.....                                                  | 100       |
| (b) Arsa sahibinin menfi zararın giderilmesini talep etmesi.....                             | 111       |

|                                                                                                              |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu.....                                                               | 114        |
| a. Ayıba Karşı Tekeffln Şartları.....                                                                      | 114        |
| (1) İnşaatın tamamlanarak arsa sahibine teslim edilmiş olması .....                                          | 114        |
| (2) İnşaatın ayıplı olması.....                                                                              | 115        |
| (3) Ayıbın arsa sahibine yükletilemiyor olması .....                                                         | 122        |
| (4) İnşaatın arsa sahibi tarafından kabul edilmemiş olması .....                                             | 125        |
| (5) Muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmiş olması .....                                            | 125        |
| b. Arsa Sahibinin Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcundan Doğan Hakları                                   | 130        |
| (1) Arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkı .....                                                             | 132        |
| (2) Arsa sahibinin ücretin indirilmesini talep etme hakkı .....                                              | 135        |
| (3) Arsa sahibinin inşaatın ücretsiz tamirini talep etme hakkı .....                                         | 138        |
| (4) Arsa sahibinin tazminat talep etme hakkı .....                                                           | 141        |
| c. Müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu sona erdiren nedenler.....                                 | 144        |
| (1) İnşaat üzerinde bulunan ayıbın arsa sahibine isnat olunacak bir sebepten doğmuş olması.....              | 144        |
| (2) Arsa sahibinin inşaatı herhangi bir ihtirazî kayıt koymadan kabul etmesi ...                             | 146        |
| (3) Zamanaşımı süresinin geçmiş olması.....                                                                  | 147        |
| <b>B. Arsa Sahibinin Borçları .....</b>                                                                      | <b>150</b> |
| 1. Arsa Sahibinin Belirlenen Arsa Paylarını Müteahhide Devretme Borcu .....                                  | 151        |
| a. Genel Olarak .....                                                                                        | 151        |
| b. Arsa Sahibinin Belirlenen Arsa Paylarını Müteahhide Devretme Borcunu Yerine Getirmemesinin Sonuçları..... | 158        |
| (1) Arsa Sahibinin Temerrüde Düşmesi.....                                                                    | 158        |
| (2) Müteahhidin Arsa Sahibine Karşı Tescile İcbar Davası Açma Hakkı ....                                     | 159        |
| 2. Arsa Sahibinin Sözleşmeden Doğan Diğer Ykmleri Yerine Getirme Borcu ....                                | 159        |
| <b>III. TESCİLE İCBAR DAVASI .....</b>                                                                       | <b>162</b> |
| <b>A. Tescile İcbar Davasının Konusu .....</b>                                                               | <b>162</b> |
| <b>B. Tescile İcbar Davasının Tarafları.....</b>                                                             | <b>163</b> |
| <b>C. Tescile İcbar Davasının Açılacağı Mahkemenin Tespiti.....</b>                                          | <b>168</b> |
| 1. Tescile İcbar Davasında Grevli Mahkeme.....                                                              | 168        |
| 2. Tescile İcbar Davasında Yetkili Mahkeme .....                                                             | 178        |
| 3. Tescile İcbar Davasında İşblm .....                                                                    | 188        |
| <b>D. Tescile İcbar Davasında Delillerin Değerlendirilmesi .....</b>                                         | <b>191</b> |
| <b>E. Tescile İcbar Davası Sonunda Verilen Hükmün Mahiyeti .....</b>                                         | <b>194</b> |
| <b>F. Zamanaşımı .....</b>                                                                                   | <b>197</b> |

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

|                                                                                                                        |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>I. GENEL OLARAK .....</b>                                                                                           | <b>199</b> |
| <b>II. Sözleşmenin İfa Suretiyle Sona Ermesi .....</b>                                                                 | <b>200</b> |
| <b>III. Sözleşmenin İfa Dışı Nedenlerle Sona Ermesi .....</b>                                                          | <b>203</b> |
| <b>A. Sözleşmenin Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık Sebebiyle Sona Ermesi .....</b>                       | <b>203</b> |
| 1. Genel Olarak İmkânsızlık .....                                                                                      | 203        |
| 2. Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık .....                                                                | 206        |
| a. Sözleşmenin yapılan inşaatın telef olması sebebiyle sona ermesi .....                                               | 210        |
| b. Sözleşmenin arsa sahibi nezdinde gerçekleşen bir sebepten dolayı ifanın mümkün olmaması sebebiyle sona ermesi ..... | 213        |
| c. Sözleşmenin Müteahhidin Ölümü veya Aczi Nedeniyle Sona Ermesi .....                                                 | 214        |
| d. Borçlar Kanunu madde 117 hükmü kapsamında sözleşmenin sona ermesi ..                                                | 216        |
| <b>B. Arsa Sahibinin Müteahhidin Zararını Tamamen Tazmini Suretiyle Sözleşmeyi Feshi .....</b>                         | <b>217</b> |
| <b>C. Sözleşmenin Tarafların Anlaşması İle Sona Ermesi .....</b>                                                       | <b>220</b> |
| <b>D. Sözleşmenin Önceden Görülmeyen ve Beklenilmeyen Hal Nedeniyle Feshi ..</b>                                       | <b>221</b> |
| 1. Önceden Öngörülme ve Beklenilmeyen Bir Halin Bulunması .....                                                        | 222        |
| 2. Önceden Görülmeyen ve Beklenilmeyen Hal Nedeniyle İnşa İşinin Görülmesinin Aşırı Derecede Güç Olması .....          | 224        |
| 3. Önceden Görülmeyen ve Beklenilmeyen Halin Ortaya Çıkmasında Tarafların Kusurunun Bulunmaması .....                  | 225        |
| 4. Müteahhidin Önceden Görülmeyen ve Beklenilmeyen Hali Arsa Sahibine İhbar Yükümlülüğü .....                          | 226        |
| <b>E. Temerrüt ve İfa Etmeme Nedeniyle Sözleşmeden Dönme .....</b>                                                     | <b>226</b> |
| <b>SONUÇ .....</b>                                                                                                     | <b>228</b> |
| <b>KAYNAKÇA .....</b>                                                                                                  | <b>232</b> |
| <b>ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ ÖRNEĞİ .....</b>                                                              | <b>245</b> |
| <b>ÖZET .....</b>                                                                                                      | <b>253</b> |
| <b>ABSTRACT .....</b>                                                                                                  | <b>255</b> |

## KISALTMALAR CETVELİ

|                |                                                                                                                                               |
|----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Aşa.</b>    | : Aşağıda                                                                                                                                     |
| <b>b.</b>      | : bent                                                                                                                                        |
| <b>BATİDER</b> | : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi                                                                                                             |
| <b>BK.</b>     | : 818 sayılı Borçlar Kanunu                                                                                                                   |
| <b>Bknz.</b>   | : Bakınız                                                                                                                                     |
| <b>C.</b>      | : Cilt                                                                                                                                        |
| <b>E.</b>      | : Esas                                                                                                                                        |
| <b>f.</b>      | : fıkra                                                                                                                                       |
| <b>HD.</b>     | : Hukuk Dairesi                                                                                                                               |
| <b>HGK.</b>    | : Hukuk Genel Kurulu                                                                                                                          |
| <b>HMK</b>     | : Hukuk Muhakemeleri Kanunu (04.02.2011 tarihli Resmi Gazete ile yayımlanan ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Kanun) |
| <b>HUMK</b>    | : 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu                                                                                                 |
| <b>K.</b>      | : Karar                                                                                                                                       |
| <b>Karş.</b>   | : Karşılaştırınız                                                                                                                             |
| <b>md.</b>     | : madde                                                                                                                                       |
| <b>RG</b>      | : Resmi Gazete                                                                                                                                |
| <b>S.</b>      | : Sayı                                                                                                                                        |
| <b>s.</b>      | : sayfa                                                                                                                                       |
| <b>T.</b>      | : Tarih                                                                                                                                       |
| <b>TBK.</b>    | : Türk Borçlar Kanunu (04.02.2011 tarihli Resmi Gazete ile yayımlanan ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Kanun)       |
| <b>TMK.</b>    | : Türk Medeni Kanunu                                                                                                                          |

|             |                                                                                                                                        |
|-------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>TTK.</b> | : Türk Ticaret Kanunu (14.02.2011 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanan ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Kanun) |
| <b>vd.</b>  | : ve devamı                                                                                                                            |
| <b>YKD</b>  | : Yargıtay Kararlar Dergisi                                                                                                            |
| <b>Yuk.</b> | : Yukarıda                                                                                                                             |

## ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

### GİRİŞ

Ülkemizde, kırsal kesimlerden şehirlere yapılan göçler ve bu suretle nüfusun hızla artması gibi sebeplerle, konut ve işyeri bulma konusunda sıkıntılar yaşanmaya başlamıştır. Toplumun yaşamakta olduğu bu sorunu çözmek için geliştirilen yollardan birisi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılarak, var olan ihtiyacın daha pratik bir şekilde ortadan kaldırılması olmuştur. Bu bakımdan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, toplumun sosyo-ekonomik ihtiyaçlarından doğan ve yaygın olarak uygulanan bir sözleşme türü olduğunu söylemek mümkündür.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, inşaat sözleşmelerinin bir türüdür. Sözleşmenin, doktrinde ve uygulamada, *“kat yapım sözleşmesi”*, *“taşınmaz satışı ve inşaat sözleşmesi”*, *“satış vaadi ve inşaat sözleşmesi”*, *“arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi”*, *“kat karşılığı inşaat sözleşmesi”* ve daha uygun olduğu kanaatiyle *“arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”* gibi isimlerle anılmakta olduğu görülmektedir. Sözleşmeye verilen isimler farklılık gösterse de, tarafların sözleşmeden elde etmeyi bekledikleri menfaat ve sözleşmenin kurulma amacı aynıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarını, arsa sahibi ve müteahhit oluşturur. Sözleşme ile müteahhit, arsa sahibinin arsası üzerinde bir inşaat yapmayı ve tamamlanan inşaatı arsa sahibine devretmeyi taahhüt ederken; arsa sahibi, müteahhidin ediminin karşılığı olarak, belirlenen arsa paylarının mülkiyetini müteahhide devretme borcu altına girmektedir. Uygulamada genellikle, müteahhidin sözleşme ile üstlendiği edimin karşılığında, tamamlanan inşaatın belirlenen bağımsız bölümlerin müteahhide devredileceğinin kararlaştırılmakta olduğu görülmektedir. Bu bakımdan tezimizde, uygulamada sık rastlanılan ve taşınmaz satım vaaadinin özelliklerini içermekte olan bu hal göz önünde bulundurularak inceleme yapılacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satım vaadi ve eser sözleşmesinin özelliklerini bünyesinde taşıyan çifte tipli karma yapılı bir sözleşmedir. Sözleşmenin yapısı gereği birçok hukuki sorunu bünyesinde taşıdığı görülmektedir. Doktrinde, sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti hususunda dahi tartışmalar bulunmaktadır. Bu bakımdan, sözleşmeye uygulanacak hükümlerin doğru bir şekilde tespit edilebilmesi için, sözleşmenin taşımakta olduğu özelliklerin detaylı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. İnceleme yapılırken, konu ile ilgili tartışmalı hususlar ele alınarak, doktrin ve yargı kararlarında ortaya konan farklı görüşler çerçevesinde bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızın birinci bölümünde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile ilgili genel bilgiler verilecektir. Bu bölümde, sözleşmenin tanımı, tarafları, unsurları, hukuki niteliği, arsa sahibinin edimi bakımından gerçekleştirme çeşitleri, şekli, şekle uyulmamasının sonuçları ve diğer iş görme sözleşmelerinden farkları gibi konular üzerinde durulacaktır.

İkinci bölüm, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hükümleri konusuna ayrılmıştır. Sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespiti, birinci bölümde anlatılacak konular ışığında, bu bölümün başında yapılacaktır. Tarafların sözleşme gereği üstlenmiş oldukları borçlar ve bu borçlar nedeniyle sözleşmenin diğer tarafına karşı ileri sürebilecekleri haklar anlatılarak; doğurduğu sonuçlar bakımından taşımakta olduğu önem nedeniyle, müteahhidin, edimini ifa etmemesi sebebiyle temerrüde düşmesi ve ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Arsa sahibinin belirlenen arsa paylarını devretme borcunu yerine getirmemesi halinde, müteahhidin, arsa paylarının kendisine devrini sağlamak için arsa sahibine karşı açabileceği tescile icbar davası hakkında genel bilgiler verilecektir.

Üçüncü ve son bölümde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona ermesi konusu üzerinde durularak, sözleşmeyi sona erdiren nedenlerle ilgili açıklamalar yapılacaktır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

#### I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI VE UNSURLARI

##### A. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı yapılmadan önce, inşaat ve arsa kavramlarını açıklamak gerekir.

İnşaat; konut, işyeri, depo ve benzeri şekilde kullanılmak üzere yapılmış, toprakla doğrudan doğruya ya da dolaylı şekilde bağlantısı bulunan her türlü maddi yapı eserine verilen isimdir<sup>1</sup>. Arsa ise, bir toprak kesiminin kapalı bir çizgi ile belirlenmiş kısmını oluşturan taşınmaz parçasını ifade eder<sup>2</sup>. Sınırları belirli toprak parçasının taşınmaz niteliği Tapu Kütüğüne geçirilmiş olmasına bağlıdır<sup>3</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, Borçlar Kanununda düzenlenmemiş olan inşaat sözleşmesinin bir türüdür. Sözleşme kanunda düzenlenmiş olmadığı için, mevcut bir tanımı da bulunmamaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği, taraflardan biri diğer tarafın arsası üzerinde bir inşaa işi görmeyi, diğer taraf ise bunun karşılığında belirlenen arsa paylarının mülkiyetini devretmeyi taahhüt etmektedir. Bu bakımdan sözleşmenin, Borçlar Kanunu 355'inci (TBK. 470) madde hükmünde düzenlenmiş bulunan eser sözleşmesi ile yine Borçlar Kanunu madde 213 (TBK. 237/ II) hükmünde unsurları belirtilmiş olan taşınmaz satım vadinin özelliklerini taşımakta olduğu görülmektedir. Sözleşmenin tanımının, kanunun

---

<sup>1</sup> Eren, Fikret; İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci-Hukukçular İçin Ortak Seminer , Ankara 1996, s. 53.

<sup>2</sup> Kartal, Bilal; Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s. 20.

<sup>3</sup> Acar, Faruk; Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008, s. 7.

eser sözleşmesi ve taşınmaz satım vaadi ile ilgili getirdiği açıklamalar çerçevesinde yapılması mümkündür.

Borçlar Kanunu madde 355 (TBK. 470) hükmüne göre; *“İstisna bir akittir ki, onunla bir taraf diğer tarafın vermeyi taahhüt ettiği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder”*.

Taşınmaz satım vaadi ise, sözleşmenin taraflarından birine veya her iki tarafına, ileride sözleşme konusu taşımazın satılmasını talep etme hakkı veren bir ön sözleşme<sup>4</sup> niteliğini taşır<sup>5</sup>.

İşaret ettiğimiz bu hususlar çerçevesinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; arsa sahibi ile müteahhit arasında yapılan, müteahhidin, arsa sahibinin kendisine devredeceği belirli arsa paylarına karşılık olarak arsa üzerine bağımsız bölümler inşa etmek suretiyle bir bina meydana getirmeyi ve sonunda bu bağımsız bölümlerden belirlenmiş olanları arsa sahibine devretmeyi taahhüt ettiği, bu bakımdan eser sözleşmesi ile taşınmaz satım vaaadinin özelliklerini bünyesinde barındıran, çift tipli, karma yapılı, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak tanımlanabilir<sup>6</sup>. Sözleşmenin taraflarını oluşturan müteahhit ve arsa sahibi, gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir.

<sup>4</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bknz: Ayrancı, Hasan; Ön Sözleşme, Ankara 2006.

<sup>5</sup> Ayrancı, s. 98.; Canbolat, Selâhattin/ Canbolat, Bedrettin; Gayrimenkul Satış Vaadi Davaları, Ankara 1985, s. 3.; Çenberci, Mustafa; Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara 1966, s. 5.; Zevkliler, Aydın; Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004, s. 78.

<sup>6</sup> Akkanat, Halil; “Kat karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat” (Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006), (Kat Karşılığı), s. 63.; Akkayan Yıldırım, Ayça; “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri” (Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004), s. 49.; İlker, Hasan; Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, (Kat Karşılığı), s. 28.; Erman, Hasan; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2007, s. 1.; Genç Arıdemir, Arzu; “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan “İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler” Sorunu Bakımından Hukuki Durum” (Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004), s.449.; Gümüş, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2010, s. 213.; Karahasan, Mustafa Reşit; İnşaat İhale İmar Hukuku, C.I., İstanbul 1997, (C.I) s. 621.; Karataş, İzzet; Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2004, s. 25.; Kartal s. 14,15; Kaya, Özgür Katip; Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İstanbul 1993, s. 5; Kostakoğlu, Cengiz; İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2008, s. 71.; Seliçi, Özer; İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 4-6.; Uygur, Turgut; Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s. 601.; Yavuz, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku-Özel Hükümler, (Özel Hükümler), 7. Baskı, İstanbul 2007, s. 555, 556.

Müteahhit ile arsa sahibi arasında yapılacak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile, arsa sahibi arsasını daha nitelikli bir şekilde değerlendirmiş, müteahhit ise arsa satın almasına gerek kalmaksızın yeni bir iş imkânı kazanmış olur. Ayrıca konut ihtiyacı bulunan üçüncü kişiler de yapılacak bağımsız bölümlerden yararlanma imkânı bulabilir.

## **B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tarafları**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarını müteahhit ve arsa sahibi oluşturur.

Arsa sahibi, üzerine inşaat yapılması için mülkiyetine sahip olduğu arsanın belirli paylarını ücret mukabilinde müteahhide devretmeyi taahhüt eden kişidir. Sözleşme gereği yapılacak bağımsız bölümler bir bütün halinde tamamlandıktan sonra arsa sahibine müteahhit tarafından devredilecektir. Arsa sahibi özel hukuk gerçek ve tüzel kişisi olabileceği gibi, kamu hukuku tüzel kişisi de olabilir<sup>7</sup>.

Sözleşmenin diğer tarafını teşkil eden müteahhit ise, özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi olabileceği gibi, birden çok müteahhidin bir araya gelmesi sonucu oluşan müteahhit kişiler veya müteahhit şirketler topluluğu şeklinde meydana gelen, “*Müşterek İş Ortaklığı (Joint Venture)*” da olabilir<sup>8</sup>.

Arsa sahibinin arsası üzerine yapılacak inşaa işinin tamamını, bir müteahhitlik firması veya topluluğu tek başına üstlenmişse, burada “*Münferit veya Kısmî Müteahhitlik*” vardır<sup>9</sup>. İnşaatın projesinin arsa sahibi tarafından verildiği durumlarda müteahhit veya müteahhitler topluluğuna “Genel Müteahhit”, proje ve planların da müteahhit tarafından verildiği durumlarda

<sup>7</sup> Duman, (İnşaat), s. 162.; Kaplan, İbrahim; İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci-Hukukçular İçin Ortak Seminer, (İnşaat), Ankara 1996, s. 121.; Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 18.; Şenocak, Zariye; Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, (Ayıbın Giderilmesi), Ankara 2002, s. 5.

<sup>8</sup> Duman, (İnşaat), s. 148, 149.; Kaplan, (İnşaat), s. 121.; Karataş, s. 90.; Zevkliler, s. 337.

<sup>9</sup> Kaplan, (İnşaat), s. 121.

müteahhit veya müteahhit topluluğuna “*Projeci Genel Müteahhit veya Total Müteahhit*” adı verilir<sup>10</sup>.

Müteahhit arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile borçlandığı inşaat yapım borcunun ifasını, kendi nam ve hesabına, bağımsız olarak çalışan başka bir müteahhide devrederse, devrettiği kişi “*Alt müteahhit veya Taşeron*” olarak anılır<sup>11</sup>.

### C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurları, yukarıda vermiş olduğumuz tanım esas alınarak, şu şekilde sıralanabilir.

#### 1. Arsa Sahibi İle Müteahhit Arasında Anlaşma Bulunması

Borçlar Kanunu madde 1’ e (TBK. 1) göre; “*İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur. Rıza beyanı sarih olabileceği gibi zımni dahi olabilir*”. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de ilk unsuru, sözleşmenin tarafları arasında sözleşmenin konusu ve şartları üzerinde bir anlaşma bulunmasıdır. Sözleşmenin niteliği gereği, taraf iradelerinin zımni değil, resmî şekilde düzenlenmiş bir sözleşme ile bildirilmiş olması gerekir<sup>12</sup>.

Diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de sağlıklı bir şekilde kurulabilmesi için, tarafların sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmaları yeterlidir. Taraf iradelerinin bu suretle birleşmesi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hukuki anlamda sonuç doğuracak hale gelir.

<sup>10</sup> Kaplan, (İnşaat), s. 121.

<sup>11</sup> Aral, Fahrettin; Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, Ankara 2006, s. 328.; Duman, (İnşaat), s. 151.; Eren, (İnşaat), s. 65.; Kaplan, (İnşaat), s. 122.; Karataş, s. 89.; Kostakoğlu, s. 359.; Zevkliler, s. 336.; Bknz, Aşa, s. 62.

<sup>12</sup> Bknz, Aşa. s. 26 vd.

Tarafların sözleşmenin yan noktaları ile ilgili olarak yaşadıkları uyuşmazlıklar, Borçlar Kanunu madde 2, fıkra II (TBK. 2/ II) hükmü uyarınca hâkim tarafından işin niteliğine göre çözülür<sup>13</sup>. Bununla birlikte, sözleşmede ortaya çıkabilecek boşluklar, Borçlar Kanunu madde 18 (TBK. 19) hükmünde düzenlenen genel kural gereğince taraf iradelerinin amaçladıkları sonuca göre yorumlanmalıdır.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi<sup>14</sup>, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesi ve taşınmaz satım vaadinin özelliklerini bünyesinde barındıran, çift tipli karma yapıli bir sözleşmedir<sup>15</sup>. Borçlar Kanunu eser sözleşmesinin sıhhatli bir şekilde kurulmuş sayılabilmesi için özel bir şekil şartı aramamıştır. Kural olarak, eser sözleşmesi belirli bir şekil şartına bağıli olmaksızın düzenlenebilir<sup>16</sup>.

Borçlar Kanunu madde 213 (TBK. 237/ II) hükmü gereğince, taşınmaz satım vaadi resmî şekilde yapılmalıdır. Noterlik Kanununun 60'ıncı maddesinin üçüncü bendi ve 89'uncu maddesi birlikte ele alındığında, noterlerin taşınmaz satış vaadi sözleşmesini düzenleme biçiminde yapmak zorunda olduklarının hükme bağlanmış olduğı görölmektedir.

<sup>13</sup> Duman, İlker Hasan; Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, (İnşaat), Ankara 2008, s. 49.; Erman, (Arsa Payı), s. 3.; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla; Borçlar Hukuku-Genel Hükümler 7. Bası, İstanbul 1993, s. 76 vd.

<sup>14</sup> Bknz. Yuk. s. 5.

<sup>15</sup> Akipek, Şebnem/ Küçükgüngör, Erkan; Sözleşme Rehberi, 2. Baskı, Ankara 2000, s. 122.; İşbora, Tuba; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Antalya 2009, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 17 vd.; Yılmaz, Kezban; Yüklenici ile Alıcı Arasında Arsa Payının devrine İlişkin Satım Sözleşmesi, Adana 2008, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 6.

<sup>16</sup> Akbıyıklı, Rifat; İnşaat Sözleşmeleri, Esasları ve Uygulamaları, İstanbul 2009, s. 7.; Dayınlarlı, Kemal; İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, (Temerrüt), Ankara 2008, s.22.; Gökyayla, Emre; Eser Sözleşmesinde Ek İş ve Sözleşme Değişikliği, İstanbul 2009, s. 15.; Karahasan, C. I., s. 152.; Karataş, s. 27.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kapsamında, bir taşınmazın devrinin taahhüt edilmesi unsurunu barındırması, sözleşmenin geçerliliğini, resmî şekilde yapılmış olması şartına bağlı kılar<sup>17</sup>. Ancak istisnaî olarak, sözleşmenin resmî şekil şartına uyulmadan yapıldığı hallerde de geçerli sayılabileceği durumlar mevcuttur. Bu sebeple, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekli, ayrı bir başlık altında incelenecektir<sup>18</sup>.

## 2. Arsa Sahibinin Müteahhide Belirli Arsa Paylarının Devrini Taahhüt Etmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince müteahhit, arsa sahibinin arsası üzerine bir inşa eseri meydana getirmeyi taahhüt etmektedir. Müteahhidin söz konusu taahhüdünü yerine getirmesine karşılık olarak, arsa sahibi belirli arsa paylarını müteahhide devretme borcu altına girer. Arsa sahibinin sözleşme gereği yüklendiği borç, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarından birini oluşturur.

Arsa sahibinin, müteahhide belirli arsa paylarını devir borcu, eser sözleşmesinde iş sahibinin, müteahhide ödemeyi taahhüt ettiği semen niteliğini taşır<sup>19</sup>. Müteahhide, ücret yerine geçmek üzere, arsa payı mülkiyeti devredilir. Arsa sahibinin taahhüdünü yerine getirmiş sayılması için devredeceği payların sözleşmenin amacına fiilen ve hukuken elverişli olması gerekli ve yeterlidir. Arsanın tapuda kayıtlı olması ayrı bir şart olarak aranmaz<sup>20</sup>. Ancak bu durumda şekil zorunluluğu da olmaz.

<sup>17</sup> Kaya, s. 35.; Karataş, s. 34.; Kostakoğlu, s. 71.; Yavuz, Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri-Özel Hükümler, (Dersler), 6. Baskı, İstanbul 2008, s. 373.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 564.

<sup>18</sup> Bknz, Aşa. s. 27 vd.

<sup>19</sup> Duman, (Kat Karşılığı), s. 29.; Kaya, s. 6.; Yavuz, (Dersler), s. 367.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 556.

<sup>20</sup> Kaya, s. 6.; Yavuz, (Dersler), s. 367.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 556.

### 3. Müteahhidin Bağımsız Bölümler İnşa Etmek Suretiyle Meydana Getirdiği Binayı Arsa Sahibine Devretmeyi Taahhüt Etmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince müteahhidin üstlenmekte olduğu bağımsız bölümler inşa etmek suretiyle bir bina meydana getirme borcu, eser sözleşmesinin unsurlarından birini oluşturan *“bir şey imalini”* karşılamaktadır<sup>21</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin sözleşme ile yüklenmekte olduğu borç, yalnızca bağımsız bölümlerin inşasının tamamlanması ile sona ermez. Müteahhidin ayrıca, arsa sahibi ile yapmış oldukları anlaşma çerçevesinde belirlenen bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmesi gerekir.      sözleşme ile amaçlanan husus, taşınmazın t m  üzerinde ortak mülkiyet kurmak değil, belirlenen bağımsız bölümler üzerinde Kat Mülkiyeti Kanunu gereğince kat irtifakı kurmak ve bu suretle kat mülkiyetini elde etmektir<sup>22</sup>.

Müteahhidin ana taşınmazın tamamının inşasını bitirmeden, sadece arsa sahibine teslim edeceği bağımsız bölümleri inşa edip, bu bölümleri arsa sahibine teslim etmesi de onu borcundan kurtarmaz<sup>23</sup>. Sözleşme sonucundan beklenen menfaat; ancak, binanın sözleşme gereğince tamamlanarak kat mülkiyetine dönüştürülmesi ve tarafların kendilerine ait olacak bağımsız bölümlere sahip olması ile elde edilir<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Kaya, s. 7.; Duman, ( nşaat), s. 88.; Yavuz, (Dersler), s. 367.; Yavuz, ( zel Hükümler), s. 557.

<sup>22</sup> Kartal, s. 21.

<sup>23</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 3.

<sup>24</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 3.

Müteahhide devredilecek bağımsız bölümlerin, binanın kat mülkiyetine dönüştürülmesine engel teşkil etmeyecek nitelikte eksikliklere sahip olmasının, müteahhidin edim borcunu yerine getirmediği sonucunu doğurmayacağını da belirtmek gerekir<sup>25</sup>. Örneğin, müteahhide ait olacağı kararlaştırılan dairelerin oda kapılarının, banyo lavabosunun veya mutfak tezgâhının takılmamış olması, binanın kat mülkiyetine çevrilmesine engel olmaz. Bu nedenle arsa sahibi kendisine ait tamamlanmış bağımsız bölümleri teslim almaktan kaçınarak müteahhidin sorumluluğu yoluna gidemez<sup>26</sup>.

Sözleşmeye konu olan arsa üzerinde imar mevzuatına göre inşaat yasağı varsa veya arsa üzerine inşaat yapılması herhangi bir nedenle mümkün değilse, arsa sahibi, inşaat yapımına elverişli arsa teslimi borcuna aykırı hareket etmiş olur<sup>27</sup>. Bu durum, müteahhit bakımından ifa imkânsızlığı sonucunu doğurur<sup>28</sup>.

## **II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

### **A. Genel Olarak**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kanunda özel bir düzenlemeye tabi tutulmamış, genel olarak eser sözleşmesinin hukuki niteliğine benzerlik gösteren, isimsiz (atipik) bir sözleşmedir<sup>29</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliği incelenmeden önce, isimsiz sözleşmeler ve türleri ile ilgili kısaca bilgi vermekte fayda vardır.

---

<sup>25</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 3.

<sup>26</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 3.

<sup>27</sup> Bknz, Aşa. s. 160 vd.

<sup>28</sup> Bknz, Aşa. s. 203 vd.

<sup>29</sup> Kuşat, Zekeriya; “İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”, (Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004), s. 752.

Borçlar Kanununda asıl olarak kabul edilen “*sözleşme serbestisi ilkesi*” çerçevesinde, herhangi bir kanun tarafından düzenlenmiş bulunan sözleşme türlerine ait unsurları taşımayan ve hakkında kanunlarda özel hüküm bulunmayan sözleşmelere “*isimsiz sözleşmeler*” denilmektedir<sup>30</sup>. Kanunlarda bu sözleşmelerle ilgili düzenleme yapılmamış olması kanun koyucunun buna ihtiyaç duymamasından veya yapılan sözleşmenin varlığından habersiz olmasından kaynaklanabilir<sup>31</sup>. İsimsiz sözleşmeler nitelikleri itibarıyla kendisine özgü sözleşmeler, karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır<sup>32</sup>.

Kanunda düzenlenen sözleşmelerin içeriğinde bulunmayan unsurları ihtiva eden sözleşmelere “*kendine özgü yapısı olan sözleşmeler*”, kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinin bazı unsurlarını kanunun öngörmediği tarzda bir araya getiren sözleşmelere “*karma sözleşmeler*”, hukuki anlamda birbirinden bağımsız iki sözleşmeyi içeriklerine zarar gelmeksizin bağlayan sözleşmelere ise “*bileşik sözleşmeler*” denilmektedir<sup>33</sup>.

Karma sözleşmeler kendi içinde, kombine sözleşmeler, çifte tipli sözleşmeler, çeşitli tiplere ait unsurların birbirine karıştığı sözleşmeler ve kendisine yabancı yan edimleri içeren sözleşmeler olmak üzere dört çeşide ayrılmaktadır<sup>34</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile taraflar, eser sözleşmesinin asli edimi olan bir şey imali (bağımsız bölüm inşası) ve taşınmaz satım vaadi çerçevesinde taşınmazın (arsa payı) mülkiyetinin devri borcu altına girmektedirler. Buna göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, tarafların farklı sözleşme tiplerine ait asli edimleri karşılıklı olarak mübadele etmeyi taahhüt ettikleri, çifte tipli karma sözleşme niteliğine sahip olduğunu söylemek mümkündür<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Aral, s. 49.; Zevkliler, s.37,38.

<sup>31</sup> Aral, s. 49.

<sup>32</sup> Aral, s. 52.

<sup>33</sup> Aral, s. 52-55.; Zevkliler, s. 38-45.

<sup>34</sup> Aral, s.53, 54.; Kuntalp, Erden; Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, s. 9 vd.; Zevkliler, s. 43, 44.

<sup>35</sup> Aral, s. 53.; Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 11.; Zevkliler, s. 43.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi, sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespiti bakımından önem arz etmektedir. Özellikle, aşağıda incelenecek olan<sup>36</sup> olağan olmayan sona erme nedenlerinin ilgili başlıklarında, sözleşmenin, dönme ile geriye etkili olarak mı, fesih ile ileriye etkili olarak mı sona ereceğinin tespitinde, hukuki nitelik dikkate alınmaktadır<sup>37</sup>. Doktrinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin çifte tipli karma sözleşme niteliğine sahip olduğu konusunda görüş birliği vardır. Ancak, eser sözleşmesinin hukuki niteliği hususunda da ihtilafli bulunan, sözleşmenin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu konusunda farklı görüşlerin bulunduğu görülmektedir.

## **B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sürekli Edimli Borç İlişkisi Doğurduğunu Kabul Eden Görüş**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli edimli borç ilişkisi doğurduğunu benimsemekte olan bu görüşün temeli, müteahhidin sözleşme gereği üstlenmekte olduğu edimin ifasının bir zaman dilimini gerektiriyor olmasına dayanmaktadır. Bu görüşe göre, müteahhidin bağımsız bölümü meydana getirirken yapmak durumunda olduğu inşaa işi, bağımsız bölümün teslimi için yapılan ifa hazırlıkları kapsamında değerlendirilemez<sup>38</sup>. Müteahhidin borcu, bütünlük arz eden sonucun meydana getirilmesi aşamasında edimin bölümler halinde ifa edilmesini amaçlamaktadır<sup>39</sup>. Bu bakımdan, yapılan çalışmalar ifa fiili niteliğini haizdir. Ayrıca, sözleşme ile arsa sahibinin yüklenmekte olduğu ücret yerine arsa payının devri borcu, yalnızca yapılan binanın teslimi için değil, işin yürütülmesi için de taahhüt edilmektedir<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Bknz. Aşa. s. 203 vd.

<sup>37</sup> Karahasan, Mustafa Reşit; Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, (Özel Borç İlişkileri), İstanbul 2002, s. 56.

<sup>38</sup> Erman, Hasan; İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK.365/2), (Beklenilmeyen Hal), İstanbul 1979, s. 9-11.; Serozan, Rona; Sözleşmeden Dönme 2. Bası, (Dönme), İstanbul 2007, s. 166.

<sup>39</sup> Kartal, s. 25.

<sup>40</sup> Serozan, (Dönme), s. 166.

Bu görüşün diğer bir dayanağını, genel olarak iş görme sözleşmelerinin temel vasfı kapsamına imalat faaliyetlerinin de dâhil edilmesi oluşturur<sup>41</sup>. Buna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği müteahhidin yapmakla yükümlü olduğu bağımsız bölüm inşası işi de sözleşmenin temel vasfı dâhilindedir. Bu sebeple, sözleşmenin ani edimli değil, sürekli edimli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir<sup>42</sup>.

### **C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Ani Edimli Borç İlişkisi Doğurduğunu Kabul Eden Görüş**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli borç ilişkisi doğurduğunu kabul eden görüşe göre<sup>43</sup>, sözleşme gereğince müteahhidin üstlenmekte olduğu edim, bütünlük arz eden sonucun ortaya çıkarılması ve bunun teslimini gerektirdiği için, ani edimli borç ilişkisinin konusunu oluşturmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar<sup>44</sup>, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de eser sözleşmesi gibi bir sonuç ve teslim borcu doğurduğundan bahisle iş görme faaliyetleri ve bağımsız bölümün ortaya konulması yükümlülüğünü ayrı birer borç saymayıp, bağımsız bölümün tamamlanması aşamasına kadar yapılan çalışmaları ifa hazırlıkları olarak değerlendirmektedir.

<sup>41</sup> Güleç, Şafak; Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Ankara 2009, s. 24.

<sup>42</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 8.

<sup>43</sup> Altaş, Hüseyin; Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2002, (Telef), s. 49.; Ayan, Serkan; İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. 43.; Duman, (İnşaat), s. 79.; Eren, (İnşaat), s.52.; Karahasan, (Özel Borç İlişkileri), s. 60.; Yavuz, (Dersler), s. 369.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 559.

<sup>44</sup> Akkayan Yıldırım, s. 62.; Altaş, s. 50.; Aral, s. 316.; Ayan, s. 46.; Baygın, Cem; Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s. 21.; Dirican, Gökhan; Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007, s. 5.; Eren, (İnşaat), s. 52.; Karahasan, C.I., s. 58.; Kaya, s. 22.; Kurşat, s. 753.; Öz, Turgut; İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2006, (İnşaat), s. 125.; Seliçi, Özer; Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 26.; Serozan, (Dönme), s. 175, 176.; Yavuz, (Dersler), s. 369, 370.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 559, 560.; Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II., (C.II), Ankara 1974, s. 1.; Uygur, s. 601.

Sözleşme ile müteahhit yalnızca belli bir dönem iş görmeyi değil, iş görme sonucunu da taahhüt etmektedir<sup>45</sup>. Ayrıca müteahhit, ücret alacağı yerine geçen arsa payını ancak bağımsız bölüm inşası tamamen sonuçlanınca elde edebilmektedir.

Sözleşmenin ani edimli borç ilişkisi doğurduğunu kabul eden görüş gereğince, müteahhidin bütün inşaa çalışmalarına rağmen bağımsız bölüm teslimini gerçekleştirememesi halinde, ifanın gerçekleşmemiş olduğunu kabul etmek gerekir<sup>46</sup>. Bu bakımdan, bağımsız bölümün tesliminden önce geçmiş olan aşamaların sözleşmenin ifası anlamında bir önemi yoktur.

Sözleşmenin hukuki niteliğinin ani edimli borç ilişkisi doğurduğu, bununla birlikte, eser sözleşmesi gereğince yapılan edim fiili niteliğindeki çalışmaların, kanunda, sürekli edimli borç ilişkilerine dair hükümler dikkate alınmak suretiyle tesis edilmiş olduğunun da kabul edilmekte olduğu görülmektedir<sup>47</sup>. Buna göre, söz konusu hükümler, eser sözleşmesinin tarafları arasında var olduğu kabul edilen sıkı güven ilişkisi nedeniyle bu şekilde düzenlenmiştir<sup>48</sup>. Eser sözleşmesi ile ilgili bu hükümler çerçevesinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine bakıldığında, müteahhidin bağımsız bölümü teslim etmesinin, yapmış olduğu ifa hazırlıkları ile doğrudan bağlantılı olması nedeniyle, ifa hazırlıkları bakımından sürekli edimli borç ilişkilerine dair hükümlerin dikkate alınması gerektiği sonucuna varılabilir.

---

<sup>45</sup> Ergezen, Murat; İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007, s. 30.; Zevkliler, Aydın/ Havutçu, Ayşe; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (Özel Borç İlişkileri), s. Ankara 2007, s. 304.

<sup>46</sup> Ayan, s. 43.

<sup>47</sup> Seliçi, (Sürekli Borç İlişkileri), s. 26.

<sup>48</sup> Ayan, s. 44.; Seliçi, (Sürekli Borç İlişkileri), s. 26.

#### **D. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Ani-Sürekli Edimli Borç Doğurduğunu Kabul Eden Karma Görüş**

Sözleşmenin niteliği ile ilgili olarak ileri sürülen ve Yargıtay'ın da kabul etmekte olduğu son görüş<sup>49</sup>, sözleşmenin hukuki nitelik bakımından hem ani hem de hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda sürekli edimli sözleşme özelliklerini taşımakta olduğunu kabul eden karma görüştür. Bu görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kural olarak ani edimli borç ilişkisi doğurmaktadır. Bununla birlikte, müteahhidin sözleşme gereği üstlenmiş olduğu edimin ifası için bir zaman diliminin gerekli olduğu göz önünde bulundurularak, sözleşmenin müteahhidin temerrüdü nedeniyle sona ermesi halinde, müteahhidin bazı menfaatlerinin korunması için sürekli edimli borç ilişkilerine uygulanan hükümlerin burada da uygulanabileceği kabul edilmektedir.

Yargıtay ise, sözleşmenin ani-sürekli borç ilişkisi doğurduğu görüşünü 25.01.1984 Tarih 1983/3 Esas ve 1984/1 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı<sup>50</sup> ile kabul etmiştir<sup>51</sup>. Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı şu şekildedir: *“...iş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak “ani edimli” sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri “geçici-sürekli karmaşığı” bir özellik taşımaktadır....”*

<sup>49</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 8.; Kartal, s. 24, 25.; Şenocak, (Ayıbın Giderilmesi), s. 11,12.

<sup>50</sup> Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 23.12.2009)

<sup>51</sup> Ayan, s. 45.

## E. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Yukarıda belirtilmiş olan görüşlerden hangisinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliği olarak kabul edileceğinin tespiti, sözleşmenin müteahhidin temerrüde düşmesi halinde ileriye etkili mi (fesih), yoksa geriye etkili mi (dönme) sona ereceğinin belirlenmesi açısından büyük önem taşımaktadır<sup>52</sup>. Bu ayrımın yapılması, müteahhidin temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin sona ermesi durumunda, sona erme anına kadar yapmış olduğu işin karşılığını arsa sahibinden arsa payı olarak talep edip edemeyeceği sorununun çözümü amacına hizmet eder<sup>53</sup>.

Kural olarak, sürekli edimli borç ilişkilerinin geçmişe etkili olarak sona erdirilme imkânı yoktur. Sözleşme ancak ileriye etkili olarak ortadan kaldırılabılır<sup>54</sup>. Ayrıca, bu tip sözleşmelerin sona erdirilme nedeninin sadece haklı sebeplere dayanması gerekir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli edimli borç ilişkisi doğurduğunun kabul edilmesi halinde sözleşme ileriye etkili olarak sona ereceğinden tarafların sözleşme sona ermeden önce yerine getirmiş oldukları edimleri iade etmelerine gerek kalmaz. Ayrıca bu dönemde taraflar lehine doğmuş olan alacak ve borçlar geçerliliklerini korur<sup>55</sup>. Bu ihtimalde müteahhide devredilecek arsa paylarının oranı, sözleşmeye konu bağımsız bölümün tamamlanma oranına göre belirlenmelidir<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> Ayan, s. 41.; Erman, (Arsa Payı), s. 9.; Kartal, s. 24.

<sup>53</sup> Ayan, s. 42.

<sup>54</sup> Buz, Vedat; Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 81.; Karahasan, (Özel Borç İlişkileri), s. 55.; Serozan, (Dönme), s. 330.

<sup>55</sup> Ergezen, s. 52.

<sup>56</sup> Kaya, s. 68.

Sözleşmenin ani edimli olarak kabul edilmesi halinde ise, ani edimli sözleşmelerin geçmişe etkili olarak sona ereceği kuralı gereği, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de dönme yolu ile geçmişe etkili olarak sona erer. Sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesi, henüz ifa edilmemiş edimlerin ifa yükümlülüğünü ortadan kaldırır<sup>57</sup>. Ayrıca bu ihtimalde, daha önce ifa edilmiş olan edimleri iade yükümlülüğü de doğar<sup>58</sup>.

Görüldüğü gibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti, sözleşmenin tarafları, özellikle de müteahhit açısından son derece önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin hukuki niteliği tespit edilirken, öncelikle sözleşmenin taraflarının bu sözleşme dolayısıyla elde etmek istedikleri menfaatler göz önünde bulundurulmalıdır. Müteahhidin sözleşme sonucunda elde etmeyi beklediği menfaat, inşasını yapmış olduğu bağımsız bölümler karşılığında, arsa sahibinden belirlenen arsa paylarını devralmaktır. Arsa sahibinin elde etmeyi beklediği menfaat ise, bağımsız bölümlerin tam olarak bitirilmiş vaziyette kendisine teslim edilmesidir.

Buraya kadar işaret ettiğimiz görüşler çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğinin, çoğunluğun da kabul ettiği şekilde, ani edimli bir borç ilişkisi doğurduğunu söylemek yerinde olur. Gerçekten de, müteahhidin sözleşme gereği yerine getirmeyi taahhüt ettiği edimin, yalnızca bağımsız bölümün inşasını değil, tamamen bitirmek suretiyle arsa sahibine devredilmesini de içerdiği görülmektedir. Bu bakımdan, müteahhidin teslimden önce yapmış olduğu bağımsız bölüm inşası, bir ifa fiilini değil, ifa hazırlık faaliyetlerini karşılamaktadır.

<sup>57</sup> Buz, s. 65.; Karahasan, (Özel Borç İlişkileri), s. 55. Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdulkadir; Borçlar Hukuku Özel Bölüm, (Özel Bölüm), s. 369, 370.

<sup>58</sup> Buz, s. 65.; Karahasan, (Özel Borç İlişkileri), s. 55.

Bağımsız bölüm tesliminin gerçekleşmesinin, söz konusu hazırlık faaliyetleri sebebiyle belli bir zaman dilimini gerektiriyor olması, sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğuran bir nitelik taşıdığı sonucuna varmamızı sağlamaz<sup>59</sup>. Bu zaman dilimi yalnızca ifanın gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan bir dönemi ifade eder<sup>60</sup>. Borç geçen zamanla orantılı şekilde ifa edilmiş olmaz. Çünkü arsa sahibinin sözleşme sonucundan elde etmeyi beklediği menfaat, bağımsız bölümün inşa edilme süreci ile değil, kendisine teslim edilmesiyle gerçekleşir. Bununla birlikte, Yargıtay'ın benimsemekte olduğu gibi, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilebileceğini kabul etmek gerekir. Zira sözleşmenin ani-sürekli edimli borç ilişkisi doğurduğu görüşü, sözleşmenin hukuki niteliğini açıklamaktan ziyade, somut olayın özelliklerine göre, müteahhidin temerrüdü halinde sözleşmenin sona ermesinin ileriye etkili olacağını ortaya koyar.

Tüm bu anlatılanlar dikkate alınarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğinin genel olarak eser sözleşmesinin hukuki niteliğine benzemekte olduğu söylenebilir. Ancak sözleşmeye doğrudan eser sözleşmesi ile ilgili hükümlerin uygulanması da mümkün değildir. Karma karakterli bir nitelik taşıyan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, eser sözleşmesi ve taşınmaz satım vaadine ilişkin hükümler tatbik edilebilir.

Sonuç olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki bakımından, ani edimli borç ilişkisi doğuran ve çifte tipli karma nitelikte bir sözleşme niteliğine sahip olduğunu söylemek mümkündür.

---

<sup>59</sup> Ayan, s. 47.

<sup>60</sup> Ayan, s. 47.

### **III. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ GEREĞİ ARSA SAHİBİNİN YÜKLENDİĞİ EDİMİN GERÇEKLEŞTİRİLME ÇEŞİTLERİ**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yapılacak inşaa işinin niteliği gereği, tarafların edimlerini aynı anda yerine getirmeleri mümkün olmaz<sup>61</sup>. Çünkü müteahhidin üstlenmekte olduğu işin tamamlanması, belli bir zaman dilimini gerektirir. Bu bakımdan, arsa sahibinin, belirli arsa paylarını müteahhide devrinin gerçekleştirilmesi, sözleşme ile, farklı zamanlara bağlanabilir. Bu sebeple, uygulamada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin çeşitli şekillerde düzenlenmekte olduğu görülmektedir. Çalışmamızda, yalnızca sık rastlanan gerçekleştirilme çeşitleri üzerinde durulacaktır.

#### **A. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Gereği Belli Arsa Paylarının Müteahhide Devri**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uygulamada genellikle, müteahhit ve arsa sahibinin katılımı ile noter huzurunda düzenlenmektedir<sup>62</sup>. Taraflar bu sözleşme ile, inşaatın başlangıç-bitim tarihlerini, yapım aşamasında kullanılacak teknik koşulları, inşaatla ilgili yapılması gereken ödemelerin yerine getiriliş tarzını ve bunun gibi ayrıntılarla birlikte, müteahhide devredilecek olan arsa payları ile bağımsız bölümlerin sayısını ve bunların bölüştürülme şeklini de belirlemektedir<sup>63</sup>.

Arsa sahibinin sözleşme gereği üstlendiği edimi yerine getirmesi ile ilgili olan bu gerçekleştirme çeşidinde, arsa sahibi, müteahhide sözleşme ile belirlenen payların mülkiyetini devrederken, kendi hakkını güvence altına

<sup>61</sup> Aybay, Aydın; Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, İstanbul 1983, s. 114.; Reisoğlu, Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Genel), İstanbul 2008, s. 293.

<sup>62</sup> Kaya, s. 24.

<sup>63</sup> Kartal, s. 29.; Kaya, s. 24.; Yavuz, (Dersler), s. 371.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 561.

alabilmek amacıyla, bu paylar üzerinde kendi lehine ipotek de tesis etmektedir<sup>64</sup>.

Söz konusu ipotek, “Teminat İpoteği” olarak adlandırılmaktadır<sup>65</sup>. Teminat ipoteğinin kurulma amacı, arsa sahibinin sözleşme sonucundan elde etmeyi beklediği bağımsız bölümlerin kendisine tesliminin gerçekleşmemesi ihtimaline karşı arsa sahibini korumaktır. Yani ipoteğin konusu, bağımsız bölüm olarak elde edilecek alacağın güvence altına alınmasıdır<sup>66</sup>. Taraflar arasındaki anlaşma sonucu konulmuş olan teminat ipoteği, bağımsız bölüm inşası ilerledikçe kısım kısım çözülür<sup>67</sup>. Ancak somut olaylarda, müteahhidin ipotek bedelini ödeyerek, ipoteğin sağladığı güvenceyi ortadan kaldırması nedeniyle, arsa sahibinin sözleşmeden doğan alacak hakkının bu yolla da karşılanamadığı görülmektedir<sup>68</sup>.

## **B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Gereği Arsanın Tamamının Müteahhide Devri**

Arsa sahibinin, arsanın tamamını tapuda müteahhide devri yoluyla yaptığı ifa şeklinde, taraflar arasında öncelikle bir inşaat sözleşmesinin düzenlenmesi söz konusudur. Bu sözleşmede, inşaatın yapım süresi, uygulanacak teknik koşullar, inşa edilecek bağımsız bölüm sayısı ve bunların nasıl paylaşılacağı gibi ayrıntılar bulunur<sup>69</sup>. Ayrıca, arsa sahibi yararına müteahhide devredilen arsa üzerine ipotek konulmaktadır<sup>70</sup>. Söz konusu ipotek, inşaat ilerledikçe, arsa sahibi tarafından kademeli olarak çözülmektedir<sup>71</sup>.

<sup>64</sup> Gümüş, s. 217.; Kartal, s. 29.; Yavuz, (Dersler), s. 371.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 561.

<sup>65</sup> Kartal, s. 29.; Kaya, s. 25.; Yargıtay 14. HD. 17.6.1980 T., 1980/2442 E., 1980/3414 K. sayılı Kararı.(Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 10.01.2010)); Yavuz, (Özel Hükümler), s. 561.

<sup>66</sup> Kaya, s. 25.

<sup>67</sup> Kaya, s. 25.

<sup>68</sup> Kaya, s. 25.

<sup>69</sup> Gümüş, s. 215.; Kaya, s. 25.

<sup>70</sup> Gümüş, 215.; Kartal, s. 30.; Kaya, s. 25.

<sup>71</sup> Gümüş, s. 215.

Arsanın tamamının müteahhide devredilmesi, genellikle arsada kat irtifakının kurulmadığı durumlarda başvurulacak bir yoldur. Kat irtifakı kurulmuş olmadığı için, bağımsız bölümlerin özgülenmesi de söz konusu olmaz<sup>72</sup>. Bu nedenle, arsanın belli bir payı satım sözleşmesi vasıtasıyla müteahhide devredilmiş gibi gösterilebilir. Ancak, bu durumda ortada gerçek bir satış işlemi bulunmamaktadır<sup>73</sup>. Satış yoluyla devrin gerçekleştirildiğinin gösterilmesinin nedeni, taraflar arasında asıl olarak kurulmuş olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir<sup>74</sup>. Bu yolla, arsa sahibinin kat irtifakından doğan yükümlülüklerini azaltma amacı güdülmektedir<sup>75</sup>. Arsa sahibinin sözleşme gereği üstlendiği borcu bu şekilde gerçekleştirmesi, her ne kadar yapılan arsanın satış işlemi “*muavaza kokan*” bir niteliğe sahip olsa da, geçerli sayılmaktadır<sup>76</sup>. Arsa sahibinin, arsanın mülkiyetini devretmek amacıyla yaptığı tescil talebinin hukuki nedenini satış sözleşmesi değil, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi oluşturmaktadır. Bu bakımdan, yapılan devir işleminin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile bir arada ve bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır<sup>77</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği arsanın tamamının müteahhide devri ile ilgili olarak yapılan tüm bu açıklamaların yanında, bağımsız bölüm inşasının tamamlanmasından sonra da, arsa sahibinin arsasının tamamını müteahhide tapuda devredebileceğini belirtmek gerekir<sup>78</sup>. Bu halde, hem müteahhit hem arsa sahibi açısından sözleşme nedeniyle doğacak sorunların en aza ineceği açıktır.

---

<sup>72</sup> Kartal, s. 30.

<sup>73</sup> Kartal, s. 30.

<sup>74</sup> Kartal, s. 30.

<sup>75</sup> Kartal, s. 30.; Kaya, s. 25, 26.

<sup>76</sup> Gümüş, s. 215.

<sup>77</sup> Kartal, s. 30.

<sup>78</sup> Kartal, s. 30, 31.

### C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Gereği Arsa Paylarının İnşaatla Geline Aşamaya Göre Müteahhide Devri

Arsa sahibinin borcun ifası konusunda, inşaatla geline aşamaya göre arsa payını müteahhide devretme yolunu seçmesi halinde de, sözleşmede, inşa edilecek bağımsız bölüm sayısı, bu bölümlerin paylaşılma şekli, inşaat süresi, uygulanacak teknik koşullar gibi ayrıntılar yer alır. Ancak, bu durumda sözleşme, bağımsız bölümlerin teslimi karşılığında, müteahhide yapılacak arsa satışı veya bunun vaadi gibi bir şart içermez<sup>79</sup>. Taraflar sözleşme ile arsa sahibinin üzerindeki mülkiyetin, inşaatın ilerleme durumuna paralel olarak, kısım kısım müteahhide devredileceğini veya belirli payların üçüncü kişilere satışı için müteahhide temsil yetkisi (vekâlet) verileceğini kararlaştırmaktadır<sup>80</sup>. Sözleşmede, devredilecek payların devir zamanı ve oranının belirlenmesi konusunda ayrıntılı düzenlemeler bulunur<sup>81</sup>.

Arsa payının inşaatla orantılı olarak devredileceği kararlaştırılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, inşası devam eden bağımsız bölümler üzerinde kat irtifakı kurulmadığı gibi, sözleşmede satış veya vaadi yönünde bir hüküm de bulunmadığı için, tapuda herhangi bir işlem yapılmamaktadır<sup>82</sup>. Bu hali ile sözleşme arsa sahibi açısından güvence teşkil etmekle beraber, müteahhit bakımından beklenen menfaati gerçekleştirmekten uzaktır<sup>83</sup>. Bu nedenle somut olaylarda sözleşmeler yorumlanırken, aşağıda incelenecek olan<sup>84</sup> şekil koşullarına uygun olmanın yanı sıra, sözleşmede belirlenen

<sup>79</sup> Kartal, s. 29.

<sup>80</sup> Kaya, s. 26. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.03.1979 Tarih, 1977/13-842 Esas, 359 Karar sayılı kararı; "...Her ne kadar satış sözleşmesi müteahhit ile davacı arasında arsa sahibine vekâleten gerçekleşmiş ise de, arsa karşılığı daire yapımına ilişkin sözleşmelerde –olayda olduğu gibi– genellikle arsa sahibi haklarını güvence altına almak amacıyla müteahhit adına tapuda devir işlemi yaptırmamakta, ancak müteahhide kalan dairelerin tapuda üçüncü kişilere intikalini sağlamak için vekâlet verilmektedir. Bu suretle yapılan intikalde arsa sahibi satıcı olarak görünmekte ise de, müteahhide kalan daireler açısından gerçekte satıcı müteahhittir..." (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 10.01.2010))

<sup>81</sup> Duman, (İnşaat), s. 729.

<sup>82</sup> Kaya, s. 26.

<sup>83</sup> Kaya, s. 26.

<sup>84</sup> Bknz. Aşa. s. 26 vd.

şartlar ve sözleşme ile elde edilmek istenen karşılıklı menfaatler de dikkate alınmalıdır<sup>85</sup>.

#### **D. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Gereği Arsa Sahibinin Müteahhide Arsa Paylarının Devrini Vaat Etmesi**

Arsa sahibinin sözleşme gereği doğan borcunun ifa şekli konusunda en sık başvurulanan yol, belirlenen arsa paylarının müteahhide devrenin vaat edilmesi yoludur<sup>86</sup>. Bu nedenle, çalışmamızın başında vermiş olduğumuz arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tanımı da, taşınmaz satım vaadini içeren bu sözleşme türüne göre yapılmıştır.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi<sup>87</sup>, arsa sahibinin müteahhide arsa paylarının devrini vaat etmesi yolunda, müteahhit arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile bağımsız bölüm yapma borcu altına girer. Buna karşılık arsa sahibi, belli arsa paylarının devrini, müteahhide taahhüt eder. Bu halde sözleşme karma sözleşme niteliğini haiz olur, yani hem taşınmaz satım vaadini hem eser (inşaat yapım) sözleşmesini içeriğinde barındırır. Sözleşmenin şartlarını yine inşaatın yapım süresi, uyulacak teknik koşullar, müteahhide devredilecek bağımsız bölümlerin sayısı ve bunları bölüşülme usulü gibi ayrıntılar oluşturur<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> Kartal, s. 30.; Kaya, s. 27.

<sup>86</sup> Gümüş, s. 214.; Kaya, s. 27.

<sup>87</sup> Bknz. Yuk. s. 5 vd.

<sup>88</sup> Kaya, s. 27.

#### IV. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ VE ŞEKLE UYULMAMASININ SONUÇLARI

##### A. Genel Olarak Şekil

Hukukumuzda, hukuki anlamda belli bir sonuç elde etmek isteyen tarafların belirtmiş oldukları irade beyanlarının, kanun ve hukuk düzeni vasıtasıyla söz konusu hukuki sonuca bağlanması ile sözleşmelerin kurulmuş sayılacağı kabul edilmektedir<sup>89</sup>. Görüldüğü gibi, tarafların istedikleri hukuki sonucu elde edebilmeleri amacıyla, aralarında hukuki ilişkinin kurulmasını sağlayan unsur yalnız başına “irade” değil, iradenin dış dünyaya yansımalarını sağlayan “beyan”dır<sup>90</sup>.

Sözleşmelerde şekil ise, irade beyanlarının dış dünyaya yansıtılabilmesi için uygulanacak yöntemi belirleyen bir konudur<sup>91</sup>. Bu bakımdan, dar ve teknik anlamda şeklin sadece irade beyanlarını ilgilendirdiğini söylemek mümkündür<sup>92</sup>.

İrade beyanları çeşitli şekillerde dış dünyanın algılamasına sunulmakla beraber, hukuki işlemler açısından özellikle sözlü şekil, adi yazılı şekil ve resmî yazılı şekil önem arz etmektedir. Anılan yöntemlerden hangisinin sözleşmeye uygulanacağı, kanun tarafından (kanuna dayanan şekil) veya taraflarca sözleşme ile (sözleşmeye dayanan, iradi şekil) belirlenmiş olabilir.

<sup>89</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdulkadir; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I., (C. I), 4. Bası, İstanbul 2008, s. 87.

<sup>90</sup> Karahasan, (Özel Borç İlişkileri), s. 72.; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (C. I), s. 270.

<sup>91</sup> Ermenek, İbrahim; “Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik”, (GÜHFD, C. IV, S. I-II, Haziran-Aralık 2000.), s. 3, ([http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/4\\_8.pdf](http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/4_8.pdf), 20.04.2011)

Karahasan, (Özel Borç İlişkileri), s. 98.; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (C. I), s. 271.

<sup>92</sup> Ermenek, s. 3.; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (C. I), s. 271.

Kanun tarafından belirlenen şekil şartı fonksiyon itibariyle geçerlilik (sıhhat) şekli veya ispat şekli olabilir<sup>93</sup>. Geçerlilik şeklinin aranması, sözleşmenin ancak belirlenen şekilde yapılması halinde geçerli olacağına işaret etmektedir. İspat şeklinin sözleşmenin geçerliliğine herhangi bir etkisi yoktur. Bu şekil, sözleşmenin yapılmış olduğunun veya tarafların hukuki yükümlülüklerinin ispat edilebilmesi için, aranan koşulu karşılamaktadır<sup>94</sup>. Bu bakımdan ispat şekli, konusu itibariyle usul hukuku alanında önem taşır<sup>95</sup>.

Kanunda geçerlilik şartı olarak belirlenen şekle uyularak düzenlenen sözleşmelerin, ispat şartını da yerine getirmiş olduğu kabul edilir. Yani geçerlilik şartını taşıyan bir sözleşme, usul hukuku bağlamında ispat vasıtası olarak da kullanılabilir<sup>96</sup>. Ancak, ispat şartına uygun olarak düzenlenen her sözleşmenin geçerlilik şartını da yerine getirmiş olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>97</sup>.

Hukukumuzda kabul edilen sözleşme özgürlüğü ilkesi, şekil serbestisi ilkesini de kapsamaktadır<sup>98</sup>. Bu sebeple, Borçlar Kanununda kural olarak “*şekil serbestisi ilkesi*” kabul edilmiştir. Bu husus Borçlar Kanununun 11’inci maddesinde (TBK. 12), “*Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir. Kanunun emrettiği şeklin şümül ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz*” şeklinde ifade edilmiştir. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, bazı sözleşmelerin geçerliliği belli şekil şartlarına uyularak düzenlenmiş olmaları şartına bağlı tutulmuştur.

<sup>93</sup> Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler 11. Bası, (Genel), İstanbul 2009, s.243.; Kılıçoğlu, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Genel), Ankara 2008, s. 71.; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (C. I), s. 272-276.

<sup>94</sup> Ardic, Oğuzhan/Ersoy, Emel; Borçlar Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2006, s. 55.

<sup>95</sup> Kartal, s. 39.

<sup>96</sup> Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (C. I), s. 275.

<sup>97</sup> Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (C. I), s. 275, 276.

<sup>98</sup> Eren, (Genel), s. 240 vd.; Ermenek, s. 8., Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (C. I), s. 270 vd.

Hukuki işlemlerin şekil şartına bağlanması, düşüncesizce yapılan işlemleri önlemek, sözleşmeye açıklık, kesinlik kazandırmak ve bu suretle sözleşmeye güven duyulmasını sağlamak amacını taşımaktadır<sup>99</sup>. Ancak hukuki ilişkinin sağlıklı bir biçimde kurulması için şekil şartı aranması, bazı sakıncalar da doğurabilmektedir. Bunlara, şekil şartı aranmasının hukuki işlemin yapılmasını zorlaştırması, tarafların sözleşmeden elde etmeyi bekledikleri menfaatin şekil eksikliği nedeniyle elde edilememesi veya resmî şeklin arandığı durumlarda hukuki ilişkinin tarafları bakımından ayrı bir maddi külfetin doğması örnek gösterilebilir<sup>100</sup>.

## **B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli**

### **1. Genel Olarak**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kanunda özel olarak düzenlenmiş bir sözleşme türü olmadığı için, sözleşmenin geçerliliği de kanun tarafından özel bir şekil şartına bağlanmış değildir. Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi<sup>101</sup>, sözleşmenin konusu; iş sahibinin arsası üzerine bağımsız bölüm inşasını, karşılığında üzerine bağımsız bölüm inşa edilen arsa üzerinde belirlenen arsa payının müteahhide devri vaadini içermektedir. Bağımsız bölüm inşası tamamlandıktan sonra vaat edilen arsa payının mülkiyeti, müteahhide devredilmelidir.

Görüldüğü gibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kapsamında, kanunen herhangi bir şekle bağlanmış olmayan inşaat sözleşmesi ile<sup>102</sup> resmî şekilde yapılması zorunlu tutulmuş taşınmaz satım vaadi ve taşınmaz devri sözleşmesinin özellikleri bulunmaktadır. Bu sebeple, sözleşmede uyulacak şekil meselesi ayrı bir önem kazanmaktadır.

<sup>99</sup> Duman, (İnşaat), s. 94.; Ermenek, s. 5.; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (C. I), s. 271.

<sup>100</sup> Eren, (Genel), s. 239.; Ermenek, s. 6.; Kılıçoğlu, (Genel), s. 71-73.; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (C. I), s. 272.

<sup>101</sup> Bknz, Yuk. s. 4.

<sup>102</sup> Akipek/ Küçükgüngör, s. 292.; Kaplan, (İnşaat), s. 123.

Uygulamada, müteahhidin üstlenmekte olduğu inşa işine karşılık olarak, belirlenen arsa paylarının inşaatın tamamlanması beklenmeden müteahhide devredildiği hallerde, şekle aykırılıktan kaynaklanan problemlere daha az rastlandığı görülmektedir<sup>103</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekli ile ilgili sorunlar genellikle, arsa üzerinde kat irtifakının kurulmadığı veya kurulmuş olmasına rağmen bağımsız bölümlerin müteahhide devrinin inşaatın tamamlanmasına karşılık olarak yapılacağının kararlaştırıldığı, bu nedenle inşaat bitene kadar devir işleminin ertelendiği durumlarda ortaya çıkmaktadır<sup>104</sup>. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde uyulması gereken şekil meselesi; yalnızca arsa sahibi ile müteahhit arasında düzenlenen sözleşmenin şeklini değil, ayrıca müteahhit ile üçüncü kişiler arasında düzenlenen arsa payının devrine ilişkin sözleşmelerin de şeklini ilgilendirdiğinden, bu konu ayrıca incelenecektir.

## 2. Arsa Sahibi ile Müteahhit Arasında Düzenlenen Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kapsamında arsa paylarının devri, yani bir taşınmaz satımı ve bunun öncesinde bir taşınmaz satım vaadi bulunduğu için, sözleşmenin şekli taşınmaz satımı ile ilgili kanun hükümleri dikkate alınarak tespit edilmelidir.

Bunun için öncelikle Türk Medeni Kanunun 706'ıncı maddesine bakmak gerekir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre, *“Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır”*. Borçlar Kanununun 213'üncü maddesi (TBK. 237) ise, *“Gayrimenkul satımı muteber olmak için resmî senede raptedilmek şarttır. Gayrimenkule dair satım vaadi ve bey'i bilvefa ve istimlak mukavelesi resmî senede raptedilmedikçe muteber değildir”* hükmünü içermektedir.

<sup>103</sup> Yavuz, (Dersler), s. 373.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 563.

<sup>104</sup> Yavuz, (Dersler), s. 373.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 563.

Tapu Kanununun 26'ıncı maddesine bakıldığında, *“Mülkiyete, mülkiyetin gayrı ayni haklara ve müşterek bir arzun hissedarları veya birbirine muttasıl gayrimenkullerin sahipleri arasında bunlardan birinin veya bir kaçının o gayrimenkul üzerinde mevcut veya inşa edilecek binanın, muayyen bir katından veya dairesinden yahut müstakillen istimal e elverişli bir bölümünden münhasıran istifadesini temin gayesiyle Medeni Kanunun 753' üncü maddesi hükümlerine göre irtifak hakkı tesisine veya tesisi vadine mütedair resmî senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir”* hükmü ile karşılaşılmaktadır.

Noterlik Kanununun 60'ıncı ve 89'uncu maddeleri ise sırasıyla, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin noterler tarafından düzenlenmesi gerektiği ve niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşmelerin noterlerce düzenleme şeklinde yapılması gerektiği hususlarını içermektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, taşınmaz satım vaadi dışında özelliklerini taşımakta olduğu eser sözleşmesinin geçerliliğinin, Borçlar Kanunu tarafından özel bir şekil şartına tabi kılınmış olmadığını belirtmek gerekir. Eser sözleşmesi ile ilgili kanun hükümlerinde (Borçlar Kanunu madde 355-371 (TBK. 470-486)) şekille ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekli belirlenirken, taşınmaz satış vadinin özelliklerinin dikkate alınması gerekir.

Buraya kadar üzerinde durduğumuz hususlar birlikte değerlendirildiğinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, resmî şekilde düzenlenmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır<sup>105</sup>. Burada, sözleşmeyi resmî şekilde düzenleme yetkisine sahip olan makam kural olarak tapu

<sup>105</sup> Altaş, Hüseyin; Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, (Şekle Aykırılık), Ankara 1998, s. 79, 80.; Ayan, s. 32, 33.; Erman, (Arsa Payı), s. 15.; Ertaş, Şeref; “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri” (Prof. Dr. Mahmut Tevfik Bırsel’e Armağan, İzmir 2001), s. 80.; Gümüş, s. 219.; Hatemi, Hüseyin/ Aybay, Aydın; Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 171.; Karahasan,C. I., s. 661.; Karahasan, Mustafa Reşit; İnşaat-İmar-İhale Hukuku, C. II, İstanbul, 1997, (C.II), s. 1598.; Kartal, s. 42.; Kaya, s. 34.; Kılıçoğlu, (Genel), s. 93.; Kostakoğlu, s. 71.; Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 14.; Yavuz, (Dersler) s. 373.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 564.

müdürlükleridir. Ancak, noterlere de kanunla taşınmaz satım vaadi düzenleme yetkisi verilmiş olduğu için, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi noterler tarafından da düzenlenebileceği kabul edilmelidir<sup>106</sup>. Noterlik Kanununun 84'üncü maddesi, noterlerin sözleşmeyi ne şekilde düzenleyeceklerini açıklayan hükümler getirmektedir.

Buna göre, taraflar öncelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlenmesi talebiyle notere başvururlar. Noter, sözleşmeye tarafların ve varsa kanunî temsilcilerinin ad-soyadları ile adreslerinden sonra, tarafların sözleşmeden elde etmeyi bekledikleri bütün esaslı noktaları yazarak, sözleşmeyi okumaları için taraflara verir. Taraflar sözleşmeyi okuduktan sonra, sözleşmenin iradelerine uygun olduğuna karar verirlerse, her sayfasını imzalarlar. Her sözleşmede veya senet niteliğindeki belgede arandığı gibi, burada da sözleşme üzerinde yapılan ilave ve çıkıntıların ayrıca imzalanması gerekir<sup>107</sup>. İşlemin tamamlanabilmesi için son olarak, sözleşmenin altı noter tarafından imzalanıp mühürlenmelidir. Böylece, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geçerlilik şartına uygun olarak kurulmuş olur. Sözleşmenin aslı noter tarafından noterlik dairesinde saklanır ve birer örneği de taraflara verilir. (Noterlik Kanunu madde 84.)

Görüldüğü gibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tamamının noter tarafından düzenlenmesi gerekmektedir<sup>108</sup>. Tarafların sözleşmeyi kendi aralarında düzenledikten sonra notere onaylaması için götürmeleri halinde, noter sözleşmeyi onaylasa dahi, sözleşme geçersiz olur<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> Kaya, s. 34.; Reisoglu, Safa; “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar”, (Arsa Payı), BATİDER Y. 2007, C. XXIV, S. 2, s. 10.; Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir Saibe; Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2006, s. 311, 312.

<sup>107</sup> Kaya, s. 34, 35.

<sup>108</sup> Kaya, s. 35.

<sup>109</sup> Kostakoğlu, s. 72.; Yargıtay 15. HD. 14.05.1990 T., 1989/4811 E., 1990/2181 K. sayılı kararı: “...taraflar arasındaki sözleşme, taşınmaz satış vaadini de içeren kat karşılığı inşaat yapılmasına ilişkin olup, geçerliliği için Borçlar Kanunu 213, Türk Medeni Kanunu 634 ve Tapu Kanunu’nun 26’ncı ve Noterlik Kanunu 60’uncü madde hükümleri gereğince, noter önünde re’sen düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Oysa anılan sözleşmenin imza onayı şeklinde yapıldığı anlaşılmaktadır. Tarafları bağlamayan bu şekildeki geçersiz sözleşmeye dayanılarak cezaî şart ve tazminat ödenmesi istenemez...” (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 15.01.2010)); Yargıtay 15. HD. 22.11.2001 T., 2001/3323 E., 2001/5377 K. sayılı kararı: “..Dava, satım ve inşaat sözleşmesinin feshi ile verilenlerin iadesi istemlerine ilişkindir. Davaya konu

Borçlar Kanunu madde 22, fıkra 2 (TBK. 29/ II) gereğince, bir sözleşmenin geçerliliğinin, iki tarafın menfaati bakımından şekil şartına bağlanmış olduğu hallerde, bu şekil şartının sözleşmenin yapılması için düzenlenen ön sözleşmeye de uygulanması gerekir. Bu bakımdan, arsa sahibi ile müteahhidin ileride arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapacaklarına dair bir ön sözleşme düzenlemeleri halinde de, resmî şekle riayet etmeleri gerekir<sup>110</sup>. Aynı durum, tarafların arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile ilgili olarak düzenledikleri ek sözleşmeler için de geçerlidir.

Borçlar Kanunu madde 12, fıkra I (TBK. 13/ I) hükmüne göre, kanunen yazılı şekle bağlı olan sözleşmelerin değiştirilmesi de yazılı şekle tabidir. Anılan hüküm gereğince, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi üzerinde yapılacak değişikliklerin de resmî şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmek gerekir<sup>111</sup>.

---

*sözleşmenin, mülkiyeti nakil borcunu içermesi nedeniyle Türk Medeni Kanunu 634, Borçlar Kanunu 213, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60'ıncı maddesi uyarınca resmî biçimde yapılması gerekirken, adi şekilde düzenlenmesi, Borçlar Kanunu'nun 11'inci maddesi uyarınca bu sözleşmeyi geçersiz kılar. Geçerli olmayan sözleşmelerin feshinden söz edilemeyeceğinden; taraflar, ancak birbirlerine verdiklerini iade ile yükümlüdür..." (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 15.01.2010))*

<sup>110</sup> Gümüş, s. 219.; Yargıtay 15. HD. 30.10.1990 T., 2001/3418 E. 2001/4382 K. sayılı kararı: "...Taraflar arasında yapılmış olan 13.10.1986-8.4.1987 tarihli ön protokoller içeriğinden, ileride tarafların kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapacakları anlaşılmaktadır. Borçlar Kanunu 22'inci maddesi hükmü gereğince bir sözleşmenin ileride yapılması için sözleşme yapılması olanağı bulunmaktadır. Ancak, kanun iki tarafın yararı için bu sözleşmenin geçerliliğini şekle bağlamış ise, bu şekle ön sözleşmenin yapılmasında da uyulması gerekmektedir. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri taşınmaz devrini de içerdiğinden, bu tip sözleşmeler Medeni Kanun'un 634, Borçlar Kanunu'nun 213, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60'ıncı maddeleri hükümleri uyarınca, resmî şekilde tapu memuru huzurunda veya noterler aracılığı ile düzenleme şeklinde yapılmalıdır. Yukarıda sözü edilen maddelerin hepsi de kamu düzeni ile ilgili olup, hâkim görevi nedeniyle bu hususu re'sen göz önünde bulundurmak zorunluluğundadır. Taraflar arasında 13.10.1986-8.4.1987 tarihlerinde yapılan ön protokoller adıyla ve haricen düzenlenmiş olup, biçim yönünden hukuken geçerli ve tarafları bağlayıcı nitelikte değildir. Öyleyse, asıl borç için hukuken geçerli ve tarafları bağlayıcı olmayan ön protokollerde öngörülen cezai şart da hukuken bağlayıcı sayılamayacağından, söz konusu cezanın istenilmesi olanağı da bulunmamaktadır..." (Kararlarda bahsi geçen Medeni Kanunun 634'üncü maddesi Yeni Türk Medeni Kanunun 706'ıncı maddesini karşılamaktadır.) (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 15.01.2010))

<sup>111</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 81-85.; Gümüş, s. 219.; Yargıtay 15. HD. 05.07.2004 T., 2003/ 6868 E., 2004/ 3746 K. sayılı kararı: "...Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan cezai şart talebine ilişkindir. Eser sözleşmeleri şekil şartına tabi değil ise de taşınmazın satışına veya satış vaaatine ilişkin sözleşmeler şekle tabidir. Belli payın yükleniciye devrini de içeren kat karşılığı inşaat sözleşmeleri resmî şekle tabidir. Resmî şekilde yapılan sözleşmenin adi yazılı sözleşme ile değiştirilmesi mümkün değildir. Ancak değişiklik ifa edilmiş ise geçersizlikten bahsedilemez. Uygulanmakla değişiklik sözleşmesi geçerli hale gelir..." (Kostakoğlu, s. 161.)

Resmî şekilde yapılması gereken tadil işlemi, adi yazılı şekilde yapılırsa, işlem geçerli olmaz<sup>112</sup>. Ancak, değişiklik gereği üstlenilen borç ifa edilirse, artık sözleşmenin geçersizliğinden bahsedilemez<sup>113</sup>.

Sonuç olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmî şekilde düzenlenmesinin zorunlu olduğunu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapma vaadi içeren ön sözleşmenin ve ayrıca kurulmuş olan sözleşme üzerinde yapılacak değişikliklerin de bu şekle tabi olduğunu, şekle uyulmadan yapılan işlemlerin geçersiz olacağını söylemek mümkündür. Sözleşmenin şekle aykırı olarak yapılması halinde ortaya çıkacak sonuçlar aşağıda detaylı olarak incelenecektir<sup>114</sup>.

### 3. Müteahhit İle Üçüncü Kişiler Arasında Düzenlenen Arsa Payının Devrine İlişkin Sözleşmenin Şekli

Müteahhit ile üçüncü kişiler arasında düzenlenen arsa payının devrine ilişkin sözleşmenin şekli hususu; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği, müteahhide devredilecek arsa paylarının, müteahhit adına tescili yapılmadan üçüncü kişiye devredilmesi durumunda ayrı bir önem kazanmaktadır<sup>115</sup>.

Arsa payları kendi adına tescil edilmiş olmayan müteahhidin, üçüncü kişilere mülkiyet hakkını devretmesi mümkün değildir. Müteahhit üçüncü kişilere ancak, arsa paylarının temlikini isteme hakkını devredebilir<sup>116</sup>. Bu sebeple devir işleminin satım sözleşmesi niteliğinde olduğu söylenemez. Sözleşmede asıl olarak alacağın temlik söz konusudur.

<sup>112</sup> Eren, (Genel), s. 258-259.; Kılıçoğlu, (Genel), s. 90, 91.

<sup>113</sup> Kılıçoğlu, (Genel), s.91.

<sup>114</sup> Bknz. Aşa. s. 32 vd.

<sup>115</sup> Kaya, s. 37.; Yavuz, (Dersler), s. 374.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 565.

<sup>116</sup> Kaya, s. 37.; Yavuz, (Dersler), s. 374.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 565.

Borçlar Kanununun 163'üncü maddesi (TBK. 184), alacağının temlikini konu alan sözleşmelerin, adi yazılı şekilde yapılmakla geçerli olacağını hükme bağlamıştır. Bu nedenle, müteahhit ile üçüncü kişi arasında düzenlenen arsa payının devri sözleşmesinin resmî şekilde düzenlenmesi gerekli olmayıp, adi yazılı şekilde düzenlenmesi yeterlidir<sup>117</sup>. Kanunun aramakta olduğu adi yazılı şekil şartı, ispat şartı değil, geçerlilik şartıdır. Bu nedenle, adi yazılı şekilde yapılmayan alacağın temliki, mutlak butlanla geçersiz olur. Ancak, sözleşme, yalnızca alacağın temliki vaadi içeriyorsa, herhangi bir şekil şartına uyulmadan da düzenlenebilir<sup>118</sup>.

### **C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekle Aykırı Olarak Düzenlenmesinin Sonuçları ve Şekle Aykırılığın İleri Sürülemeyeceği Haller**

#### **1. Şekle Aykırılığın Sonuçları**

Borçlar Kanunu madde 11 (TBK. 12) hükmüne göre, kanunda belirlenen şekle uygun olarak düzenlenmeyen sözleşmeler geçersiz olur. Geçersizlik; yokluk, butlan veya iptal kabiliyeti biçiminde hukuki sonuç doğurur<sup>119</sup>. Bu nedenle, şekle aykırı olarak düzenlenen sözleşmelerin, sözleşmenin ifasından beklenen hukuki sonucu doğurması mümkün değildir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, geçerlilik şekline aykırı olarak düzenlenmesi sonucu geçersiz hale geleceği açıktır. Ancak, doktrinde, geçersizliğin hukuki niteliği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Şekle uyulmaması halinde ortaya çıkacak olan geçersizliğin hukuki niteliğinin tespit edilebilmesi için, konu ile ilgili ileri sürülen görüşlerin incelenmesi gerekir.

<sup>117</sup> Dayınlarlı, Kemal; Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, 3. Bası, Ankara 2008, (Temlik), s. 74.; Kaya, s. 37.; Yavuz, s. (Dersler), s. 374.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 565.

<sup>118</sup> Dayınlarlı, (Temlik), a. 118.; Yavuz, s. (Dersler), s. 374.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 565.

<sup>119</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 93 vd.; Kılıçoğlu, (Genel), s. 92

#### a. Yokluk görüşü

Yokluk görüşü, şeklin, geçerlilik şartı değil, sözleşmenin kurulma şartı olduğunu kabul etmektedir<sup>120</sup>. Bu bakımdan sözleşmenin kanunda belirlenen şekle aykırı olarak düzenlenmesi durumunda “yok” hükmünde sayılacağı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, kanun koyucunun bir sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için şekil kuralı öngördüğü hallerde, şekle aykırılığa geçersizlik müeyyidesini uygulamak ve sözleşmeyi meydana gelmiş saymak, şekil kurallarının getiriliş amacına aykırılık teşkil etmektedir<sup>121</sup>.

Yokluk görüşüne göre, şekil kuralına uyulmadan düzenlenen sözleşme meydana gelmediği için, sözleşmenin taraflar bakımından hak ve borç doğurması da söz konusu olmaz. Taraflar şekle aykırı sözleşme ile bağlı olmadıklarından, birbirlerini bu sözleşmenin ifasını sağlamak için zorlayamazlar<sup>122</sup>.

Kurulmamış bir sözleşmenin ifa ile kurulmuş sayılması mümkün olmadığından, tarafların şekil kuralına uymayan sözleşmeden doğan edimleri ifa etmeleri sözleşmeyi sağlıklı hale getirmez<sup>123</sup>. Bu durumda, sözleşmenin yok hükmünde olduğunu bilmeden borcunu ifa eden tarafın yolsuz tescilin düzeltilmesi davası yoluyla veya sebepsiz zenginleşme kuralları gereğince verdiklerinin iadesini talep etme hakkı bulunur<sup>124</sup>. Sözleşmenin meydana gelmediğini bilmekle birlikte, karşı tarafın edimini elde etmek amacıyla veya karşı tarafın da edimini ifa edeceği inancıyla ifada bulunan tarafın da Borçlar Kanunu madde 62 (TBK. 78) hükmüne dayanarak ifa ettiği edimi geri istemesi mümkündür<sup>125</sup>. Şekle aykırılık, taraflar ve üçüncü kişiler tarafından ileri sürülebileceği gibi, hâkim tarafından da re’sen gözetilmesi gereken bir konudur<sup>126</sup>.

<sup>120</sup> Eren, (Genel) s. 264.; Kılıçoğlu, (Genel), s. 96.

<sup>121</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s.94.

<sup>122</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 96, 97.

<sup>123</sup> Eren, (Genel), s. 264.

<sup>124</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 98.

<sup>125</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 98.

<sup>126</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 95.

Borçlar Kanunu 11'inci (TBK. 12) maddede yer alan “sahih (=sıhhatli)” kavramı, hukukumuzda şekil konusunun sözleşmenin kurucu unsuru olarak değil, geçerlilik unsuru olarak kabul edildiğini göstermektedir. Bu nedenle, sözleşme şekle aykırı olsa bile, kurulmuş olur. Yokluk görüşünün kabul edilmesi, genellikle tarafları korumak amacıyla getirilen şekil kurallarının amacına aykırı düşmektedir. Zira belirlenen şekil kuralına uyulmadan açıklanan sözleşme iradelerinin yok sayılması, tarafların hukuka olan güvenlerini sarsacak niteliktedir<sup>127</sup>. Bu nedenle, kanun tarafından belirlenen şekle uyulmadan düzenlenen sözleşmelerin yok hükmünde olacağını kabul etmek isabetli değildir<sup>128</sup>.

#### b. Mutlak Butlan görüşü (Klasik görüş)

Doktrinde ileri sürülen ve klasik görüş olarak da adlandırılan diğer bir görüş<sup>129</sup>, şekle aykırı olarak düzenlenen sözleşmelerin butlanla sakat olacağını savunan mutlak butlan görüşüdür<sup>130</sup>.

Mutlak butlan görüşüne göre, şekil kuralları, tarafların sözleşme ile istedikleri sonuca ulaşabilmeleri için bağlayıcı unsurdur<sup>131</sup>. Bu sebeple, şekil kurallarına mutlaka uyulması gerekir. Şekil kuralına uyulmaması halinde, kanun koyucu tarafından belirlenen bir geçersizliğin var olup olmadığını belirlemek ise, tarafların elinde olan bir husus değildir<sup>132</sup>. Yani mutlak butlan görüşü, bizzat kanun koyucunun iradesine dayanmaktadır<sup>133</sup>. Zira uygulanacak müeyyidenin butlan olduğunun kabul edilmemesi halinde, şekle aykırılığın müeyyidesi tarafların ya da ilgili üçüncü kişilerin takdirine bağlı keyfi bir müeyyide halini alır<sup>134</sup>.

<sup>127</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s.100.

<sup>128</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s.98.; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (C. I), s. 309.

<sup>129</sup> Eren, (Genel) s. 260.; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (C. I), s. 308.

<sup>130</sup> Kılıçoğlu, (Genel), s. 96.; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (C. I), s. 308.

<sup>131</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s.103.

<sup>132</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s.103.

<sup>133</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s.103.

<sup>134</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s.104.

Şekil eksikliği sebebiyle batıl olan sözleşme, kurulduğu andan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç, dolayısıyla hak ve borç doğurmaz<sup>135</sup>. Bu nedenle, tarafların, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle, Borçlar Kanunu madde 106-108 (TBK. 123-125) hükümleri ile düzenlenen temerrüt hükümlerine başvurmaları mümkün değildir<sup>136</sup>. Batıl olan sözleşme ile kararlaştırılmış olan yan yükümlülüklerin ifası da talep edilemez<sup>137</sup>.

Şekle aykırılık, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren geçersiz olmasına neden olduğu için, butlanı dava etmeye gerek yoktur. Ancak ilgililer isterse, butlanın tespitini dava edebilirler<sup>138</sup>. Sözleşmenin mutlak butlanla batıl olduğunu ileri sürme hakkı, zamanaşımına uğramaz<sup>139</sup>. Hâkim, sözleşmenin mutlak butlanla batıl olup olmadığını, davanın her aşamasında re'sen göz önünde bulundurmak durumundadır<sup>140</sup>. Ayrıca, sözleşmedeki şekil eksikliği, menfaati bulunan herkes tarafından ileri sürülebilir<sup>141</sup>.

Batıl bir sözleşme, tarafların icazeti ile geçerli hale gelmez<sup>142</sup>. Taraflar birbirlerini şekil eksikliğinin giderilerek sözleşmenin yeniden yapılması için de zorlayamazlar. Bu nedenle, sözleşme ile belirlenen edimin ifasından kaçınmak, ahlaka aykırılık teşkil etmez. Eğer taraflar edimlerini yerine getirmişlerse, bunun iadesini sebepsiz zenginleşme davası veya istihkak davası ile geri isteyebilirler<sup>143</sup>. Şekle aykırı olarak kurulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanarak yapılan tescil ile tapuda malik olarak kaydedilen kişiye karşı, gerçek hak sahibi tarafından tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılması mümkündür<sup>144</sup>.

<sup>135</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s.105.; Eren, (Genel), s. 260.; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (C. I), s. 308.

<sup>136</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s.107.

<sup>137</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s.107.

<sup>138</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s.106.

<sup>139</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s.106.

<sup>140</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s.106.; Eren, (Genel), s. 261.; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (C. I), s. 308.

<sup>141</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s.106.; Eren, (Genel), s. 261.; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (C. I), s. 308.

<sup>142</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s.106.; Eren, (Genel), s. 261.

<sup>143</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s.107.; Karahasan, C. II., s. 1599.; Kartal, s. 56.

<sup>144</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s.107.

Yargıtay da, özellikle taşınmaz satımında şekil eksikliğinin yaptırımı olarak, mutlak butlan görüşünü kabul etmektedir<sup>145</sup>. Kural olarak, şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olan sözleşme, zamanla veya tarafların onaylarıyla ya da ifa ile geçerli hale gelmez. Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında butlan yaptırımını yumuşatan çözüm yollarına başvurduğu görülmektedir<sup>146</sup>. Yargıtay, mutlak butlan görüşünü genellikle iki halin varlığı halinde yumuşatmaktadır<sup>147</sup>.

<sup>145</sup> Yargıtay HGK., 30.09.1988 T., 1987/ 2 E., 1988/ 2 K. sayılı Kararı: “*Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davası kural olarak kabul edilemez. Borçlar kanununa göre taşınmaz satımının geçerliliği için resmi şekil koşulu aranır.....Gerçekten, Borçlar Kanununun 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre kanunun öngördüğü bir şeklin kapsam ve sonuçları hakkında başka bir hüküm konulmamışsa, bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme sahih olmaz. Başka bir anlatımla Kanun, öngördüğü şekli, bir geçerlik (sıhhat) şartı olarak düzenlemiş bulunmakta ve buna uyulmadan yapılan sözleşmelere, "geçersizlik" müeyyidesini (hukuki sonucunu) bağlamaktadır. O halde, Medeni Kanunun 634. maddesi ile Borçlar Kanununun 11 ve 213. maddelerinin bu açıklıkları karşısında, tapuda kayıtlı taşınmazın haricen satımına ve noterde düzenleme biçiminde (re'sen) yapılmamış olan taşınmaz satış vaadine ilişkin sözleşmeler geçersizdir. Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen “butlan” görüşüne karşı son yıllarda “kendine özgün geçersizlik görüşü” de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (Şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça def’i olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hakim tarafından re’sen gözetilemeyeceği...) ileri sürülmekte ise de; İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hakim şekil noksanlığını (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re’sen göz önüne almak zorundadır. Keza, geçersiz bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak, kural olarak, ahlaka aykırılık teşkil etmez, ifa edilmeyen edimlerin ifası istenemez ve karşı tarafın iyi niyeti göz önünde tutulamaz...” (<http://www.hukukturk.com>, 28.04.2011).; Yargıtay 13. HD., 02.12.1991 T., 1991/ 7217 E., 1991/ 10901 K. sayılı Kararı: “...Yasada öngörülen şekil şartlarına uyulmadan yapılan sözleşmeler kural olarak batıldır. (BK. md 11/2). Şekle aykırılık, hukuki işlemin herhangi bir hüküm doğurmasına olanak vermez ve borç doğurmaz. Geçersiz sözleşme ile borç altına giren taraf yükümlendiği edimi ifa etmekten kaçınabilir. ...” (<http://www.hukukturk.com>, 28.04.2011).*

<sup>146</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s.110 vd.; Kılıçoğlu, (Genel), s. 97.

<sup>147</sup> Yargıtay HGK., 30.09.1988 T., 1987/ 2 E., 1988/ 2 K. sayılı Kararı: “...Gerçekten de hukukun her alanında uygulanma niteliğine sahip olan hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının; şekle aykırılığı ileri sürme hakkı için de bir sınır teşkil ettiği, buyurucu niteliği itibarıyla hakim tarafından re’sen gözetilmesi gerektiği bugün Türk-İsviçre öğretisi ve uygulamasında tartışmasız olarak kabul edilmektedir...Şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının çatışmasını, iki halde incelemek gerekmektedir.İfa halinde; Öncelikle "ifa sözüyle, taşınmaz mülkiyetini geçirme borcunu doğuran sözleşmede şekil noksanlığı veya şekilsizlik bulunmasına rağmen tapuda tescil işleminin yapılmış olması amaçlanmaktadır. Çünkü, taşınmaz mülkiyetini geçirme borcunun ifası tapuda yapılan bir tescil işlemi yerine getirilmiş olur. Taraflar şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimlerini her türlü yanılgıdan uzak bir şekilde bilerek ve isteyerek tümüyle yerine getirmişlerse (tapuda tescil işlemi yapılmışsa), bunun iadesinin istenmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği Yargıtay uygulamasıyla kabul edilmektedir. (HGK.nun 11.3.1953 gün ve 2/9 sayılı; 10.9.1955 gün ve 1/62-63 sayılı Kararları...). Hukuk Genel kurulunun 21.3.1986 gün ve 14/541-257 sayılı kararında da aynı ilke benimsenmektedir. İfadan kaçınılması halinde; İçtihadı Birleştirme bu sorunun halliyle ve ancak konusuyla sınırlı olarak ilgilidir.Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşme yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmamış bulunmakla beraber tarafların anlaşarak

Yargıtay'a göre mutlak butlanın etkisinin yumuşatılmasını gerektiren hallerden ilki, tarafların edimlerini hiçbir irade sakatlığı hali söz konusu olmaksızın bilerek ve isteyerek yerine getirmeleri durumunda, edimlerin iadesinin istenmesinin iyi niyet kuralına aykırılık teşkil etmesi oluşturur. Diğer hal ise, biçim noksanlığının irade sakatlığını kasten yaratan kimse tarafından, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ileri sürülmesini kapsar.

Sözleşmenin şekle aykırı olarak kurulduğunu tespit eden hâkimin, butlanın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edip etmediğini, somut olayın özelliklerine göre ayrıca araştırması gerekir. Hâkim, butlanın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğunu görürse, ilgili taraf ileri sürmemiş olsa dahi, bu durumu re'sen göz önünde tutmalıdır<sup>148</sup>.

---

*tapuda tescil işlemi öncesinde kendilerini geçersiz sözleşmeyle bağlı sayarak alıcının satış bedelini ödemesine, satıcının taşınmazın intifaini alıcıya terketmesine ve alıcının da taşınmazı malik gibi kullanmakta olmasına rağmen, satıcının tapuda tescil işleminden kaçınması hallerinde, hakim, satın alanın açacağı cebri tescil davasını kabul edebilir mi? Böyle olaylarda hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı cebren tescile imkan sağlar mı?..... 1965 yılında Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra ülkemiz inşaat sektöründe hızlı bir ilerleme kaydedilmiş, eskiden hiç görülmeyen "kat karşılığı inşaat sözleşmesi" olarak adlandırılan yaygın bir sözleşme türü doğmuştur. Bu sözleşmelerle müteahhit (yüklenici), arsa (iş) sahibinin arsası üzerinde inşaat yapmayı üstlenmekte, buna karşılık inşaat bitince kendisine devir edilecek olan bazı daireleri (bağımsız bölümleri) bedel olarak almaktadır. Ancak, müteahhit daha inşaatla başlar başlamaz ileride mülkiyeti iş sahibi tarafından kendisine devredilecek olan bağımsız bölümleri, yapacağı inşaatın finansmanı için üçüncü kişilere geçersiz sözleşmelerle satmaktadır. Veyahutta bazı müteahhitler mülkiyeti kendilerine ait bulunan taşınmaza Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere inşaat yapımı sırasında inşaatı tamamlayabilmek için gerekli parayı temin amacıyla aynı şekilde geçersiz sözleşmelerle ve ileride satışa konu bağımsız bölümün tapusunu vereceği hususunda karşı tarafta tam bir güvence yaratarak satışlar yapmaktadırlar. İşte bu şekilde Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması; genellikle, aslında bağımsız bölümün satış bedeli satım tarihi itibarıyla uygun bulunduğu ve satıcı satış bedelinden inşaat sırasında yararlandığı halde, bu arada alıcının ödemiş olduğu para değerinin enflasyon nedeniyle oldukça düşmesinden, buna mukabil satılan bağımsız bölümlerin değerlerinin tapuda devir edileceği zamanda fahiş oranda artmış bulunmasından ileri gelmektedir. Başka bir anlatımla, bunları düşünen satıcı (müteahhit) sözleşmeden sıyrılmanın yollarını aramakta ve yasanın öngördüğü resmi şekil şartına sığınarak mülkiyeti devir borcundan kaçınmaktadır. Satıcının bu tutumu ise; açıkça, şekil mecburiyeti koyan yasa hükmünden bu hususta korunmaya layık bir yararı olmaksızın yararlanmaya çalışma teşkil eder ve onun hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralını duraksamaya yer vermeyecek şekilde ihlal ettiğini gösterir. Oysa MK.nun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasıyla, suistimal karakteri doğrudan doğruya aşıkâr olan hallerde hakların istimali kanuni himayeden mahrum bırakılmıştır. Böyle uyumsuzluklarda, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı değil, şekil şartı kuralı ihmal edilebilir..." (<http://www.hukukturk.com>, 28.04.2011); Kartal, s. 56-58.*

<sup>148</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 111.; Eren, (Genel), s. 262.

Şekil eksikliğinin hâkim tarafından yargılamanın her aşamasında re'sen göz önünde bulundurulması ve menfaati bulunan herkes tarafından ileri sürülebilecek olması, sözleşme ile ilgisi bulunanların sözleşmeden zarar görmelerini engellemek amacını taşır. Özellikle, geçersizlik belirlenirken iyi niyet kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının dikkate alınması<sup>149</sup>, sözleşmenin mutlak butlanla batıl olması sebebiyle hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasının önüne geçmektedir. Bu bakımdan, şekil kuralına aykırılığın sözleşmenin mutlak butlanla batıl olacağı sonucunu doğuracağını kabul eden görüşün, taraflar ve üçüncü kişiler bakımından uygun çözüm yolları sunmakta olduğu görülmektedir. Bu sebeplerle, geçersizliğin niteliğinin, sözleşmenin mutlak butlanla batıl olacağı sonucunu doğuracağını kabul etmekteyiz.

#### c. Eksik borç görüşü

Eksik borç görüşüne göre, şekle aykırı sözleşmeden doğan edimler ifa edilmemişse, kurulan sözleşme batıl olur<sup>150</sup>. Ancak, taraflar bu sözleşmeden doğan edimlerini bilerek ve isteyerek, her türlü yanılmadan uzak bir şekilde ifa etmişlerse, yaptıkları ifanın iadesini talep edemezler<sup>151</sup>. Zira tarafların şekle aykırı sözleşmeden doğan edimlerini ifa etmeleri, bu ifayı, hukuki bir sebebe dayandığı için geçerli hale getirir<sup>152</sup>. Şekle aykırı sözleşmeden doğan edimlerin bilinerek ifası, eksik borcun doğmasına neden olur<sup>153</sup>. Bu bakımdan, geçerli bir sebebe dayanan ifanın iadesinin talep edilmesi mümkün değildir<sup>154</sup>.

<sup>149</sup> Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bknz; Akyol, Şener; Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 21 vd.

<sup>150</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 121.

<sup>151</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 122, 123.

<sup>152</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 125.

<sup>153</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 124.

<sup>154</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 125.

Eksik borç görüşü, şekle aykırı olmakla birlikte, içerik itibariyle geçerli olan bir sözleşmenin bulunduğu hallerde, yerine getirilen edimin ifa olarak geçerli kalmaya devam edeceğini savunmaktadır<sup>155</sup>. Buna göre şekil eksikliği nedeniyle batıl olan bir sözleşmenin sonradan geçerli hale gelebilmesi için, objektif ve sübjektif olmak üzere iki şartın bulunması gerekir<sup>156</sup>.

Sözleşmenin geçerli hale gelmesinin objektif şartı, şekle aykırı sözleşmeden doğan edimlerin ifa edilmesi iken; sübjektif şartı ifanın iradi olması oluşturur<sup>157</sup>. Bu bakımdan, şekle aykırı olarak kurulan sözleşmeden doğan edimlerin ifası, sözleşmeyi her zaman geçerli hale getirmez. Şekil kuralının varlığı hakkında yanlış söz konusuysa veya şekle aykırılık karşı tarafın hilesi sebebiyle meydana gelmişse, edimini ifa eden taraf, ifanın iadesini istihkak veya sebepsiz zenginleşme davası ile talep etmek hakkına sahiptir.

Eksik borç görüşüne göre, şekle aykırı olarak düzenlenmiş sözleşmeye dayanılarak bir ayni hak veya alacak hakkı karşı tarafa devredilmişse, hakkın kötüye kullanılması yasağı saklı kalmak suretiyle, tasarruf işlemlerinde illilik ilkesi gereği söz konusu devir işlemi sakat olur<sup>158</sup>. Bu nedenle, söz konusu haklar karşı tarafa geçmiş sayılmaz, bu kişi yalnızca “görünürdeki” yeni maliktir. Hakkın gerçek sahibi, geçersiz sözleşme gereği hakkı devretmiş kişi olarak kalır.

Görünürdeki yeni malik, eski ve asıl malike hakkı iade etmekle yükümlüdür<sup>159</sup>. Ancak, görünürdeki yeni malikin hakkı tüketmesi ya da iyi niyetli üçüncü kişiye devretmesi durumunda, hakkın iadesi söz konusu olmaz. Bu durumda eski ve asıl malik, görünürdeki malike karşı sebepsiz zenginleşme davası açarak, hakkın iadesini talep edebilir<sup>160</sup>.

<sup>155</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 123.

<sup>156</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 123 vd.

<sup>157</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 124.

<sup>158</sup> Eren, (Genel), s. 264,265.

<sup>159</sup> Eren, (Genel), s. 265.

<sup>160</sup> Eren, (Genel), s. 265.

Eksik borç görüşüne göre, şekil kuralının getirilme amacının kamu düzeni ve genel ahlakın korunması olduğu hallerde, şekle aykırılığı hâkim tarafından re'sen incelenmesi gerekir. İhlal edilen şekil kuralı yalnızca tarafların korunması amacıyla konulmuşsa, hâkim şekle aykırılığı re'sen dikkate alıp almayacağını, edimlerin ifa edilip edilmediğine bakarak tespit etmelidir.

Taraflar şekil eksikliğine rağmen sözleşme ile üstlendikleri edimleri ifa etmişlerse, artık şekil kuralının taşıdığı koruma amacından vazgeçtikleri kabul edilir<sup>161</sup>. Bu gibi durumlarda, hâkim şekle aykırılığı re'sen göz önüne alamaz ve şekil eksikliği sadece taraflarca ileri sürülebilir<sup>162</sup>. Şekil eksikliği nedeniyle batıl hale gelen sözleşmeden doğan edimlerin ifa edilmemiş olduğu hallerde ise, sözleşme kesin olarak geçersiz olduğundan, hâkim şekle aykırılığı re'sen dikkate almalıdır. Böyle durumlarda şekil eksikliği, menfaati olan herkes tarafından ileri sürülebilir<sup>163</sup>.

Eksik borç görüşünün, özellikle şekle aykırı olarak düzenlenen tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimini karşı taraftan önce ifa eden tarafı koruma kabiliyetine sahip olmadığı görülmektedir<sup>164</sup>. Şekle aykırı sözleşmeden doğan edimini ifa eden taraf, ne kumar veya bahis oynamış, ne evlenme tellallığı yapmış, ne de zamanaşımına uğrayan bir borcu ifa etmiştir<sup>165</sup>. Bu nedenle, edimini önce ifa eden tarafın hukuki korumasının, eksik borcunu ifa ettiği gerekçesi ile ortadan kaldırılması isabetli değildir. Şekle aykırı sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle ifa edilmesi halinde, eksik borcun doğmadığını kabul ederek iradesi sakatlanan tarafı korumaya çalışmak da eksik borcun niteliği ile bağdaşmamaktadır<sup>166</sup>. Bu bağlamda, eksik borç görüşünün benimsenmesinin, taraflar ve üçüncü kişilerin menfaatleri bakımından yerine olmadığını söylemek mümkündür.

<sup>161</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 121.

<sup>162</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 121.

<sup>163</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 121.

<sup>164</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 126.

<sup>165</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 126.

<sup>166</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 126.

#### d. Fiilî sözleşme görüşü

Fiilî sözleşme görüşü, şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olan sözleşmeye, geçersizlik nedeniyle taraflar arasında mevcut olduğu düşünülen fiilî sözleşme ilişkisinin uygulanabileceğini savunmaktadır<sup>167</sup>. Fiilî sözleşme, sanki geçerli bir sözleşme mevcutmuş gibi bazı özel sonuçlar doğuran fiilî ilişkilere verilen isimdir.

Fiilî sözleşme görüşüne göre, şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olan sözleşmeye, bazı hallerde, sözleşmenin tamamının butlanı sonucu doğurmayan kısmi butlan hükümleri uygulanabilir<sup>168</sup>. Zira tarafların sözleşmeden doğan edimleri ifa etmeleri, aralarında sözleşme benzeri hukuki sonuçlar doğuran fiilî bir sözleşme ilişkisi doğurmaktadır. Bu görüş, sözleşmeden doğan edimlerin ifa edilmesi halinde doğacak sorunları, fiilî sözleşme ilişkisi kapsamında çözmeye çalışmaktadır. Görüşün dayanağı, özellikle sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesinin, adil olmayan sonuçlara yol açacağı düşüncesidir<sup>169</sup>. Fiilî sözleşme görüşü, tarafların geçerli bir sözleşme varmış gibi hareket ettikleri hallerde, aralarında sosyal bir olgu meydana geldiğini kabul etmektedir. Bu bakımdan, sürekli edimli borç ilişkisi doğuran şekle aykırı sözleşmelerin, ileriye etkili olarak sona erdirilmesi gerekir<sup>170</sup>.

Fiilî sözleşme görüşüne göre, şekle aykırı olarak kurulan bir sözleşme, ifa edilmeden önce kesin olarak geçersizdir<sup>171</sup>. Şekil eksikliği nedeniyle geçersizlik hali, sözleşmenin ifasına kadar devam eder. Tarafların ifa fiiline hiç başlamamaları durumunda, aralarında bir fiilî ilişki doğmuş olmaz. Geçersiz sözleşmenin taraflarından yalnızca birinin edimini ifa etmesi de fiilî ilişkinin doğmasına sebebiyet vermez. Bu durumda edimini ifa eden taraf, bunun iadesini sebepsiz zenginleşme kuralları gereğince talep edebilir<sup>172</sup>.

<sup>167</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 126, 127.; Eren, (Genel), s. 265.

<sup>168</sup> Eren, (Genel), s. 265.

<sup>169</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 128.

<sup>170</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 127, 128.

<sup>171</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 127.

<sup>172</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 128.

Sözleşmenin yalnızca belirli kısımlarının şekil kuralına tabi tutulmuş olduğu hallerde, şekil kuralına uyulmadan düzenlenen kısımlarının geçersiz olacağı kabul edilebilirken, herhangi bir şekil şartına tabi olmayan kısımlarının geçerliliği sağlanabilir<sup>173</sup>. Ancak, taraflar, şekil kuralına tabi olan ve kurala aykırılık nedeniyle geçersiz sayılan kısımlar olmadan sözleşmeyi kesinlikle yapmayacaklar idiyse, sözleşmenin tamamı geçersiz olur<sup>174</sup>. Bununla birlikte, sözleşmenin tamamının geçerliliğinin şekil kuralına bağlanmış olduğu hallerde, şekil kuralına uymamanın sözleşmenin tamamının geçersizliği sonucunu doğuracağını tekrar belirtmek gerekir.

Konumuz olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tamamının, noter tarafından düzenleme biçiminde, yani resmî şekilde yapılması gereklidir. Bu bakımdan sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğinin nitelik itibarıyla, fiilî sözleşme ilişkisi ile açıklanması durumunda, sözleşmenin tamamının geçersiz olacağı sonucu doğar. Sözleşmenin tamamen geçersiz sayılması, fiilî sözleşmenin amacı olan sözleşmenin kısmen uygulanabilmesi amacını ortadan kaldırmaktadır. Bunun gibi, fiilî sözleşme görüşü, asıl olarak sürekli edimli borç ilişkisi doğuran şekle aykırı sözleşmelerin akıbeti ile ilgili düzenlemeler getirmektedir. Bu nedenle, ani edimli borç ilişkisi doğuran arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine, niteliğine uygun olmayan fiilî sözleşme görüşünün uygulanacağını kabul edilmesinin, tarafların ve üçüncü kişilerin menfaatleri bakımından yerinde olmadığını belirtmek gerekir.

#### e. Kendine özgü geçersizlik görüşü

Geçersizliğin niteliği konusunda karşımıza çıkmakta olan son görüş, geçersizliğin nispi butlana yaklaşan hükümsüzlük doğurduğunu savunmakta olan kendine özgü geçersizlik görüşüdür<sup>175</sup>.

<sup>173</sup> Eren, (Genel), s. 265.

<sup>174</sup> Eren, (Genel), s. 265.

<sup>175</sup> Bu görüşte Bknz; Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 143 vd.; Eren, (Genel) s. 262 vd.

Bir sözleşmeye nispi butlan hükümlerinin uygulanabilmesi için iki koşulun varlığına ihtiyaç vardır<sup>176</sup>. Bunlardan ilki, sözleşmenin bir veya birkaç hükmünün hukuka, ahlaka aykırı olması ya da ifasının imkânsız olması koşuludur. Diğer koşul ise, sözleşmenin söz konusu kısımlar olmaksızın, tarafların istedikleri sonucu elde edebilecekleri şekilde kurulabiliyor olması ve taraflarca sözleşmenin ifasının istenebiliyor olmasıdır. Geçerlilik şekline aykırı şekilde düzenlenen bir sözleşmede, tüm hükümler ahlaka uygun ve ifa edilebilir olsa da, hukuka aykırılık teşkil edeceği için, sözleşme yine tamamen geçersiz sayılmalıdır.

Kendine özgü geçersizlik görüşünün temeli, şekil kurallarının sözleşmenin taraflarını korumak amacıyla konulmuş olduğu düşüncesine dayanmaktadır<sup>177</sup>. Buna göre şekil, tarafları sözleşme yapmadan önce düşünmeye sevk ederek, acele karar vermelerini önleyen bir araçtır. Taraflar, sözleşmeden doğan borçlarını bilerek ve isteyerek, hiçbir yanılgıya düşmeden ifa etmişlerse; şekilden doğan korumadan yararlanmak istemedikleri düşünülerek, geçersiz olarak kurdukları sözleşmenin sağlıklı hale geldiği kabul edilmelidir<sup>178</sup>. Bu görüşün işaret ettiğimiz yönüyle kanun tarafından geçerlilik şartı olarak aranan şekil kurallarının zorlayıcılığını fazlasıyla azaltmakta olduğu söylenebilir.

Kendine özgü geçersizlik görüşü, sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğinin yalnızca taraflar bakımından sonuç doğuracağı düşüncesini savunmaktadır<sup>179</sup>. Bu sebeple, şekil eksikliğini sadece sözleşmenin tarafları ileri sürülebilir. Ayrıca sözleşmede var olan şekil eksikliği hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulmaz<sup>180</sup>. Bu bakımdan geçersizliğin niteliği olarak hem üçüncü kişilerin hem tarafların lehine olan mutlak butlan görüşü yerine, bu görüşün kabul edilmesinin özellikle sözleşmenin geçersizliğinde menfaati bulunan üçüncü kişiler bakımından faydalı olmadığı belirtilmelidir.

<sup>176</sup> Kılıçoğlu, (Genel), s. 70.

<sup>177</sup> Kılıçoğlu, (Genel), s. 98.

<sup>178</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 137.; Eren, (Genel), s. 262.

<sup>179</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 137.; Eren, (Genel), s. 262.; Kılıçoğlu, (Genel), s. 98.

<sup>180</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 137 vd.; Eren, (Genel), s. 262.; Kılıçoğlu, (Genel), s. 98.

Bununla birlikte, Yargıtay'ın da kabul ettiği mutlak butlan görüşünün, kendine özgü geçersizlik görüşünden yalnızca gerekçe bakımından ayrılmakta olduğuna işaret etmemiz gerekir<sup>181</sup>. Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi<sup>182</sup>, Yargıtay mutlak butlan görüşü çerçevesinde bazı hallerde, ifa edilen edimin iadesi talebini hakkın kötüye kullanılması ilkesi gereğince reddetmektedir. Kendine özgü geçersizlik görüşü ise, şeklin tarafları korumak amacını taşıdığı görüşünden hareketle, geçersiz sözleşmenin tarafların isteği ile sağlıklı hale geldiğini ve bu nedenle artık ifa edilen edimlerin iadesinin istenemeyeceğini savunmaktadır<sup>183</sup>. Görüşlerin bazı durumlarda doğuracağı sonuçlar aynı olsa da, dayandıkları gerekçeler farklı olduğundan, geçersizliğin niteliğinin mutlak butlan ile geçersizlik olduğu kanaatinde olduğumuzu tekrar belirtelim.

## 2. Şekle Aykırılığın İleri Sürülemeyeceği Haller

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmî şekilde yapılmaması, sözleşmenin mutlak butlanla batıl olması sonucunu doğurur. Ancak bazı durumlarda, sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olduğunu ileri süren taraf, hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal edebilmektedir. Bu durumlarda mutlak butlanın etkisinin yumuşatılabileceği doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edilmektedir<sup>184</sup>.

Şekle aykırılığın öne sürülmesinin ne zaman hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal edeceği ile ilgili olarak kesin kurallar koymak mümkün olmamakla beraber<sup>185</sup>, burada hakkın kötüye kullanıldığını ileri süren tarafın, öncelikle bu hususun varlığını ispat etmesi gerektiğine işaret etmeliyiz<sup>186</sup>.

<sup>181</sup> Altaş, (Şekle Aykırılık), s. 134 vd.; Eren, (Genel), s. 262, 263.

<sup>182</sup> Bknz. Yuk. s. 36.

<sup>183</sup> Eren, (Genel), s. 263.; Kocayusufoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (C. I), s. 308.

<sup>184</sup> Bknz. Yuk. s. 36 vd.

<sup>185</sup> Akyol, s. 75 vd.; Yavuz,(Dersler), s. 375.; Yavuz, (Özel Hükümler), 566.

<sup>186</sup> Kaya, s. 39.

Hâkim, hakkın kötüye kullanılmış olup olmadığını somut olayın şartlarına göre değerlendirmelidir. Ancak bazı durumların varlığı halinde, şekle aykırılık iddiasının hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ettiğini kabul etmek gerekir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi noterde düzenleme şeklinde yapılmamış olmasına rağmen, tarafların üstlenmiş oldukları edimler tamamen veya büyük bir bölümü ile ifa edilip, buna bağlı hukuki sonuç doğduktan sonra şekil eksikliğinin ileri sürülmesi, dürüstlük kuralına aykırılık, dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir<sup>187</sup>. Zira tarafların edimlerini karşılıklı olarak ifa etmiş olmaları, kendilerini sözleşme ile bağlı sayma iradelerinin varlığını göstermektedir<sup>188</sup>.

Sözleşmenin şekle aykırı olarak düzenlendiğini bildiği halde bu riski üzerine alan ya da aykırılığı kendi yararı için kullanan taraf, hakkın kötüye kullanılması yasağı gereği, sonradan şekil eksikliğine dayanarak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürememelidir<sup>189</sup>.

Şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olan sözleşme gereğince taraflardan birinin borcunu ifa etmesine rağmen, diğer tarafın dürüstlük kuralına aykırı olarak şekil eksikliğini ileri sürmesi ve borcunu ifadan kaçınması da hakkın kötüye kullanılması olarak yorumlanmalıdır<sup>190</sup>.

<sup>187</sup> Akyol, s. 80, 81.; Erman, (Arsa Payı), s. 22.; Karataş, s. 37.; Kartal, s. 57.; Kaya, s. 39.; Kostakoğlu, s. 73.; Uygur, s. 604.; Yavuz, (Dersler), s. 375.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 567.

<sup>188</sup> Kaya, s. 42.; Yargıtay 15. HD., 08.05.1996 T., 1996/1132 E., 1996/2486 K. sayılı kararı: *"...İnşaatın tamamen veya büyük oranda tamamlanması hali; Yine noterde düzenleme biçiminde tanzim edilmemiş ve tapuda da pay devri yapılmamış olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi"nin tarafı olan arsa sahibinin, bu sözleşmenin ifa olunacağı hususunda o güne kadar süregelen davranışlarıyla yükleniciye tam bir güvence vermesi ve yüklenicinin de, sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyi niyetle bağlanarak inşaatı tamamlaması veya büyük oranda ikmal etmesi halinde de, sözleşmeye sonradan geçerlilik tanınmaktadır. Zira bu durumda, şekil noksanlığı nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek, Türk Medeni Kanununun 2'inci maddesinde kabul edilen "hakkın kötüye kullanılması yasağı"nın ihlali niteliğinde olup, böyle bir iddia, yasalarca himaye görmez..."* (Karataş, s. 38.)

<sup>189</sup> Akyol, s. 80, 81.; Kaya, s. 40.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu / Altop, s. 107,108.; Yavuz, (Dersler), s. 375.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 567.

<sup>190</sup> Akyol, s. 81.; Erman, (Arsa Payı), s. 23,24.; Kaya, s. 40-41.; Yavuz, (Dersler), s. 375.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 567, 568.

Örneğin, müteahhit, geçersiz sözleşmeye dayanarak ve arsa paylarının kendisine devredileceğine inanarak bağımsız bölüm inşasını tamamlar ve fakat arsa sahibi inşa sırasında itirazda bulunmadığı halde sonradan şekil eksikliğini ileri sürerse durum böyledir<sup>191</sup>. Bu bakımdan arsa sahibinin şekil eksikliği sebebiyle geçersizlik iddiası kanun tarafından korunmayacaktır<sup>192</sup>. İki halde de geçersiz sözleşmenin taraflar için bağlayıcı olacağı kabul edilmelidir<sup>193</sup>.

Hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olarak şekil eksikliğini ileri süren tarafa karşı Medeni Kanun madde 2 hükmü çerçevesinde savunma yapıldığında, sözleşme şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olmaktan kurtulur ve geçerli bir sözleşmenin doğurduğu sonuçları doğurur<sup>194</sup>. Sözleşmenin geçerliliği, hakkın kötüye kullanılması savunmasından önceye etkili olarak, yani başlangıçtan itibaren mevcut hale gelir.

## **V. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI**

Sözleşmenin taraflarından birinin diğer tarafa karşı iş görme borcunu belirli bir faaliyetle ödemeyi taahhüt etmesinin ortak nokta oluşturuyor olması sebebiyle, iş görme sözleşmelerinin çeşitleri arasında büyük bir benzerlik bulunmaktadır<sup>195</sup>. Bu bakımdan iş görme sözleşmelerinin çeşitleri arasında bulunan farkları ortaya koymak gerekir.

<sup>191</sup> Yavuz, (Dersler), s. 375.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 568.

<sup>192</sup> Kaya, s. 41.; Yavuz, (Dersler), s. 375.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 568.

<sup>193</sup> Kaya, s. 41.; Yargıtay 15. HD. 08.02.1994 T., 1993/ 1760 E., 1994/ 627 K. sayılı kararı: *“...Taraflar arasında adi yazılı şekilde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre, yüklenici tarafından sözleşme koşullarına uygun ve eksiksiz yapılan arsa sahibine ait bağımsız bölümler teslim edilmiş ise de yükleniciye verilmesi taahhüt edilen arsa payları ferağ edilmemiş olup, bu konuda açılan davada, sözleşmenin geçersizliğinin savunulması iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. Esasen arsa sahipleri, yükleniciye arsa payları ile ilgili tasarrufla bulunması için vekâletname vermişlerdir. Bu koşullar içinde Sözleşmenin tarafları bağlayacağının kabulü sonucuna uygun karar verilmelidir...”* Yavuz, (Dersler), s. 375.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 568.

<sup>194</sup> Akyol, s. 81.

<sup>195</sup> Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (Özel Bölüm), s. 348 vd.; Yavuz, (Dersler), s. 271.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 435.

İş görme sözleşmeleri kapsamında incelenen eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de, niteliği, unsurları ve taraflar arasında doğan hak ve borçlar itibariyle benzeri sözleşmelerden farklılıklar gösterir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, sözleşmenin benzeri sözleşmelerden ayrıldığı noktaların incelenmesinde fayda vardır.

#### **A. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hizmet Sözleşmesinden Farkları**

Hizmet sözleşmesi, Borçlar Kanunu madde 313, fıkra I (TBK. 393/ I) hükmünde *“Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder”* şeklinde tanımlanmıştır. Hizmet sözleşmesi kanunda düzenlenmiş olduğu için tipik sözleşmeler arasında yer alırken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, atipik (isimsiz) sözleşmeler kapsamında bulunmaktadır<sup>196</sup>.

Kanunda düzenlenmiş olan tanımdan hareketle hizmet sözleşmesinin unsurlarını, işçinin, bir süre boyunca işveren yararına, bağımlılık ilişkisi içinde bir hizmeti görmesi veya görmeyi taahhüt etmesi, taahhüdü bir ivaz karşılığında üstlenmesi ve taraflar arasında bu yönde bir anlaşmanın bulunması şeklinde belirlemek mümkündür.

Sözleşmenin unsurları göz önüne alındığında, işçinin hizmet sözleşmesi gereğince bir sonuç yaratmayı değil, sadece bir işi görmeyi taahhüt ettiği görülmektedir<sup>197</sup>. Buna göre, işçinin işini sözleşmeye uygun şekilde ve özen göstererek yapması, borcunu ifa etmiş sayılması için yeterlidir.

<sup>196</sup> Kaya, s. 29.

<sup>197</sup> Berki, Şakir; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1973, s. 143.; Bilge, Necip; Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 247, 248.; Kaya, s. 30.; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (Özel Bölüm), s. 351.; Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2005, s. 243.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 310.

Hizmet sözleşmesinde işçinin çalışma sonucunun işveren bakımından faydalı olup olmaması, borcun ifası anlamında önem taşımaz<sup>198</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ise müteahhit, sadece inşa işini bir süre boyunca yapmayı değil, bir bütün oluşturan sonucu meydana getirip, arsa sahibine teslim etmeyi taahhüt etmektedir. İnşaat tamamlanıp, belirlenen bağımsız bölümler arsa sahibine teslim edilmedikçe, müteahhit borcundan kurtulamaz.

Hizmet sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir<sup>199</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli bir borç ilişkisi doğurduğu için, sonucun meydana getirilmesi için geçen süre bir önem taşımazken, hizmet sözleşmesinde, süre faktörünün önemli bir unsur oluşturduğu söylenebilir<sup>200</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhit zamanı serbestçe kullanır<sup>201</sup>. Ancak, müteahhidin belirlenen arsa paylarının kendisine devrini talep edebilmesi, inşaatı bir bütün halinde tamamlayıp arsa sahibine teslim etmesine bağlıdır. Hizmet sözleşmesinde ise, işçi hizmete hazır olmakla birlikte, çalıştırılmadığı için, iş süresini fiilen çalışmadan geçerse de, ücrete hak kazanır<sup>202</sup>.

Hizmet sözleşmesi kanun tarafından herhangi bir şekil şartına bağlanmış değildir. Taraflar isterlerse, sözleşmeyi belirleyecekleri iradi şekil şartına bağlı olarak düzenleyebilirler. Ancak, yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi<sup>203</sup>, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliği resmî şekilde düzenlenmiş olması şartına tabi kılınmıştır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, noterlikçe düzenleme şeklinde yapılmadığı takdirde, geçerli olarak kurulmuş sayılamaz<sup>204</sup>.

<sup>198</sup> Erdoğan, İhsan; “İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması”, (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 1, Ocak-Haziran 1990), s. 164.

<sup>199</sup> Yavuz, (Özel Hükümler), s. 443.

<sup>200</sup> Zevkliler, s. 315.

<sup>201</sup> Mollamahmutoğlu, s. 244.

<sup>202</sup> Mollamahmutoğlu, s. 244.

<sup>203</sup> Bknz. Yuk. s. 27 vd.

<sup>204</sup> Kaya, s. 30.

Hizmet sözleşmesinde işçi, işverenin gözetimi altında ve verdiği talimatlar çerçevesinde çalışmasını sürdürür. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ise müteahhit, sözleşmede belirlenen hususlar doğrultusunda, fakat arsa sahibine bağımlı olmaksızın, serbestçe inşa işini yapar<sup>205</sup>. Ancak, arsa sahibinin de inşa eserinin yapımı aşamasında, bununla ilgili olarak müteahhide talimat verebileceğini kabul etmek gerekir.

Hizmet sözleşmesi şahsa sıkı sıkıya bağlıdır. Bu bakımdan, aksi kararlaştırılmadığı veya örf ve adette hüküm bulunmadığı müddetçe, taraflar işi başkasına devredemez<sup>206</sup>. Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça, müteahhit işi bir başkasına devredebilir<sup>207</sup>.

Hizmet sözleşmesi gereği çalışmakta olan işçinin, kusuru olmaksızın malzemeye ve iş aletlerine zarar vermesi sorumluluğunu doğurmaz<sup>208</sup>. Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde hasardan, teslim anına kadar müteahhit sorumludur<sup>209</sup>.

Hizmet sözleşmesinde işveren işçiyi gözetme borcu altındadır<sup>210</sup>. Buna göre işveren, işçinin sosyal güvenliğinden, çalışma koşullarından ve işyeri şartlarından sorumludur<sup>211</sup>. İşveren, işçinin zarar görmesine neden olabilecek, tehlike taşıyan ve sağlığa aykırı durumları ortadan kaldırmalıdır<sup>212</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ise, arsa sahibinin böyle bir yükümlülüğü yoktur.

<sup>205</sup> Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (Özel Bölüm), s. 351.; Mollamahmutoğlu, s. 244.; Zevkliler, s. 314.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 310.

<sup>206</sup> Mollamahmutoğlu, s. 245.

<sup>207</sup> Bknz. Aşa. s. 62 vd.

<sup>208</sup> Erdoğan, s. 165.; Mollamahmutoğlu, s. 244.

<sup>209</sup> Bknz. Aşa. s. 77 vd.

<sup>210</sup> Zevkliler, s. 320.

<sup>211</sup> Erdoğan, s. 165.; Zevkliler, s. 320, 321.

<sup>212</sup> Erdoğan, s. 165.; Zevkliler, s. 320, 321

Hizmet sözleşmesinde işçi, istirahat izni, resmî tatil izni ve yıllık izin alma hakkına sahiptir<sup>213</sup>. İşçinin ücreti, izinli olduğu günlerde kesilmez<sup>214</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ise, müteahhit arsa sahibine karşı bağımsız olduğu için, izin söz konusu değildir.

## **B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Vekâlet Sözleşmesinden Farkları**

Vekâlet sözleşmesi, Borçlar Kanunu madde 386' da (TBK. 502) *“Vekâlet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya tekabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler. Diğer akitler hakkındaki kanunî hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur. Mukavele veya teamül varsa vekil, ücrete müstahak olur”* şeklinde tanımlanmıştır. Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin yararına ve iradesine uygun olarak bir iş görme borcunu yüklediği, bu iş görme borcunun kanunda düzenlenen iş görme sözleşmelerinden hiçbirinin kapsamına girmediği ve işin görülmesinin karşılığında ücret verilmesinin zorunlu olmadığı bir sözleşme türüdür<sup>215</sup>.

Görüldüğü gibi vekâlet sözleşmesi, kanunda düzenlemiş sözleşmeler arasında yer almakta ve bu yönüyle tipik sözleşmeler kapsamında değerlendirilmektedir<sup>216</sup>. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kanunda düzenlenmeyen karma nitelikte bir sözleşme olduğu için, atipik sözleşmelerin özelliğini taşımaktadır.

---

<sup>213</sup> Erdoğan, s. 165.

<sup>214</sup> Erdoğan, s. 165.

<sup>215</sup> Aral, s. 391.; Erdoğan, s. 170.; Kaya, s. 30.; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (Özel Bölüm), s. 352.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 608.; Zevkliler, s. 359.

<sup>216</sup> Kaya, s. 30.

Vekâlet sözleşmesinin tanımından da anlaşıldığı üzere, bu sözleşmede ücret kural olarak zorunlu bir unsur değildir<sup>217</sup>. Vekâlet sözleşmesi, vekâlet eden lehine ücret kararlaştırılmadığı veya ücret verilmesinin teamül oluşturmadığı hallerde, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği taşır<sup>218</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise, tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı bir sözleşmedir. Bu sözleşmede, arsa sahibi, müteahhide teslim ettiği bağımsız bölümler karşılığında, belirlenen arsa paylarını devretmek borcu altına girer. Arsa paylarını devretmek, arsa sahibi bakımından bir zorunluluk teşkil etmektedir.

Vekâlet sözleşmesi, kural olarak şekil şartına bağlanmış bir sözleşme değildir<sup>219</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliği ise, resmî şekilde düzenlenmiş olmasına bağlıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhit bir sonucu meydana getirip teslim etmeyi taahhüt ettiği halde, vekâlet sözleşmesinde vekil, kural olarak yalnızca bir işi görmeyi taahhüt eder<sup>220</sup>. Ancak, bazı durumlarda, üstlenilen işin niteliği gereği vekil bir sonuç da yaratabilir<sup>221</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhit bazı durumlarda işi başkasına gördürebilirken, vekâlet sözleşmesinde vekil üstlendiği işi bizzat yürütmek durumundadır<sup>222</sup>.

Vekâlet sözleşmesinde, tarafların her zaman sözleşmeden dönme imkânları vardır<sup>223</sup>. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların sözleşmeden dönmesi daha sıkı şartlara bağlanmıştır<sup>224</sup>.

<sup>217</sup> Erdoğan, s. 170.; Yavuz, (Dersler), s. 411, 412.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 616,617.; Zevkliler, s. 364.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 310.

<sup>218</sup> Aral, s. 392.

<sup>219</sup> Yavuz, (Dersler), s. 416.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 621.

<sup>220</sup> Bilge, s. 248.; Zevkliler, s. 364.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 310.

<sup>221</sup> Erdoğan, s. 170.; Zevkliler, s. 364.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 310.

<sup>222</sup> Erdoğan, s. 170.; Kaya, s. 30, 31.; Zevkliler, s. 364.

<sup>223</sup> Zevkliler, s. 364.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 310.

<sup>224</sup> Bknz. Aşa. s. 101 vd.; Erdoğan, s. 171.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde işin görülmesi nedeniyle doğan giderler müteahhide ait iken, vekâlet sözleşmesinde vekâlet verene (müvekkile) aittir<sup>225</sup>.

### **C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Satım Sözleşmesinden Farkları**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden farkları incelenen diğer sözleşmelerde olduğu gibi, satım sözleşmesi de kanunda düzenlenen tipik sözleşmeler grubuna girmektedir. Borçlar Kanunu madde 182, fıkra I (TBK. 207/ I) hükmünde satım sözleşmesi, *“Satım bir akittir ki onunla satıcı, satılan malı alıcının iltizam ettiği semen mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakletmek borcunu tahammül eder”* şeklinde tanımlanmıştır.

Satım sözleşmesinin varlığından genel olarak, belirli bir ücret karşılığında devredilecek olan şeyin, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olduğu durumlarda bahsedilir<sup>226</sup>. Oysa arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin tamamlayıp teslim etmeyi taahhüt ettiği bağımsız bölümler sözleşmenin düzenlenmesi sırasında mevcut değildir. Müteahhit, bağımsız bölümleri sözleşme yapıldıktan sonra inşa edecek ve inşaatı bir bütün halinde tamamlandıktan sonra arsa sahibine teslim edecektir. Şu halde, kural olarak sözleşme ilişkisi içinde emek unsurunun ağır bastığı durumlarda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığından, malzeme unsurunun ağır bastığı durumlarda ise satım sözleşmesinin varlığından bahsedilmelidir<sup>227</sup>.

<sup>225</sup> Erdoğan, s. 171.; Kaya, s. 31.; Zevkliler, s. 364.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 310.

<sup>226</sup> Kaya, s. 31.; Zevkliler, s. 332.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 311.

<sup>227</sup> Bilge, s. 248.; Kaya, s. 31.; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (Özel Bölüm), s. 349.; Zevkliler, s. 332.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 311.

İş sahibinin işin yapılması sırasında müteahhide talimat verme yetkisine sahip olduğu durumlarda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığından, müteahhidin serbest olarak, talimat almaksızın çalıştığı durumlarda satım sözleşmesinin varlığından söz edilebilir<sup>228</sup>.

#### **D. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Eser (İstisna) Sözleşmesinden Farkları**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesinin de özelliklerini taşımakta olan çifte tipli karma niteliğe sahip bir sözleşme türüdür. Ancak, sözleşmenin eser sözleşmesinden ayrılmakta olan noktaları da bulunmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasında bulunan en önemli fark, sözleşmelerin düzenlenmesi aşamasında uyulması gereken şekil meselesidir. Eser sözleşmesi kural olarak hiçbir şekil şartına tabi değildir. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliği resmî şekilde yapılması şartına bağlıdır.

Eser sözleşmesinde, müteahhit meydana getirmiş olduğu eser karşılığında ücretini para ile alırken<sup>229</sup>; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ücretini, sözleşme ile belirlenen arsa paylarının arsa sahibi tarafından kendisine devredilmesi ile almaktadır. Yani arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin ücreti, belirli bir taşınmazın devri olarak ifa edilmektedir.

Diğer taraftan, eser sözleşmesi tipik sözleşmeler arasında yer alırken; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi karma sözleşme niteliğinde olup, atipik sözleşmeler arasında yer almaktadır<sup>230</sup>.

<sup>228</sup> Zevkliler, s. 332.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 311.

<sup>229</sup> Kaya, s. 32.

<sup>230</sup> Kaya, s. 32.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ VE TESCİLE İCBAR DAVASI

#### I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLERİN TESPİTİ

Çalışmamızın birinci bölümünde incelemiş olduğumuz gibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çifte tipli karma nitelikte bir sözleşmedir. Karma sözleşmelere uygulanacak hükümlerin tespiti hususunda, çeşitli tiplerin birbirini bertaraf etmesi teorisi, soğurma (imtisas) teorisi, birleştirme (terkip) teorisi, yaratma teorisi ve kıyas teorisi olmak üzere beş farklı teori bulunmaktadır.

Çeşitli tiplerin birbirini bertaraf etmesi teorisine göre, karma sözleşmelere unsurlarını taşımakta olduğu sözleşmelere ait hükümler değil, ancak Borçlar Kanununun genel hükümleri uygulanabilir<sup>231</sup>. Bu teorinin hâkimin karar verme özgürlüğünü sınırlandırmış olduğu söylenebilir.

Soğurma (imtisas) teorisi, karma sözleşmenin bünyesinde bulundurduğu sözleşmelerden hangisine ait unsurlar daha önemli ise, bu hâkim sözleşmeye ait hükümlerin karma sözleşmeye uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>232</sup>. Hâkim sözleşme, diğer sözleşmelere ait unsurların doğuracağı hukuki sonuçları kendi bünyesinde eritir<sup>233</sup>.

Birleştirme (terkip) teorisine göre, karma sözleşme ile borçlanılan her edime, ait olduğu sözleşme tipine dair hükümlerin uygulanması ve bunun üzerine ortaya çıkan hukuki sonuçların birleştirilmesi gerekir<sup>234</sup>.

---

<sup>231</sup> Kartal, s. 27.; Kaya, s. 45.; Yavuz, (Dersler), s. 12.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 23.

<sup>232</sup> Aral, s. 56.; Kartal, s. 28.; Kaya, s. 45.; Yavuz, (Dersler), s. 12.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 23.

<sup>233</sup> Aral, s. 56.

<sup>234</sup> Aral, s. 56, 57.; Kartal, s. 28.; Kaya, s. 46.; Yavuz, (Dersler), s. 12.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 24.

Medeni Kanun madde 1, fıkra II, *“Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir”* hükmünü içermektedir. Yaratma teorisi anılan bu hükümden hareket ederek, karma sözleşmeler hakkında uygulanagelen örf ve adet hukuku kuralının bulunmadığı durumlarda, hâkimin bizzat hüküm koyacağını kabul etmektedir<sup>235</sup>.

Kıyas teorisi ise, karma sözleşmeler kanunda özel olarak düzenlenmiş olmadığı için, bu sözleşmelere kanun hükümlerinin ancak kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadır<sup>236</sup>. Ancak bir kanun hükmünün karma sözleşmeye uygulanabilmesi için, her iki olayın benzerliği şartının gerçekleşmiş olması gerekir<sup>237</sup>.

Doktrinde yaratma ve kıyas teorileri genelde birlikte anılmaktadır<sup>238</sup>. Hukukumuzda karma sözleşmelere uygulanacak hükümlerle ilgili baskın olan teorinin, bizim de katılmakta olduğumuz kıyas ve yaratma teorisi olduğu görülmektedir<sup>239</sup>. Bu teorilere göre, hâkim öncelikle karma sözleşmeye mevcut kanun hükümlerini kıyasen uygulamalıdır. Hâkim, kanun hükümlerini sözleşmeye uygulamak için kıyas yaparken, tarafların iradelerine ve sözleşmeden elde etmeyi bekledikleri menfaate uygun bir şekilde sözleşmeyi yorumlayıp, adalete uygun bir çözüm yolu getirmelidir<sup>240</sup>. Buradan hakkaniyetli bir çözüme ulaşılamıyorsa, Medeni Kanun madde 1, fıkra II gereğince hâkim tarafından bizzat hüküm kurulmalıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin bağımsız bölüm inşa etme borcunun, eser sözleşmesinin; arsa sahibinin belirli arsa paylarını devir borcunun ise, taşınmaz satım sözleşmesinin özelliklerini taşımakta olduğu görülmektedir. Kıyas ve yaratma teorisi gereğince sözleşmeden

<sup>235</sup> Aral, s. 57.; Kartal, s. 28.

<sup>236</sup> Kaya, s. 46.; Yavuz, (Dersler), s. 12.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 24.

<sup>237</sup> Aral, s. 56.

<sup>238</sup> Kartal, s. 28.; Yavuz, (Dersler), s. 12.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 24.

<sup>239</sup> Gümüş, s. 220.; Kaya, s. 46.

<sup>240</sup> Gümüş, s. 220.; Kartal, s. 28.; Kaya, s. 46.

doğan her edime, alındığı sözleşmeye ilişkin hükümler kıyasen uygulanır<sup>241</sup>. Buna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, eser sözleşmesini ilgilendiren edimlere eser sözleşmesi ile ilgili kanun hükümlerinin, taşınmaz satım sözleşmesini ilgilendiren edimlere, taşınmaz satım sözleşmesi ile ilgili hükümlerin kıyasen uygulanması gerekir. Bu sözleşmelere ilişkin hükümler birbirine ters düşerse, tarafların menfaatine ve hakkaniyete en uygun çözüm yoluna başvurulmalıdır<sup>242</sup>.

## **II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı bir sözleşmedir. Sözleşmenin kurulmasıyla tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri doğar. Bu başlık altında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları olan arsa sahibi ve müteahhidin, özellikle sözleşmeden doğan borçları incelenecektir.

### **A. Müteahhidin Borçları**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince müteahhit, öncelikle bağımsız bölümleri bir bütün halinde tamamlamayı, daha sonra tamamlanan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi üstlenmektedir. Bu bakımdan müteahhit tarafından yerine getirilmesi taahhüt edilen borçları, bağımsız bölüm inşa etme borcu ve inşaatı teslim etme borcu olmak üzere iki grupta toplamak mümkündür<sup>243</sup>. İnşaatın tesliminden sonra ortaya çıkan müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu ise taşıdığı önemden dolayı ayrı bir başlık altında incelenecektir.

---

<sup>241</sup> Kaya, s. 46.

<sup>242</sup> Kaya, s. 46.

<sup>243</sup> Aral, s. 325.; Kaya, s. 47.

## 1. Müteahhidin Bağımsız Bölüm İnşa Etme Borcu

Müteahhidin bağımsız bölüm inşa etme borcu kapsamında genel olarak, inşaatı sadakat ve özenle yapma, inşaatı bizzat yapma veya kendi yönetimi altında yaptırma, gerekli araç, gereç ve malzemeyi sağlama, inşaata zamanında ba lama ve devam etme borçları bulunmaktadır.

### a. Müteahhidin İnşaatı Sadakat ve özenle Yapma Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, müteahhidin üstlenmekte olduğu inşa işini sadakat ve özenle yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. İ i sadakat ve özenle yapma borcu, müteahhidin en önemli bor larındanr. Müteahhidin sahip olduğu  zen borcu, eser sözleşmesi ile ilgili hükümler arasında özel olarak düzenlenmeyen sadakat borcunun bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır<sup>244</sup> ve bu borçlar birbirleriyle sıkı bir ilişki içindedir<sup>245</sup>.

#### (1) Müteahhidin sadakat borcu

Borçlar Kanununun eser sözleşmesini düzenleyen hükümleri arasında müteahhidin sadakat borcunu özel olarak düzenlenmemiştir. Müteahhidin sadakat borcu, Medeni Kanunun 2'inci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralından kaynaklanır. Doktrinde, i  görme sözleşmelerinden biri olan vekâlet sözleşmesinde vekilin sadakat borcunu düzenleyen Borçlar Kanununun 390'ıncı (TBK. 506) maddesinin, eser sözleşmesi ve dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine de uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>246</sup>. Söz konusu maddenin ikinci fıkrası gereğince vekilin, müvekkile karşı vek leti iyi surette ifa etme mükellefiyeti bulunmaktadır.

<sup>244</sup> Aral, s. 337.

<sup>245</sup> Tandoğan, C. II, s. 34.; Yargıtay 15. HD. 25.01.1999 T., 1999/ 4289 E., 1999/ 115 K. sayılı kararı: “...Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği i i kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, i  sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır.  zen borcu, sadakat borcunun bir sonucudur...” (Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 30.01.2010))

<sup>246</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 32.

Anılan hükümler çerçevesinde, müteahhidin inşaatı, arsa sahibinin menfaatini karşılayacak biçimde ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınarak yapması gerektiği kabul edilmelidir<sup>247</sup>. Müteahhit inşa işini, arsa sahibi ile aralarında olduğu kabul edilen güven ilişkisine uygun olarak ve bir bağlılık içinde yapmakla yükümlüdür<sup>248</sup>.

Borçlar Kanunu 357'inci (TBK. 472) maddede, müteahhidin sadakat borcunun iki özel görüntüsü düzenlenmektedir<sup>249</sup>.

Bu özel durumlardan birincisi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için istisnai bir hal olan ve Borçlar Kanunu madde 357, fıkra II (TBK. 472/ II) hükmünde düzenlenen, inşaatın yapılması için gereken malzemenin iş sahibi tarafından verilmesi halini kapsamaktadır. Bu durumda müteahhit, bağımsız bölüm inşasında kullanılan malzemenin hesabını vermek ve artan malzemeyi arsa sahibine iade etmek zorundadır. Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhit inşaatı genellikle kendi malzemesiyle yaptığı için, madde 357, fıkra II (TBK. 472/ II) hükmünün sözleşmeye uygulanması çoğu halde mümkün olamamaktadır<sup>250</sup>.

Özel durumlardan ikincisini ise, Borçlar Kanunu madde 357, fıkra III (TBK. 472/ III) hükmü oluşturmaktadır. Anılan hüküm gereğince, inşaat devam ettiği sırada, arsa sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın ayıplı olduğu anlaşılırsa veya bağımsız bölümün tam ve zamanında ifa edilmesini tehlikeye düşürecek başka bir hal meydana gelirse müteahhit durumu derhal iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. Bu bağlamda, arsa sahibinin sözleşmenin gereği gibi veya vaktinde ifasını tehlikeye düşürecek, amaca elverişli olmayan talimatı karşısında, müteahhidin arsa sahibini uyarması da gerekir<sup>251</sup>. Aksi takdirde, müteahhit doğabilecek olumsuz sonuçlara katlanmak zorunda kalır.

<sup>247</sup> Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 34.; Kaya, s. 47.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 312, 313.

<sup>248</sup> Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 34.; Kaya, s. 47.

<sup>249</sup> Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 34.; Erman, (Arsa Payı), s. 32.; Kaya, s. 47.; Yavuz

<sup>250</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 33.; Kartal, s. 67.

<sup>251</sup> Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 35, 36.

Müteahhidin sadakat borcu gereği uyması gereken diğer bir yükümlülük, bağımsız bölümü inşa ederken öğrendiği yenilikleri veya özel durumları kendi hesabına başka bir işte kullanmamak veya başkalarına kullandırmamaktır<sup>252</sup>. Aynı şekilde, müteahhit, inşaatın yapımı için arsa sahibi tarafından kendisine verilen planları, projeleri ve çizimleri başka inşaatlarda kullanmamalıdır<sup>253</sup>. Bu yükümlülük sözleşme sona erdikten sonra da devam eder<sup>254</sup>. Müteahhidin bu yükümlülüğe uyması için, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin düzenlenmesi aşamasında sözleşmeye, sırların saklı tutulacağına ve rekabet yasağına ilişkin hükümlerin konulması tavsiye edilmektedir<sup>255</sup>.

Arsa sahibi, müteahhidin sadakat borcunu ihlal etmesi durumunda, koşulları varsa müspet zararının tazmin edilmesini isteyebilir. Arsa sahibi, sadakat borcunun ağır bir şekilde ihlal ettiğini tespit ederse, Borçlar Kanunu madde 369 (TBK.484), madde 358 (TBK. 473) ve madde 106 (TBK. 125) hükümleri gereği sözleşmeden döne de bilir<sup>256</sup>. Müteahhit bağımsız bölümü sözleşmeye uygun olarak tamamlayıp teslim etse bile, sadakat borcuna uymamasından doğan zararları arsa sahibine ödemekle yükümlüdür<sup>257</sup>.

## (2) Müteahhidin özen borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile müteahhit, inşa işini yapma borcunun yanında, ayrıca işi yaparken özen gösterme borcunu da yüklenmiş olur<sup>258</sup>. Borçlar Kanununun, eser sözleşmesinde müteahhidin borçlarını düzenlemekte olan 356'ncı maddesinin birinci fıkrası (TBK. 471/ I), müteahhidin sorumluluğunun genel anlamda işçinin hizmet sözleşmesindeki sorumluluğuna dair hükümlere tabi olacağını düzenlemektedir.

<sup>252</sup> Baygın, s. 25, 26.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 36.; Güleç, s. 30, 31.

<sup>253</sup> Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 36.; Eren, (İnşaat), s. 77.; Kaya, s. 48.

<sup>254</sup> Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 36.; Eren, (İnşaat), s. 77.

<sup>255</sup> Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 36.

<sup>256</sup> Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 36.; Kartal, s. 70.; Kaya, s. 48.

<sup>257</sup> Zevkliler, s. 335.

<sup>258</sup> Öz, (İnşaat), s. 105, 106.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 313.

Söz konusu hükümden, müteahhidin, işçinin hizmet sözleşmesi gereğince göstermek zorunda olduğu özeni göstermesi gerektiği sonucu çıkarılmaktadır<sup>259</sup>. Eser sözleşmesi için yapılan bu düzenlemenin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin borçları açısından da geçerli olacağı açıktır.

Müteahhidin göstermekle yükümlü olduğu özenin derecesi en az işçinin göstermekle yükümlü olduğu özen kadar olmalıdır. Burada getirilen “*en az*” kıstası, müteahhidin arsa sahibine oranla inşaat konusunda uzman kişi olması ve arsa sahibinden talimat alma hususunda işçiye göre daha bağımsız bulunmasından kaynaklanmaktadır<sup>260</sup>. Bu bakımdan müteahhidin özen borcundan doğan sorumluluğu işçinin sorumluluğuna göre daha ağır nitelikte olmalıdır.

Müteahhidin özen borcu sadakat borcunun bir sonucu olup, doktrin ve yargı kararları ile somutlaştırılmış durumdadır<sup>261</sup>. Bu borçların başlıcalarını, müteahhidin kendi gücünü değerlendirme yükümü, aydınlatma ve bilgi verme yükümü ile arsa (iş) sahibinin inşaatın meydana getirilmesi dolayısıyla edim konusu bağımsız bölümler dışında kalan şahıs ve malvarlığını koruma ve bu hususta gerekli tedbirleri alma yükümü oluşturmaktadır<sup>262</sup>. Müteahhit, işi yaparken ortaya çıkabilecek zararları önlemek için de gerekli tedbirleri almalıdır<sup>263</sup>.

<sup>259</sup> Bilge, s. 249.; Erdoğan, s. 142.; Eren, (İnşaat), s. 73.; Güleç, s. 31.

<sup>260</sup> Baygın, s. 25.; Bilge, s. 249.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 39.; Eren, (İnşaat), s. 74.; Erman, (Arsa Payı), s. 35.; Kaya, s. 48.

<sup>261</sup> Aral, s. 338.

<sup>262</sup> Aral, s. 338.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 313.

<sup>263</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 36.

İnşaatın yapımı aşamasındaki çeşitli safhalar, müteahhit bakımından farklı özen borçları doğurur. Müteahhidin, özen borcu gereğince öncelikle, işi üstlenirken inşaatın yapımı için gerekli ön koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırması gerekir<sup>264</sup>. Bu bakımdan müteahhit, inşaat yapımı için hazırlanan plan ve projeleri, yapı tekniği kuralları çerçevesinde dikkatle incelemek durumundadır<sup>265</sup>.

Plan ve projeler arsa sahibi tarafından onaylanmış olsa dahi, müteahhit bunların hatalı olması nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan sorumlu olmalıdır<sup>266</sup>. Müteahhidin yapı tekniği kurallarını uygulamaması da sorumluluğunun doğmasına neden olur<sup>267</sup>. Bu konuda müteahhidin sorumluluğunun tespiti için, yapılacak binanın özellikleri ile birlikte objektif şartlar çerçevesinde tecrübeli ve uzman bir müteahhidin davranış biçiminin ölçü olarak alınması gerekir<sup>268</sup>. Müteahhit tacir sıfatını taşıyorsa, Ticaret Kanunu madde 20, fıkra II' de (6102 sayılı TTK. 18/ II) belirtilen “*basiretli iş adamı*” gibi hareket edip etmediği hususu da dikkate alınmalıdır<sup>269</sup>.

Müteahhit, arsa sahibi tarafından onaylanan plan ve projeler üzerinde gerekli incelemeyi yaptıktan sonra, arsa sahibini aydınlatma ve ona bilgi verme borcu altına girer. Buna göre, müteahhit, inşaatın meydana getirilmesiyle ilgili olarak verilen talimatlar, incelenen plan-proje, malzeme seçimi gibi konularda arsa sahibini aydınlatmakla yükümlüdür<sup>270</sup>. Ayrıca işin yapılmakta olduğu sırada ortaya çıkan fahiş fiyat artışlarını da, arsa sahibine bildirmelidir<sup>271</sup>. Müteahhidin arsa sahibini aydınlatma yükümlülüğü kanun tarafından özel bir şekil şartına bağlanmamıştır<sup>272</sup>. Ancak, ispat kolaylığı açısından yazılı şekilde yapılması tercih edilmelidir.

<sup>264</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 35.

<sup>265</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 35, 36.

<sup>266</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 35.

<sup>267</sup> Tandoğan, C. II, s. 37.

<sup>268</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 36.; Karayalçın, Yaşar; Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Ankara 1975, s. 22.

<sup>269</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 36.; Kaya, s. 49.

<sup>270</sup> Eren, (İnşaat), s. 76.

<sup>271</sup> Eren, (İnşaat), s. 76.

<sup>272</sup> Eren, (İnşaat), s. 77.

b. Müteahhidin İ  i Bizzat Yapma veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcu

Borçlar Kanunu madde 356, fıkra II (TBK. 471/ III) hükmüne göre, müteahhit imal olunacak şeyi bizzat yapmaya veya kendi yönetimi altında yaptırmaya mecburdur. Ancak, yapılacak iş mahiyeti gereği kişisel beceriyi gerektirmiyorsa i  i başkasına da yaptırabilir. Eser sözleşmesinde müteahhidin borçlarına ilişkin olan bu hükmün kıyasen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine de uygulanacağı açıktır.

Görüldüğü gibi müteahhidin sözleşme gereği üstlenmiş olduğu edimi şahsen ifası genel kural, başkası eliyle ifası ise istisnai hal olarak kabul edilmiştir<sup>273</sup>. Bu husus, eser sözleşmesinde olduğu gibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de müteahhidin kişiliğine ve becerilerine duyulan güven unsurunun önemi dolayısıyla ortaya çıkmıştır<sup>274</sup>. Ancak, müteahhidin i  i şahsen ifası hususundan, i  in ifası için yapılması gereken her şeyin mutlaka müteahhit tarafından bizzat yapılacağı anlaşılmamalıdır. Zira arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde inşaatın tamamının bizzat müteahhit tarafından yapılarak tamamlanması mümkün değildir<sup>275</sup>. Bu bakımdan, müteahhit, inşaatın yapılabilmesi için bu konuda uzman olan kişileri bir araya getirerek, onların uyumlu bir şekilde çalışmalarını sağlamakla yükümlüdür<sup>276</sup>.

Müteahhidin i  i şahsen ifa etmesinden, inşaatla çalıştıracağı işçi ve diğer yardımcı kişileri dikkatle seçmesi, zamanında i   mahallinde bulunmalarını sağlaması, işleri organize ederek dağıtması, talimat vermesi, gerekli araç-gereçler ve ekipmanı sağlaması, çalışmaları denetlemesi, gerekli güvenlik ve koruma tedbirlerini alması ve tüm bunları özenle yapması

<sup>273</sup> Kaya, s. 50.; Kılıçoğlu, Ahmet; “Müteahhidin Eseri   ahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”, (AÜHFD. 1976, C.XXXII, S.1-4, s. 185 vd.), (Müteahhit)

<sup>274</sup> Aral, s. 3525, 326.; Eren, (İnşaat), s. 64.; Erman, (Arsa Payı), s. 40.;   zy  r  k, Sezer; İnşaat Sözleşmesi, 1988, s. 14-17.

<sup>275</sup> Bilge, s. 249.; Kaya, s. 50.;   z, (İnşaat), s. 110.

<sup>276</sup>   z,(İnşaat), s. 110.

anlaşılmalıdır<sup>277</sup>. Müteahhidin özen borcu sözleşmenin kurulduğu anda başlayıp, ifasına kadar devam eder.

Borçlar Kanunu madde 356, fıkra II (TBK. 471/ III) hükmü emredici nitelikte değildir. Taraflar inşa eserinin tamamının ya da bir kısmının alt müteahhit tarafından yapılacağını kararlaştırabilir veya bunu tamamen yasaklayabilir<sup>278</sup>. Herhangi bir yasak konulmamışsa alt müteahhit de üstlenmiş olduğu işi başka bir alt müteahhide devredebilir.

Alt müteahhit, üzerine aldığı konuda mesleki açıdan belirli bir uzmanlığa sahip olan, asıl müteahhit ile aralarında alt müteahhitlik sözleşmesi bulunan fakat asıl müteahhitten bağımsız olarak kendi ad ve hesabına çalışan, taşeron olarak da adlandırılmakta olan kişidir<sup>279</sup>. Alt müteahhitlik sözleşmesinin kurulması ve varlığını devam ettirmesi için, sadece asıl müteahhit ile alt müteahhidin anlaşması gerekli ve yeterlidir<sup>280</sup>. Arsa sahibi ile müteahhit arasında bulunan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, inşa işinin yapımında alt müteahhit görevlendirilmesinin yasak olduğu kararlaştırılsa bile, bu durum tek başına alt müteahhitlik sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez<sup>281</sup>.

Müteahhidin yönetimi altında çalıştırdığı kişilerle arasında genellikle hizmet sözleşmesi bulunurken, alt müteahhitle arasında eser sözleşmesinin bir türü olan alt müteahhitlik sözleşmesinin bulunması, alt müteahhidin asıl müteahhitten bağımsız olarak çalıştığı sonucunu doğurur<sup>282</sup>. Bu sebeple müteahhidin, alt müteahhit üzerinde denetim ve gözetimde bulunma yükümlülüğü yoktur. Ancak alt müteahhidin kişilik ve uzmanlık bakımından

<sup>277</sup> Aral, s. 326.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 44.; Erman, (Arsa Payı), s. 39.; Zevkliler, s. 336.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 314.

<sup>278</sup> Aral, s. 327.; Eren, (İnşaat), s. 64.; Karataş, s. 85.

<sup>279</sup> Aral, s. 328.; Baysal, Başak; “Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Bazı Hukuksal Sorunlar”, (Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, s. 149-179., Ankara 2006), (İpotek), s. 157.; Duman, (İnşaat), s. 151.; Eren, (İnşaat), s. 65.; Karataş, s. 89.; Kostakoğlu, s. 359.; Zevkliler, s. 336.

<sup>280</sup> Duman, (İnşaat), s. 152.

<sup>281</sup> Duman, (İnşaat), s. 152.

<sup>282</sup> Duman, (İnşaat), s. 151.; Erman, (Arsa Payı); s. 41.; Kaya, s. 51.

yanlış seçilmiş olması, özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder<sup>283</sup>. Bununla birlikte, bazı yazarlar, alt müteahhidin asıl müteahhide karşı bağımsız olduğunu kabul etmekle birlikte, bu bağımsızlığın mutlaka tam bir bağımsızlık olması gerekmediğini savunmaktadır<sup>284</sup>. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, alt müteahhit, alt müteahhitlik sözleşmesi ile kararlaştırılan veya işin niteliğinin gerektirdiği durumlarda, asıl müteahhidin yönetim ve denetimi altında çalışabilir.

Asıl müteahhidin işi alt müteahhide devretmiş olması, kendi edim borcunda herhangi bir değişiklik meydana getirmez<sup>285</sup>. Alt müteahhitlik sözleşmesi ile asıl müteahhit iş yükünü azaltmış olur. Ayrıca, alt müteahhidin kendisine devredilen inşa işini, başka bir alt müteahhide devretmesinin mümkün olduğunu belirtmemiz gerekir<sup>286</sup>.

Alt müteahhit ile arsa sahibi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı için, arsa sahibi müteahhide karşı ileri sürebileceği hakları alt müteahhitten isteyemez<sup>287</sup>. Bu suretle, alt müteahhidin de asıl müteahhide karşı ileri sürebileceği hakları, arsa sahibinden isteyemeyeceği söylenebilir<sup>288</sup>.

Arsa sahibinin alt müteahhide başvurabileceğinin kabul edildiği durumlar da mevcuttur. Anılan durumlardan ilki, alt müteahhidin arsa sahibine, asıl müteahhidin kendisine vermiş olduğu işleri tam olarak ve zamanında ifa edeceğini taahhüt etmesidir<sup>289</sup>. Alt müteahhitlik sözleşmesinin Borçlar Kanunu madde 111 (TBK. 129) hükmü gereğince arsa sahibi lehine yapılmış olan tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğini haiz olması halinde de arsa sahibinin alt müteahhide başvurabileceği kabul edilir<sup>290</sup>. Asıl müteahhit, alt müteahhide karşı sahip olduğu hakları arsa sahibine temlik

<sup>283</sup> Erman, (Arsa Payı) s. 41.

<sup>284</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 41.; Tandoğan, C. II., s. 55.

<sup>285</sup> Duman, (İnşaat), s. 152.

<sup>286</sup> Duman, (İnşaat), s. 151.

<sup>287</sup> Kaya, s. 51.

<sup>288</sup> Kaya, s. 51.

<sup>289</sup> Aral, s. 329.

<sup>290</sup> Aral, s. 329, 330.

ederse, arsa sahibi alt müteahhide başvurabilir<sup>291</sup>. Ayrıca, asıl müteahhidin aksi yöndeki görüşlerine rağmen, arsa sahibi, belirli bir alt müteahhit ile çalışılması için verdiği talimatta ısrar ederse, asıl müteahhide karşı ileri sürebileceği hakları alt müteahhide yöneltebilir<sup>292</sup>. Arsa sahibinin doğrudan alt müteahhide başvurma hakkına sahip olması, asıl müteahhidin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz<sup>293</sup>.

Alt müteahhitlik sözleşmesi asıl müteahhit ile alt müteahhit arasında kurulduğu için, alt müteahhidin üstlendiği edimi asıl müteahhide teslim etmesi gerekir<sup>294</sup>. Edimin sözleşmeye aykırı şekilde teslim edilmesi durumunda, asıl müteahhit arsa sahibine karşı, arsa sahibinin uğradığı zarardan dolayı sorumlu olur<sup>295</sup>. Ayrıca şartları oluşmuşsa, arsa sahibi alt müteahhide haksız fiil hükümlerine dayanarak başvurabilir<sup>296</sup>.

Medeni Kanun madde 893, bent 3 gereğince, bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkarlar kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilirler. Bu bağlamda alt müteahhidin de, asıl müteahhitten olan ücret alacağı için arsa sahibinin taşınmazı üzerinde kanuni ipotek hakkı bulunur<sup>297</sup>. Alt müteahhidin kanuni ipotek hakkı, asıl müteahhidin ücret alacağından bağımsızdır<sup>298</sup>. Arsa sahibinin, inşa işinin alt müteahhide devredildiğinden haberi olmasa, hatta alt müteahhit atanması sözleşme ile yasaklanmış olsa dahi, alt müteahhit kanuni ipotek hakkını kullanabilir<sup>299</sup>. Bununla birlikte, alt

<sup>291</sup> Duman, (İnşaat), s. 153.

<sup>292</sup> Duman, (İnşaat), s. 153.

<sup>293</sup> Duman, (İnşaat), s. 153.

<sup>294</sup> Duman, (İnşaat), s. 155.; Erman, (Arsa Payı), s. 41.

<sup>295</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 41.

<sup>296</sup> Aral, s. 329.

<sup>297</sup> Acar, Faruk; Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008, s. 360, 361.; Baysal, (İpotek), s. 158.; Duman, (İnşaat), s. 153 ve s. 748.; Karahasan, C. I, s. 445.

<sup>298</sup> Baysal, (İpotek), s. 158.; Erman, (Arsa Payı), s. 43.; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 760, 761.; Reisoglu, Safa; Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı, (İpotek), Ankara 1961, s. 33.; Ortaç, s. 69.

<sup>299</sup> Baysal, (İpotek), s. 158.

müteahhidin arsa üzerine kanuni ipotek koydurmasına neden olan asıl müteahhit, arsa sahibine karşı sorumlu olmalıdır<sup>300</sup>.

Büyük bir yapı meydana getirmek üzere birden çok müteahhidin bir araya gelmek suretiyle oluşturdukları ortaklığa “*müşterek iş ortaklığı (joint-venture)*” adı verildiğine yukarıda işaret etmiştik<sup>301</sup>. Borçlar Kanunu madde 534, cümle 3 (TBK. 638/ III) hükmü gereği, konsorsiyumu oluşturan müteahhitlerden her biri, sözleşmeden doğan borçtan, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe müteselsilen sorumlu olur<sup>302</sup>. Bu şekilde inşaat yapımını üstlenme, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şahsen ifasına aykırılık oluşturmaz<sup>303</sup>.

Müteahhidin seçtiği işçi, yardımcı kişi ve alt müteahhitler inşaatteki faaliyetleri bakımından ifa yardımcısı statüsündedirler<sup>304</sup>. Bu kişilerin işlerini gereği gibi yapmamalarından müteahhit, Borçlar Kanunu madde 100 (TBK. 116) hükmü gereğince sorumludur<sup>305</sup>. Ayrıca, asıl müteahhidin yetkisi olmadığı halde işi alt müteahhide devretmesi, alt müteahhidin de edimini yerine getirmeyerek arsa sahibini zarara uğratması durumunda, asıl müteahhidin Borçlar Kanunu madde 96 (TBK. 112) bakımından sorumluluğu doğar<sup>306</sup>. Asıl müteahhit, alt müteahhidin görevlendirdiği alt müteahhitlerin vermiş olduğu zararlardan da Borçlar Kanunu madde 100 (TBK. 116) çerçevesinde sorumlu olur<sup>307</sup>. Bununla birlikte, çalışma koşulları ile ilgili olarak ortaya çıkan ve arsa sahibi ile asıl müteahhidin sorumluluğunu doğuran durumlarda, alt müteahhidin de sorumluluğunun söz konusu olacağını belirtmemiz gerekir<sup>308</sup>.

<sup>300</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 44.

<sup>301</sup> Bknz. Yuk. s. 6.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 315.

<sup>302</sup> Zevkliler, s. 337.

<sup>303</sup> Zevkliler, s. 337.

<sup>304</sup> Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 45.; Öz, (İnşaat), s. 111.; Şenocak, Zarife; Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, (İfa Yardımcıları), s. 124 vd.

<sup>305</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 40.; Güleç, s. 34.

<sup>306</sup> Aral, s. 330.; Duman, (İnşaat), s. 152.; Erman, (Arsa Payı), s. 44.; Güleç, s. 34.

<sup>307</sup> Duman, (İnşaat), s. 153.

<sup>308</sup> Duman, (İnşaat), s. 155.

İfa yardımcıları arsa sahibi tarafından seçilmiş ve müteahhit bu kişilerle çalışmaya zorlanmış ise, müteahhidin bu kişilerin yetersizliklerini uyarma yükümlülüğü gereği arsa sahibine bildirmiş olması şartıyla, meydana getirdikleri borç ihlallerinden dolayı Borçlar Kanunu madde 100 (TBK. 116) gereğince sorumluluğu olmaz<sup>309</sup>.

c. Müteahhidin gerekli araç-gereç ve malzemeyi sağlama borcu

Malzeme, müteahhidin inşa eserinin meydana getirilmesinde kullanmak durumunda olduğu maddi şeylere verilen isimdir<sup>310</sup>. Eser tamamlandıktan sonra bünyesinde kalan, taş, kum, çakıl, çimento, inşaat demiri, doğramalar, pencereler, elektrik ve su boruları gibi maddeler malzeme niteliğindedir<sup>311</sup>.

Araç ve gereçler, inşaatın yapımı için kullanılan malzemeden farklıdır<sup>312</sup>. Araç ve gereçler, bir bütün halinde tamamlanmış olan eserden ayrılarak müteahhit tarafından alınıp götürülebilen şeylerdir<sup>313</sup>. İş yapılırken kullanılan inşaat makineleri, motorlar, beton kalıpları, vinçler, iskeleler, hafriyat, enerji hatları, barakalar, geçici köprü ve yollar gibi şeyler araç-gereç niteliğini taşır<sup>314</sup>.

Borçlar Kanunu madde 357 (TBK. 472), *“Müteahhit, imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta bayi gibi mütekeffildir. Malzeme iş sahibi tarafından verilmiş ise, müteahhit, onları layık olan bütün ihtimam ile kullanmak ve bundan dolayı hesap vermek ve artanı iade etmekle mükelleftir. İş devam ettiği sırada, iş sahibinin, verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut imalatın noktası noktasına muntazaman icrasını*

<sup>309</sup> Duman, (İnşaat), s. 153.; Öz, (İnşaat), s. 113.

<sup>310</sup> Aral, s. 333.; Baygın, s. 23.; Karataş, s. 92.

<sup>311</sup> Kaya, s. 52.

<sup>312</sup> Kaya, s. 51.

<sup>313</sup> Erman, (Arsa Payı); s. 37.; Kaya, s. 51.

<sup>314</sup> Kaya, s. 51.

*tehlikeye koyacak diğ er bir hal hadis olursa müteahhit, i   sahibini bundan derhal haberdar etmeğ e mecbur aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir” hükmünü içermektedir.*

Doktrinde bazı yazarlar<sup>315</sup>, eser sözleşmesinde malzeme sağ lama borcunu düzenlemekte olan Borçlar Kanununun 357’inci (TBK. 472) maddesinde malzemenin kimin tarafından sağ lanacağ ının açıkça belirtilmiş olmadığ ı gerekçesiyle, anılan hükümden, bir anlaşma bulunmadığ ı takdirde malzemenin i   sahibi (arsa sahibi) tarafından sağ lanması gerektiğ i sonucunu çıkar mışlardır. Bu yazarlara göre, müteahhidin araç-gereç ve malzemeyi temin etmeyi üstlenmiş olduğ u eser sözleşmesi, “*eser teslim sözleşmesi*” niteliğ ine sahip olur.

Bazı yazarlar ise<sup>316</sup>, Borçlar Kanunu madde 357 (TBK. 472) hükmünde, malzeme sağ lama borcunun sözleşmenin taraflarından birisine yükletilmiş olmadığ ını, bu nedenle, malzemeyi kimin sağ layacağ ını tarafların sözleşme ile serbestçe belirleyebileceklerini savunmaktadır.

Eser sözleşmesinde malzeme borcunu düzenlemekte olan 357’inci maddenin ilk fıkrasında (TBK. 472/ I), malzemenin müteahhit tarafından sağ lanması halinin hükme bağ lanmış olması, kanunda bu duruma öncelik verildiğ ini göstermektedir. Bununla birlikte, Borçlar Kanunu madde 356, fıkra III (TBK. 471/ IV) hükmünde, aksine bir sözleşme ya da gelenek yoksa, müteahhidin eseri ortaya çıkarmak için kullanacağ ı araç-gereç ve malzemeyi kendisi sağ lamak ve bunun için gerekli giderleri ödemekle yükümlü olduğ u düzenlenmiştir.

<sup>315</sup> Aral, s. 333.; Eren, (  n  aat), s. 69.;

<sup>316</sup> Karataş, s. 92.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği müteahhit tarafından üstlenilen borç, yalnızca bağımsız bölüm inşa etmek suretiyle bir bina meydana getirmek değil, ayrıca bu binayı arsa sahibine teslim etmektir. Yani sözleşme, eser teslim sözleşmesinin özelliklerini taşımaktadır. Bu bakımdan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça, eser sözleşmesinde olduğu gibi, inşa işinin yapılması için gereken malzemeyi kural olarak müteahhidin karşılayacağını kabul etmek gerekir<sup>317</sup>. Uygulamada da genellikle, inşaatın yapımı için gereken araç-gereç ve malzemenin müteahhit tarafından sağlandığı görülmektedir.

Müteahhidin sağlayacağı araç-gereç ve malzemenin iyi cinsten, ayıpsız, inşaatın niteliğine uygun ve yeterli miktarda olması gerekir<sup>318</sup>. İyi cins ve ayıpsız malzeme, sözleşme ile vaat edilen veya işin niteliği gereği eserin sözleşmeye uygun olarak inşa edilebilmesi için dürüstlük kuralına göre beklenen özellikleri taşımakta olan malzemedir<sup>319</sup>. İyi cins malzemedan, aksi sözleşmeden belirtilmiş olmadıkça, eserin kararlaştırılan şekilde ortaya çıkarılması için lazım olan orta kalitede malzeme anlaşılmalıdır<sup>320</sup>.

Borçlar Kanunu madde 357, fıkra I (TBK. 472/ I) hükmü ile, müteahhidin imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı satıcı gibi mükellef olacağı düzenlenmiştir. Kanunun 359-363'üncü maddelerinde, eser sözleşmesi kapsamında ayıba karşı tekeffül ile ilgili hükümleri düzenlenmiş olduğu için, müteahhidin satıcı gibi sorumluluğu 189-193'üncü maddeler arasında düzenlenen satım sözleşmesindeki zapta karşı tekeffül hükümleri bakımından olur<sup>321</sup>.

<sup>317</sup> Baygın, s. 22.; Bilge, s. 250.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 45.; Erman, (Arsa Payı), s. 36, 37.; Kaya, s. 51.; Öz, (İnşaat), s. 108.; Uçar, Ayhan; İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003, s. 245. Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 315.

<sup>318</sup> Aral, s. 334.; Berki, s. 144.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 45.; Eren, (İnşaat), s. 69.; Karataş, s. 93.; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (Özel Bölüm), s. 358 ve 362.; Öz, (İnşaat), s. 109.; Kaya, s. 52.; Zevkliler, s. 337.

<sup>319</sup> Aral, s. 334.; Eren, (İnşaat), s. 69.; Erman, (Arsa Payı), s. 37.

<sup>320</sup> Aral, s. 334.; Eren, (İnşaat), s. 70.

<sup>321</sup> Aral, s. 334, 335.; Eren, (İnşaat), s. 70.; Erman, (Arsa Payı), s. 37.;

Benzer şekilde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhit, inşaatın yapımı için seçtiği malzemenin iyi cinsten olmamasından ya da malzemenin maddi ve hukuki nitelikte ayıplı olmasından dolayı sorumludur. Müteahhidin buradaki sorumluluğu, satım sözleşmesi kapsamında düzenlenen zapta karşı tekeffül hükümleri ile eser sözleşmesi kapsamında düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesindedir. Örneğin, müteahhit, bir gökdelen inşasının sağlam bir şekilde yapılabilmesi için gereken kalite ve kalınlıkta çelik malzeme kullanması gerekirken vasat kalitede malzeme kullanırsa<sup>322</sup> ya da yumuşak zemin üzerine yapılacak normal bir binanın inşasında buna uygun malzeme kullanmazsa<sup>323</sup>, arsa sahibine karşı sorumlu olur.

Sözleşme ile, bağımsız bölüm inşasında kullanılacak malzemenin arsa sahibi tarafından temin edileceği kararlaştırılabilir<sup>324</sup>. Malzemelerin arsa sahibi tarafından sağlanması; malzemelerin doğrudan arsa sahibi tarafından müteahhide teslimi, arsa sahibinin malzemeyi satın aldığı üçüncü kişinin malzemeleri müteahhide teslimi veya arsa sahibi ad ve hesabına müteahhit tarafından malzeme alınması olarak üç farklı şekilde gerçekleşebilir<sup>325</sup>.

Müteahhit, arsa sahibinin kendisine verdiği malzemeyi özenle kullanmak zorundadır. Malzemenin özenle kullanılması, niteliğine uygun şekilde muhafaza edilmesi, üçüncü kişiler tarafından gelebilecek zararlara karşı korunması ile değer ve özelliğine uygun her türlü tedbirin alınmasını ifade eder<sup>326</sup>. Malzemenin sigorta ettirilmesi, kural olarak, arsa sahibine ait bir yükümlülüktür<sup>327</sup>. Ancak, taraflar sözleşme ile sigortanın müteahhit tarafından yaptırılacağını kararlaştırabilirler. Sigorta yükümlülüğünün arsa sahibine ait olduğu hallerde, malzemenin özel bir tehlikeye maruz kalması söz konusu olursa, durum müteahhit tarafından arsa sahibine derhal bildirilmeli ve

<sup>322</sup> Öz, (İnşaat), s. 109, 110.

<sup>323</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 37.

<sup>324</sup> Aral, s. 335.

<sup>325</sup> Aral, s. 335.

<sup>326</sup> Aral, s. 335.; Bilge, 251, 252.; Eren, (İnşaat), s. 70.; Güleç, s. 35.; Karataş, s. 97, 98.; Kaya, s. 52.

<sup>327</sup> Eren, (İnşaat), s. 71.

gecikmesinde sakınca bulunan hallerde sigorta, masrafı arsa sahibine ait olmak üzere müteahhit tarafından vakit kaybetmeden yaptırılmalıdır<sup>328</sup>.

Müteahhidin arsa sahibine, malzeme ile ilgili olarak hesap verme yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>329</sup>. Hesap verme yükümlülüğünün ayrıntıları sözleşme ile belirlenebilir<sup>330</sup>.

Bağımsız bölüm inşası bir bütün halinde tamamlandıktan sonra, arsa sahibi tarafından temin edilen malzemenin kalanının, müteahhit tarafından arsa sahibine iade edilmesi gerekir. Artan malzemenin kapsamına, inşa edilen eserin bütünleyici parçası olmayan her türlü malzeme girer<sup>331</sup>.

Borçlar Kanunu madde 357, fıkra III (TBK. 472/ III) hükmünden anlaşıldığı üzere, malzemenin arsa sahibi tarafından verilmesi halinde müteahhit bakımından bir ihbar yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır<sup>332</sup>. Müteahhit malzeme kendisine teslim edildiğinde derhal malzemeyi kontrol ederek inşaatı uygun olup olmadığını tespit etmekle yükümlüdür<sup>333</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibi tarafından üzerine bağımsız bölümler inşa edilerek bir bina meydana getirilmesi için verilen arsanın da inşaatı uygun olmaması söz konusu olabilir<sup>334</sup>. Eğer malzeme veya arsa ayıplıysa ya da binanın gereği gibi veya zamanında ifa edilmesini tehlikeye sokabilecek nitelikte olduğu için inşaatı uygun bulunmazsa, bunun arsa sahibine derhal bildirilmesi gerekir<sup>335</sup>.

Malzemede bulunan ayıp işin devamı sırasında da ortaya çıkabilir. Bu durumda da müteahhit arsa sahibine malzemenin ayıplı olduğu yönünde bir bildirimde bulunmalıdır. Müteahhidin söz konusu ihbar külfetine aykırı davranması halinde, ortaya çıkacak sonuca katlanması gerekir.

<sup>328</sup> Eren, (İnşaat), s. 71.

<sup>329</sup> Aral, s. 335.; Eren, (İnşaat), s. 71.; Güleç, s. 35.; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (Özel Bölüm), s. 358.

<sup>330</sup> Eren, (İnşaat), s. 71.

<sup>331</sup> Eren, (İnşaat), s. 71.

<sup>332</sup> Berki, s. 144.; Güleç, s. 35.

<sup>333</sup> Berki, s. 144.; Güleç, s. 35.; Kaya, s. 52.;

<sup>334</sup> Aral, s. 335, 336.; Eren, (İnşaat), s. 71.

<sup>335</sup> Aral, s. 335.

İhbar, müteahhit veya yetkili temsilcisi tarafından, arsa sahibine veya arsa sahibinin yetkili temsilcisine sözlü veya yazılı olarak yapılmalıdır. Müteahhit, malzeme veya arsaya ilişkin sorunu ihbar ettikten sonra, arsa sahibinin işe devam edilip edilmeyeceği yönündeki kararını beklemelidir<sup>336</sup>.

Arsa sahibinin, malzemedeki ayıp ya da inşa eserinin gereği gibi veya zamanında ifa edilmesini tehlikeye sokacak durumu müteahhit veya yetkili temsilcisi dışında üçüncü bir kişiden öğrenmiş olması halinde, artık müteahhidin ihbar yükümlülüğünü ihlal ettiğinden bahsedilemez<sup>337</sup>. Ancak, bunun istisnai bir durum olduğunu belirtmemiz gerekir.

#### d. Müteahhidin inşaata zamanında başlama ve devam etme borcu

Borçlar Kanunu madde 358 (TBK. 473) hükmü müteahhide, işe zamanında başlama ve devam etme (icra etme) borcunu yüklemektedir. Borçlar Kanunu madde 358, fıkra I (TBK. 473/ I), *“Müteahhit işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan tehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkân vermeyecek derecede olursa, iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeğe mecbur olmaksızın akdi feshedebilir”* hükmü ile müteahhidin söz konusu borca uymaması halinde, iş sahibinin akdi belirli şartların varlığı halinde feshedebileceğini hükme bağlamıştır. Müteahhidin bu borcu, sözleşmede inşaatın teslimi için bir süre kararlaştırılmış olup olmamasına göre farklı sonuçlar doğurur<sup>338</sup>.

<sup>336</sup> Eren, (İnşaat), s. 72.

<sup>337</sup> Eren, (İnşaat), s. 72.

<sup>338</sup> Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 48, 49.; Kaya, s. 53.; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (Özel Bölüm), s. 367, 368.; Tandoğan, C. II, s. 62-67.

(1) Teslim süresi belli olan işlerde

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflar, inşaatın teslim edileceği tarihi kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda, belirlenen tarihe kadar inşaa işinin bitirilmesi için müteahhidin gerekli çalışmaları yapması gerekir. Aksi halde Borçlar Kanunu madde 358, fıkra I (TBK. 473/ I) gereği, sözleşme ifa zamanı beklenmeden feshedilebilir<sup>339</sup>. Sözleşmenin feshedilebilmesi için müteahhidin objektif ölçüye aykırı bir biçimde inşaatın yapımını geciktirmesi, arsa sahibinin ise, inşaatın gecikmeden, belirlenen tarihte ifa edilmesi için müteahhide ihtarda bulunup, mehil vermesi gerekir.

Müteahhit verilen mehil içerisinde inşaata başlamaz yahut devam etmezse temerrüde düşmüş sayılır. Bu durumda arsa sahibi Borçlar Kanunu 358'inci madde (TBK. 473) gereğince sözleşmeden dönebilir. Ancak, arsa sahibinin sözleşmeden anılan madde uyarınca dönebilmesi için bazı şartların varlığı aranır.

Arsa sahibinin Borçlar Kanunu madde 358, fıkra I (TBK. 473/ I) gereği sözleşmeden dönebilmesi için, müteahhidin, kusurlu olup olmaması önemli olmaksızın, işe zamanında başlamamış veya işin icrasını sözleşmeye aykırı olarak geciktirmiş olması gerekir<sup>340</sup>. Bununla birlikte gecikme, inşa eserinin sözleşme ile kararlaştırılan tarihte tamamlanmasına engel olacak derecede olmalıdır. Müteahhidin işe başlamak veya devam etmek konusunda gecikmesini haklı kılan bir sebep varsa, arsa sahibi madde 358, fıkra I (TBK. 473/ I)' e dayanarak sözleşmeden dönebilir<sup>341</sup>.

<sup>339</sup> Altaş, Hüseyin; “İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı”, (Prof Dr. Fikret Eren’ e Armağan, Ankara 2006), s. 98. ; Erman, (Arsa Payı), s. 70.; Karataş, s. 109.

<sup>340</sup> Bilge, s. 252.; Erman, (Arsa Payı), s. 70, 71.

<sup>341</sup> Aral, s. 343.

## (2) Teslim süresi belli olmayan işlerde

Borçlar Kanunu madde 74 (TBK. 90) hükmü gereğince, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, sözleşmenin düzenlenmesiyle müteahhidin inşa işine derhal başlaması gerekir. Maddede sözü geçen “derhal” sözcüğünün, işin gereklerine göre, gecikmeye yer vermeyecek şekilde, en makul sürede işe başlanması olarak algılanması gerekir<sup>342</sup>. Müteahhit sözleşmede işe başlama tarihi belirlenmemiş olduğu halde sözleşmenin kurulmasıyla işe başlamamışsa, arsa sahibi müteahhide ihtar çekmelidir. Müteahhit ihtara rağmen işe başlamamışsa, arsa sahibi, teslim için belirli bir süre kararlaştırılmamış satımlarda uygulanan Borçlar Kanunu madde 106 (TBK. 123) hükmü gereğince, müteahhide işe başlaması için mehil vererek onu temerrüde düşürebilir<sup>343</sup>.

Müteahhit verilen mehile rağmen işe başlamazsa veya Borçlar Kanunu madde 107 (TBK. 124) hükmünde belirtilen nedenlerle mehil tayinine gerek yoksa arsa sahibi Borçlar Kanunu madde 106 (TBK. 125) hükmünde belirlenen seçimlik haklarından birini kullanabilir<sup>344</sup>. Buna göre arsa sahibi, her durumda gecikme sebebiyle tazminatla birlikte borcun ifasını isteyebileceği gibi, bunun yerine, vakit kaybetmeden beyanda bulunarak sonraki edimden vazgeçip borcun ifa edilememesinden doğan zararın tazminini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir<sup>345</sup>.

<sup>342</sup> Üçer, Mehmet; Alacaklının Temerrüdü, Ankara 2007, s. 59 vd.

<sup>343</sup> Aral, s. 93.; Kaya, s. 54.

<sup>344</sup> Kaya, s. 54.

<sup>345</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 75.

## 2. Müteahhidin İ saatı Teslim Etme Borcu

### a. Genel Olarak Müteahhidin İ saatı Teslim Etme Borcu

Arsa payı karşılığı i saat sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından ani edimli borç ilişkisi doğurmakta olduğunu yukarıda incelemiştik<sup>346</sup>. Sözleşmenin ani edimli borç ilişkisi doğuruyor olması nedeniyle, arsa sahibinin sözleşmeden elde etmeyi beklediği menfaatin, müteahhidin teslim kadar yaptığı hazırlık faaliyetleri ile değil, ancak bağımsız bölümlerin bir bütün halinde tamamlanarak kendisine teslim edilmesi sonucunda elde edilecek olması sonucuna ulaşılmaktadır.

Borçlar Kanununun eser sözleşmesini düzenleyen hükümleri incelendiğinde, müteahhidin teslim borcuna ilişkin açık bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Ancak, kanunun çeşitli maddelerinde<sup>347</sup> teslimden söz edilmiş olması, müteahhidin teslim borcunun bulunduğunun da zımnen kabul edildiği anlamına gelir<sup>348</sup>. Bu nedenle, kanunda açıkça belirtilmiş olmamasına rağmen, tamamlanan i sa eserinin arsa sahibine tesliminin müteahhidin asli borçları arasında olduğunu kabul etmek gerekir<sup>349</sup>.

Arsa payı karşılığı i saat sözleşmesiyle müteahhidin üstlenmekte olduğu borç, sözleşme konusu binayı tamamlayarak arsa sahibine ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümleri teslim etmektir. Arsa sahibinin sözleşmeden elde etmeyi beklediği menfaat, ancak yapılan i saatın zamanında ve sözleşmede belirlenen şartlara uygun olarak kendisine teslim edilmesiyle sağlanır<sup>350</sup>. Bu bakımdan, i saatın arsa sahibine teslim edilmesi sözleşmenin amacına ulaşması bakımından ayrı bir öneme sahiptir.

<sup>346</sup> Bknz. Yuk. s. 17.

<sup>347</sup> Bknz. Borçlar Kanunu madde 358 (TBK. 473), madde 359/ f. I (TBK. 474/ I), madde 360 (TBK. 475), madde 363/ f. II (TBK. 478), madde 364 (TBK. 479), madde 368 (TBK. 483) ve madde 370 (TBK. 485).

<sup>348</sup> Aral, s. 345.; Baygın, s. 27.; Erman, (Arsa Payı), s. 29.; G le , s. 38.; Karataş, s. 118.; Kaya, s. 54.; Zevkliler/ Havutçu, ( zel Borç İlişkileri), s. 312.

<sup>349</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 29.; Zevkliler, s. 333.

<sup>350</sup> Kaya, s. 54.

Teslim borcunun ne şekilde ifa edileceği konusuna geçmeden, inşaatın tamamlanması ile teslim edilmesinin farklı durumlar olduğuna işaret etmek gerekir<sup>351</sup>. Teslim, sözleşmede kararlaştırılan ve lüzumlu vasıfları taşıyan inşaatın ifa amacıyla arsa sahibine verilmesini ifade eder. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tamamlanan inşaatın teslimi, inşaatın tamamlandığının bildirilmesiyle gerçekleşir<sup>352</sup>. Bildirim zorunlu bir unsur değildir. Ancak, müteahhit tamamlanmış olan inşaatın teslimi için herhangi bir bildirimde bulunmazsa, genellikle teslimin yapılmamış olduğu kabul edilir<sup>353</sup>.

İnşaatın teslim edilmesi ile kabul edilmesi de farklı hukuki sonuçlar doğuran kavramlardır<sup>354</sup>. Teslim, inşa eserinin zilyetliğinin soyut olarak arsa sahibine geçtiğini göstermektedir. İnşaatın teslimi, arsa sahibinin bunu teslim almasıyla gerçekleşir. Teslim ve teslim alma kavramları, aynı zamanda gerçekleşen fiilin, arsa sahibi ve müteahhit cephesinden farklı görünümelerini oluşturur. Bu bakımdan, inşaatı teslim borcunun karşılığını inşaatı teslim alma borcunun oluşturduğunu söylemek yerinde olur<sup>355</sup>.

Kabul, inşa eserinin sözleşmeye uygunluğunun ve artık ayıplı olduğu iddiasında bulunulamayacağını arsa sahibi tarafından açıklanmasıdır<sup>356</sup>. İnşaatın arsa sahibi tarafından teslim alınmasında, teslim ile doğacak hukuki sonuçlarla ilgili özel bir teslim alma iradesi bulunmazken, kabulde, arsa sahibi müteahhidin yaptığı inşaatı beklenen vasıflar bakımından uygun gördüğüne ve ayıp iddiasında bulunmayacağına yönelik bir irade açıklamasında bulunmaktadır<sup>357</sup>. Bu bakımdan, inşaatın teslim edilmesi ile kabulünün aynı hukuki sonucu doğuracağını kabul edilmesinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifa sistemi ile bağdaşmayacağı açıktır<sup>358</sup>.

<sup>351</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 29, 30.

<sup>352</sup> Duman, (İnşaat), s. 713.; Erman, (Arsa Payı), s. 30.

<sup>353</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 65.

<sup>354</sup> Aral, s. 345.; Erman, (Arsa Payı), s. 31.; Öz, (İnşaat), s. 165, 166.; Uçar, s. 89.

<sup>355</sup> Ergezen, s. 101.; Eren, (İnşaat), s. 72.

<sup>356</sup> Karataş, s. 121.

<sup>357</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 31.; Uçar, s. 92.

<sup>358</sup> Uçar, s. 91.

Sözleşme ile belirlenen edimin nitelikleri, teslim ve teslim almanın şartları bakımından önem taşımamaktadır. Bu bakımdan, tamamlanan bir inşaatın ayıplı olması, onun teslim edilmesine engel olmaz<sup>359</sup>. Aşağıda incelenecek olan<sup>360</sup>, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun doğması için öncelikle, arsa sahibi tarafından dikkatli bir muayene yapılarak, inşaatın ayıplı olup olmadığı hususu tespit edilmelidir. Arsa sahibi fiilî hâkimiyetine bırakılmış olan inşaat üzerinde gerekli muayeneyi yaptıktan sonra, inşaatın sözleşmede belirtilen ve lüzumlu vasıfları tam anlamıyla taşımakta olduğuna kanaat getirirse, inşaatı kabul eder.

Teslimden sonra müteahhidin inşaatta ortaya çıkabilecek ayıplarla ilgili sorumluluğu devam ederken, arsa sahibinin inşa eserini kabul etmesiyle birlikte müteahhidin sorumluluğu ortadan kalkar. Ancak, gizli ayıp hali bu durumun istisnasını oluşturur.

Buraya kadar anlatılanlar ışığında, inşaatın arsa sahibi tarafından teslim alınmış olmasının, inşaatın kabul edildiği anlamını taşımadığı sonucuna ulaşılmaktadır<sup>361</sup>.

#### b. Müteahhidin İnşaatı Teslim Borcunu İfası

Teslim, sözleşme hükümlerine göre tamamlanmış olan binanın, arsa sahibi veya onun yetkili temsilcisinin zilyetlik ve tasarruf alanına sözleşmenin ifası amacıyla geçirilmesi ile gerçekleşir<sup>362</sup>. İnşaatın teslim edilebilmesi için öncelikle eserin tamamlanmış olduğunun arsa sahibine açık veya örtülü olarak bildirilmesi ve ardından tapuda tescil işleminin yapılması gerekir<sup>363</sup>.

<sup>359</sup> Uçar, s. 104.

<sup>360</sup> Bknz. Aşa. s. 115 vd.

<sup>361</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 32.; Uçar, s. 95.

<sup>362</sup> Aral, s. 345.; Erman, (Arsa Payı), s. 29, 30.; Güleç, s. 38.; Karahasan, (Özel Borç İlişkiler), s. 560.; Kaya, s. 54.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 312.

<sup>363</sup> Eren, (İnşaat), s. 72.; Erman, (Arsa Payı), s. 30.; Güleç, s. 39.; Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 37.; Uçar, s. 102.

İnşaat arsa sahibinin tasarrufuna bırakılmış ise, inşaatın tamamlandığı hususu zımnen bildirilmiş olur. Bununla birlikte, inşaatın tamamlanmış olduğu arsa sahibine bildirildiği halde, arsa sahibinin bağımsız bölümler üzerinde fiilî hâkimiyeti sağlanmamış veya fiilî hâkimiyeti engelleyen durumlar ortadan kaldırılmamışsa, teslim borcu ifa edilmiş sayılmaz.

İnşaat tam anlamıyla tamamlanmadan arsa sahibinin bağımsız bölümlerden birine taşınmış olması, teslimin yapılmış olduğu sonucunu doğurmaz<sup>364</sup>. Ancak anılan durumun teslim borcunun yerine getirildiğine dair bir karine teşkil ettiği kabul edilmelidir<sup>365</sup>. Bu nedenle, normal şartlarda teslimin sözleşmeye veya işin niteliğine uygun olarak yapıldığını ispat yükü müteahhide aitken, bu durumda inşaatın tamamlanmamış olması sebebiyle teslim borcunun ifa edilmediğini ispat yükü arsa sahibine ait olur. Eğer, inşaatın tamamlanmış sayılması için önemsiz ve tali işler eksik kalmışsa, Medeni Kanun madde 2' de düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gereği eserin tamamlanmış olduğunun kabul edilmesi gerekir<sup>366</sup>.

İnşaatın teslim edileceği yer kural olarak ifaya ilişkin hükümler çerçevesinde belirlenir. Teslimin konusu taşınmaz niteliğine sahip olan bir inşaat olduğu için, burada genellikle bir aranacak borcun bulunduğu kabul edilir<sup>367</sup>. Bu bakımdan, müteahhidin teslim borcunun ifa yeri, inşaatın bulunduğu yerdir<sup>368</sup>.

Teslimin yapılacağı zaman genellikle sözleşme ile belirlenir. Bu bakımdan, teslim zamanının belirlenmesi için, kural olarak, sözleşmenin ifanın ne şekilde gerçekleştirileceğine ilişkin hükümlerinin dikkate alınması gerekir. Sözleşmede teslim tarihi kararlaştırılmamışsa, arsa sahibinin inşaatı teslim almayı bekleyebileceği an, teslim zamanı olarak kabul edilebilir<sup>369</sup>.

<sup>364</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 30.; Uçar, s. 102, 103.

<sup>365</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 30.

<sup>366</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 30.

<sup>367</sup> Eren, (İnşaat), s. 73.

<sup>368</sup> Kaya, s. 55.

<sup>369</sup> Eren, (İnşaat), s. 73.

Tarafların teslim zamanı ile ilgili olarak cezai şart ve prim anlaşması yapması da mümkündür<sup>370</sup>. Bu durumda müteahhit, teslimi geciktirmesi halinde kararlaştırılan cezai şartı ödemekle yükümlü olur. Ancak, müteahhidin inşaatı erken bitirmesi halinde bu cezai şart arsa sahibi tarafından ödenir<sup>371</sup>.

Taraflar sözleşme ile teslim borcunun hangi şartlar altında ve nasıl gerçekleştirileceğini belirlemişlerse, teslim borcunun ifasının bu şekilde yapılması gerekir<sup>372</sup>. Belirlenen şart gerçekleşmeden ileri sürülen teslimin gerçekleştiği iddiası dinlenmez. Örneğin, teslimin yapılması iskân raporunun alınması şartına bağlanmış ise, iskan raporu alınmadan teslimin yapıldığı iddia edilemez<sup>373</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği inşaatın arsa sahibine teslim edilmesiyle birlikte yarar ve hasar arsa sahibine geçer<sup>374</sup>. Ayıba karşı tekeffülden doğan muayene ve ihbar süreleri ile bu nedenle açılacak davaların tabi olduğu zamanaşımı süreleri işlemeye başlar<sup>375</sup>. Bu arada, müteahhide taahhüt edilen arsa paylarının devredilmesi gerekir.

#### c. Müteahhidin İnşaatı Teslim Borcunu Yerine Getirmemesi Sebebiyle Temerrüde Düşmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, bağımsız bölümler inşa ederek, tamamlanan inşaatı arsa sahibine teslim etmek müteahhidin asli borçlarını oluşturur. Müteahhit, inşaatı tamamlamaması veya tamamladığı halde inşaatın tesliminde gecikmesi halinde temerrüde düşer<sup>376</sup>.

<sup>370</sup> Eren, (İnşaat), s. 73.

<sup>371</sup> Eren, (İnşaat), s. 73.

<sup>372</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 31.; Öz, (İnşaat), s. 130.

<sup>373</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 31.; Kaya, s. 55.; Yargıtay 15. HD. 23.12.1991 T., 1991/2768 E., 1991/6158 K. sayılı Kararı; Yargıtay 15. HD. 11.12.1995 T., 1995/6704 E., 1995/7302 K. sayılı Kararı, Yargıtay 15. HD. 20.05.1991 T., 1990/3456 E., 1991/2872 K. sayılı Kararı, (Kostakoğlu, s. 648)

<sup>374</sup> Aral, s. 346.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 57.; Karataş, s. 121.; Uçar, s. 93.

<sup>375</sup> Aral, s. 346.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 57.; Karataş, s. 121.; Uçar, s. 93.

<sup>376</sup> Arık, Kemal Fikret; Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler, Ankara 1964, s. 180.; Ayan, Mehmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Konya 2007, s. 284.; Ayan, s. 92, 93.; Aybay, s. 130.;

Tamamlanmış bir eserin tesliminde gecikme olmasının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından sık rastlanan bir durum olmadığını belirtmemiz gerekir<sup>377</sup>. Ancak, zamanında teslim yapılamaması halinde müteahhidin temerrüdü bakımından inşaatın tamamlanmış olması ile henüz tamamlanmamış olması arasında herhangi bir fark yoktur. İnşaatın tamamlanmış olması ile olmaması arasındaki fark temerrüdün doğuracağı hukuki sonuçlar bakımından ortaya çıkar<sup>378</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin arsa sahibine ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlerle birlikte ortak alanları tamamlayarak teslimi gerçekleştirmiş olmasının, kalan bağımsız bölümler bakımından temerrüde düşmesine engel olmayacağını belirtmek gerekir<sup>379</sup>. Çünkü müteahhit yalnızca arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerle birlikte ortak alanları tamamlayarak teslim etme borcu altında değildir. Müteahhit sözleşmede, bağımsız bölümleri bir bütün halinde tamamlayarak arsa sahibine teslim etme taahhüdünde bulunmaktadır. Bu bakımdan, arsa sahibinin sözleşmeden elde edeceği menfaat, ancak inşaatın tamamen tamamlanarak teslim edilmesiyle sağlanabilir. Ancak, müteahhide ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlerde, sözleşmeye uygun şekilde tamamlanan diğer bağımsız bölüm ve ortak alanların kullanımına engel teşkil etmeyecek nitelikte eksikliklerin bulunması, müteahhidin temerrüde düşmesi sonucunu doğurmayabilir<sup>380</sup>.

---

Binatlı, Yusuf Z.; Türk Borçlar Hukuku, 2. Bası, Ankara 1966, s. 240.; Havutçu, Ayşe; Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995, s. 23.; İnal, H. Tamer; Borca Aykırılık ve Sonuçları, 2. Bası, İstanbul 2009, s. 298.; Koç, Nevzat; İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları, Ankara 1992, s. 5.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1219.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 312.

<sup>377</sup> Ayan, s. 93.

<sup>378</sup> Ayan, s. 93.

<sup>379</sup> Ayan, s. 93.; Erman, (Arsa Payı), s. 3 ve s. 55.

<sup>380</sup> Bknz. Yuk. s. 10.

Borçlar Kanununun eser sözleşmesini düzenleyen hükümleri arasında müteahhidin temerrüdü özel olarak düzenlenmiş olmadığı için, müteahhidin inşaatı teslim borcu nedeniyle temerrüde düşmesi halinde, kural olarak, borçlunun temerrüdüne ilişkin olarak düzenlenen Borçlar Kanunu madde 101-105 (TBK. 117-122) hükümleri ile, özellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için getirilen Borçlar Kanunu madde 106-108 (TBK. 123-125) hükümleri uygulama alanı bulur<sup>381</sup>.

Burada, müteahhidin temerrüde düşmesinin nedenini, teslim borcu muaccel olduğu halde inşaatın teslim edilmemesi oluşturur<sup>382</sup>. Teslim süresi belli olan işlerde, müteahhidin işe zamanında başlamamış veya işin icrasını sözleşmeye aykırı olarak geciktirmiş olması halinde arsa sahibinin müteahhidi kararlaştırılan süreden önce temerrüde düşürme hakkı, teslimin gecikmesi nedeniyle müteahhidin temerrüde düşmesi konusundan bağımsızdır. Bu bakımdan, müteahhidin teslim borcu dolayısıyla temerrüde düşmesi hususunda, inşaatın yapımı sırasında, vadeden önce temerrüde düşürülmesini sağlayan Borçlar Kanunu madde 358, fıkra I (TBK. 473/ I) hükmünün doğrudan doğruya veya kıyas yoluyla uygulanma imkânı bulunmamaktadır<sup>383</sup>.

Arsa sahibi, teslim zamanı geldiği halde tamamlanmamış veya ayıplı olduğu hemen anlaşılabilen inşaatı teslim almak zorunda değildir<sup>384</sup>. Arsa sahibinin anılan nedenle inşaatı teslim almaktan kaçınması halinde, teslim borcunun ifası gerçekleşmemiş sayılır<sup>385</sup>. Bu durumda arsa sahibi müteahhidin temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurabilir. Ancak, arsa sahibi, inşaatın tamamlanmamış veya ayıplı olduğunu gördüğü halde inşaatı teslim alırsa, artık müteahhit temerrüt hükümleri bakımından değil, ayıba karşı tekeffül hükümleri kapsamında sorumlu tutulabilir<sup>386</sup>.

<sup>381</sup> Aral, s. 347.; Baygın, s. 28.; Karataş, s. 129.; Kaya, s. 55. Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 312.

<sup>382</sup> Ayan, s. 93.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1220.

<sup>383</sup> Kaya, s. 55.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 573.

<sup>384</sup> Ayan, s. 94.

<sup>385</sup> Ayan, s. 94.

<sup>386</sup> Ayan, s. 94.

Müteahhidin inşaatı teslim borcunun ifasında temerrüde düşmesi halinde ortaya çıkabilecek sonuçları incelemeye geçmeden önce, temerrüde düşmüş sayılabilmesi için gereken şartların incelenmesi yerinde olur.

#### (1) Müteahhidin temerrüdünün şartları

##### i. İnşaatı teslim borcunun muaccel olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlenirken, inşaatın teslim edileceği tarihin ifaya ilişkin hükümler arasında belirtilebileceğini yukarıda incelemiştik<sup>387</sup>. Tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları tarihin gelmesiyle teslim borcunun muaccel hale geleceği açıktır. Arsa sahibi bu tarihte inşaatın teslim edilmesini müteahhitten talep edebilir. Sözleşme ile belirlenen teslim tarihi açık bir vade veya süre olabileceği gibi, yaklaşık 15 ay içinde ya da kış gelmeden şeklinde ortalama bir biçimde belirlenmiş bir vade veya süre de olabilir<sup>388</sup>. Teslim tarihinin ortalama bir biçimde belirlenmesi halinde, somut olayın koşulları ve tarafların iradeleri de dikkate alınarak muacceliyet zamanı saptanır<sup>389</sup>.

Sözleşmede, teslim zamanı yerine, inşaatın tamamlanması için gerekli olan makul bir inşaat süresi kararlaştırılabilir. Bu durumda teslim borcu, Borçlar Kanunu madde 74 (TBK. 90) gereği inşaatın tamamlanması ile hemen muaccel hale gelir<sup>390</sup>. Belirlenen inşaat süresinin sonunda inşaat tamamlanamazsa, arsa sahibinin teslim borcunun ifasını bekleyebileceği süre geciktirilmiş olacağı için, müteahhidin temerrüt bakımından sorumluluğu doğar. Temerrüt, inşaatı teslim borcunun yerine getirilebilme olanağı bulunduğu sürece söz konusu olur<sup>391</sup>.

<sup>387</sup> Bknz. Yuk. s. 73.

<sup>388</sup> Ayan, s. 94.; Karataş, s. 131.

<sup>389</sup> Ayan, s. 94, 95.

<sup>390</sup> Ayan, s. 96, 97.; Erman, (Arsa Payı), s. 55.; Havutçu, (Müspet Zarar), s. 24.

<sup>391</sup> Karahasan, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II., (Genel C. II), İstanbul 2003, s. 887.; Tunçomağ, Kenan; Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, C. I, (Genel C. I), İstanbul 1965, s. 506.

Sözleşmede inşaat süresinin müteahhidin belli bir işi yapmasının ardından başlayacağına dair bir karar verilmişse, müteahhidin inşaatı teslim borcunun ne zaman muaccel hale geleceği hususu, kararlaştırılan işin gerçekleştirilmesi tarihine göre belirlenir<sup>392</sup>. Örneğin, müteahhidin temel üstü iznini almasının ardından 36 ay geçmesiyle inşaatı teslim borcunun muaccel hale geleceği kararlaştırılmışsa ve müteahhit temel üstü iznini sözleşmenin düzenlenmesinden 4 ay sonra almışsa, inşaatın tesliminin sözleşmenin kurulduğu tarihten 40 ay sonra yapılması gerekir<sup>393</sup>. Burada müteahhidin kararlaştırılan işi yapması için bir zaman belirlenmemiş olması, işi istediği zaman yapma keyfiyetine sahip olduğu anlamına gelmemelidir. Müteahhidin inşaat süresinin başlaması için yapması gereken işi kötü niyetle geciktirip geciktirmediği somut olayın koşullarına göre belirlenmelidir<sup>394</sup>. Sözleşme kurulduktan sonra 20 ay boyunca temel üstü iznini almayan müteahhidin, izni aldıktan sonra teslim borcunun 56'ıncı ayda muaccel olacağını iddia etmesi hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edebilir. Böyle bir durumda, somut olayın koşulları ve temel üstü izninin alınabileceği makul süre göz önüne alınarak, müteahhidin hakkını kötüye kullanıp kullanmadığı tespit edilmelidir.<sup>395</sup>

Sözleşmede kararlaştırılan tarih ya da işin niteliğine göre teslim için beklenebilecek objektif sürenin geçmesine rağmen, müteahhit inşaatı tamamlayamamışsa, temerrüt gerçekleşir<sup>396</sup>.

Taraflar sözleşmede teslim gününü kararlaştırmış, fakat arsa sahibinin verdiği bazı talimatlar iş artışına sebep olmuş veya müteahhit plan ve projede her iki tarafın yararına değişiklikler yaparak inşaatın daha kapsamlı hale gelmesini sağlamışsa, inşa işinde meydana gelen artış göz önüne alınarak temerrüt tarihinin buna göre hesaplanması gerekir<sup>397</sup>.

---

<sup>392</sup> Ayan, s. 98, 99.

<sup>393</sup> Ayan, s. 99.

<sup>394</sup> Ayan, s. 99.

<sup>395</sup> Ayan, s. 99.

<sup>396</sup> Karataş, s. 130.

<sup>397</sup> Karataş, s. 133.

Sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça, müteahhit ve arsa sahibi, tek taraflı olarak teslimin yapılacağı süreyi değiştiremezler. Ancak taraflar yeniden anlaşarak teslim süresinin uzatılmasına karar verebilirler<sup>398</sup>.

## ii. Borcun ifasının mümkün olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhit bakımından temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesi için, teslim borcunun ifasının mümkün olması şartı aranır<sup>399</sup>. Müteahhidin inşaatın teslimini yapabilmesi için, sözleşme konusu inşaatın tamamlanmasında objektif imkânsızlık halinin bulunmaması gerekir<sup>400</sup>. Bununla birlikte, müteahhit temerrüde düştükten sonra ortaya çıkan imkânsızlık, temerrüdü ortadan kaldırmaz<sup>401</sup>.

Müteahhidin teslim borcu sebebiyle temerrüde düşürülememesi sonucunu doğuran imkânsızlık, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan sürekli ve objektif imkânsızlık halidir<sup>402</sup> ve maddi veya hukuki imkânsızlık şeklinde ortaya çıkabilir<sup>403</sup>. Anılan imkânsızlık halleri, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona erme nedenleri başlığı altında ayrıntılı bir şekilde incelenecektir<sup>404</sup>.

<sup>398</sup> Ayan, s. 99.

<sup>399</sup> Ayan, M., s. 285.; Buz, s. 101.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 62.; Eren, (Genel), s. 1048.; Ergezen, s. 100.; Havutçu, (Müspet Zarar), s. 24.; İnal, s. 298.; Karahasan, (Genel C. II), s. 890 vd.; Öz, (İnşaat), s. 127.; Reisoğlu, (Genel), s. 329.; Şenyüz, Doğan; Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Bursa 2006, s. 115.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1221.

<sup>400</sup> Ayan, M., s. 285.; Ayan, s. 155.; Erman, (Arsa Payı), s. 58.; Havutçu, (Müspet Zarar), s. 24.; İnal, s. 298.; Karataş, s. 134.; Saymen, Ferit H./ Elbir, Halid K.; Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler C. II, İstanbul 1958, s. 736.; Şenyüz, s. 115.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1221.

<sup>401</sup> Ayan, M., s. 285.; Reisoğlu, (Genel), s. 331.

<sup>402</sup> Ayan, s. 58.

<sup>403</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 58.

<sup>404</sup> Bknz. Aşa. s. 203 vd.

iii. Teslim borcunun zamanında ifa edilmemiş olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ifa, müteahhidin inşaatı, arsa sahibinin inşaatı yararlanması için her bakımdan hazır ve eksiksiz olarak tamamladıktan sonra, inşaatın tamamlandığını arsa sahibine bildirmesi suretiyle gerçekleşir. Ancak, müteahhidin bildirimde bulunması teslim için zorunlu bir unsur olarak aranmamaktadır<sup>405</sup>. Müteahhidin bildirimde bulunmamış olmasına rağmen arsa sahibi inşaatın bitmiş olduğunu tespit edebiliyorsa, inşaatın tesliminin yapıldığı kabul edilir.

Müteahhidin temerrüde düşmesinin temel şartı, teslim borcunu ifa etmemesidir<sup>406</sup>. Temerrüt, teslim borcunun muaccel olmasına rağmen ifa edilmemesi sonucu ortaya çıkar<sup>407</sup>. Borcun ifa edilmemesi, inşaat tamamlanmadığı için teslimin gerçekleştirilememiş olması anlamındadır.

Inşaat tamamlanmış olmasına rağmen arsa sahibi inşaatı teslim almaktan kaçınıyorsa, alacaklının temerrüdüne ilişkin sorumluluğu söz konusu olabilir<sup>408</sup>. Ancak, arsa sahibinin teslim almaktan kaçınma sebebi inşaat üzerinde var olan bir ayıptan kaynaklanıyorsa, arsa sahibi hakkında alacaklının temerrüdü hükümleri uygulanmaz. Çünkü kural olarak arsa sahibinin eksik veya ayıplı inşaatın ifasını kabul etme zorunluluğu yoktur<sup>409</sup>. Arsa sahibinin temerrüde düşmesi için, zamanında tamamlanan ve sözleşmede belirlenen vasıflarla birlikte lüzumlu vasıfları da taşımakta olan inşaatı teslim almaktan kaçınması gerekir<sup>410</sup>. Bu durumda arsa sahibi, inşaatı teslim almaktan haksız olarak kaçındığı için, müteahhidin temerrüdüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaz.

<sup>405</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 65.

<sup>406</sup> Ergezen, s. 100.; Erman, (Arsa Payı), s. 65.; Öz, (İnşaat), s. 128.

<sup>407</sup> Ayan, s. 154.

<sup>408</sup> Öz, (İnşaat), s. 129.

<sup>409</sup> Ayan, s. 154.

<sup>410</sup> Öz, (İnşaat), s. 129.

Teslimin yapılabilmesi için, inşaat tamamlandıktan sonra, inşaa işinin yapımı aşamasında kullanılan baraka, şantiye, tuğla, kum gibi malzeme, araç-gereç ve atıkların tamamen kaldırılması gerekir<sup>411</sup>. Aksi halde ifa gerçekleşmiş sayılmaz<sup>412</sup>. Sadece anılan işlerin geciktirilmesi halinde dahi müteahhit aleyhine temerrüt hükümlerinin uygulanması mümkündür. Ancak, kalan malzeme, araç-gereç ve atıklar arsa sahibinin inşaatı kullanmasına engel olmayacak nitelikte ise, müteahhidin teslim borcunu ifa etmemesinden değil, ayıplı ifa etmesinden söz edilebilir<sup>413</sup>. Kaldırılmayan malzeme, araç-gereç ve atıkların arsa sahibinin inşaatı yararlanmasına engel olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre tespit edilmelidir.

Taraflar sözleşme ile teslim borcunun hangi şartlar altında ve nasıl gerçekleştirileceğini kararlaştırmışlarsa, arsa sahibinin söz konusu şart gerçekleşene karar inşaatı teslim almaktan kaçınma hakkı bulunur<sup>414</sup>. Müteahhit aranan şart gerçekleşmedikçe teslim borcunu ifa edemeyeceği için borçlunun temerrüdü hükümlerine göre sorumlu tutulabilir<sup>415</sup>.

Bu noktada, arsa sahibinin her durumda belirlenen şartın gerçekleşmemesi sebebiyle müteahhidin temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurma hakkı bulunmadığını belirtmek gerekir. Eğer, arsa sahibi belirlenen şart henüz gerçekleşmeden ve bununla ilgili herhangi bir ihtirazî kayıt koymadan, kendisine ait bağımsız bölümleri kullanmaya başlamışsa, inşaatı teslim aldığı ve artık müteahhidi temerrüde düşüremeyeceği kabul edilmelidir<sup>416</sup>.

<sup>411</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 67.; Öz, (İnşaat), s. 130.

<sup>412</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 67.; Öz, (İnşaat), s. 130.

<sup>413</sup> Öz, (İnşaat), s. 130.

<sup>414</sup> Öz, (İnşaat), s. 130.

<sup>415</sup> Öz, (İnşaat), s. 130.

<sup>416</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 66.

İnşaat ayıplı olarak tamamlandığı için belirlenen şart gerçekleştirilemiyorsa, örneğin kullanma izni alınmamışsa, müteahhit, arsa sahibine karşı ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu olur<sup>417</sup>. Bunun gibi, inşaatın tamamlanmış olması ile birlikte artık belirlenen şartın gerçekleşmemesi için hiçbir sebep kalmıyorsa, ancak müteahhit şartın gerçekleşmesi için herhangi bir girişimde bulunmuyorsa, bu durumun başlı başına bir hukuki ayıp teşkil edeceğinden bahisle müteahhit aleyhine ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulur<sup>418</sup>. Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu aşağıda detaylı bir şekilde incelenecektir<sup>419</sup>.

Tamamlanmış bir inşaatın tesliminin gecikmesi istisnai bir durumdur<sup>420</sup>. Ancak böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde arsa sahibi, müteahhidin temerrüdü sebebiyle kullanabileceği seçimlik haklardan yalnızca aynen ifa ve gecikme tazminatını talep edebilir<sup>421</sup>.

Taraflar, inşaatı teslim borcunun ifa edilip edilmediği hususunda uyuşmazlığa düşerse, borcun ifa edildiğini ispat yükü müteahhide düşer<sup>422</sup>.

#### iv. Müteahhidin temerrüde düşmesine engel olacak herhangi bir sebep bulunmaması

Müteahhidin teslim borcunu ifada temerrüde düştüğünün kabul edilebilmesi için, temerrüde düşmesini engelleyen haklı bir sebebin bulunmaması gerekir. Arsa sahibinin yapmış olduğu ifa talebine karşılık, müteahhidin ileri sürebileceği haklı bir defi mevcutsa, buna dayanarak ifadan kaçınması halinde temerrüdü söz konusu olmaz<sup>423</sup>.

<sup>417</sup> Öz, (İnşaat), s. 132.

<sup>418</sup> Öz, (İnşaat), s. 132.

<sup>419</sup> Bknz. Aşa. s. 114 vd.

<sup>420</sup> Ayan, s. 165.

<sup>421</sup> Ayan, s. 155.

<sup>422</sup> Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1223.

<sup>423</sup> Aybay, s. 131.; Andreas von Tuhr; Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cevat Edge, C. II, İstanbul 1953, s. 650.; Aral, s. 347.; Ergezen, s. 101.; Havutçu, (Müşpet Zarar), s. 32.; Oğuzman/ Öz, s. 296.; Öz, (İnşaat), s. 132.; Reisoğlu, (Genel), s. 329.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1221.

Müteahhit teslim borcunu, arsa sahibinin inşaatı teslim almaktan haksız olarak kaçınması sebebiyle ifa edemiyorsa, temerrüde düşmüş sayılmaz<sup>424</sup>. Aksine, inşaatı teslim almaktan haksız olarak kaçınan arsa sahibi aleyhine temerrüde ilişkin hükümler uygulanabilir<sup>425</sup>. Arsa sahibi yüzünden teslim borcunun ifasının geciktiğini ispat yükü müteahhide aittir. Müteahhit, ancak, gecikmenin arsa sahibinden kaynaklandığını ispat etmekle temerrüde düşmekten kurtulabilir<sup>426</sup>.

#### v. Arsa sahibinin ihtarda bulunması

Borçlar Kanunu madde 101, fıkra I (TBK. 117/ I), “*Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur*” hükmünü içermektedir. Buna göre müteahhit, teslim borcunun muaccel olmasıyla hemen temerrüde düşmez. Anılan hüküm kapsamında teslim borcunun ifa edilmemesi sebebiyle müteahhit aleyhine temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesi için, arsa sahibinin müteahhide ihtarda bulunması gerekir<sup>427</sup>. Temerrüt, arsa sahibinin teslim borcunun ifasını talep etmesi ve edimi kabul etmeye hazır olduğunu müteahhide bildirmesi ile gerçekleşir<sup>428</sup>.

<sup>424</sup> Aral, s. 347.; Ergezen, s. 101, 102.; Karahasan, (Genel C. II), s. 900.; Öz, (İnşaat), s. 132.

<sup>425</sup> Akkanat, Halil; Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçlar, (Alacaklı Temerrüdü), İstanbul 1996, s.66, 67.; (Eren, (İnşaat), s. 72.; Ergezen, s. 102.; Öz, (İnşaat), s. 132.

<sup>426</sup> Öz, (İnşaat), s. 132.

<sup>427</sup> Albaş, Hakan; Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği, Ankara 2004, s. 126.; Ayan, s. 160.; İnan, Ali Naim; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, İkinci Kitap, Ankara 1973, s. 606.; Kılıçoğlu, (Genel), s. 506.; Nomer, Haluk N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2008, s. 150.; Oğuzman/ Öz, s. 297.; Özdemir, Atalay; Özel Hukukta Paranın Değer Kaybının Giderimi, Ankara 2004, s. 12.

<sup>428</sup> Aybay, s. 131.; Binatlı, s. 252.; Dayımlarlı, (Temerrüt), s. 63.; Ergezen, s. 102.; Karahasan, (Genel C. II), s. 893.; Reisoğlu, (Genel), s. 329.; Saymen/ Elbir, s. 737.

İhtar, alacaklı veya yetkili temsilcisi tarafından, ifanın geciktiğinin saptanarak yerine getirilmesinin talep edildiği, borçluya yöneltilen, tek taraflı, varması gereken bir çağrıdır, hukuki işlem benzeri bir işlemdir<sup>429</sup>. Hukuki işlem benzeri bir işlem olduğu için, ihtarda bulunan kişinin tam ehliyetli olması gerekmez; temyiz kudretine sahip olması yeterlidir<sup>430</sup>.

İhtarın geçerliliği, kural olarak, herhangi bir şekle tabi değildir<sup>431</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli olabilmesi için resmî şekilde kurulmuş olması şartının aranıyor olması, sözleşme dolayısıyla yapılacak ihtarın da resmî şekilde yapılacağı sonucunu doğurmaz<sup>432</sup>. Çünkü ihtar, borç doğuran işlemten bağımsızdır<sup>433</sup>. Ancak ihtarın, ispat kolaylığı bakımından taahhütlü mektupla veya noter aracılığıyla yapılması yerinde olur<sup>434</sup>. Taraflar sözleşmede ihtarın tabi olacağı özel bir şekil belirlemişlerse, ihtar belirlenen şekilde yapılmalıdır. Aksi halde müteahhit temerrüde düşmüş sayılmaz<sup>435</sup>. Bununla birlikte ihtarın sözleşmede belirlenen şekilden daha güçlü başka bir şekilde yapılmış olması halinde, temerrüdün gerçekleşeceğini kabul etmek gerekir<sup>436</sup>.

<sup>429</sup> Ayan, M., s. 285.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 63.; Eren, (Genel), s. 1049.; Havutçu, s. 27.; İnal, s. 298.; Karahasan, (Özel Borç İlişkiler), s. 494.; Karahasan, (Genel C. II), s. 893.; Kılıçoğlu, (Genel), s. 506.; Oğuzman/ Öz, s. 297-299.; Öz, (İnşaat), s. 133.; Reisoğlu, (Genel), s. 329.; Saymen/ Elbir, s. 737.; Şenyüz, s. 114.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1223.; Tuhr, s.651.; Tunçomağ, (Genel C. I), s.508.

<sup>430</sup> Oğuzman/ Öz, s. 299.; Reisoğlu, (Genel), s. 329.; Tunçomağ, (Genel C. I), s.508, 509.

<sup>431</sup> Arık, s. 180, 181.; Ayan, M., s. 285.; Aybay, s. 131.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 63.; Eren, (Genel), s. 1049.; Havutçu, (Müspet Zarar), s. 27.; İnan, s. 606.; Karahasan, (Özel Borç İlişkiler), s. 494.; Karahasan, (Genel C. II), s. 893.; Kılıçoğlu, (Genel), s. 506.; Nomer, s. 150.; Oğuzman/ Öz, s. 297-299.; Öz, (İnşaat), s. 133.; Reisoğlu, (Genel), s. 329.; Saymen/ Elbir, s. 737.; Şenyüz, s. 114.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1225.

<sup>432</sup> Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1225.

<sup>433</sup> Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1225.

<sup>434</sup> Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 68.; Karahasan, (Genel C. II), s. 893.; Öz, (İnşaat), s. 133.

<sup>435</sup> Öz, (İnşaat), s. 133.

<sup>436</sup> Öz, (İnşaat), s. 133.

İhtarın amacı, temerrüt hükümlerinin uygulanması halinde doğacak ağır hukuki sonuçların engellenebilmesi için müteahhidin son bir kez uyarılmasıdır<sup>437</sup>. İhtarın, dürüstlük kuralı gereği, uygun bir yer ve zamanda yapılması gerekir<sup>438</sup>. Ancak, uygun olmayan yer ve zamanda yapılan ihtarın hemen hükümsüz sayılmayacağı da belirtilmelidir. Bu şekilde yapılan ihtar, dürüstlük kuralına göre yapılabileceği ilk andan itibaren hüküm ifade eder<sup>439</sup>.

Arsa sahibi tarafından yapılacak bu uyarının ihtar olarak kabul edilebilmesi için, uyarıda mutlaka “ihtar” sözcüğünün kullanılmasına gerek yoktur<sup>440</sup>. İhtar, müteahhit veya yetkili temsilcisinin hukuki hâkimiyet alanına ulaşmakla sonuç doğurur<sup>441</sup>.

Borçlar Kanunu madde 101, fıkra II (TBK. 117/ II) hükmüne göre, borcun ifası için belirli bir vade kararlaştırılmış ya da sözleşme ile taraflardan birine muacceliyet ihbarında bulunma yetkisi verilmişse, müteahhidin temerrüde düşmesi için artık ihtara gerek yoktur<sup>442</sup>. Belirli vade, sözleşmenin içeriğinden müteahhidin teslim borcunu ne zaman ifa etmek zorunda olduğunun anlaşılabileceği durumlarda söz konusudur<sup>443</sup>. Bu durumda müteahhit, arsa sahibinin herhangi bir talebi olmadan ifayı gerçekleştirmekle yükümlüdür. Aksi halde kendiliğinden mütemerrit olur<sup>444</sup>.

<sup>437</sup> Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 63.; Ergezen, s. 102.

<sup>438</sup> Havutçu, (Müşpet Zarar), s. 27.; Oğuzman/ Öz, s. 299.; Saymen/ Elbir, s. 737.; Tunçomağ, (Genel C. I), s. 509, 510.

<sup>439</sup> Oğuzman/ Öz, s. 299.

<sup>440</sup> Eren, (Genel), s. 1049, 1050.

<sup>441</sup> Ayan, s. 161.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 66.; Ergezen, s. 103.; Öz, (İnşaat), s. 133.

<sup>442</sup> Ayan, s. 162.; Aybay, s. 132.; Eren, (Genel), s. 1051, 1052.; Havutçu, (Müşpet Zarar), s. 30.; İnal, s. 298.; İnan, s. 607.; Karahasan, (Genel C. II), s. 895 vd.; Nomer, s. 150.; Oğuzman/ Öz, s. 299.; Öz, (İnşaat), s. 133, 134.; Reisoğlu, (Genel), s. 329.; Saymen/ Elbir, s. 738.; Şenyüz, s. 114.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1227-1229.; Tunçomağ, (Genel C. I), s. 510.

<sup>443</sup> Ayan, s. 162, 163.

<sup>444</sup> Eren, (Genel), s. 1049.

Bunun gibi, Borçlar Kanunu madde 107 (TBK. 124) hükmünün kıyasen uygulanmasıyla, arsa sahibi, müteahhidin borcunu ifa etmeyeceğinin ciddi ve kesin bir şekilde anlıyor ya da müteahhit bunu açıkça ortaya koyuyor ise, ihtarla gerek olmayacağının kabul edilmesi gerekir<sup>445</sup>. Ayrıca, dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde de, arsa sahibi ihtarla bulunmadan, müteahhit hakkında temerrüt hükümlerinin uygulanması mümkündür<sup>446</sup>. İnşaat alanını kesin olarak terk edip gitmiş olan müteahhide karşı arsa sahibi ihtarla bulunmadan temerrütten doğan haklarını kullanabilmedir<sup>447</sup>.

## (2) Müteahhidin temerrüdünün sonuçları

Müteahhidin temerrüdü halinde, tarafların edim yükümlülükleri kendiliğinden ortadan kalkmaz. Temerrüde rağmen karşılıklı borçlar devam eder<sup>448</sup>. Bu durumda arsa sahibinin, inşaatın tamamlanarak teslim edilmesini ve inşaatın zamanında teslim edilmemesinden doğan zararının tazmin edilmesini isteme hakkı ile birlikte, Borçlar Kanununun 106-108 (TBK. 123-125) maddeleri arasında düzenlenen bazı ek seçimlik haklara da sahip olması mümkündür<sup>449</sup>.

Arsa sahibi aynen ifa ve gecikme zararının tazminini talep etmek yerine, anılan seçimlik haklarını kullanmak suretiyle, aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirerek sözleşmenin yerine getirilmemesinden doğan müspet zararının tazmin edilmesini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazmin edilmesini isteyebilir<sup>450</sup>.

<sup>445</sup> Ayan, M., s. 286.; Ayan, s. 167.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 71.; Eren, (Genel), s. 1053.; İnan, s. 608.; Karahasan, (Genel C. II), s. 898.; Nomer, s. 150.; Oğuzman/ Öz, s. 300, 301.

<sup>446</sup> Öz, (İnşaat), s. 134.; İnan, s. 608.; Karahasan, (Genel C. II), s. 898.; Nomer, s. 150.; Oğuzman/ Öz, s. 301.; Şenyüz, s. 114.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1230.; Tunçomağ, (Genel C. I), s. 511.

<sup>447</sup> Öz, (İnşaat), s. 134.

<sup>448</sup> Eren, (Genel), s. 1055.; İnal, s. 298, 299.

<sup>449</sup> Ayan, s. 171.; Aybay, s. 134, 135.; Buz, s. 106.; Duman, (Kat Karşılığı), s. 85-87.; Nomer, s. 161.

<sup>450</sup> Ayan, s. 171.; Erman, (Arsa Payı), s. 78.; Nomer, s. 161.; Öz, (İnşaat), s. 134.

Borçlar Kanunu madde 106, fıkra I (TBK. 123) gereği, arsa sahibinin kendisine tanınan seçimlik hakları kullanabilmesi için müteahhide uygun bir süre vermesi gerekir. Arsa sahibi ek süreyi kendisi tayin edebileceği gibi, süre tayini için hâkime de başvurabilir<sup>451</sup>.

Ek süre tayini, arsa sahibi tarafından müteahhide inşaatı tamamlayarak teslim etme borcunu o ana kadar doğmuş gecikme tazminatı ile birlikte belirli bir tarihe kadar ifa etmesi için verilen, varması gerekli, özel bir şekil şartına tabi olmayan, hukuki işlem benzeri bir irade açıklamasıdır<sup>452</sup>. Ek sürenin, müteahhidin temerrüde düşmesinin sağlanması için yapılan ihtarla birlikte tayin edilmesi mümkündür<sup>453</sup>.

Borcun ifası için müteahhide tanınan ek süre, borcun ifasının ertelenmesi niteliğinde değildir<sup>454</sup>. Bu sürenin devamı boyunca müteahhit mütemerrittir, geçmiş günler faizi işlemeye devam eder ve müteahhit kazadan sorumludur<sup>455</sup>.

Arsa sahibi tarafından müteahhide verilen ek sürenin, inşaatın tamamlanarak teslim edilmesi için uygun bir süre olması gerekir. Verilen sürenin uygun olup olmadığı her somut olayın özelliğine göre, dürüstlük kuralı, yapımına devam edilecek inşaa işinin niteliği, arsa sahibinin derhal ifaya ilişkin menfaati göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir<sup>456</sup>.

<sup>451</sup> Arık, s. 182, 183.; Binatlı, s. 257.; Buz, s. 107.; Nomer, s. 161.; Saymen/ Elbir, s. 751.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1267.

<sup>452</sup> Buz, s. 107.; Eren, (Genel), s. 1066.; Havutçu, (Müspet Zarar), s. 47.; Nomer, s. 162.; Reisoğlu, (Genel), s. 343.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1264.; Tuhr, s. 666.

<sup>453</sup> Buz, s. 107.; Havutçu, (Müspet Zarar), s. 63.; Reisoğlu, (Genel), s. 342.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1267.

<sup>454</sup> Reisoğlu, (Genel), s. 343.

<sup>455</sup> Reisoğlu, (Genel), s. 343.

<sup>456</sup> Buz, s. 107.; Eren, (Genel), s. 1067.; Havutçu, (Müspet Zarar), s. 46.; Öz, (İnşaat), s. 141.; Tandoğan, Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku, (Mesuliyet) Ankara 1961, s. 495.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1264.

Borçlar Kanunu madde 106 (TBK. 123 ve 125) hükmü emredici nitelikte değildir. Bu bakımdan taraflar sözleşme ile, verilecek ek süreyi belirleyebilirler ya da ek süre verilmeksizin sözleşmeden dönülebileceğini kararlaştırabilirler<sup>457</sup>.

Borçlar Kanunu madde 107 (TBK. 124), ek süre verilmesine gerek olmayan halleri düzenlemektedir. Buna göre, müteahhidin hareket ve davranışlarından ek süre vermenin faydalı olmayacağı anlaşılıyorsa yahut müteahhidin temerrüdünden sonra arsa sahibinin edimden elde edebileceği bir fayda kalmamışsa ya da sözleşme hükümlerinden edimin ancak belli bir günde veya belli bir güne kadar ifa edilmesinin gerekli olduğu anlaşılıyorsa, ek süre verilmesine gerek yoktur.

i. Arsa sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatını talep etmesi

Müteahhidin temerrüdü tarafların karşılıklı borçlarını sona erdirmez. Bu sebeple, arsa sahibi, temerrüde rağmen müteahhitten her zaman aynen ifa ve gecikme tazminatını talep edebilir. Gecikme tazminatı, temerrüt ile aynen ifa tarihleri arasındaki dönemde ortaya çıkan fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr meblağını kapsar<sup>458</sup>.

Arsa sahibi aynen ifa ile gecikme tazminatını talep etme hakkını kullanmakla, ek süre tayininden önce sahip olduğu haklara aynen sahip olur. Aynen ifanın sağlanabilmesi için arsa sahibi tarafından ifa davası açılabilir, cebri icra yoluna başvurulabilir<sup>459</sup>.

<sup>457</sup> Reisoğlu, (Genel), s. 343.

<sup>458</sup> Aral, s. 348.; Karahasan, (Genel C. II), s. 989.; Kılıçoğlu, (Genel), s. 517.; Reisoğlu, (Genel), s. 323, 333. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1239.

<sup>459</sup> Eren, (Genel), s. 1071.

Arsa sahibinin müteahhidin temerrüdü halinde aynen ifa ile gecikme tazminatını talep etmesi, kanuni karine teşkil eder<sup>460</sup>. Yani, arsa sahibinin diğer seçimlik hakları talep etmemesi halinde, bu hakkı kullanacağı kabul edilir. Arsa sahibi, aynen ifa ile gecikme tazminatını talep etmek niyetinde değilse, vazgeçme iradesini, vazgeçme beyanı ile müteahhide derhal bildirmelidir<sup>461</sup>. Bu beyanla müteahhit, asli edim borcundan kurtulmuş olur<sup>462</sup>.

Arsa sahibinin aynen ifa talebinin müteahhit tarafından gerçekleştirilmesi her durumda mümkün değildir. Aynen ifanın zorla sağlanması genellikle verme borçları açısından mümkün olan bir durumdur<sup>463</sup>. Konumuz olan sözleşmede müteahhidin üstlendiği borç bir yapma borcu olduğu için, işi tamamlamamış müteahhide inşaatı zorla yaptırmak söz konusu olamaz<sup>464</sup>. Burada arsa sahibinin, Borçlar Kanunu madde 97, fıkra I (TBK. 113/ I) çerçevesinde, masrafları müteahhide ait olmak üzere işin yapılması için kendisine yetki verilmesini mahkemeden talep edebileceğinin kabul edilmesi gerekir. Ancak, müteahhit tarafından tamamlanan inşaat arsa sahibine teslim edilmiyorsa, aynen ifa istenmelidir.

Borçlar Kanunu madde 97, fıkra I (TBK. 113/ I) hükmü, borçlunun bir şey yapma borcu altında olduğu durumlarda, alacaklının yalnızca tazminata ilişkin alacağını saklı tutarak, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin yerine getirilmesi için kendisinin yetkili kılınmasını talep edebileceğini düzenlemektedir. Arsa sahibi bu şekilde aynen ifayı elde etme fırsatına sahip olmaktadır. Ancak, arsa sahibi aynen ifayı müteahhit eliyle sağlamamakta, müteahhit yalnızca inşaatın tamamlanması için yapılan işin masrafını üstlenmektedir. Bu bakımdan anılan hükmün aynen ifayı sağlayan bir hüküm değil, bir tür tazminat hükmü olduğunun kabul edilmesi gerekir<sup>465</sup>. Hüküm, tazminat hükmü kapsamında değerlendirildiği için, arsa sahibi, inşaatın

<sup>460</sup> Duman, (Kat Karşılığı), s. 86.; Eren, (Genel), s. 1071.; Havutçu, (Müşpet Zarar), s. 60.

<sup>461</sup> Eren, (Genel); s. 1071.; Saymen/ Elbir, s. 754.

<sup>462</sup> Eren, (Genel); s. 1071.

<sup>463</sup> Öz, (İnşaat), s. 135.

<sup>464</sup> Öz, (İnşaat), s. 135.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1234, 1235.

<sup>465</sup> Öz, (İnşaat), s. 135.

kalanını müteahhit nam ve hesabına yaptırmış olsa da, karşı edim olan arsa paylarının devri borcu, kendi yetkisinde yapılan inşaatın değeri oranında ortadan kalkar<sup>466</sup>. Hükmün uygulanabilmesi için müteahhidin temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekmez<sup>467</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde gecikilen günler için cezai şart ödeneceği kararlaştırılmışsa, arsa sahibi, aynen ifa ve gecikme tazminatı ile birlikte zararını ispat etme yükü altında olmaksızın cezai şartın ödenmesini müteahhitten talep edebilir<sup>468</sup>. Arsa sahibinin zararı, cezai şartı aşan bir orandaysa, arsa sahibi, zararını ve müteahhidin gecikmede kusurlu olduğunu ispatlayarak bunun da tazminini isteyebilir<sup>469</sup>. Müteahhit cezai şart ödemekten, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, gecikmenin kendisinden kaynaklanmadığını ispatlamak kaydıyla kurtulabilir<sup>470</sup>.

Karşılıklı borçlar ortadan kalkmamış olduğu için, müteahhidin inşaatı teslim etme borcunu aynen ifa etmesiyle, arsa sahibinin belirlenen arsa paylarını müteahhide devretmesi gerekir. Arsa sahibinin, gecikme tazminatı kendisine ödenene kadar edimini ifadan kaçınma hakkı saklıdır<sup>471</sup>.

ii. Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini talep etmesi

Müteahhidin temerrüdü halinde arsa sahibinin verdiği ek sürenin dolmasıyla kullanabileceği seçimlik haklardan biri, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini talep etme hakkıdır. Bu durumda, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi devam etmekle birlikte, sözleşmenin konusu olan asli edim değişmektedir<sup>472</sup>.

<sup>466</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 77.

<sup>467</sup> Öz, (İnşaat), s. 135.

<sup>468</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 79.

<sup>469</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 88.

<sup>470</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 80.

<sup>471</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 89.

<sup>472</sup> Aybay, s.135.; Buz, s. 109.; Eren, (Genel), s. 1072.; Erman, (Arsa Payı), s. 92.; Kılıçoğlu, (Genel), s. 548.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin asli edim yükünü oluşturan inşaatı bir bütün halinde tamamlayarak arsa sahibine teslim etme borcunun yerini, tazminat ödeme borcu alır. Tazminat ödeme borcu, niteliği itibariyle ikincil (tali) bir edim yükümlülüğünü oluşturur.

Arsa sahibinin, inşaatın tamamlanmaması sebebiyle ya da tamamlanmış olmasına rağmen teslim borcunun ifa edilmemesi sebebiyle doğan zararına, müspet zarar denir<sup>473</sup>. Müspet zarar, arsa sahibinin sözleşmenin geçerliliği ile tam ve sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilecek ifaya olan menfaatini yansıtır<sup>474</sup>. Anılan menfaat, müteahhit teslim borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı, arsa sahibinin bulunacağı ekonomik durumu ifade eder<sup>475</sup>. Müspet zarar, bu ekonomik durumla, ifa yapılmaması sebebiyle içinde bulunulan ekonomik durum arasındaki farkı ortaya koyar. Borçlar Kanunu madde 106, fıkra II' e (TBK. 125/ II) göre müspet zarar, arsa sahibinin ifadan vazgeçtiği anda borçlanılan edimin sahip olduğu değer ile gecikmeden doğan zarar olmak üzere iki unsurdan oluşur<sup>476</sup>. Gecikme zararı, arsa sahibinin ifa beklentisi içinde yaptığı harcamaları, seçim hakkını kullanmak üzere yaptığı masrafları, dava giderlerini, temerrüt nedeniyle üçüncü kişilere ödediği tazminat bedelini, cezai şart ve yoksun kalınan kâr ile ifa edilmeyen edimin değeri kalemlerini kapsar<sup>477</sup>.

Müspet zararın tazmini, teslim borcu yerine getirilmiş olsaydı arsa sahibinin içinde bulunacağı ekonomik durumun, borcun yerine getirilmediği hallerde de elde edilmesini amaçlar<sup>478</sup>. Aynen ifanın reddedilmesi için müteahhidin kusurlu olması gerekmez<sup>479</sup>.

<sup>473</sup> Duman, (Kat Karşılığı), s. 315.; Eren, (Genel), s. 1073.; Ergüne, Mehmet Serkan; Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 55.; Havutçu, (Müspet Zarar), s. 68.; Karahasan, (Özel Borç İlişkileri), s. 533. ; Karahasan, (Genel C. II), s. 1125 vd.; Nomer, s. 164.; Reisoğlu, (Genel), s. 346. Şenyüz, s. 118.

<sup>474</sup> Buz, s. 239.; Duman, (Kat Karşılığı), s. 86.; Eren, (Genel), s. 1073.; Havutçu, (Müspet Zarar), s. 68.

<sup>475</sup> Eren, (Genel), s. 1073.

<sup>476</sup> Eren, (Genel), s. 1073.; Havutçu, (Müspet Zarar), s. 73 vd.; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.,s. 409; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 962.

<sup>477</sup> Eren, (Genel), s. 1073.

<sup>478</sup> Eren, (Genel), s. 1073.

<sup>479</sup> Kılıçoğlu, (Genel), s. 549.

Temerrüt nedeniyle ortaya çıkan müspet zararın tazminine, hukuki nitelik bakımından aynı olan ve Borçlar Kanunu madde 96'da (TBK. 112) düzenlenen kusurlu imkânsızlıktan doğan müspet zarara ilişkin hükümler uygulanır<sup>480</sup>. Borçlar Kanunu madde 106, fıkra II (TBK. 125) hükmünde kusurdan söz edilmese de, müspet zararın tazmininin talep edilebilmesinin, müteahhidin kusurlu olmasına bağlı olduğu kabul edilmelidir<sup>481</sup>. Müteahhidin, kusursuz olduğunu ispat ederek müspet zararı tazmin borcundan kurtulması mümkündür<sup>482</sup>.

Müspet zararın hesaplanmasında, arsa sahibinin edimi reddettiği an olan, vazgeçme beyanında bulunduğu tarih esas alınır<sup>483</sup>. Sözleşmenin asli edimi olan inşaatın, değerinin artması ya da azalması yapılan hesapta göz önünde bulundurulmaz<sup>484</sup>.

Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini isteme hakkını kullanmasıyla, müteahhidin üstlenmekte olduğu borç şekil değiştirir. Bu nedenle, arsa sahibinin, arsa paylarını devretme borcunu yerine getirip getirmeyeceği hususunun tespiti önem arz eder<sup>485</sup>. Karşılıklı tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, ödenecek tazminatın kapsamının belirlenmesi konusunda doktrinde "mübadele" veya "fark" teorilerinin kabul edilmekte olduğu görülmektedir<sup>486</sup>. Anılan teorilerin doğurduğu hukuki sonuçlar farklılık taşır<sup>487</sup>.

<sup>480</sup> Duman, (Kat Karşılığı), s. 86.; Eren, (Genel), s. 1074.

<sup>481</sup> Kılıçoğlu, (Genel), s. 549.

<sup>482</sup> Eren, (Genel), s. 1074.; Kılıçoğlu, (Genel), s.550.

<sup>483</sup> Eren, (Genel), s. 1074.; Erman, (Arsa Payı), s. 93.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1286.

<sup>484</sup> Eren, (Genel), s. 1074.; Erman, (Arsa Payı), s. 93.

<sup>485</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 92.

<sup>486</sup> Eren, (Genel), s. 1025.; Ergüne, s. 13 vd.; Erman, (Arsa Payı), s. 93.

<sup>487</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 93.

Alacaklının tazminat talebini kendi ediminin ifasına bağlayan mübadele teorisine göre, alacaklı ifa edilmeyen edimin tam değerini elde eder, ancak kendisine düşen karşı edimi de yerine getirir<sup>488</sup>. Bu teoriye göre, borçlunun kusurlu ifa imkânsızlığı yalnızca borçlandığı edimin tazminat borcuna dönüşmesine sebep olur<sup>489</sup>. Alacaklı karşı edimini aynen alamamış olsa bile, kendi edimini ifa etmekle yükümlüdür<sup>490</sup>.

Fark teorisi ise, alacaklının sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararı ile kendi ediminin sahip olduğu değer arasındaki farkın tazmininin gerektiğini ve borçlandığı edimi yerine getirmeyen borçluya, alacaklının kendi edimini yerine getirmek zorunda olmadığını kabul etmektedir<sup>491</sup>. Doktrinde, toplum ve piyasa düzenine daha uygun bulunduğu için, baskın görüşün fark teorisini benimsemekte olduğu görülmektedir<sup>492</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de, müteahhidin temerrüdü sonucu, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep eden arsa sahibinin, kendi ediminin ifasının ne şekilde gerçekleştirileceğinin tespit edilebilmesi için fark teorisinin uygulanması yerinde olur. Bu durumda arsa sahibi, belirlenen arsa paylarını müteahhide devretme borcundan kurtularak, talep edeceği müspet zarardan bu payların değerini düşer ve aradaki farkı müteahhitten ister<sup>493</sup>. Arsa paylarının değeri, arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçtiğini beyan ettiği tarihe göre hesaplanır<sup>494</sup>. Bulunan değer, sözleşmenin ifa edilmemesi sonucu ortaya çıkan zarardan düşülerek, aradaki fark müteahhitten talep edilebilir.

<sup>488</sup> Buz, s. 109.; Eren, (Genel), s. 1024, 1025.; Erman, (Arsa Payı), s. 93.; Havutçu, (Müspet Zarar), s. 77.; Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I, (C. I), Ankara 1984, s. 139.

<sup>489</sup> Eren, (Genel), s. 1025.; Havutçu, (Müspet Zarar), s. 77.

<sup>490</sup> Eren, (Genel), s. 1025.; Havutçu, (Müspet Zarar), s. 77.

<sup>491</sup> Arık, s. 183.; Buz, s. 109.; Eren, (Genel), s. 1025.; Ergüne, s. 14.; Erman, (Arsa Payı), s. 93.; Havutçu, (Müspet Zarar), s. 77.; Tandoğan, (C. I), s. 139.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1299.

<sup>492</sup> Eren, (Genel), s. 1025.; Erman, (Arsa Payı), s. 93.; Havutçu, (Müspet Zarar), s. 77.; Oğuzman/ Öz, s. 333 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 869 vd.

<sup>493</sup> Ayan, s. 251.; Erman, (Arsa Payı), s. 93.

<sup>494</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 93.

Bununla birlikte, arsa sahibinin fark teorisi yerine, mübadele teorisinin uygulanmasını isteyebileceğini belirtmek gerekir<sup>495</sup>.

iii. Arsa sahibinin sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini talep etmesi

Arsa sahibi, müteahhidin teslim borcunu ifa etmemesi sebebiyle temerrüde düşmesi ve verdiği ek sürenin de dolması halinde, aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeden dönme hakkına sahip olur<sup>496</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bu hakkın kullanılabilmesi için, arsa sahibinin müteahhide, verilen ek sürenin dolmasıyla derhal bildirimde bulunmuş olması gerekir<sup>497</sup>. Borçlar Kanunu madde 107'de (TBK. 124) belirtilen sebeplerden birinin varlığı halinde, arsa sahibi, müteahhide ek süre vermeden aynen ifadan vazgeçtiğini ve sözleşmeden döndüğünü bildirebilir.

Bozucu yenilik doğuran hak niteliğini haiz olan sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için, müteahhidin temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekmez<sup>498</sup>. Müteahhit kusurlu olmasa da arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir<sup>499</sup>. Ancak, menfi zararın tazmini, müteahhidin kusurlu olması halinde talep edilebilir<sup>500</sup>. Müteahhit, temerrüdün kusuru nedeniyle ortaya çıkmadığını ispatlayarak menfi zararı tazmin etmekten kurtulabilir. Konunun önemi gereği arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkı ayrı bir başlık altında incelenmelidir.

<sup>495</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 94.

<sup>496</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 95.; Nomer, s. 164.; Reisoğlu, (Genel), s. 347.

<sup>497</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 95.

<sup>498</sup> Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Demirbaş, Harun; Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2007., s. 66 vd.

<sup>499</sup> Aral, s. 551.; Havutçu, (Müspet Zarar), s. 66.; Nomer, s. 165.; Reisoğlu, (Genel), s. 347.

<sup>500</sup> Buz, s. 110.; Ergüne, s. 257.; Öz, (İnşaat), s. 149.

(a) Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi

Sözleşmeden dönme hakkı, edimin ifasının alacaklı bakımından faydasız bir hale geldiği veya tazminat talep edilmesi halinde bunun ödeneceğinin şüpheli olduğu durumlarda, alacaklıyı borçluya karşı koruma amacı gütmektedir<sup>501</sup>. Sözleşme kurulmamış olsaydı alacaklı hangi ekonomik durumda bulunacak idiyse, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla o durumun sağlanması amaçlanır<sup>502</sup>.

Borçlar Kanunu madde 106, fıkra II, “...*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*” hükmünü içermektedir.

Yukarıda incelemiş olduğumuz gibi<sup>503</sup>, fesih sürekli borç ilişkilerini ileriye etkili olarak sona erdiren yenilik doğurucu bir haktır. Ancak, müteahhidin temerrüdü halinde, bu seçimlik hakkın kullanılması ile sözleşme ileriye etkili olarak değil, geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmaktadır<sup>504</sup>. Bu nedenle, Borçlar Kanunu madde 106, fıkra II hükmünde geçen “*akdi feshedebilir*” ibaresinin isabetli olmadığını ve bunun dönme olarak anlaşılması gerektiğini belirtmek gerekir<sup>505</sup>.

11.01.2011 tarihinde kabul edilen, 04.02.2011 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun, 818 sayılı Borçlar Kanunu madde 106, fıkra II hükmünü düzenlemekte olan 125’inci maddesinin, “*akdi feshedebilir*” ibaresi sebebiyle ortaya çıkabilecek sorunları gidermekte olduğu görülmektedir.

<sup>501</sup> Eren, (Genel), s. 1075.

<sup>502</sup> Eren, (Genel), s. 1075.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1262.; Uçar, s. 173.

<sup>503</sup> Bknz. Yuk. s. 17.

<sup>504</sup> Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 141.; Duman, (Kat Karşılığı), s. 87.; Kılıçoğlu, (Genel), s. 550.; Reisoğlu, (Genel), s. 347.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1289.

<sup>505</sup> Kılıçoğlu, (Genel), s. 550.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 125, fıkra II hükmü, “*Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilememesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir*” şeklindedir. Hükmün içerdiği “*sözleşmeden dönebilir*” ibaresi, alacaklının sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirebileceğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Doktrinde, sözleşmeden dönmenin doğuracağı hukuki sonuçlarla ilgili çeşitli teorilerin ortaya konduğu görülmektedir. Anılan teoriler, çalışma konumuzun sınırlarını aşmamak amacıyla kısaca değerlendirilecektir.

Dönme konusunda ileri sürülen ilk teori, “*klasik dönme teorisi*”dir. Klasik dönme teorisine göre, sözleşmeden dönme bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması sonucu gerçekleşir ve bu hakkın kullanılması ile sözleşme sanki hiç yapılmamış gibi, geçmişe etkili olarak, tümüyle ortadan kalkar<sup>506</sup>. Bunun doğal sonucu olarak, henüz ifa edilmemiş edimlerin ifa edilmesine gerek kalmaz ve daha önce ifa edilmiş edimler hukuki sebepten yoksun hale gelir<sup>507</sup>. Ancak bu teoriye göre sözleşmeden dönmenin geçmişe etkisi, sadece taahhüt işlemleri bakımındandır. Taahhüt işlemlerinin ifası için yapılan tasarruf işlemlerinin geçerlilikleri dönmeden etkilenmez<sup>508</sup>. Daha önce ifa edilmiş edimlerin iadesi ise, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilir<sup>509</sup>.

<sup>506</sup> Ayan, M., s. 294.; Ayan, s. 266.; Buz, s. 118.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 142.; Karahasan, (Genel C. II), s. 1134.; Karahasan, (Özel Borç İlişkileri), s. 537.; Kırca, s. 82.; Nomer, s. 165.; Öz, M. Turgut; İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 34.; Uçar, s. 174.

<sup>507</sup> Ayan, s. 266.; Buz, s. 118, 119.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 142.; Karahasan, (Genel C. II), s. 1135.

<sup>508</sup> Buz, s. 120.; Kırca, s. 83.

<sup>509</sup> Ayan, s. 226.; Buz, s. 120.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 142.; Öz, (Dönme), s. 34.

Konu ile ilgili olarak ortaya atılmış diğer bir teori, “*kanuni borç ilişkisi teorisi*”dir. Bu teorinin klasik dönme teorisinden ayrıldığı tek nokta, iade borçlarının tabi tutulduğu zamanaşımı süreleri bakımındandır. Anılan teori, dönmenin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırdığını kabul etmektedir. Bununla birlikte, dönmeden önce ifa edilmiş edimlerin iadesine ilişkin taleplerin sebepsiz zenginleşme hükümlerinden doğan bir yıllık zamanaşımı süresinden kurtarılıp, genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süreye tabi tutulmasını amaçlamaktadır<sup>510</sup>. Teoriye göre, temerrüt halinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, taraflar arasında kanuni bir borç ilişkisi meydana gelir. Bu ilişki gereği taraflar, dönmeden önce elde ettikleri edimleri iade etme yükümlülüğü altına girer. Kanundan doğduğu kabul edilen iade borçları bakımından özel bir zamanaşımı süresi kabul edilmiş olmadığı için, iade borçları, Borçlar Kanunu madde 125 (TBK. 146) gereğince on yıllık zamanaşımı süresine tabi olur<sup>511</sup>.

Klasik teoriyi hukuki sebebe bağlılık ilkesi kapsamında yorumlayan diğer bir teori, “*ayni etkili dönme teorisi*”dir<sup>512</sup>. Ayni etkili dönme teorisi, dönmenin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldıracağını kabul etmekle birlikte, klasik dönme teorisinden farklı olarak sözleşmeden dönmeye ayni bir etki tanımakta ve sözleşme ilişkisinin devam ettiği süre içinde yapılan tasarruf işlemlerinin de dönmeden etkileneceğini kabul etmektedir<sup>513</sup>. Buna göre, daha önce yerine getirilen edimlerin iadesi, sebebe bağlılık ilkesinin sonucu olarak istihkak davası ile; iyi niyetli üçüncü kişilerin iktisabı halinde sebepsiz zenginleşme davası ile talep edilir<sup>514</sup>.

<sup>510</sup> Ayan, M., s. 294.; Ayan, s. 267.; Buz, s. 120.; Kırca, s. 83.; Öz, (Dönme), s. 35.; Oğuzman/ Öz, s. 414.; Serozan, (Dönme), s. 61.; Uçar, s. 175, 176.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1295.

<sup>511</sup> Ayan, M., s. 294.; Ayan, s. 267.; Buz, s. 121.; Kırca, s. 83.; Öz, (Dönme), s. 36. .; Oğuzman/ Öz, s. 414.

<sup>512</sup> Bu görüşte: Ayan, s. 269.; Buz, s. 121.; Kırca, s. 86, 87.; Öz, (İnşaat), s. 550.; Oğuzman/ Öz, s. 412 vd.; Öz, (Dönme) s. 39 ve 240.

<sup>513</sup> Ayan, M., s. 294.; Ayan, s. 267.; Buz, s. 121.; Kırca, s. 85.

<sup>514</sup> Buz, s. 121, 122.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 142. Nomer, s. 165, 166.

Sözleşmeden dönmenin doğuracağı hukuki sonuçlarla ilgili ileri sürülen son teori, yeni dönme teorisi olarak da adlandırılan “*dönüşüm teorisi*”dir<sup>515</sup>. Dönüşüm teorisine göre, dönme, sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmaz. Burada, taraflar arasındaki ilişki içerik değiştirerek bir tasfiye ilişkisine dönüşür<sup>516</sup>. Dönme hakkının kullanılması ile, tarafların henüz ifa etmedikleri asli edim yükümlülükleri sona erer ve sona eren bu yükümlülüklerinin yerine iade yükümlülükleri geçer<sup>517</sup>. Tarafların iade borçları, sözleşmeden doğan bir nitelik taşır<sup>518</sup>. İade borçlarının bu niteliği, borcun zamanında ifa edilmediği durumlarda iade alacaklısına, iade borçlusunu temerrüde düşürerek Borçlar Kanunu madde 106-108’ da (TBK. 123-125) belirlenen seçimlik haklarını kullanma imkânı verir. İade borcu verilen süreye rağmen ifa edilmezse, iade alacaklısı, kanunun anılan hükümleri gereği, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep edebilir ya da “dönmeden dönme” hakkını kullanarak, dönmeyi geçersiz kılabilir<sup>519</sup>. İade borçlarının sözleşmeden doğmakta olduğu kabul edildiği için, bu borçların tabi olacağı zamanaşımı süresi Borçlar Kanunu madde 125 (TBK. 146) gereğince on yıldır<sup>520</sup>.

Doktrinde baskın olarak kabul edilen teorinin dönüşüm teorisi olduğu görülmekle birlikte, bize göre klasik dönme teorisini temel alan aynı etkili dönme teorisinin kabul edilmesinin yerinde olacağını belirtmemiz gerekir. Şimdi, neden aynı etkili dönme teorisini kabul ettiğimizi gerekçeleriyle açıklayalım.

<sup>515</sup> Bu görüşte: Aral, s. 359.; Eren, (Genel), s. 1077, 1078.; Havutçu, (Müspet Zarar), s. 66.; Kartal, s. 157.; Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdulkadir; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 3, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, (C. III), İstanbul 2002, s. 197.; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (Özel Bölüm), s. 369, 370.; Seliçi, (Sürekli Borç İlişkileri), s. 210.; Serozan, (Dönme), s. 73,74.; Serozan, Rona; “Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”, (Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004), s. 198.; Şenocak, (Ayıbın Giderilmesi), s. 54.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 968.; Uçar, s. 182.

<sup>516</sup> Ayan, M., s. 294.; Ayan, s. 268.; Buz, s. 123.; Kırca, s. 84.; Nomer, s. 166.; Oğuzman/ Öz, s. 415.; Öz, (Dönme), s. 37.; Uçar, s. 176.

<sup>517</sup> Oğuzman/ Öz, s. 415.

<sup>518</sup> Oğuzman/ Öz, s. 415.

<sup>519</sup> Ayan, s. 268, 269.

<sup>520</sup> Ayan, M., s. 294.; Oğuzman/ Öz, s. 415.

Öncelikle sözleşmeden dönme beyanında bulunulmasının, artık sözleşmenin karşı tarafı ile sözleşme ilişkisi içerisinde bulunulmak istenmediğinin açık bir göstergesi olduğunu belirtmemiz gerekir<sup>521</sup>. Tarafların sözleşme ilişkisinin devam etmesi yönünde bir iradeleri yok iken, dönme ile ortaya çıkacak iade borçlarının sözleşmesel nitelik taşıyacağını savunmak yerinde olmaz. İade borçlarının sözleşmeden kaynaklandığının kabul edilmesi halinde, iade borçlusunun kusuru olmaksızın ifanın imkânsızlaşması ile borç, Borçlar Kanunu madde 117 (TBK. 136) gereği sona erer<sup>522</sup>. Bu şekilde borcundan kurtulan borçludan, iade etmesi gereken edimler, ancak, dönüşüm teorisinin eleştirdiği klasik dönme teorisinde olduğu gibi, sebepsiz zenginleşme davası ile talep edilebilir. Aynı etkili dönme teorisinin, iade borcunun şahsi bir hak olarak kabul edildiği dönüşüm teorisine nazaran, işlem güvenliği ilkesini daha iyi koruyan sonuçlar doğurduğu açıktır<sup>523</sup>.

Dönüşüm teorisinin kabul edilmesi halinde, dönmeden önce müteahhide devredilen arsa paylarının, dönmeden sonra geri alınması bir borcun ifası niteliğinde olduğu için, devir sırasında yeni bir resmî işlem yapılarak ikinci kez harç ödenmesi gerekir<sup>524</sup>. Aynı etkili dönme teorisine göre, arsa paylarının mülkiyeti arsa sahibinde kalarak, yolsuz tescile konu oluşturduğundan yeniden harç ödenmesine gerek kalmaz. Hukuka aykırılık tarafların anlaşması veya herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olmayan tapu sicilinin düzeltilmesi davasıyla<sup>525</sup> giderilir<sup>526</sup>.

<sup>521</sup> Ayan s. 270.; Buz, s. 134.

<sup>522</sup> Ayan, s. 271.; Öz, (Dönme), s. 164.

<sup>523</sup> Ayan, s. 270.

<sup>524</sup> Ayan, s. 270.; Buz, s. 138.

<sup>525</sup> Tapu sicilinin düzeltilmesi davası, kural olarak bir tespit davası niteliğini haizdir. Bununla birlikte, düzeltme davasının gerçek malik arsa sahibi tarafından, tapuda malik olarak gözüken kişiye açılması halinde, fiili zilyetliğin sağlanması da talep ediliyorsa, istihkak davası niteliğini taşır. Dava sonucunda verilen hüküm, yenilik doğurucu bir ilam özelliğine sahip değildir. Zira, davacı arsa sahibi, yolsuz tescile rağmen, maddi hukuk anlamında hala maliktir. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasında görevli mahkeme düzeltmeye konu olan taşınmazın değerine göre belirlenirken; yetkili mahkeme, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 13 hükmü gereği taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bknz: Kurt, Ekrem; Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, İstanbul 2004, s. 96 vd.

<sup>526</sup> Ayan, s. 270.; Buz, s. 139.; Öz, (Dönme), s. 259.

Aynı etkili dönme teorisinin, müteahhidin iflâsı halinde iade alacaklısı arsa sahibi bakımından menfaate uygun sonuçlar doğurduğu görülmektedir. Dönüşüm teorisine göre müteahhidin iflâsı halinde, arsa sahibi, şahsi hak niteliğindeki alacak hakkını iflâs masasına yazdırarak, iflâsın tasfiyesi üzerine kendine düşen payı alır, ancak kendi aldıklarını aynen iade etmek durumunda kalır<sup>527</sup>. Aynı etkili dönme teorisinde ise, iade alacaklısının hakkı şahsi hak niteliğinde sayılmayacağından, iflâsa konu olan alacaklar istihkak davası ile aynen geri alınabilir<sup>528</sup>. Bununla birlikte, İcra ve İflâs Kanunu madde 199 gereğince, müteahhit iflâs ettikten sonra, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesinin yasak olduğunu belirtmemiz gerekir. Müteahhidin iflâsından sonra arsa sahibi ancak, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazmini seçimlik hakkını kullanabilir<sup>529</sup>.

Buna benzer bir sonuç, müteahhidin mallarının haczinde ortaya çıkmaktadır. Dönüşüm teorisinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği inşaatın yapımı sırasında müteahhide avans olarak devredilen arsa paylarının haczedilmesi fakat henüz satış işleminin yapılmamış olması halinde, arsa sahibinin iade alacağı şahsi hak niteliğinde sayılacağından, arsa sahibi arsa paylarını ancak hacizli bir şekilde geri alabilir<sup>530</sup>. Aynı etkili dönme teorisinde ise, sözleşme geçmişe etkili olarak sona ereceğinden haciz işlemini yaptıran alacaklılar başkasının malını haczettirmiş sayılır. Bu durumda arsa sahibinin tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile arsa paylarını hacizden arî olarak geri alması mümkündür<sup>531</sup>.

Yargıtay kararlarında da genel itibarıyla klasik dönme teorisi ile bunu temel alan aynı etkili dönme teorisinin kabul edilmekte olduğu görülmektedir<sup>532</sup>.

---

<sup>527</sup> Ayan, s. 272.

<sup>528</sup> Ayan, s. 272.

<sup>529</sup> Ayan, s. 272.

<sup>530</sup> Ayan, s. 272.

<sup>531</sup> Ayan, s. 272.

<sup>532</sup> Bu yönde bkz: YHGK., 24.11.1999 T., 13-967/ 990 sayılı kararı: “...Dönme işlemi ise ayrıca zarar giderimi talep etme imkânı vermez, ancak akdin hükümsüzlüğünden kaynaklanan menfi zararın

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 09.12.2004 Tarih, 2003/7040 Esas, 2004/6389 Karar Sayılı Kararı<sup>533</sup> *“...Sözleşmenin geriye etkili olarak feshi halinde; artık sözleşmeden hiçbir hak ve yükümlülük doğmaz ve doğmuş olanlar da sona erer. Yalnız sözleşmeyi bozan taraf değil, sözleşmenin taraflarından her biri yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilir ve yerine getirmiş olduğu edimleri de Borçlar Kanununun 63 ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca sebepsiz mal edinme kurallarına göre geri isteyebilir...”* demek suretiyle Yargıtay'ın bu görüşünü açıkça ortaya koymaktadır.

Kabul ettiğimiz aynı etkili dönme teorisine göre, sözleşmeden dönmenin ilk etkisi, henüz ifa edilmemiş edimlerin ortadan kalkmasıyla gerçekleşir<sup>534</sup>. Buna göre, dönmenin hukuki sonuç doğurduğu anda, o zamana kadar muaccel hale gelmemiş yahut muaccel hale geldiği halde henüz kısmen veya tamamen ifa edilmemiş tüm borçlar ortadan kalkar<sup>535</sup>. Bu durumda, alacaklı, borçlu tarafından yerine getirilmek istenen edimi reddetmelidir<sup>536</sup>.

Müteahhit inşaatı tamamlama borcunun teminatı olarak bir ipotek almışsa, sözleşmeden dönülmesiyle birlikte bu ipotek de kural olarak sona erer. Ancak, ipotek ifa etmemeden doğan borçların da teminatı olarak verilmişse, ortadan kalkmayabilir<sup>537</sup>. Aynı durum, sözleşmenin başında müteahhitten teminat senedi veya banka teminat mektubu alınması halinde de söz konusu olur. Teslim borcunun gecikmesi halinde ödenmesi için sözleşme ile kararlaştırılan cezai şartın da, dönme beyanının hukuki sonuç doğurmasıyla birlikte ödenmesine gerek kalmaz<sup>538</sup>.

---

*tazmini imkânı verir. Bu çerçevede ise ancak verilenler haksız iktisap kurallarına göre geri istenebilir...”* (<http://www.kazanci.com>; 23.03.2010 )

<sup>533</sup> Ayan, s. 269.

<sup>534</sup> Aral, s. 551.; Ayan, s. 254.; Saymen/ Elbir, s. 756.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1293.

<sup>535</sup> Ayan, s. 254.

<sup>536</sup> Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 105.

<sup>537</sup> Ayan, s. 255.; Buz, s. 159.

<sup>538</sup> Buz, s. 160.

Sözleşmeden dönmenin ikinci etkisi, dönme tarihinden önce ifa edilmiş edimlerin iadesi sonucu ile ortaya çıkar<sup>539</sup>. Konu ile ilgili olan Borçlar Kanunu madde 108 (TBK. 125) hükmü, sadece sözleşmeden dönen alacaklıya ifa ettiği edimleri geri isteme hakkını vermiştir. Ancak, temerrüde düşen borçluya da, (dönme ile sözleşme ortadan kalkacağı için), dönme tarihinden önce ifa amacıyla verdikleri iade edilmelidir<sup>540</sup>. Bu bağlamda, temerrüde düşen müteahhit de, dönmeden önce ifa etmiş olduğu edimlerin iadesini talep etme hakkına sahiptir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhit, sözleşmeden dönme üzerine arsa sahibinden yaptığı inşaatın maliyet giderlerini talep edebilir<sup>541</sup>. Bu durumda müteahhidin alacağı, malzeme ve işçilik giderleri bakımından olur<sup>542</sup>.

Kural olarak, sözleşmeden dönme üzerine, tarafların dönme tarihinden önce almış oldukları edimleri aynen iade etmeleri gerekir. Sözleşmeden dönme tarihinde müteahhit inşaatı hiç başlanmamışsa, müteahhitten fiilen hiçbir şey almamış olan arsa sahibi bakımından iade borcu doğmaz<sup>543</sup>. İnşaatı başlanmış ise, arsanın bütünleyici parçası niteliğini haiz olan inşaatın mülkiyeti, arsa sahibine ait olur. Bu ihtimalde, inşaatın sökülerek iadesi mümkün olmayacağından, arsa sahibinin müteahhide inşaatın değerini ifa etmesi gerekir<sup>544</sup>.

Arsa sahibi müteahhide, yapılan inşaatın parasal değeri yerine, arsa payı devretmeyi açık veya örtülü olarak teklif edebilir. Bu durumda iade arsa payı oranı ile yapılabilir<sup>545</sup>. İnşaatın bir bütün olarak tamamlanması halinde ücret alacağını belirlenen arsa payları oranı ile alacak olan müteahhidin, inşaatın tamamlanmaması sebebiyle sözleşmeden dönülmesi durumunda

<sup>539</sup> Ayan, s. 255.; Buz, s. 161.; Saymen/ Elbir, s. 756.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1293.

<sup>540</sup> Ayan, s. 255.; Buz, s. 161.

<sup>541</sup> Ayan, s. 267.

<sup>542</sup> Ayan, s. 267.

<sup>543</sup> Ayan, s. 257.

<sup>544</sup> Ayan, s. 257.

<sup>545</sup> Ayan, s. 275.

arsa payı ile gerçekleştirilmek istenen iadeyi kabul etmemesi, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edebilir<sup>546</sup>. Ancak, müteahhit ile arsa sahibinin arsa üzerinde paydaş olmaları sakıncalı bir nitelik taşıyorsa, iade parasal değer ile yapılmalıdır. Bununla birlikte, kural olarak, arsa sahibinin kabul etmemesi durumunda, müteahhidin, iadenin arsa payları ile yapılmasını talep edemeyeceğini kabul etmek gerekir<sup>547</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin ödemekle yükümlü olduğu bedeli, sözleşme ile önceden ve kesin olarak belirlenmiş olan arsa paylarının müteahhide devri borcu oluşturur. Bu nedenle sözleşmenin götürü bedelli sözleşme niteliği taşıdığı kabul edilir<sup>548</sup>.

Sözleşmenin götürü bedelli niteliği gereği, iadenin arsa paylarının devredilmesi ile gerçekleştirilmeyeceği durumlarda, arsa sahibinin iade edeceği inşaatın değeri tespit edilirken, edimin ifa edildiği tarihteki objektif değeri ile arsa sahibi tarafından müteahhide devredilecek olan arsa paylarının değeri esas alınmalıdır<sup>549</sup>. Buna göre, öncelikle, müteahhide devredilecek arsa paylarının sözleşmeden dönme tarihinde taşımakta olduğu piyasa değerleri belirlendikten sonra, arsa sahibine ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümler ve ortak alanların tamamlanma oranı tespit edilerek, bu oranın toplam bedele uygulanması gerekir<sup>550</sup>.

Müteahhidin yaptığı inşa işinin, arsa sahibinin malvarlığında artışa sebep olduğu açıktır. Sözleşmenin kurulduğu anda boş bir arsaya sahip olan arsa sahibi, dönme anında kısmen de olsa yapılmış bir inşaata sahip olur<sup>551</sup>. Ancak, arsa sahibinin iade borcunun doğması için, inşaatın yapılmış olan kısmının herhangi bir şekilde işine yaraması, değerlendirilebilir olması gerekir. Bu nedenle müteahhidin inşa işini görmeye fiilen başlamış olması,

---

<sup>546</sup> Ayan, s. 275.

<sup>547</sup> Ayan, s. 275.

<sup>548</sup> Bknz. Aşa. s. 151 vd.; Ayan, s. 265.; Duman, (İnşaat), s. 73.; Kaya, s. 63.

<sup>549</sup> Ayan, s. 258, 259.; Ertaş, (Fesih), s. 394.; Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 78.

<sup>550</sup> Ayan, s. 265.

<sup>551</sup> Ayan, s. 259.

iade borcunun doğmasına sebep olmaz<sup>552</sup>. İnşaatın yıkılmasından başka herhangi bir çarenin bulunmadığı durumlarda, arsa sahibinin iade yükümlülüğünden söz edilemez. Sonuç olarak, arsa sahibinin iade borcunun, yapılmış inşaatın malvarlığında yarattığı artışla sınırlı olacağı kabul edilmelidir<sup>553</sup>.

Tarafların ifası yapılmış edimleri iade borçları, dönmenin hukuki sonuç doğurduğu anda muaccel olur<sup>554</sup>. İade borcunun ifasında gecikmeye sebep olan taraf aleyhine temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesi için, iade alacaklısının ihtarda bulunmuş olması gerekir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin her durumda geçmişe etkili olarak sona ereceğini ve müteahhidin yalnızca maliyet giderlerini talep edebileceğini kabul etmek, hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğmasına sebep olabilir<sup>555</sup>. İnşaatın kabul edilebilir bir seviyeye ulaşmış olduğu, ancak bir bütün halinde tamamlanmadığı durumlarda, teslimin gerçekleştirilememesi sebebiyle ortaya çıkan temerrüt sonucu arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi gerektiği kabul edilmelidir<sup>556</sup>.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 25.1.1984 Tarih, 1983/ 3 Esas, 1984/ 1 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da<sup>557</sup>, “...İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106-108’inci maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2’inci maddesi hükmü gözetilerek,

<sup>552</sup> Ayan, s. 259.

<sup>553</sup> Ayan, s. 260.

<sup>554</sup> Ayan, s. 257.

<sup>555</sup> Ayan, s. 267.;

<sup>556</sup> Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 145.; Erman, (Arsa payı), s. 102-105.; Öz, (İnşaat), s. 156.; Karşı görüş için bkz: Tandoğan, (Görüşler), s. 35: Tandoğan’ a göre inşaatın seviyesi ne kadar ilerlemiş olursa olsun, dönmenin sınırlandırılması mümkün değildir.

<sup>557</sup> Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı, (<http://www.kazanci.com>; 23.03.2010).

*sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına...*” sonucuna varılmış olduğu görülmektedir<sup>558</sup>.

Dönme, tek taraflı ve varması gereken bir irade beyanıyla kullanılan yenilik doğurucu bir hak olduğu için, hukuki sonuç doğurması karşı tarafın kabulüne veya mahkeme kararına ihtiyaç göstermez<sup>559</sup>. Ancak, Yargıtay’ın istikrarlı bir şekilde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde dönmenin, karşı tarafın kabulü veya mahkeme kararı ile gerçekleşebileceğini benimsemekte olduğu görülmektedir<sup>560</sup>.

Müteahhit, arsa payı şeklinde ifa edilecek bedel alacağını geçerli bir şekilde üçüncü bir kişiye devretmiş olsa bile, arsa sahibinin, devredilen bu alacağın sözleşmeden dönme nedeniyle ortadan kalktığını devralan üçüncü kişiye karşı ileri sürme hakkı vardır<sup>561</sup>. Sözleşmeden dönme ile üçüncü kişiye devredilen arsa payları üzerinde kurulmuş olan tescil yolsuz hale gelir ve arsa sahibi üçüncü kişiye karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilir<sup>562</sup>. Bu durumda üçüncü kişinin iyi niyet iddiası, müteahhitten arsa paylarını devralırken arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ihtimalini göz önünde bulundurmuş olması gerektiği için dinlenmez<sup>563</sup>.

<sup>558</sup> Bu yönde bkz: Yargıtay 15. HD. 25.10.2001 T. 2001/2694 E., 2001/4801 K. sayılı kararı: “...Yükleniciye işe başlaması için çekilen ihtarın sonuçsuz kalması, mahkemeye yaptırılan tespite inşaatın süre sonunda bitirilmesi olanağının bulunmadığının saptanması, halihazır inşaatın %20 seviyesinde kalması, yüklenicinin de mali yönde aciz halinde olduğunun belirlenmiş olması karşısında sözleşmenin feshine, tapudaki şerhin terkinine karar verilmesi gerekirken, davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.”, (Kostakoğlu, s. 774, 775.); Yargıtay 15. HD. 21.05.1991 T., 1990/5722 E., 1991/2635 K. sayılı kararı: “...İşin % 23’ünün yapılmış olmasına göre fesih geriye etkili sonuç yarattır...”, (Kostakoğlu, s. 797, 798.)

<sup>559</sup> Ayan, s. 252, 253.; Erman, (Arsa Payı), s. 134.

<sup>560</sup> Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 145.; Yargıtay 15. HD., 18.01.2007 T., 2005/ 7593 E., 2007/ 187 K. sayılı kararı: “...Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, kural olarak mahkeme kararıyla feshedilebilir. Bunun istisnası taraf iradelerinin birleşmesidir...” (Kostakoğlu, s. 759.)

<sup>561</sup> Ayan, s. 254, 255.; Kırca, Çiğdem; “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, (XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 2006.), s. 77.

<sup>562</sup> Kırca, s. 77.

<sup>563</sup> Kırca, s. 77.

Konuyla ilgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.10.2000 Tarih, 2000/1-1280 Esas, 2000/ 1554 Karar sayılı kararının<sup>564</sup>, "...*Bilindiği üzere; yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir. Edim ise binayı imal ve teslimdir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde Borçlar Kanunu'nun 358'inci maddesi uyarınca arsa sahibinin sözleşmenin feshini ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar. Hemen belirtmek gerekir ki; yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi onun ardılı (halefi) olacağından selefinin haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Öte yandan, arsa sahibi de, yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshi için üçüncü kişi üzerine oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Başka bir anlatımla, üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerine yazılan tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer...."* şeklinde olduğu görülmektedir.

Tarafların sözleşmeden dönme sonucu ortaya çıkan iade borçlarının, Borçlar Kanunu madde 125 (TBK. 146) hükmü gereğince on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu belirtmek gerekir.

(b) Arsa sahibinin menfi zararın giderilmesini talep etmesi

Borçlar Kanunu madde 108, fıkra II (TBK. 125/ II) hükmü alacaklıya, borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat edemezse, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararın tazminini isteme hakkını vermektedir. Anılan hükümden anlaşılabacağı üzere, arsa sahibinin menfi zararının tazmin edilmesini isteyebilmesi için, müteahhidin temerrüde düşmekte kusurlu olması şartı aranır.

---

<sup>564</sup> Kırca, s. 77, 78.

Menfi zarar, bir sözleşmenin yapılması için katlanılan, yani sözleşme yapılmamış olsa idi katlanılmayacak olan zararı ifade eder<sup>565</sup>. Menfi zarar, sözleşmenin kurulduğuna ya da geçerli olduğuna veya sözleşme konusu edimin borçlu tarafından yerine getirileceğine duyulan güvenin boşa çıkması sebebiyle ortaya çıkar<sup>566</sup>. Menfi zararın tazmini, arsa sahibinin, müteahhidin temerrüdü yüzünden sözleşmeden dönmesi sonucu uğradığı zararın giderilmesi amacını taşır<sup>567</sup>.

Menfi zarar, arsa sahibinin, sözleşmeyi hiç yapmasaydı içinde bulunacağı durum ile, mevcut durumu arasındaki farktır. Arsa sahibinin sözleşmeden döndükten sonraki malvarlığı ile sözleşme hiç yapılmamış olsaydı içinde bulunacak olduğu malvarlığı durumunun farkı, menfi zararını gösterir. Menfi zarar, arsa sahibinin uğramış olduğu fiilî zarar ile sözleşmenin ifa edilmemesi sonucu yoksun kaldığı kârı kapsar<sup>568</sup>.

Fiilî zarar, sözleşmenin kurulmasına bağlı olan, sözleşmenin yapılması ile ilgili ortaya çıkan noter, posta, ihtar, ek süre verme, sözleşmeden dönme, dava açma masrafları, vekâlet ücreti, arsa sahibinin üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı cezai şart ve iade harcamaları gibi masraflardan oluşur<sup>569</sup>. Müteahhidin edimini ifa edeceği beklentisi içinde yapılan masraflar da fiilî zarar kapsamında yer alır<sup>570</sup>.

<sup>565</sup> Ayan, M., s. 293.; Aybay, s. 136.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 146.; Duman, (Kat Karşılığı), s. 316.; Ergüne, s. 38.; Karahasan, (Genel C. II), s. 1138 ve 1141.; Karahasan, (Özel Borç İlişkiler), s. 545.; Reisoğlu, (Genel), s. 349, 350.; Şenyüz, s. 118.

<sup>566</sup> Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 146.; Eren, (Genel), s. 1079.; Ergüne, s. 39.; Şenyüz, s. 118.

<sup>567</sup> Eren, (Genel), s. 1079.

<sup>568</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz; Ergüne, s. 288 vd.

<sup>569</sup> Ayan, s. 279.; Buz, s. 245.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 147.; Eren, (Genel), s. 1079, 1080.; Ergüne, s. 288-298.; Reisoğlu, (Genel), s. 349.

<sup>570</sup> Ayan, s. 279.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 147.; Eren, (Genel), s. 1080.; Ergüne, s. 288-298.; Reisoğlu, (Genel), s. 350.

Yoksun kalınan kâr, üçüncü bir kişi ile yapılması mümkün olan sözleşmenin yapılamaması nedeniyle elde edilemeyen kazancı ifade eder<sup>571</sup>. Kaçırılmış fırsat olarak da adlandırılan yoksul kalınan kâr, geleceğe ilişkin farazi zararı karşılar. Bu sebeple, yoksun kalınan kâr miktarının kesin olarak saptanması çok zordur. Hâkimin, bu konuda karar verirken kesin delil ve ince hesap tekniklerinden ziyade, takdir yetkisiyle yetinmesi gerekir<sup>572</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin dönme sırasında inşaatı başlamamış olması veya inşaatı başlamakla birlikte yapılan kısmın arsa sahibinin işine hiç yaramayacağı için menfaatini karşılamayacak nitelikte olması halinde, yoksun kalınan kâr ortaya çıkmaz<sup>573</sup>. Çünkü sözleşme ile arsa sahibinin borçlandığı edim belirli arsa payları olduğu için, bu payların sözleşmenin kurulduğu tarih ile sözleşmeden dönülen tarih arasında piyasa rayiç fiyatları oranında değer artışına tabi olacağı açıktır. Ancak, dönme sırasında müteahhit inşaatı başlamış ve yapılan kısım arsa sahibi tarafından değerlendirilerek tamamlanabilir nitelikte olursa, arsa sahibinin yoksun kaldığı kâr söz konusu olabilir<sup>574</sup>. Arsa sahibi tarafından inşaatın tamamlanması için yapılacak masrafların iade bedelini aşması halinde, arsa sahibinin yoksun kaldığı kâr biçiminde ortaya çıkan menfi zararını talep etme hakkı doğar<sup>575</sup>.

Menfi zararın tazmini talebi, Borçlar Kanunu madde 125 (TBK. 146) hükmü gereğince, dönme beyanının hüküm ve sonuç doğurduğu andan itibaren işlemeye başlayacak olan on yıllık zamanaşımı süresine tabidir<sup>576</sup>.

<sup>571</sup> Ayan, s. 279.; Buz, s. 246.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 147.; Eren, (Genel), s. 1080.; Ergüne, s. 298.; Karahasan, (Genel C. II), s. 991.

<sup>572</sup> Buz, s. 253.; Eren, (Genel), s. 1080.

<sup>573</sup> Ayan, s. 280.

<sup>574</sup> Ayan, s. 280.

<sup>575</sup> Ayan, s. 281.

<sup>576</sup> Buz, s. 275, 276.; Eren, (Genel), s. 1081.

### 3. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Eser sözleşmesi kapsamında müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, Borçlar Kanunu 359-363  nc  (TBK. 474-478) maddeleri arasında, satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerine benzer şekilde düzenlenmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de müteahhit, sözleşme konusu inşaatta bulunan ayıplar bakımından ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu olmalıdır.

#### a. Ayıba Karşı Tekeff l n şartları

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun varlığından bahsedilebilmesi için, öncelikle, inşaatın tamamlanarak arsa sahibine teslim edilmiş olması, inşaatın ayıplı olması ve mevcut ayıbın arsa sahibinden kaynaklanmıyor olması gerekir<sup>577</sup>. Bununla birlikte, anılan şartların gerçekleşmiş olması mutlaka ayıba karşı tekeffül borcunun doğmasına neden olmaz<sup>578</sup>. Bu şartların yanında, arsa sahibinin, tamamlanarak kendisine teslim edilen inşaat üzerinde gerekli muayeneyi yaparak, tespit ettiği ayıpları müteahhide ihbar etmiş olması gerekir<sup>579</sup>.

#### (1) Inşaatın tamamlanarak arsa sahibine teslim edilmiş olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, inşaatın bir bütün halinde tamamlanarak arsa sahibine teslim edilmiş olması gerekir<sup>580</sup>. Bu bakımdan müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelemiş

<sup>577</sup> Günel, Mustafa Cahit; “Arsa Payı Karşılığı Inşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Inşaattaki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar”, (Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004), s. 413.

<sup>578</sup> Uçar, s. 89.

<sup>579</sup> Bilge, s. 259.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 54.; Uçar, s. 89.

<sup>580</sup> Aral, s. 352.; Baygın, s. 28.; Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 56.; Günel, s. 413.; Kartal, s. 77.; Kaya, s. 56.; Uçar, s. 89.

olduğumuz<sup>581</sup> inşaatı teslim borcunun tamamlayıcısı niteliğindedir<sup>582</sup>. Arsa sahibi ancak, inşaat kendisine teslim edildikten sonra gerekli muayeneyi yaparak, inşaatın ayıplı olup olmadığını anlayabilir.

## (2) İnşaatın ayıplı olması

Eserdeki ayıp kavramı, Borçlar Kanununun 360'ıncı (TBK. 475) maddesinde, *“eserin kullanılamayacak veya nısfet kaidesine göre kabul edilemeyecek durumda olması”* şeklinde tanımlanmıştır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ayıp, inşaatın sözleşme ile kararlaştırılan vasıflara uygun olarak tam ve doğru şekilde yapılmaması, bu sebeple arsa sahibinin sözleşmeden elde etmeyi beklediği menfaatin dürüstlük kuralı gereğince karşılanamaması anlamını taşır<sup>583</sup>. Bağımsız bölümlerin inşası için hazırlanan plan, proje, teknik şartname ve diğer belgelere uygun yapılmayan inşaatın da ayıplı olduğu kabul edilir<sup>584</sup>. Bu durumda inşaat, sözleşme ile kararlaştırılan vasıfları veya lüzumlu vasıfları taşımamaktadır<sup>585</sup>. Teslim edilen inşaatın ayıplı olması halinde, sözleşmedeki yarar dengesinin arsa sahibi aleyhine bozulduğu kabul edilir<sup>586</sup>. Müteahhidin yarar dengesinin bozulması sebebiyle ayıba karşı tekeffül hükümleri gereği sorumlu tutulması gerektiği açıktır. İnşaat yapımı için kararlaştırılan özelliklere uyulmaması halinde müteahhidin bundan sorumlu olacağının sözleşmede belirtilip belirtilmemesinin, müteahhidin sorumluluğu bakımından herhangi bir önemi yoktur<sup>587</sup>.

<sup>581</sup> Bknz. Yuk. s. 75 vd.

<sup>582</sup> Baygın, s. 28.

<sup>583</sup> Aral, s. 352.; Günel, s. 412.; Karataş, s. 146.; Kartal, s. 76.; Kostakoğlu, s. 487.; Öz, (İnşaat), s. 165.

<sup>584</sup> Kaya, s. 56.

<sup>585</sup> Karataş, s. 147.

<sup>586</sup> Karataş, s. 146.

<sup>587</sup> Uçar, s. 127.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, inşaatın sahip olması gereken asgari özellikler belirlenmişse, müteahhidin inşaatı hakkaniyet ve tolerans sınırları içinde kalmak şartıyla, bu asgari özelliklerin üzerinde yapmış olması, inşaatın ayıplı olması sonucunu doğurmaz<sup>588</sup>. İnşaat üzerinde yapılan, hakkaniyet ve tolerans sınırlarını aşan ve inşaatın niteliğini etkileyen sözleşmeye aykırı her türlü faaliyetin, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu doğuracağını kabul etmek gerekir<sup>589</sup>.

İnşaatın eksik olan niteliklerine karşın, sözleşmede kararlaştırılan derecede kullanılabilir olması veya değer taşıması, inşaatın ayıplı sayılmayacağı anlamına gelmez<sup>590</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhit, sözleşme ile kararlaştırılan tüm nitelikleri inşaatla mutlak olarak sağlama yükümlülüğü altındadır. Ancak bazı durumlarda, müteahhit dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gereği ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumlu tutulamayabilir. Bu bakımdan, her somut sözleşme ilişkisinin özelliklerine göre ayıbın varlığı veya kapsamının ayrıca belirlenmesi gerekmektedir.

İnşaatteki ayıp çeşitli şekillerde tezahür edebilir<sup>591</sup>. Borçlar Kanununun 360 (TBK. 475) ve 362'inci (TBK. 477) maddelerinde ayıp, önemli-önemsiz ve açık-gizli ayıp ayrımına tabi tutulmuştur. Tüketicinin Korunması Kanunu ise ayıp kavramının, fiilî ayıp-hukuki ayıp ve ekonomik ayıp olmak üzere üç şekilde ortaya çıkabileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, inşaatteki ayıp asli veya ikincil (tali) nitelikte olabilir.

<sup>588</sup> Uçar, s. 127.

<sup>589</sup> Yargıtay 15. HD. 24.10.2004 T., 2003/7006 E., 2004/5359 K. sayılı Kararı, (Kostakoğlu, s. 511.)

<sup>590</sup> Kartal, s. 76.; Kostakoğlu, s. 487.

<sup>591</sup> Aral, s. 114-115.; Karataş, 148-151.; Kostakoğlu, 488-493.; Uçar, s. 129, 130.

Borçlar Kanunu madde 362, fıkra l' de (TBK. 477/ I) gizli ayıp, “...*usulü veçhile yapılan muayenesinde görülemeyen...*” ayıplar olarak tarif edilmiştir. Bu bağlamda, açık ayıbın tanımını, “*usulü veçhile yapılan muayenesinde görülebilen ayıplar*” şeklinde yapmak mümkündür.

İnşaatin teslimi sırasında ilk bakışta göze çarpan veya dikkatli bir inceleme sonucu varlığı tespit edilebilen ayıpların açık ayıp sayılacağı kabul edilmelidir<sup>592</sup>. Bahçe duvarı yapılmadan inşaatın teslim edilmesi, birinci sınıf yerine üçüncü sınıf parke kullanılması gibi haller inşaatta açık ayıp bulunduğunu gösterir<sup>593</sup>. Gizli ayıp ise, dikkatli bir inceleme ile tespit edilemeyen ve inşaat kullanılmaya başlandıktan sonra ortaya çıkan ayıp türüdür<sup>594</sup>. Bu bakımdan, inşaat teslim alındıktan sonra usulü veçhile muayenesinde görülebilen ayıpların açık ayıp, görülmeyen ayıpların ise gizli ayıp olacağı kabul edilmelidir.

Kanun tarafından yapılan açık ayıp-gizli ayıp ayrımı, müteahhidin sorumluluğu ve doğurduğu sonuçlar bakımından ayrı bir öneme sahiptir.

İnşaatta açık ayıp bulunması halinde, müteahhidin bundan sorumlu tutulabilmesi için arsa sahibinin ayıbı “*işin mutad cereyanına göre imkân bulur bulmaz*”<sup>595</sup>, yani zamanında bildirmesi gerekir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 19.10.1984 Tarih, 1984/ 1294 Esas, 1984/ 3140 Karar sayılı kararı<sup>596</sup> ile, “...*İnşaatta gözle görülebilecek nitelikteki açık ayıpların teslimden sonra derhal muayene ve müteahhide ihbarı gerekir. Muayene ve ihbardaki gecikme müteahhidi sorumluluktan kurtarır...*” sonucuna vararak, arsa sahibinin ayıbı zamanında bildirmesi gereğinin önemini vurguladığı görülmektedir.

<sup>592</sup> Karataş, s. 148.; Kartal, s. 81.; Kostakoğlu, s. 488.; Uçar, s. 130 ve 253.

<sup>593</sup> Yargıtay 15. HD. 26.03.1991 T., 1990/4137 E., 1991/1503 K. sayılı Kararı, (Kostakoğlu, s. 516.)

<sup>594</sup> Karataş, s. 148.; Kartal, s. 81.; Kostakoğlu, s. 488 ve 492.; Uçar, s. 130.

<sup>595</sup> Yargıtay 15. HD., 18.01.1989 T., 1988/1306 E., 1989/92 K. sayılı Kararı, (Kostakoğlu, s.534, 535.)

<sup>596</sup> Kostakoğlu, s. 546, 547.

Gizli ayıplarda, ayıp keşfedildiği anda müteahhide bildirilirse, müteahhit bundan sorumlu tutulabilir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 21.12.1995 Tarih, 1995/ 6826 Esas, 1995/ 7615 Karar sayılı kararında<sup>597</sup>, “...Kat karşılığı yapılan inşaatın payına düşen bağımsız bölümleri teslim alan arsa sahibinin ayıplı işlere yönelik derhal muayene yaptırmayı veya gizli ayıbın ortaya çıktığı tarihten itibaren makul sürede müteahhide duyurması zorunluluğunun mahkemece göz ardı edilmemesi gerekir...” denilmektedir. Aksi halde, arsa sahibi, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcundan doğan haklarını kaybeder.

Borçlar Kanunu madde 360'ın (TBK. 475) ayıp kavramını, önemli ve daha az önemli ayıp ayırımına da tabi tutmuş olduğu görülmektedir. Anılan maddede, eserin iş sahibi tarafından kullanılması imkânının bulunmadığı veya hakkaniyete göre kabul etmesinin beklenemeyeceği hallerde önemli ayıbın varlığının kabul edileceği belirtilmiştir. Buna karşılık, önemli ayıp kadar ağır sonuçlar doğurmayan, yani eseri kullanılmaz kılmayan ve iş sahibinin eseri kabul etmemesini haklı göstermeyen ayıplar daha az önemli ayıp olarak anılır<sup>598</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde önemli ayıbın varlığından, inşaatın arsa sahibi tarafından tamamen ve kesin olarak kullanılamaması ve inşaatı kabule zorlanamaması durumlarında bahsedilir<sup>599</sup>. İnşaatın kullanılma imkânının bulunmamasının tespiti, arsa sahibinin ihtiyaçları gözetilerek yapılır. Sözleşmede arsa sahibinin inşaatı hangi amaçla kullanacağı belirlenmiş ve belirlenen amaca hizmet edecek nitelikler müteahhit tarafından garanti edilmiş ise, söz konusu niteliklerin bulunmaması halinde, kural olarak, inşaatın arsa sahibinin ihtiyaçları bakımından kullanılamayacak durumda olduğu kabul edilir<sup>600</sup>.

<sup>597</sup> Kostakoğlu, s. 526, 527.

<sup>598</sup> Uçar, s. 131.

<sup>599</sup> Uçar, s. 131.

<sup>600</sup> Uçar, s. 131.

Teslim edilen inşaat önemli ayıp nedeniyle arsa sahibi tarafından kullanılamayacak haldeyse, fakat ayıp kısa sürede düzeltilebilir nitelikte ise, burada artık önemli ayıbın varlığından bahsedilemez<sup>601</sup>. Bu durum genellikle inşaatın yalnızca bir bölümünde bozukluk olması halinde ortaya çıkar. Teslim edilen inşaat, kalorifer kazanı bozuk olduğu için kullanılamaz haldeyse, ancak kazanın onarılma veya değiştirilme imkânı varsa, arsa sahibinin bu ayıp nedeniyle inşaatı teslim almaktan kaçınması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Ancak ayıbı meydana getiren bozukluk onarılma veya değiştirme yoluyla düzeltilemeyecek nitelikte ise, inşaatın arsa sahibi tarafından kabul edilmesinin beklenemeyeceğini tekrar belirtmek gerekir. Bu bakımdan inşaatteki ayıbın niteliği her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Önemli ve daha az önemli ayıp ayrımı arsa sahibinin yararlanacağı hakların niteliğini belirlediği için özel bir öneme sahiptir. Borçlar Kanunu madde 360, fıkra I (TBK. 475/ I, 1) gereğince, inşaat, arsa sahibinin kullanamayacağı ve hakkaniyete göre kabul edemeyeceği durumda ise, arsa sahibinin inşaatı kabulden kaçınma ve kusurlu müteahhitten, tazminat talep etme hakları bulunur. Yani, inşaatla önemli ayıbın bulunması halinde, arsa sahibinin, sözleşmeden dönme ve müteahhit kusurluysa tazminat talep etme hakları söz konusudur<sup>602</sup>. Ayıbın ağırlığı daha az önemli ayıp derecesinde ise, arsa sahibi sözleşmeden dönebilir; ancak, Medeni Kanun madde 2'de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı olmamak kaydıyla ve inşaatteki ayıbın büyüklüğüne göre, aşağıda arsa sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları<sup>603</sup> başlığı altında inceleme konusu yapılacak olan diğer haklardan faydalanabilir<sup>604</sup>.

---

<sup>601</sup> Uçar, s. 131.

<sup>602</sup> Uçar, s. 131.

<sup>603</sup> Bknz. Aşa. s. 130 vd.

<sup>604</sup> Uçar, s. 131.

Borçlar Kanununda önemli ve daha az önemli ayıp ayrımı yapılmış, ancak önemsiz ayıplardan bahsedilmemiştir. Bu nedenle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, inşaattaki ayıbın önemsiz ayıp derecesinde olduğu hallerde, arsa sahibinin mevcut olan önemsiz ayıptan doğan haklarının sınırını dürüstlük kuralının belirleyeceği kabul edilmelidir<sup>605</sup>. Ayıbın önemsiz olduğu hallerde arsa sahibinin Borçlar Kanunu madde 360 (TBK. 475) hükmüyle düzenlenen hakları kullanması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecekse, arsa sahibinin bu hakları kullanmasına engel olunur<sup>606</sup>. Bu açıdan, önemsiz ayıpların rizikosunu arsa sahibi taşımaktadır.

İnşaatın önemli derecede eksik kalması ile ayıplı olması hali birbirinden farklıdır<sup>607</sup>. İnşaatın eksik kalması halinde ayıba karşı tekeffül hükümleri değil, genel hükümler uygulanır. Müteahhidin kararlaştırılan edimden tamamen farklı bir şey ortaya çıkarması halinde de genel hükümler uygulanmalıdır.

Diğer bir ayıp ayrımını, fiilî-hukuki ve ekonomik ayıplar oluşturur. Fiilî (maddi) ayıp, arsa sahibinin elde etmeyi beklediği menfaat göz önünde tutularak sözleşme ile kararlaştırılan ya da dürüstlük kuralı gereği inşaatta bulunması gereken fiziksel niteliklerin inşaatta bulunmamasını yani inşaatta var olan maddi bozuklukları ifade eder<sup>608</sup>. Hukuki ayıp ise, arsa sahibinin inşaattan yararlanmasını ve üzerinde tasarruf etmesini engelleyen kamu hukuku kurallarına aykırılığın varlığı halinde söz konusu olur<sup>609</sup>. Bu durumda inşaat, yapılma amacına uygun olarak kullanılma imkânından hukuki anlamda yoksundur. Sözleşmede, teslimden önce iskân veya oturma raporunun alınmış olması şart olarak konulmuşsa, müteahhidin iskân

---

<sup>605</sup> Uçar, s. 132.

<sup>606</sup> Uçar, s. 132.

<sup>607</sup> Uçar, s. 132.

<sup>608</sup> Aral, s. 114.; Kartal, s. 76.; Dayınlı, (Temerrüt), s. 52.; Edis, Seyfullah; Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s. 13.; Tunçomağ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, (C.II), 3. Baskı, İstanbul 1977, s. 119.; Uçar, s. 133.

<sup>609</sup> Aral, s. 115.; Kartal, s. 76.; Uçar, s. 133.

raporu<sup>610</sup> veya oturma raporunu<sup>611</sup> almadan tamamladığı inşaatı teslim etmesi hukuki ayıp oluşturur. İnşaatla fiilî veya hukuki ayıp bulunması halinde, arsa sahibi, Borçlar Kanunu madde 360 (TBK. 475) ile hükme bağlanan ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilir.

İnşaatla iktisadî vasıf eksiklikleri, ekonomik ayıba oluşturur<sup>612</sup>. Ekonomik ayıp, Borçlar Kanununda bulunmayan<sup>613</sup>, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile düzenlenen bir ayıp çeşididir. İnşaatın iktisadî anlamda taşıyacağı değer müteahhit tarafından sözleşmede vaat edilmiş olabilir. Müteahhidin inşaatın iktisadî değeri ile ilgili olarak yaptığı bu vaatler de sözleşme içeriğinin bir parçasını oluşturur ve bunlara riayet edilmesi gerekir. Arsa sahibi, teslim edilen inşaatla iktisadî anlamda vaat edilen verimi alamıyorsa, inşaat ekonomik ayıplı sayılır<sup>614</sup>. Örneğin müteahhit, sözleşme ile arsa sahibine belirli bir miktar kira geliri elde edeceğini taahhüt etmiş, ancak, inşaat teslim edildikten sonra kira bedeli daha düşük olmuşsa, burada ekonomik ayıbın varlığından bahsedilir.

İnşaatla ekonomik ayıplar bakımından Borçlar Kanununda düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanamayacağına işaret etmek gerekir. Çünkü müteahhidin iktisadî değere ilişkin vaadi, işgörmeye sözleşmesinin konusundan çıkıp, garanti sözleşmesinin kapsamına girer<sup>615</sup>. Müteahhit, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yalnızca, bağımsız bölümler inşa ederek bir bina meydana getirmeyi ve tamamlandıktan sonra binayı arsa sahibine teslim etmeyi taahhüt eder. Teslim ettiği inşaat üzerinde, daha önce yaptığı inşa işinden dolayı ayıba karşı tekeffül hükümleri kapsamında sorumluluğu söz konusu olabilir. İnşaatın, teslim edildikten sonra müteahhidin sözleşme ile taahhüt ettiği ekonomik değeri taşıması, ancak

<sup>610</sup> Yargıtay 15. HD. 30.10.1989 T., 1989/3061 E., 1989/4526 K. sayılı Kararı, (Kostakoğlu, s. 529.); Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 52.; Kartal, s. 77.; Uçar, s. 133.

<sup>611</sup> Yargıtay 15. HD. 25.05.1989 T., 1988/4421 E., 1989/2513 K. sayılı Kararı, (Kostakoğlu, s. 531, 532.)

<sup>612</sup> Uçar, s. 135.

<sup>613</sup> 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 219 hükmünde, ekonomik ayıpların da ayıba karşı sorumluluk kapsamına alındığı görülmektedir.

<sup>614</sup> Uçar, s. 135.

<sup>615</sup> Seliçi, (İnşaat), s. 139.

garanti sözleşmesi kapsamında bir aykırılığın konusu olur. Bu durumda, vaat edilen sonuç gerçekleşmediği için, müteahhitten kusura dayanmayan tazminat talebinde bulunulabilir.

Son olarak asli ayıp-ikincil ayıp ayrımı incelenecektir. Asli ayıp, inşaat tamamlandığı sırada üzerinde bulunan ayıplara verilen isimdir. İkincil ayıp ise, teslim sırasında mevcut olan asli ayıpların teslimden sonra yol açtığı ayıplardır. Müteahhidin asli ve ikincil ayıplar bakımından ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak, teslimden sonra ortaya çıkan ayıp asli ayıpla bağlantılı değilse, ayıbın ikincil niteliği bulunmayacağı için, müteahhit bunlardan dolayı ayıba karşı tekeffül hükümleri gereği sorumlu olmaz<sup>616</sup>.

### (3) Ayıbın arsa sahibine yükletilemiyor olması

Borçlar Kanunu madde 361 (TBK. 476), *“Yapılan şeyin kusurlu olması müteahhidin sarahaten beyan eylediği mütalaaya mugayir olarak iş sahibinin verdiği emirlerden neşet etmiş bulunur veya her hangi bir sebeple iş sahibine isnadı kabil olursa, iş sahibi o şeyin kusurlu olmasından mütevellit hakları dermeyeran edemez”* hükmünü içermektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de, müteahhidin ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutulabilmesi için, ayıbın arsa sahibinden kaynaklanmıyor olması gerekir<sup>617</sup>. Müteahhidin açıkça uyarmasına rağmen, arsa sahibi, inşaatın yapımı hakkında verdiği emirler veya talimat gibi diğer yollarla inşaatın ayıplı olmasına kusuru ile sebep olmuşsa, arsa sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları düşer. İşin icrasına, usulüne, malzemeye veya işin alt müteahhide devrine ilişkin talimatlar Borçlar Kanunu madde 361 (TBK. 476) anlamında sorumluluğu ortadan kaldıran bağlayıcı talimat niteliğini taşır.

<sup>616</sup> Uçar, s. 134. ve 233.

<sup>617</sup> Aral, s. 353.; Öz, (İnşaat), s. 170.

Bununla birlikte, arsa sahibinin bağlayıcı olmayan görüş ve tavsiyelerinin emir veya talimat sayılmayacağını kabul etmek gerekir<sup>618</sup>.

Borçlar Kanununun satım sözleşmesini düzenleyen maddeleri arasında bu tip bir hüküm bulunmamasına rağmen, eser sözleşmesini düzenleyen maddeler arasında 361 hükmünün bulunması, eser sözleşmesinde iş sahibinin aktif bir rol oynadığı düşüncesine dayanmaktadır. Gerçekten, eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin, inşaatın yapımı sırasında aktif bir konuma sahip olduğu görülmektedir. İnşaatın malzemesinin veya plan ve projesinin dahi arsa sahibi tarafından müteahhide verilmekte olduğu haller mevcuttur. Bununla birlikte, arsa sahibinin müteahhide gerekli hallerde talimat verme hakkı da bulunmaktadır. Bu bakımdan, inşaatta var olan ayıbın arsa sahibinden kaynaklanması ihtimalinin gözden kaçırılmaması gerekir.

Arsa sahibinin neden olduğu ayıplardan dolayı ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybetmemesi için, müteahhidin uyarma ve aydınlatma yükümlülüğünü<sup>619</sup> yerine getirmiş olması gerektiğinin altı tekrar çizilmelidir<sup>620</sup>. Müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulabilmesi için, arsa sahibi veya yetkili temsilcisinin verdiği emir veya talimatlara uyulması ya da malzeme veya arsanın kullanılması halinde, inşaatın ayıplı olacağını ve ortaya çıkan bu ayıptan dolayı kendisinin sorumlu olmayacağını arsa sahibine bildirmesi lazımdır.

<sup>618</sup> Aral, s. 354.; Karataş, s. 154.; Uçar, s. 234, 235.

<sup>619</sup> Bknz. Yuk. s. 59 vd.

<sup>620</sup> Aral, s. 354.; Yargıtay 15. HD., 04.1978 T., 1978/ 822 E., 1978/ 778 K. sayılı kararı: “...Kural olarak, yüklenici eseri sözleşmeye uygun olarak meydana getirmekle sorumlu tutulur. Ancak kendisi sözleşmede teknik bilgi sahibi olan tarafı teşkil ettiğinden iş sahibine yardımcı olmak ve amaca aykırı talimat ve istekleri karşısında kendisini uyarmak, bu talimat ve isteklerinin uygunsuzluğunu belirtmekle de yükümlüdür. Ancak yüklenici, iş sahibinin istekleri karşısında fikrini zımnen değil, açıkça söylemeli, ona sadece bir tenkit olarak değil, aksine istenilen tarzda eser meydana getirmenin zararlarını açık olarak ortaya koymalıdır. Aksi halde Borçlar Kanunu madde 361 gereğince sorumlu tutulur. Özet olarak gerekli olan yüklenicinin talimata uyması halinde eserin bozuk olacağını iş sahibine bildirmesi, bu noktada onun dikkatini çekmesidir...” (Karataş, s. 154, 155.)

Doktrin ve uygulamada, müteahhidin bazı hallerde, arsa sahibine uyarıda bulunmasa bile sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmektedir<sup>621</sup>. Arsa sahibi veya yetkili temsilcisinin de, müteahhit gibi, inşaat yapımında uzman olması halinde, müteahhit sorumluluktan kurtulabilir. Bu ihtimalde müteahhidin sorumluluktan kurtulabilmesi için, verilen emir veya talimatın yanlış olduğu yönünde bir uyarıda bulunmuş olsaydı dahi, arsa sahibinin yanlışta ısrar edeceğini ve bunun sonucunda ayıbın gerçekleşeceğini ispat etmesi gerekir<sup>622</sup>. Bunun gibi, uzman kişi tarafından verilen talimatlarda, müteahhit talimatın yanlış olduğunu bilmiyorsa veya bilebilecek durumda değilse sorumluluktan kurtulur<sup>623</sup>. Ancak, uzman olmadığı halde müteahhitlik işini üstlenen kişi, uzman olmayan arsa sahibinden aldığı plan ve projenin hatalı uygulanması sonucu ortaya çıkan ayıptan, yeterli bilgi ve tecrübesi olmadığı halde inşaatı yapma işini üzerine aldığı için sorumlu tutulmalıdır<sup>624</sup>.

Arsa sahibinin, Borçlar Kanunu madde 361 (TBK. 476) hükmü nedeniyle ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybetmesi için, inşaatla bulunan ayıbın kendi emir veya talimatından ya da verdiği malzeme veya arsadan ileri gelmesi ve müteahhidin arsa sahibini bunların ayıba yol açacağı hususunda uyarması şartlarının arandığından bahsettik. Anılan hükmün uygulanması için bu şartların yanında, inşaatteki ayıp ile, arsa sahibinin emir veya talimatı ya da verdiği malzeme veya arsa arasında illiyet bağının bulunması şartının da varlığı gerekir. Arsa sahibinin söz konusu nedenlerle inşaatın ayıplı olmasına sebep olması halinde, tazminat talep hakkının yanında ayıba karşı tekeffülden doğan diğer hakları da kısmen ya da tamamen ortadan kalkabilir<sup>625</sup>.

---

<sup>621</sup> Aral, s. 355.

<sup>622</sup> Aral, s. 355.

<sup>623</sup> Aral, s. 355.

<sup>624</sup> Karataş, s. 154.

<sup>625</sup> Aral, s. 353.

#### (4) İnşaatın arsa sahibi tarafından kabul edilmemiş olması

Arsa sahibi, tamamlanarak kendisine teslim edilen inşaatı açıkça veya zımnen kabul ederse, müteahhit ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulur. Arsa sahibi kanunda belirtilen muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmişse, inşaatı zımnen kabul etmiş sayılır<sup>626</sup>. Ancak müteahhit inşaatteki ayıbı kasten gizlemişse veya teslimden sonra yapılan muayene ile ortaya çıkabilecek nitelikte olmayan gizli ayıp söz konusuysa, müteahhidin sorumluluğu devam eder.

#### (5) Muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmiş olması

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun varlığından söz edilebilmesi için, yukarıda incelemiş olduğumuz inşaatın tamamlanarak arsa sahibine teslim edilmiş olması, inşaatın ayıplı olması, ayıbın arsa sahibine yükletilemiyor olması ve inşaatın arsa sahibi tarafından kabul edilmemiş olması şartlarının yanında, arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetini yerine getirmiş olması da gerekir.

Borçlar Kanunu madde 359, fıkra I (TBK. 474/ I), “*İmal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutad cereyanına göre imkân bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeğe mecburdur*” hükmü ile arsa sahibine, öncelikle kendisine teslim edilen eseri muayene etme; ardından, eserde ayıp tespit edilirse bunu müteahhide ihbar etme yükümlülüğü vermiştir. Arsa sahibi tarafından yerine getirilmesi gereken muayene ve ihbar külfeti, inşaatı bulunan açık ayıplara ilişkin bir yükümlülük içerir<sup>627</sup>. Bahsi geçen külfetin yerine getirilmemesi halinde Borçlar Kanunu madde 362 (TBK. 477) gereğince inşaat zımnen kabul edilmiş sayılır.

<sup>626</sup> Aral, s. 356.

<sup>627</sup> Uçar, s. 137.

Arsa sahibinin sahip olduğu muayene külfeti, inşaattaki mevcut niteliklerin, sözleşmede kararlaştırılan veya normal şartlarda olması gereken niteliklere uygun olup olmadığının tespiti amacını taşır. Muayene külfeti, ihbar külfetinin yerine getirilmesini sağlayan bir araç olarak kabul edilmektedir<sup>628</sup>.

Arsa sahibinin inşaatın ayıplı olduğu yönünde yapacağı ihbarın ve buna dayanarak ileri süreceği taleplerin temelini muayene oluşturur. Bu bakımdan muayene külfeti, arsa sahibinin bir edim borcunu oluşturmayıp, inşaattaki ayıp dolayısıyla Borçlar Kanunu madde 360'da (TBK. 475) tanınan hakların kullanılabilmesi için bir ön şarttır<sup>629</sup>.

Borçlar Kanunu madde 359, fıkra I (TBK. 474/ I) hükmü, muayenenin yapılacağı zaman hususunda “*işlerin mutad cereyanı*” tabirini kullanmaktadır. Kanun tarafından belirlenen bu zaman kriteri, sadece muayenenin başlaması için değil, bitirilmesi için de getirilmiş bir düzenleme olarak kabul edilmelidir<sup>630</sup>. İşlerin mutad cereyanına göre muayenenin yapılacağı süre, sözleşmenin tarafları arasında mevcut olan teamüle dayanılarak tespit edilebilir<sup>631</sup>. Muayene edilecek inşaatın nitelik ve özellikleri de göz önünde tutularak, makul ve özenli bir muayene yapabilmesi için arsa sahibine yeterli bir sürenin verilmesi gerekir.

Kanunun muayene ve ihbar külfeti ile ilgili düzenlemeleri emredici nitelikte değildir. Bu sebeple, sözleşmenin tarafları muayene ve ihbar külfetinin içeriğini, hakkaniyete uygun olmak kaydıyla istedikleri şekilde düzenleyebilirler<sup>632</sup>. Taraflar muayeneyi birlikte yapmayı dahi kararlaştırabilirler.

---

<sup>628</sup> Uçar, s. 138.

<sup>629</sup> Uçar, s. 138.

<sup>630</sup> Aral, s. 356.

<sup>631</sup> Aral, s. 356.

<sup>632</sup> Bilge, s. 259.; Uçar, s. 139.

Borçlar Kanunu madde 359, fıkra II' ye (TBK. 474/ II) göre, sözleşmenin taraflarından her biri, inşaat üzerinde yapılacak muayeneyi, giderleri talep eden tarafa ait olmak üzere, bir uzman veya bilirkişi eliyle yaptırarak, muayene sonunda elde edilen sonucun bir rapora bağlanmasını talep edebilir. Bu bir zorunluluk olarak değil, ileride ayıba karşı tekeffülün varlığının ya da yokluğunun ispat edilmesini kolaylaştırmak amacıyla bu konularda delil elde etmeye yarayan, sözleşme ile kararlaştırılmış olmasa bile talep edilebilen bir hak olarak hem müteahhit hem arsa sahibine tanınmıştır<sup>633</sup>. Bu bakımdan, sözleşme ile kararlaştırılmamış veya uygulamada bu yönde bir teamül gelişmemiş ise, tarafların muayeneyi bir uzman veya bilirkişiye yaptırmayı zorunlu değildir<sup>634</sup>.

Taraflar, teslim edilen inşaat üzerinde muayene yapılması için mahkemeden delil tespiti istemiyle resmî bir bilirkişi atanmasını talep edebilir<sup>635</sup>. Böyle bir talebin kabul edilmesi için, ispat vasıtalarının tehlikeye düşmesi veya inşaatla bir ayıp bulunmasının kuvvetli bir ihtimal olması şartı aranmaz<sup>636</sup>. Uygulamada genellikle, müteahhit aleyhine asıl dava açılmadan, inşaatın gereken şekilde yapılıp yapılmadığının, eksik işlerin veya bozuklukların nelerden ibaret olduğunun tespit edilebilmesi için mahkemeden delil tespiti ile bilirkişi tayini istenmektedir. Yapılan muayene sonucunda ayıp tespit edilerek rapora bağlanırsa, açılacak asıl davada bu delil tespiti dayanak olarak alınır<sup>637</sup>. Bilirkişi incelemesini yaptıran taraf asıl davada haklı çıkarsa, bilirkişi tayini için yaptığı masrafları karşı taraftan talep edebilir<sup>638</sup>.

Taraflar, inşaatla ayıp bulunup bulunmadığının tespit edilebilmesi için bir hakem bilirkişi de belirleyebilirler. Hakem bilirkişinin vereceği raporun mahkemeyi ve tarafları bağlayıcı özelliği vardır<sup>639</sup>.

---

<sup>633</sup> Uçar, s. 139.

<sup>634</sup> Aral, s. 357.

<sup>635</sup> Uçar, s. 140.

<sup>636</sup> Uçar, s. 140.

<sup>637</sup> Uçar, s. 140.

<sup>638</sup> Uçar, s. 141.

<sup>639</sup> Kaya, s. 58.

Resmî bilirkişi incelemesinin yapıldığı durumlarda, bilirkişinin raporunu vermesinin arsa sahibinin kusuru olmaksızın gecikmesi halinde, riziko arsa sahibine yüklenmemeli ve müteahhidin, derhal muayene ve ihbar yapılması gerektiği yönündeki itirazı dinlenmemelidir<sup>640</sup>. Buna karşılık, arsa sahibi resmî bilirkişi tayin ettirmeden, bizzat tayin ettiği bir bilirkişi vasıtasıyla inşaat üzerindeki muayeneyi yaptırıyorsa, muayene sonunda hazırlanacak raporun gecikmesinin rizikosu kendisine ait olur<sup>641</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bağımsız bölümlerin bir bütün halinde tamamlanarak teslim edilmesiyle birlikte, ayıpsız bir inşaatın yapılması yönündeki talebin yerini, inşaatın ayıplı olması halinde doğacak haklar alır<sup>642</sup>. Ayıptan doğan haklar, teslimden sonra yapılan muayene sonucu ortaya çıkan ayıpların ihbarıyla talep edilebilir. Bu durumda, arsa sahibinin sahip olduğu ihbar külfeti, satım sözleşmesinde alıcının sahip olduğu genel süreli ihbar külfeti gibidir.

İnşaatla bulunan ayıbın muayene sonunda ortaya çıkması veya sonradan tespit edilmiş olması, ihbar külfetinin ifası bakımından herhangi bir önem taşımaz<sup>643</sup>. Borçlar Kanunu madde 359, fıkra I (TBK. 474/ I) gereği, arsa sahibinin öğrendiği her türlü ayıbı müteahhide bildirme zorunluluğu vardır. Anılan hükümde geçen “*bildirme*” tabirini bir tasavvur açıklaması olarak değil, arsa sahibinin teslim edilen inşaatı sözleşmeye uygun olarak kabul etmediğini ve müteahhidi ayıp nedeniyle sorumlu kılmak istediğini gösteren bir irade beyanı şeklinde anlamak gerekir<sup>644</sup>.

Arsa sahibi tarafından tespit edilen ayıp ihbar edilirken, ayıbın cinsi ve kapsamı açık ve gerçeğe uygun bir şekilde gösterilmelidir. “*İnşaat sözleşmeye uygun değildir*” veya “*ayıplıdır*” şeklindeki genel ifadeler,

---

<sup>640</sup> Uçar, s. 140.

<sup>641</sup> Uçar, s. 140.

<sup>642</sup> Uçar, s. 144.

<sup>643</sup> Aral, s. 357.; Uçar, s. 145.

<sup>644</sup> Aral, s. 357.; Uçar, s. 145.

müteahhidin ayıba karşı tekeffül bakımından sorumlu tutulabilmesi için yeterli değildir<sup>645</sup>.

Ayıp ihbarı kanun tarafından herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır<sup>646</sup>. Ayıp ihbarına ilişkin irade açıklaması, açık veya zımni olması fark etmeksizin sözlü veya yazılı olarak yapılabileceği gibi, dava açmak suretiyle de yapılabilir. Bu nedenle arsa sahibi, inşaatta tespit ettiği ayıpları müteahhide bildirmiş olduğunu, her türlü delille ispat edebilir<sup>647</sup>. İhbarın yazılı şekilde yapılmış olması, ispat kolaylığı sağlaması nedeniyle daha yararlıdır.

İhbar, müteahhide yöneltilmesi gereken hukuki işlem benzeri bir fiildir<sup>648</sup>. Hukuki sonuçlarını müteahhide ulaştığı anda değil, ihbarın gönderildiği anda doğurur<sup>649</sup>. Bu bakımdan inşaatın ayıplı olduğunu bildiren ihbarın posta yoluyla gönderilmesi halinde, ihbarın yapılmış sayılması için usulüne uygun olarak postaya verilmiş olması yeterlidir<sup>650</sup>. İnşaatın muayenesi için bilirkişi tayin edildiği hallerde, bilirkişinin hazırlamış olduğu raporun müteahhide tebliğ edilmesi veya arsa sahibinin müteahhit aleyhine dava açması üzerine müteahhide gönderilen tebligat, ayıp bildirimi sayılır<sup>651</sup>.

Borçlar Kanunu madde 359, fıkra I' de (TBK.474/ I), ihbarın, teslim edilen inşaatın muayenesinin tamamlanmasından sonra yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak hükmün, ihbarın ne zaman yapılacağı ile ilgili bir açıklama getirmediği görülmektedir. Her ne kadar tespit edilen ayıpla ilgili ihbarın ne zaman yapılması gerektiği konusunda bir açıklama olmasa da, ihbarın muayenenin tamamlanmasından sonra hemen, derhal yapılması gerektiği kabul edilmelidir<sup>652</sup>. Muayene süresi içinde tespit olunan bir ayıbın hemen bildirilmesi gerekmez. Söz konusu ayıbın ihbarı, muayene

<sup>645</sup> Aral, s. 357.; Uçar, s. 147.

<sup>646</sup> Aral, s. 357.; Uçar, s. 153.

<sup>647</sup> Uçar, s. 153.

<sup>648</sup> Uçar, s. 153.

<sup>649</sup> Seliçi, (İnşaat), s. 152.; Uçar, s. 153.

<sup>650</sup> Uçar, s. 153.

<sup>651</sup> Uçar, s. 153.

<sup>652</sup> Uçar, s. 149, 150.

tamamlandıktan sonra tüm ayıplarla birlikte yapılabilir. Bununla birlikte, muayenesi uzun süren inşaatlarda tespit edilen ayıp, büyüme veya başka ayıplar doğurma riski taşıyorsa, muayene süresinin bitmesi beklenmeden, derhal ihbar edilebilir<sup>653</sup>.

#### b. Arsa Sahibinin Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcundan Doğan Hakları

Borçlar Kanunu madde 360 (TBK. 475) çerçevesinde, yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesiyle ortaya çıkmış olan müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu karşısında, arsa sahibinin, sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesi, inşaatın ücretsiz tamiri ve müteahhit kusurluysa tazminat talep etme hakları bulunmaktadır<sup>654</sup>. Ayıbı takip eden zararlara ilişkin olarak yapılan tazminat talebi ancak diğer seçimlik haklarla birlikte ileri sürülebilir<sup>655</sup>.

Arsa sahibine inşaatın ayıplı olması sebebiyle seçimlik haklar tanıyan Borçlar Kanunu madde 360 (TBK. 475) hükmü tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır<sup>656</sup>. Ayıp dolayısıyla arsa sahibinin sahip olacağı haklar sisteminin, emredici bir düzende olmadığı görülmektedir<sup>657</sup>. Bu bakımdan, sözleşme ile tarafların, arsa sahibinin sahip olduğu bu haklarının kullanımını, ayıbın meydana gelmesinde müteahhidin kusurlu olmasının aranması gibi özel şartlara bağlamaları mümkündür<sup>658</sup>.

<sup>653</sup> Aral, s. 357.

<sup>654</sup> Yargıtay 15. HD., 14.06.2006 T., 2005/ 3867 E., 2006/ 3594 K. sayılı kararı: “...Borçlar Kanunu’nun 360’ıncı maddesi uyarınca yapılan şey, iş sahibinin kullanamayacağı ve nisfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta müteahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir. İşin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması, 360’ıncı maddede belirtilen derecede ehemmiyeti haiz değil ise; iş sahibi işin kıymetinin noksanı nispetinde fiyatı tenzil ve eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değil ise müteahhidi tamire mecbur edilebilir. Bu hususta müteahhidin taksiri varsa, zarar ve ziyan da isteyebilir...” (Kostakoğlu, s. 516, 517.)

<sup>655</sup> Günel, s. 414 vd.; Uçar, s. 166.

<sup>656</sup> Karahasan, C. I, s. 283.; Kaya, s. 58.

<sup>657</sup> Uçar, s. 167.; Seliçi, (İnşaat), s. 160.

<sup>658</sup> Uçar, s. 167.

Arsa sahibine tanınan seçim hakkı, tek taraflı ve müteahhide yöneltilmesi gereken irade beyanı ile kullanılan, yenilik doğurucu hak niteliğini haizdir<sup>659</sup>. Arsa sahibinin seçimlik haklardan birisini kullanmasıyla, diğer seçimlik hakların düştüğü kabul edilir. Beyan edilen seçim hakkı, müteahhide ulaşmasıyla sonuç doğurur<sup>660</sup>. Arsa sahibi seçimlik haklarını kullanırken, Borçlar Kanunu madde 360'da (TBK. 475) belirlenen şartlar ile Medeni Kanun madde 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını göz önünde bulundurmalıdır<sup>661</sup>.

Borçlar Kanunu madde 360 (TBK. 475) ile tanınan haklar sadece arsa sahibi tarafından kullanılabilir nitelikte olup, müteahhidin bu haklardan yararlanması mümkün değildir. Müteahhit, tamamlayarak teslim ettiği inşaattaki ayıpları gidereceğini beyan ederek arsa sahibinden inşaatın geri verilmesini isteyemez ve bu suretle arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanmasına engel olamaz<sup>662</sup>.

Borçlar Kanunu madde 360 (TBK. 475) hükmünün arsa sahibine tanıdığı haklar, ayıbın ağırlığına göre kullanılabilir, eşdeğer olmayan ve birbirini takip eden bir sıralama içinde düzenlenmiştir<sup>663</sup>. Arsa sahibinin, inşaatta bulunan ayıbın ağırlığına göre, öncelikle inşaatın ücretsiz tamiri hakkı olmak üzere, ücretten indirim hakkı, inşaatın kabul edilemeyecek durumda olması halinde sözleşmeden dönme hakkı ve son olarak müteahhidin kusurlu olması durumunda ayıp sonucu uğranılan zararların tazminini talep etme hakkı bulunur. Şimdi arsa sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını, kanunda yapılan sıralamaya uygun bir şekilde ayrı ayrı inceleyelim.

---

<sup>659</sup> Kaya, s. 58.

<sup>660</sup> Kaya, s. 58.

<sup>661</sup> Uçar, s. 165.

<sup>662</sup> Uçar, s. 166.

<sup>663</sup> Uçar, s. 172, 173.

(1) Arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkı

Borçlar Kanunu madde 360, fıkra I (TBK. 475/ I, 1) hükmünün, *“Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir...”* düzenlemesini getirmekte olduğu görülmektedir. Hükümde geçen *“kabulden imtina edebilir”* ibaresinin, sözleşmeden dönme olarak anlaşılması gerekir<sup>664</sup>.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğması için gereken şartların yanında, meydana getirilen inşaatın kullanılmayacak veya hakkaniyet kuralları gereğince kabul edilemeyecek derecede ayıplı olması şartının varlığına bağlıdır<sup>665</sup>. Aranan şartlar alternatif şartlar olmayıp, dönme hakkının kullanılabilmesi için birlikte mevcut olmaları gerekir<sup>666</sup>.

Arsa sahibi, kendisine ayıplı olarak teslim edilmek istenen inşaatı teslim almaktan kaçınarak borçlu temerrüdü hükümleri gereğince sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği gibi; inşaatı, kabul ettiği anlamına gelmeden teslim almak şartıyla, ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sözleşmeden dönme hakkına da başvurabilir. Ancak, inşaatı bulunan ayıbın niteliği kabulden imtina etmeyi gerektirecek kadar ağır değilse, arsa sahibi inşaatı teslim almak durumundadır<sup>667</sup>.

Müteahhidin ayıba karşı tekeffülünden doğan dönme hakkının kullanılması, müteahhidin inşaatı teslimde gecikmesi sebebiyle temerrüde düşmesi halinde kullanılabilen dönme hakkında olduğu gibi, herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Bu sebeple, arsa sahibinin dönme hakkını kullandığının ispatı da herhangi bir şekil şartına tabi kılınmamıştır<sup>668</sup>.

<sup>664</sup> Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 475/ f.II, b. 2 hükmünde *“sözleşmeden dönme”* ibaresi kullanılmıştır.

<sup>665</sup> Aral, s. 358.

<sup>666</sup> Aral, s. 359.

<sup>667</sup> Öz, (İnşaat), s. 182.

<sup>668</sup> Uçar, s. 181.

Sözleşmeden dönme hakkı, müteahhide yöneltilecek tek taraflı irade beyanı ile açık veya örtülü şekilde kullanılan, yenilik doğurucu bir hak niteliğini taşır. Dönme hakkının kullanıldıktan sonra tek taraflı irade beyanı ile geri alınması mümkün değildir<sup>669</sup>.

Borçlar Kanunu madde 360, fıkra III (TBK. 475/ I, 3) hükmü, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle doğrudan bağlantılıdır. Anılan hüküm, iş sahibinin arsasında inşa edilen ve niteliği gereğince aşırı zararlar kaldırılacak eserde, iş sahibinin, sözleşmeden dönme hakkı yerine, maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen ücrette indirim veya ücretsiz tamir hakkına sahip olacağını düzenlemektedir. Bu çerçevede, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde iş sahibi konumunda olan arsa sahibinin, ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkına sınırlama getirildiği görülmektedir<sup>670</sup>.

İnşaatın kaldırılmasının müteahhit bakımından aşırı bir zarar doğurup doğurmayacağı hususunun tespitinde ölçüt olarak, inşaatın arsaya bağlı olarak taşıdığı değer ile arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer kaybı göz önünde bulundurulmalıdır<sup>671</sup>. Yıkılmaya mahkûm bir inşaat, moloz değeri dışında bir değer taşımayacağından, bu durumda anılan ölçüt çerçevesinde sözleşmeden dönülebileceği açıktır<sup>672</sup>. Ancak, inşaatta bulunan ayıbın bu derece ağır nitelik taşıması halinde, menfaat dengesinin sağlanması amacıyla başka ölçütlerin de dikkate alınması gerekir. Bu ölçütlerden biri, somut olayda yapılacak ücret indiriminin müteahhide vereceği zararın, sözleşmeden dönmeyenin vereceği zarardan daha az olması hali iken, diğer ölçüt, yapılan inşaatın tehlike yaratması halidir<sup>673</sup>.

İnşaatta bulunan ayıbın Borçlar Kanunu madde 360, fıkra III (TBK. 475/ I, 3) kapsamına girdiğini ve bu sebeple sözleşmeden dönülemeyeceğini ispat yükü müteahhide aittir.

<sup>669</sup> Uçar, s. 181.

<sup>670</sup> Kaya, s. 59.

<sup>671</sup> Karahasan, C. I., s. 285.; Öz, (İnşaat), s. 185.; Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet/ Özdemir, Refet: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s. 576.

<sup>672</sup> Öz, (İnşaat), s. 186.

<sup>673</sup> Öz, (İnşaat); s. 186.

Ayıba karşı tekeffül halinde sözleşmeden dönme hakkının seçimlik hak olarak verilmiş olması, yapılan inşaatın arsa sahibinin menfaatini kesinlikle karşılamadığı durumlarda, arsa sahibinin bu inşaatı kabule zorlanamayacağı düşüncesine dayanır. İnşaatta bulunan ayıbın, arsa sahibi bakımından kabulü beklenemez derecede olup olmadığı, hakkaniyet kurallarına göre çatışan menfaatlerin karşılaştırılması suretiyle belirlenir<sup>674</sup>. Bu durumda, Borçlar Kanunu madde 360'da (TBK. 475) belirlenen diğer seçimlik hakların kullanılıp kullanılamayacağı, sözleşmeden dönmenin müteahhide vereceği zararlar arsa sahibine sağlayacağı fayda arasında aşırı bir dengesizliğin bulunup bulunmadığı veya ayıbın giderilmesi için gerekli olan zaman ve masraflar göz önünde bulundurularak, arsa sahibinin sözleşmeden dönüp dönemeyeceğine karar verilmelidir<sup>675</sup>.

İnşaatta bulunan ayıbın gizli ayıp olması sebebiyle inşaat kullanılmaya başlandıktan sonra tespit edilmesi, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını etkilemez<sup>676</sup>. İnşaat sonradan ortaya çıkan ayıp sebebiyle arsa sahibinin menfaatini karşılayamıyorsa, arsa sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik hakkını sözleşmeden dönme yönünde kullanabilir<sup>677</sup>.

Arsa sahibinin ayıba karşı tekeffül sebebiyle sözleşmeden dönme hakkını kullanması ile, müteahhidin temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönme halinde ortaya çıkan sonuçlar meydana gelir<sup>678</sup>. Dönme beyanının müteahhide ulaşması ile sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkar. Buna göre, tarafların henüz ifa etmedikleri edimler sonra ererken, daha önce almış oldukları edimleri iade yükümlülükleri doğar<sup>679</sup>.

---

<sup>674</sup> Aral,, s. 359.

<sup>675</sup> Aral, s. 359.

<sup>676</sup> Karataş, s. 161.

<sup>677</sup> Karataş, s. 161.

<sup>678</sup> Bknz. Yuk. s. 99 vd.

<sup>679</sup> Bu konuda bknz. Yuk. s. 17 vd.

(2) Arsa sahibinin ücretin indirilmesini talep etme hakkı

Borçlar Kanunu madde 360, fıkra II (TBK. 475/ I, 2) hükmüne göre, *“İşin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiatı tenzil...edebilir”*. Anılan hüküm gereğince, inşaatta bulunan ayıbın kabulden imtina etmeyi haklı kılacak derecede olmaması halinde, arsa sahibi, sözleşme gereği müteahhide devretme borcu altına girdiği arsa paylarının oranının azaltılmasını talep edebilir. Ancak, inşaattaki ayıbın kabulden imtina etmeyi haklı kılacak derecede olması halinde de, arsa sahibi ücretin indirilmesini talep edebileceğini belirtmemiz gerekir<sup>680</sup>. Borçlar Kanunu madde 360, fıkra III (TBK. 475/ III) hükmü kapsamında, inşaatın yıkılması ya da kaldırılmasının ağır masraf gerektirdiği hallerde, arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkı yerine, ücretin indirilmesini yani müteahhide devredilecek arsa paylarının oranının düşürülmesini talep etme hakkını kullanabilir<sup>681</sup>.

Arsa sahibinin ücretin indirilmesini talep etme hakkı da, açık veya zımni şekilde, tek taraflı irade beyanı ile müteahhide yöneltilen bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğini taşır<sup>682</sup>. Arsa sahibinin bu yöndeki beyanının müteahhit veya yetkili temsilcisine ulaşmasıyla, sözleşme ile kararlaştırılan ücret borcu indirim oranında azalır<sup>683</sup>. Hakkın kullanılabilmesi için, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğmasında aranan şartların yanında, ayıp sebebiyle inşaatın değerinde bir eksiklik meydana gelmesi gerekir. İnşaatta var olan bir ayıp nedeniyle ücrette indirim yapıldıktan sonra ortaya çıkan başka bir ayıp sebebiyle ücret üzerinden tekrar indirim yapılabilir<sup>684</sup>.

<sup>680</sup> Bu konuda bkznz: Yargıtay 15. HD. 20.3.1991 T., 1990/2879 E., 1991/ 1369 K. sayılı Kararı: *“..İşin kusuru kabule mani olmayacak derecede ise, işin bedelinden tenzil olunur...”* (Kostakoğlu, s. 518); Uçar, s. 185.

<sup>681</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 135.

<sup>682</sup> Karataş, s. 164.; Uçar, s. 185, 186.; Yavuz, (Dersler), s. 346.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 532.

<sup>683</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 137.

<sup>684</sup> Uçar, s. 185.

Arsa sahibine tanınan ücretin indirilmesini talep etme hakkının amacı, ayıplı inşaat ile ücret arasındaki değer eşitliğinin sağlanmasıdır<sup>685</sup>. Ayıbın neden olduğu değer eksikliği oranında arsa sahibinin ödeyeceği ücretin, yani arsa payları oranının düşürülmesi, karşılıklı edim değerlerinin eşitlenmesini sağlar<sup>686</sup>. Bu nedenle, ayıp nedeniyle indirilecek miktarın asla inşaatın değerini aşmaması gerekir. Aksi halde ücretten indirim değil, sözleşmeden dönme söz konusu olur.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ücretin indirilmesini talep etme hakkına ilişkin kurallar, satım sözleşmesindeki kurallar gibidir<sup>687</sup>. Bu durumda, satım parasının indirilmesi hakkındaki esasların uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>688</sup>. Bazı yazarlar, ücret indiriminin arsa payları oranı üzerinden değil, para değeri üzerinden gerçekleştirileceğini kabul etmektedir<sup>689</sup>. Ancak bize göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ücretin indirilmesi hakkının kullanılması üzerine, müteahhide devredileceği kararlaştırılan arsa payları oranının ayıp oranında indirilmesi yerinde olur<sup>690</sup>. İndirimin tam olarak bir veya birkaç payı kapsaması şart değildir. İndirim yapıldıktan sonra arsa sahibi ile müteahhidin aynı arsa payı üzerinde paydaş olmaları söz konusu olabilir<sup>691</sup>.

Arsa sahibinin ücretin indirilmesini talep ettiği hallerde, değer düşüklüğünün hesaplanması için kullanılabilecek, tazminat metodu, mutlak indirim metodu, nispi (oransal) indirim metodu ve maliyete göre hesaplama metodu olmak üzere dört farklı metot bulunmaktadır<sup>692</sup>.

<sup>685</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 136.; Uçar, s. 187.

<sup>686</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 136.; Uçar, s. 187.

<sup>687</sup> Karahasan, C.I., s. 289.; Kaya, s. 60.

<sup>688</sup> Karahasan, C.I., s. 289.

<sup>689</sup> Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 170.

<sup>690</sup> Bu görüşte bkz: Erman, (Arsa Payı), s. 137.; Öz, (İnşaat), s. 177.

<sup>691</sup> Öz, (İnşaat), s. 177.

<sup>692</sup> Öz, (İnşaat), s. 178.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında kabul edilmekte olan nispi indirim metoduna göre, inşaatın ayıpsız değeri ile ayıplı değeri arasındaki fark oranı hesaplanarak, bulunan oranın kararlaştırılmış ücrete uygulanmasıyla ödenecek indirimli ücret bulunur<sup>693</sup>.

İnşaat üzerindeki ayıbın yarattığı değer kaybı zaman içinde artabilir veya azalabilir. Bu sebeple, ücret üzerinden yapılacak indirim oranının hangi ana göre saptanacağı önem taşır. Yargıtay uygulamasında genellikle ayıbın meydana getirdiği değer eksikliğinin tespitinde, dava tarihindeki piyasa rayici tutarı dikkate alınmakla birlikte<sup>694</sup>, bizim de katıldığımız görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde hasar teslimle arsa sahibine geçtiğinden, tespitin teslim anı dikkate alınarak yapılması gerekir<sup>695</sup>. İnşaattaki ayıp gizli ayıp niteliğinde ise, değer eksikliğinin tespiti, ayıbın ortaya çıktığı tarihteki piyasa değeri göz önünde bulundurularak yapılmalıdır<sup>696</sup>.

Ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortaya çıkmadan önce, arsa sahibi tarafından müteahhide, ücret borcunun yerine getirilmesi amacıyla arsa payları devredilmiş olabilir. Ayıba karşı tekeffül sonrası ücretten indirim hakkının kullanılması ile azalan ücretten daha fazla oranda pay devredilmiş olması halinde, arsa sahibi fazla kısmın iadesini talep etme hakkına sahip olur<sup>697</sup>.

<sup>693</sup> Aral, s. 360.; Erman, (Arsa Payı), s. 138.; Kaya, s. 60.; Uçar, s. 190.; Yavuz, (Dersler), s. 346.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 533. Yargıtay 15. HD. 06.04.1995 T., 1994/ 6519 E., 1995/ 2081 K. sayılı Kararı: “..Kat karşılığı yapılan inşaatla eksil ve ayıplı işler nedeniyle arsa sahibine ait bağımsız bölümlerdeki değer düşüklüğü metod-oran yöntemi ile saptanmalıdır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile işin bedeli para değil, arsa payına tekabül eden bağımsız bölümlerin yükleniciye verilmesi kararlaştırılmıştır. Metod-oran yöntemi ile bedelden yapılacak indirim tutarı, ayıplı değerlerin ayıpsız değere bölünmesi ile bulunacak oranın kararlaştırılan ücrete uygulanması suretiyle bulunur. Bu ilkedan hareketle yükleniciye bedel olarak bırakılan bağımsız bölümlerin arsa payları toplamı işin bedeli olduğundan, yukarıdaki yöntemle bulunan oranın yüklenicinin payları toplamına uygulanması suretiyle arsa payından yapılacak indirim ve bu paya isabet edecek bağımsız bölüm bulunur...” (Kostakoğlu, s. 611, 612.); Bu yönde bkz: Yargıtay 15. HD. 6.4.1995 T., 1995/6519 E., 1995/2081 K. sayılı Kararı. (Kostakoğlu, s. 541, 542.)

<sup>694</sup> Bu konuda bkz: Yargıtay 15. HD. 15.12.1997 T., 1995/1349 E., 3392 K. sayılı Kararı: “...Kusurlu ve noksan işlerin bedeli, dava tarihi itibarıyla rayiç fiyat üzerinden tespit edilir...” (Kostakoğlu, s. 580.)

<sup>695</sup> Bu görüşte bkz: Kaya, s. 60.; Öz, (İnşaat), s. 177.

<sup>696</sup> Uçar, s. 189.

<sup>697</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 137.

Arsa sahibinin ücretten indirim yapılmasını talep etme hakkının kullanılması, 818 sayılı Borçlar Kanunu madde 360, fıkra II hükmü ile inşaatla bulunan ayıbın kabulden imtina etmeyi haklı kılacak derecede olmaması şartına bağlandığı halde, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 475'inci maddesinin ikinci bendinde belirtilen şart aranmaksızın seçimlik hak olarak arsa sahibine verilmiştir.

### (3) Arsa sahibinin inşaatın ücretsiz tamirini talep etme hakkı

Arsa sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan ve Borçlar Kanunu madde 360, fıkra II' de (TBK. 475/ I, 3) düzenlenen diğer bir seçimlik hakkını, inşaatla bulunan ayıbın ücretsiz olarak tamir edilmesini talep etme hakkı oluşturur. Arsa sahibi, Borçlar Kanunu madde 360, fıkra III (TBK. 475/ III) hükmü sebebiyle dönme hakkı yerine ücretsiz tamiri talep hakkını kullanabilir. Ancak bu hakkın kullanılmasının, kanun tarafından, ayıbın giderilmesinin aşırı masraf gerektirmemesi özel şartına bağlanmış olduğu görülmektedir. Bu şart gerçekleşmedikçe, arsa sahibi sadece diğer seçimlik haklarını kullanabilir.

Arsa sahibinin tamir üzerine elde edeceği yarar ile müteahhidin tamir masrafları arasında açık bir dengesizlik varsa, masrafların aşırı olduğu kabul edilir<sup>698</sup>. Bununla birlikte, tamir masrafları belirlenirken, ayıbın giderilmesi için kullanılacak malzeme ve işçilik masraflarının yanında, ayıplı kısım tamir edilirken ayıplı olmayan kısımda doğacak zarar ve bunların giderilmesi için yapılacak masrafların da göz önünde bulundurulması gerekir<sup>699</sup>. Tamir masraflarının aşırı olacağı hususunun tespitine rağmen, arsa sahibi bu hakkı kullanmayı talep ederse, talebi geçersiz sayılır. Bu durumda arsa sahibi, Borçlar Kanunu madde 363, fıkra II' de (TBK. 478) belirlenen zamanaşımı süresi dolmamışsa ve şartları gerçekleşmişse diğer seçimlik haklarına başvurabilir.

<sup>698</sup> Kostakoğlu, s. 494.; Öz, (İnşaat), s. 179.

<sup>699</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 141.; Öz, (İnşaat), s. 179.

Arsa sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan diğer seçimlik haklarından farklı olarak, inşaatın ücretsiz tamir edilmesi hakkı, yenilik doğuran bir hak olarak görülmemektedir<sup>700</sup>. İnşaatın ücretsiz tamir edilerek üzerindeki ayıbın giderilmesini isteme hakkının, müteahhidin ayıpsız ifa borcundan kaynaklanan özel bir hüküm olduğu kabul edilmektedir<sup>701</sup>. Bu bakımdan, arsa sahibinin inşaatın ücretsiz tamirini talep etmesi, diğer seçimlik hakların kullanımını kesin olarak düşürmez. Eğer müteahhit tamir işini yapmayı reddeder veya uygun süre içinde işi yapmazsa, arsa sahibi, ücret indirimini ya da şartları varsa sözleşmeden dönme haklarına başvurabilir. Ancak, müteahhit hakkın kullanılması üzerine tamir işini görmeye başlamışsa ve tamir talebinin gereklerine aykırı davranmıyorsa, arsa sahibi bu hakkı kullanmaktan vazgeçerek diğer seçimlik haklara başvuramaz.

Müteahhit inşaat üzerinde yapılacak tamirin sonunda, hakkın kullanılmasına neden olan ayıbı ortadan kaldırmakla birlikte, inşaatı tamir işine girişmeden önceki halinde bırakmak durumundadır<sup>702</sup>. Ayıbın giderilmesi başka zararlar doğmasına neden olmuşsa, müteahhit tamir borcu çerçevesinde bunları da düzeltmekle yükümlüdür. Bununla birlikte, tamir işi sırasında arsa sahibinin ayıplı inşaat dışında başka değerlerinin, örneğin kullandığı bağımsız bölüm içinde bulunan mobilyalarının zarara uğramış olduğu gerekçesiyle diğer seçimlik haklara başvurulamayacağını belirtmek gerekir<sup>703</sup>. Bu durumda arsa sahibi zararının giderilmesi için Borçlar Kanunu madde 96 (TBK. 112) uyarınca tazminat isteyebilir.

Müteahhit, inşaatın tamiri işine, hakkın kullanılmasından itibaren en uygun zamanda başlamak durumundadır. Tamir işinin yapılacağı süre, işin niteliğine göre uygun bir zaman parçası olarak belirlenmelidir. Belirlenen sürenin yetersiz olduğunun anlaşılması üzerine, müteahhit, arsa sahibine sürenin uzatılması için derhal bildirimde bulunmalıdır<sup>704</sup>.

<sup>700</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 141.; Öz, (İnşaat), s. 180.

<sup>701</sup> Öz, (İnşaat), s. 180.

<sup>702</sup> Bilge, s. 260.; Öz, (İnşaat), s. 180.

<sup>703</sup> Öz, (İnşaat), s. 180.; Uçar, s. 215.

<sup>704</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 143.; Öz, (İnşaat), s. 180, 181.

Müteahhit, belirlenen sürenin yetersiz olduğu yönünde arsa sahibine herhangi bir bildirimde bulunmamış olduğu halde, sürenin sonunda tamir işini bitiremezse, arsa sahibi diğer seçimlik haklara başvurabilir. Bununla birlikte, arsa sahibinin, uygun sürede işi tamamlayamamış olması sebebiyle ihtar çekerek müteahhidi temerrüde düşürmesi mümkündür<sup>705</sup>. Eğer işin tamamlanacağı süre kesin olarak belirlenmiş ise, Borçlar Kanunu madde 101, fıkra II' nin (TBK. 117/ II) kıyasen uygulanması yoluyla, ihtar çekilmesine gerek kalmaksızın müteahhit temerrüde düşürülebilir. Ayrıca, müteahhit tamir işine zamanında başlamazsa veya işi geciktirirse ya da arsa sahibinin kusuru olmaksızın işin bitirilemeyeceği anlaşılırsa, Borçlar Kanunu madde 358, fıkra I (TBK. 473/ I) hükmünün kıyasen uygulanmasıyla, arsa sahibince çekilecek ihtar sonucu müteahhit belirlenen süre dolmadan önce mütemerrit kılınabilir<sup>706</sup>.

Arsa sahibi, temerrüde düşen müteahhide, Borçlar Kanununun 106'ncı (TBK. 123) maddesinin birinci fıkrası gereği uygun bir ek süre vererek, süre sonunda anılan maddenin ikinci fıkrası ile öngörülen seçimlik haklara başvurabilir<sup>707</sup>.

İnşaatın ücretsiz tamir edilmesi hakkının kullanılmasına rağmen, müteahhit, ayıpların giderilmesini reddediyor, tamir işini yapabilecek durumda gözüküyor veya ayıpları süresinde tamir etmiyorsa, arsa sahibi herhangi bir süreyi beklemek durumunda kalmaksızın diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Bununla birlikte arsa sahibi mahkemeden, Borçlar Kanunu madde 97 (TBK. 113) uyarınca, ayıplı kısmın tamirinin asıl müteahhit hesabına kendisi tarafından yapılmasına müsaade edilmesini isteyebilir<sup>708</sup>.

<sup>705</sup> Aral, s. 362.; Erman, (Arsa Payı), s. 144.

<sup>706</sup> Aral, s. 362.

<sup>707</sup> Aral, s. 362.; Erman, (Arsa Payı), s. 144.

<sup>708</sup> Aral, s. 361.; Kaya, s. 60.

Müteahhidin inşaatı ayıplı olarak tamir etmesi halinde, Borçlar Kanunu madde 360' da (TBK. 475) belirlenen seçimlik haklar, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmiş olması şartıyla kullanılabilir<sup>709</sup>.

#### (4) Arsa sahibinin tazminat talep etme hakkı

Borçlar Kanunu madde 360 (TBK. 475) hükmü arsa sahibine sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesi ve ücretsiz tamir isteme seçimlik haklarının yanında, müteahhidin ayıbın oluşmasında kusurunun bulunduğu hallerde tazminat talep etme hakkını da vermektedir. Tazminat talep etme hakkı, diğer seçimlik haklar yerine kullanılacak bir hak değildir. Anılan hak diğer seçimlik haklara ek olarak kullanılacak şekilde tanınmış olan bir haktır<sup>710</sup>. Ancak, arsa sahibinin dilerse, yalnız başına tazminat talep etme hakkını kullanması da mümkündür<sup>711</sup>. Burada önemli olan nokta, seçimlik hakların kullanılabilmesi için müteahhidin kusuru aranmazken, bu seçimlik hakların yanında tazminat talep edilebilmesi için, müteahhidin kusurlu olması şartının aranmasıdır<sup>712</sup>. Tazminata hükmedilebilmesi için aranmakta olan kusur unsuru, gerek sözleşmeden doğan sorumluluk gerekse haksız fiil sorumluluğuna özdeş bir nitelik taşır<sup>713</sup>.

Arsa sahibi tazminat hakkını, ayıbı takip eden zararlarının karşılanması amacıyla kullanır. Ayıbı takip eden zarar, diğer seçimlik hakların kullanılması ile giderilemeyen, inşaatla bulunan ayıbın yol açtığı değer eksikliği dışında meydana gelen her türlü zarardır<sup>714</sup>. Ayıp sonucu ortaya çıkan zararların tazmininde, inşaatın ayıplı olarak ifa edilmiş olması sebebiyle arsa sahibinin diğer mal varlığı ve şahıs varlığı değerlerinde ortaya çıkan ek

<sup>709</sup> Aral, s. 362.; Erman, (Arsa Payı), s. 144.

<sup>710</sup> Aral, s. 363.; Karataş, s. 169.; Uçar, s. 209.

<sup>711</sup> Karataş, s. 169.; Uçar, s. 209.; Yavuz, (Dersler), s. 347.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 534.; Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 184, 185.

<sup>712</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 146.; Karataş, s. 169.; Güleç, s. 39, 40.; Uçar, s. 209, 210.

<sup>713</sup> Uçar, s. 218.

<sup>714</sup> Aral, s. 363.; Uçar, s. 211.

zararların giderilmesi amacı vardır<sup>715</sup>. Arsa sahibine ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölüm üzerindeki ayıp giderilinceye kadar uğranılan kira kaybı, ayıplı bir duman borusunun yangına ve hasara sebep olması, ayıbın uzman kişi tarafından tespiti için yapılan masraf gibi durumlar, ayıbı takip eden zararlar kategorisine girmektedir<sup>716</sup>.

Arsa sahibinin uğramış olduğu, müteahhidin sözleşmeye aykırı davranışı sonucu ortaya çıkan, ancak, inşaattaki ayıptan kaynaklanmayan ve ayıp niteliğine bürünmeyen zararlar Borçlar Kanunu madde 360 (TBK. 475) uyarınca tazmin edilecek zararların kapsamı dışında kalır<sup>717</sup>.

Müteahhidin sözleşmeye aykırı davranışı sonucu ortaya çıkan ve ayıptan kaynaklanmayan zararlara, müteahhidin veya yardımcısının ayıplı ifa dışında kalan sözleşmeye aykırı davranışları, inşaatı teslim borcunun ifasını geciktirmeleri, inşa işini görürken özen borcuna uymayarak arsa sahibinin kişisel varlıklarını ihlal etmeleri gibi haller örnek gösterilebilir<sup>718</sup>. Müteahhit veya yardımcısının inşa işini yaparken arsa sahibinin inşaat dışında başka bir malvarlığı değerine zarar vermesi halinde, örneğin, sıva işi yapılırken pencerelerin kirlenmesi üzerine, temizleme esnasında pencerelerin çizilmesi, hafriyat işi yapılırken toprak altındaki hava gazı borusunun patlatılması gibi durumlar da ayıp sonucu ortaya çıkan zarar kapsamına sokulamaz. Bu tip zararların, müteahhidin sözleşmeye aykırı olarak özen borcunu ihlal etmesi sonucu ortaya çıktığı kabul edilir<sup>719</sup>. Bunun gibi, inşaatın ayıplı olması sebebiyle ortaya çıkan manevi zararların da ayıp sonucu ortaya çıkan zararlar kapsamında değerlendirilmemesi gerekir.

Arsa sahibinin ayıbı takip eden zararlarının miktarı belirlenirken, somut olayın şartları, müteahhidin kusurunun ağırlığı ve arsa sahibinin müterafik kusurunun göz önünde bulundurulması gerekir<sup>720</sup>. Zararın doğmasında veya

<sup>715</sup> Uçar, s. 212.

<sup>716</sup> Aral, s. 363.; Erman, (Arsa Payı), s. 145.; Uçar, s. 213.

<sup>717</sup> Uçar, s. 213.

<sup>718</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 145.; Uçar, s. 214.

<sup>719</sup> Uçar, s. 214, 215.

<sup>720</sup> Uçar, s. 223.

çoğalmasında arsa sahibinin müterafik kusurunun bulunduğu hallerde tazminat miktarından indirim yapılır<sup>721</sup>.

İnşaatın ayıplı olması sebebiyle tazminat talep edilebilmesi için müteahhidin kusurlu olması gerekir. Bu durumda, kusurun bulunup bulunmadığının tespitinde, ispat yükünün kimin üzerinde olacağı hususu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre<sup>722</sup>, müteahhidin kusurlu olduğunun ispatı, satım sözleşmesinde kabul edilen prensibin aksine, arsa sahibi tarafından yapılmalıdır. Borçlar Kanununun eser sözleşmesi ile ilgili hükümleri ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği için kanunun 96'ncı maddesi ile kabul edilen ispat yükünün borçluya ait olduğu yönündeki karine, eser sözleşmesi ve kıyasen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde uygulama alanı bulmaz.

Doktrinde baskın olan ve bizim de katıldığımız diğer görüşe göre<sup>723</sup>, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar, sözleşmeden doğan bir tazminat talep etme hakkı doğurur. Müteahhidin söz konusu zarar sebebiyle sorumluluğunun doğması, kural olarak, kusurlu olmasına bağlıdır. Bu sebeple, Borçlar Kanunu madde 96 (TBK. 112) ile kabul edilmekte olan ispat yükünün borçlu üzerinde bulunduğu karinesinin, eser sözleşmesine kıyasen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine de uygulanması gerekir<sup>724</sup>. Bu durumda müteahhit ancak kusurlu olmadığını kanıtlayarak tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulabilir. Kanaatimizce, sözleşmenin, işin uzmanı olmayan tarafını teşkil eden arsa sahibine müteahhidin kusurlu olduğunu ispat yükünü yüklemek yerine, inşa işinde uzman olduğuna duyulan güven sebebiyle kendisiyle sözleşme kurulan müteahhidin kusurlu olmadığını ispat etmesi gerektiğini kabul etmek hakkaniyete daha uygun bir çözümdür.

<sup>721</sup> Uçar, s. 223.

<sup>722</sup> Karataş, s. 169.

<sup>723</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 146.; Karahasan, C. I., s. 298.; Öz, (İnşaat), s. 181.; Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 185.; Tandoğan, C.II., s. 75.; Tunçomağ, C.II., s. 1035.; Uçar, s. 221.

<sup>724</sup> Uçar, s. 221.

c. Müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu sona erdiren nedenler

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulacağı en tabii yol, inşaatı bir bütün halinde ve ayıpsız olarak tamamlayarak arsa sahibine teslim etmesidir. Bu durumda, muayene süresi boyunca inşaatta herhangi bir ayıp tespit edilemeyeceği i in, müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan da söz edilemeyecektir. Bununla birlikte, aşağıda incelecek olan durumların varlığı halinde inşaat ayıplı olsa da müteahhidin sorumluluktan kurtulması mümkündür.

(1) İnşaat üzerinde bulunan ayıbın arsa sahibine isnat olunacak bir sebepten doğmuş olması

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğması için gereken şartlar incelenirken<sup>725</sup>, ayıbın arsa sahibine yükletilemiyor olmasının da sorumluluk için aranan bir şart olduğuna değinmiştik. İşaret ettiğimiz bu hususlar çerçevesinde, ayıbın arsa sahibine isnat olunacak bir sebepten dolayı ortaya çıkmış olması halinde, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun doğmayacağı sonucuna ulaşmak kaçınılmazdır.

Borçlar Kanunu madde 361 (TBK. 476) h k m , *“Yapılan şeyin kusurlu olması müteahhidin sarahaten beyan eylediği mütalaaya mugayir olarak iş sahibinin verdiği emirlerden neşet etmiş bulunur veya her hangi bir sebeple iş sahibine isnadı kabil olursa, iş sahibi o şeyin kusurlu olmasından mütevellit hakları dermeyan edemez”* düzenlemesini içerir. Anılan hükümden, inşaattaki ayıbın, kusuru olmasa bile, arsa sahibine y kletilebilen bir sebepten doğması halinde, müteahhidin ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutulamayacağı anlaşılmaktadır<sup>726</sup>. Ayıp, arsa sahibinin emir veya talimatından ya da

<sup>725</sup> Bknz. Yuk. s. 114 vd.

<sup>726</sup> Karahasan, C. I., s. 299.; Uçar, s. 233, 234.

sağladığı malzeme veya arsadan kaynaklanabilir. Ancak, arsa sahibine yükletilebilecek başka sebeplerin ortaya çıkması da mümkündür<sup>727</sup>.

Müteahhidin sorumluluktan kurtulabilmesi için, arsa sahibinden kaynaklanan ve inşaatın ayıplı olmasına neden olacak olan hususun, arsa sahibine açıkça bildirilmesi gerekir<sup>728</sup>. Bildirim, müteahhit veya yetkili temsilcisi tarafından arsa sahibi veya yetkili temsilcisine yapılır. Müteahhit, arsa sahibinin yetkili temsilcisini kendi yanlışlığı sebebiyle uyarmış, fakat yetkili temsilci bunu dikkate almamışsa, yetkili temsilciye yapılan bildirimin arsa sahibine ayrıca yapılması gerekir<sup>729</sup>.

Müteahhit veya yetkili temsilcisi tarafından yapılacak olan bildirim herhangi bir şekil şartına bağlanmış değildir<sup>730</sup>. Ancak, bildirimin resmî veya yazılı şekilde yapılması ispat bakımından kolaylık sağlar. Bildirimde bulunan müteahhidin, iyi niyet kuralları gereğince belirli bir süre bildirimin arsa sahibinde doğuracağı tepkiyi beklemesi gerekir<sup>731</sup>. Arsa sahibi, müteahhidin bildirimine rağmen ayıba sebebiyet verecek hususun uygulanması, örneğin talimatına uyulması veya verdiği malzemenin kullanılması yönünde ısrar ederse, doğacak zararlardan kendisi sorumlu olur. Arsa sahibinin bildirim üzerine herhangi bir tepki vermemiş olması, ayıba sebebiyet verecek hususta ısrar ettiği anlamına gelir<sup>732</sup>.

Ayıbın hem arsa sahibi hem de müteahhidin davranışı sebebiyle meydana geldiği durumlarda, müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun ortadan kalkmayacağı kabul edilir<sup>733</sup>. Ancak, ayıbın oluşmasında arsa sahibinin müterafik kusuru bulunuyorsa, müteahhidin tazminat borcundan indirim yapılabilir<sup>734</sup>.

<sup>727</sup> Uçar, s. 148-250.

<sup>728</sup> Karahasan, C. I., s. 299.; Uçar, s. 240, 241.

<sup>729</sup> Uçar, s. 238.

<sup>730</sup> Uçar, s. 240.

<sup>731</sup> Uçar, s. 241.

<sup>732</sup> Uçar, s. 241.

<sup>733</sup> Öz, (İnşaat), s. 171.

<sup>734</sup> Öz, (İnşaat), s. 171.

Arsa sahibinin yardımcı kişilerinin davranış veya talimatları sebebiyle inşaatın ayıplı olması halinde, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması şartıyla, müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortadan kalkar.

(2) Arsa sahibinin inşaatı herhangi bir ihtirazî kayıt koymadan kabul etmesi

Borçlar Kanunu madde 362, fıkra I (TBK. 477/ I) hükmüne göre, *“Yapılan şeyin sarahaten veya zimnen kabulünü müteakip müteahhit, her türlü mesuliyetten beri olur. Ancak müteahhidin kasten sakladığı usulü veçhile muayenesinde müşahede edilemeyecek olan kusurlar hakkında, mesuliyeti bakidir”*. Anılan hüküm uyarınca, arsa sahibinin inşaatı herhangi bir ihtirazî kayıt koymaksızın, açık veya zımni olarak kabul etmesi halinde, inşaatta bulunan gizli ayıplar istisna kalmak üzere, müteahhit ayıba karşı tekeffül hükümlerinden doğacak her türlü sorumluluktan kurtulur<sup>735</sup>. Bu suretle, arsa sahibi de ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybeder.

Arsa sahibinin inşaatı ihtirazî kayıt koyarak, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını saklı tutmak kaydıyla teslim alma hakkı vardır. Bu şekilde, müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun devam etmesi sağlanır.

İnşaat üzerinde bulunan gizli ayıplar bakımından müteahhidin sorumluluğu devam eder. Arsa sahibinin inşaatın teslim edilmesinden sonra ortaya çıkan gizli ayıpları öğrenir öğrenmez müteahhide bildirme yükümlülüğü vardır. Aksi halde inşaatı o haliyle kabul etmiş sayılır ve ayıba karşı tekeffülden doğan haklarından faydalanamaz<sup>736</sup>.

İhtirazî kayıt konulmadan inşaatın kabul edilmesi halinde, gecikme tazminatının ve sözleşme ile kararlaştırılan gecikme sebebiyle ödenecek

<sup>735</sup> Dalamanlı, Lütfü/ Kazancı, Faruk/ Kazancı, Muharrem; İlmi ve Kazai İctihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C. III, İstanbul 1990, s. 951.; Erman, (Arsa Payı), s. 151.; Kaya, s. 61.; Kostakoğlu, s. 491.; Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 198.; Tandoğan, C. II, s. 79, 80.

<sup>736</sup> Uçar, s. 257.

cezai şartın talep edilmesi hakkı da kaybedilir<sup>737</sup>. Bunun sebebini, ihtirazî kayıt ileri sürmeksizin inşaatın kabul edilmesi durumunda, sözleşmenin gereği gibi ifa edilerek sona ereceği ve artık buna dayanılarak herhangi bir talepte bulunulamayacağı düşüncesi oluşturur.

### (3) Zamanaşımı süresinin geçmiş olması

İnşaatın ayıplı olarak teslim edilmesi ve müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğabilmesi için yukarıda incelemiş olduğumuz tüm şartların gerçekleşmesi halinde, arsa sahibi Borçlar Kanunu madde 360' da (TBK. 475) düzenlenen ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik haklarını kullanabilir. Ancak, arsa sahibinin bu seçimlik haklarını kullanımı bir süreye tabidir.

Borçlar Kanunu madde 363, fıkra II hükmüne göre, bir taşınmaz inşaatının iş sahibinin, eserin muhtemel ayıpları dolayısıyla talep hakkı, hem müteahhide hem de inşaat amacıyla hizmette bulunmuş mimar veya mühendislerle karşı teslim alma tarihinden itibaren beş senenin geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Zamanaşımı süresi, inşaatın teslim tarihinden itibaren işlemeye başlar<sup>738</sup>.

Arsa sahibinin, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcundan doğan sözleşmeden dönme ve ücretin indirilmesini talep etme hakları yenilik doğuran hak niteliğini taşır. Kural olarak, yenilik doğuran haklar zamanaşımı süresine değil, hak düşürücü süreye tabi olurlar<sup>739</sup>. Ancak, kanunun ayıba karşı tekeffülden doğan tüm hakları, özellikle zamanaşımı süresi ile sınırlandırmış olduğu görülmektedir. Bu sebeple, söz konusu sürenin, ayıba karşı tekeffülden doğan yenilik doğuran haklar bakımından hak düşürücü süre değil, zamanaşımı süresi olduğunun kabul edilmesi gerekir<sup>740</sup>.

<sup>737</sup> Kaya, s. 62.; Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 201.; Bu yönde bkzn. Yargıtay 15. HD. 22.2.1977 T., 1976/3167 E., 1977/39 K. sayılı Kararı.

<sup>738</sup> Berki, s. 146.; Erman, (Arsa Payı), s. 161.; Öz, (İnşaat), s. 189.

<sup>739</sup> Öz, (İnşaat), s. 189.

<sup>740</sup> Öz, (İnşaat), s. 189.

Ayıba karşı tekeffülden doğan hakların hak düşürücü süre yerine zamanaşımı süresine bağlanmasının, sürenin zamanaşımının durması ve kesilmesi hükümlerine tabi olması ve zamanaşımı süresinin dolduğunun, hâkim tarafından re'sen değil, ancak tarafların zamanaşımı defi ile ileri sürmesiyle dikkate alınması bakımından doğan iki sonucu vardır<sup>741</sup>.

Zamanaşımı süresinin ancak tarafların ileri sürmesi ile dikkate alınacağı yönündeki ikinci sonucun Borçlar Kanunu madde 363, fıkra I' in satım sözleşmesinde ayıptan doğan hakların zamanaşımı süresine ilişkin olarak yaptığı yollamayla yumuşatılmış olduğu görülmektedir<sup>742</sup>. Buna göre, Borçlar Kanunu madde 207, fıkra II (TBK. 231/ I) hükmü uyarınca arsa sahibi, zamanaşımı süresi dolduktan sonra haklarını karşı tarafın talepleri üzerine defi olarak ileri sürebilir<sup>743</sup>. Örneğin, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların zamanaşımı süresi dolduktan sonra müteahhit tarafından ücret alacağına ilişkin olarak açılan davada arsa sahibi, ücretin indirilmesini talep etme hakkı çerçevesinde eksik ödeme yapacağını defi yoluyla ileri sürebilir<sup>744</sup>. Bununla birlikte, arsa sahibinin sözleşmeden dönme ve inşaatın ücretsiz tamirini talep etme haklarının nitelikleri sebebiyle defi yoluyla ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir<sup>745</sup>.

Müteahhidin kasten veya ağır kusuru ile sözleşmeyi hiç veya gereği yerine getirmemesi ve özellikle ayıplı malzeme kullanması veya ayıplı bir iş meydana getirmesi veya ayıbın gizli kalmasını sağlaması hallerinde beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaz. Bu durumda, Borçlar Kanunu madde 207, fıkra III (TBK. 231/ III) hükmü uygulanarak on yıllık zamanaşımı süresine tabi olunacağı kabul edilir. On yıllık zamanaşımı süresi de inşaatın teslim tarihinden itibaren işlemeye başlar<sup>746</sup>.

<sup>741</sup> Öz, (İnşaat), s. 189.

<sup>742</sup> Öz, (İnşaat), s. 189.

<sup>743</sup> Karahasan, C. I., s. 307.; Öz, s. 189.

<sup>744</sup> Öz, (İnşaat), s. 189.

<sup>745</sup> Öz, (İnşaat), s. 189.

<sup>746</sup> Kaya, s. 63.

Borçlar Kanunu madde 363, fıkra II hükmü, emredici nitelikte bir hüküm değildir. Tarafların sözleşme ile zamanaşımı süresini değiştirmeleri mümkündür. Ancak sözleşme ile kararlaştırılan zamanaşımı süresi on yılı geçemez<sup>747</sup>. Gizli ayıplar bakımından kabul edilen on yıllık zamanaşımı süresinin ise kısaltılması mümkün değildir<sup>748</sup>. Sözleşmede, anılan hususlara aykırı olarak yapılan düzenlemeler geçersiz sayılır.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun, 818 sayılı Borçlar Kanunu madde 363 hükmünü karşılayan 478'inci maddesinin, kapsamlı değişiklikler getirmekte olduğunu önemle belirtmek gerekir. Anılan hüküm *“Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar”* şeklindedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 478'inci maddesine göre, müteahhidin ayıplı bir inşaat meydana getirmesi halinde açılacak davalar, teslim süresinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bununla birlikte, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 478'inci maddesinde, 818 sayılı Borçlar Kanunu madde 363, fıkra I hükmünün aksine, satım sözleşmesine herhangi bir atıfta bulunulmadığı görülmektedir. Bu nedenle, 818 sayılı Borçlar Kanunu madde 363, fıkra I hükmünün satım sözleşmesine yaptığı yollama sebebiyle meydana gelen sonuçlar, 6098 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle ortadan kalkacaktır. Buna göre, inşaatta bulunan ayıbın müteahhidin ağır kusuru nedeniyle meydana geldiği hallerde, on yıllık zamanaşımı süresi yerine, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 478 hükmünde düzenlenen yirmi yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

<sup>747</sup> Karahasan, C. I., s. 306.; Kaya, s. 63.

<sup>748</sup> Karahasan, C. I., s. 306.; Kaya, s. 63.

6098 sayılı Kanunun 478'inci maddesinde “*ayıplı eser sebebiyle açılacak davalar*” şeklinde genel bir ibare kullanılarak, 818 sayılı Kanun madde 363, fıkra II hükmünde yer alan “*iş sahibinin müteahhide ve inşaatı iştirak eyliyen mimar ve mühendise karşı mütalebesi*” ibaresine yer verilmemiştir.

## **B. Arsa Sahibinin Borçları**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tam iki tarafa karşılıklı olarak borç yükleyen bir sözleşmedir. Sözleşme ile müteahhit, bağımsız bölümleri bir bütün haline inşa etmek suretiyle meydana getirdiği binayı arsa sahibine teslim etmeyi taahhüt ederken, arsa sahibi bunun karşılığında belirlenen arsa paylarını müteahhide devretme borcu altına girer.

Borçlar Kanununun eser sözleşmesinde iş sahibinin borçlarını düzenleyen 364-366'ıncı maddeleri arasında yalnızca, iş sahibinin ücret ödeme borcuna yer verildiği görülmektedir. Bu bakımdan, eser sözleşmesinde iş sahibinin asıl borcunu, ücret ödeme borcunun oluşturduğu açıktır<sup>749</sup>.

Anılan hükümlerin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine kıyasen uygulanması sonucu, arsa sahibinin asli edim borcunun, ücret yerine geçecek arsa paylarının müteahhide devri borcu olduğunu kabul etmek gerekir<sup>750</sup>. Bununla beraber, arsa sahibinin sözleşmeden doğan bazı yan yükümlülükleri, koruma yükümlülükleri ve yerine getirmesi gereken külfetler de vardır<sup>751</sup>. Arsa sahibinin sahip olduğu yükümlülükleri ihlal etmesi halinde, alacaklı temerrüdü hükümlerince sorumluluğu söz konusu olabilir. Arsa sahibi sahip olduğu bazı haklardan mahrum olmak ya da müteahhide tazminat ödemek zorunda kalabilir<sup>752</sup>.

<sup>749</sup> Aral, s. 369.; Baygın, s. 29.; Berki, s. 146.; Kaplan, (İnşaat), s. 125.; Tunçomağ, C. II, s. 1018.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 319.

<sup>750</sup> Ayan, s. 36.; Duman, (İnşaat), s. 712.; Erman, (Arsa Payı), s. 48.; Karahasan, C. I., s. 307.; Kartal, s. 109.; Kaya, s. 63.; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (Özel Bölüm), s. 359.

<sup>751</sup> Aral, s. 369.

<sup>752</sup> Aral, s. 369.; Oğuzman/ Öz, s. 280 vd.

## 1. Arsa Sahibinin Belirlenen Arsa Paylarını Müteahhide Devretme Borcu

### a. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin en önemli borcunu, sözleşme ile belirlenen arsa paylarını müteahhide devretme borcu oluşturur. Arsa sahibinin anılan borcunun kapsamının daha iyi anlaşılabilmesi için, öncelikle, eser sözleşmesinde iş sahibinin altında bulunduğu ücret ödeme borcunun kapsamının incelenmesi gerekir.

Eser sözleşmesinde iş sahibinin ödemekle yükümlü olduğu ücret, götürü ücret veya yaklaşık ücret olarak belirlenebilir. Götürü ücret ve yaklaşık ücret kavramlarına (çalışmamızın sınırlarını aşmamak amacıyla) kısaca değinilmekle yetinilecektir.

Götürü ücret, meydana getirilecek eser karşılığında ödenecek ücretin önceden ve kesin olarak belirlenmesi halinde söz konusu olur<sup>753</sup>. Yaklaşık ücret ise, sözleşmenin başında ücretin hiç kararlaştırılmadığı veya yaklaşık olarak kararlaştırıldığı durumlarda mevcuttur<sup>754</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhide devredilecek arsa paylarının miktarı, sözleşme ile başlangıçta kesin ve net olarak tayin edildiği için, devir borcunun, götürü ücret kapsamında değerlendirileceği kabul edilir<sup>755</sup>. Bu durumda, inşaat önceden tahmin edilen emekten daha az bir emek harcanarak meydana getirilmiş olsa da, arsa sahibi belirlenen fiyattan indirim yapılmasını isteyemez. Müteahhit de, inşaatın tamamlanması

<sup>753</sup> Aral, s. 370.; Baygın, s. 30.; Bilge, s. 255.; Duman, (İnşaat), s. 771.; Ergezen, s. 127.; Erman, (Beklenilmeyen Hal), s. 63.; Kaplan, (İnşaat), s. 129.; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (Özel Bölüm), s. 360.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 306.

<sup>754</sup> Aral, s. 374.; Baygın, s. 42.; Ergezen, s. 108.; Kaplan, (İnşaat), s. 139.; Erman, (Beklenilmeyen Hal), s. 59.

<sup>755</sup> İşbora, s. 112.; Duman, (İnşaat), s. 73.; Kaya, s. 63.; Kostakoğlu, s. 969. Bu yönde bkz: Yargıtay 15. HD. 8.10.2003 T., 2003/1249 E. 2003/4611 K. sayılı Kararı: “...Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri; BK. 365 maddesinde ifadesini bulan (götürü bedelli) sözleşmelerdendir. Götürü olarak yapımı kararlaştırılan bir işte sözleşmede belirtilen bedelin dışında başka bir bedel talep edilmesi mümkün değildir...” (Kostakoğlu, s. 1072, 1073.)

tahmin edilenden daha çok çalışmayı ve gideri gerektirmiş olsa bile ücrette artırım yapılmasını isteme imkânına sahip değildir<sup>756</sup>.

Sözleşmede kararlaştırılan götürü ücret, ancak tarafların anlaşması yoluyla değiştirilebilir. Tarafların sözleşmeye, işçi ücretlerinde veya malzeme bedellerinde meydana gelebilecek değişikliklerin lehe veya aleyhe olarak ücret borcuna yansıtılacağına ilişkin bir şart koymaları mümkündür<sup>757</sup>. Müteahhidin götürü ücretin arttırılmasına ilişkin talebine arsa sahibinin olumlu veya olumsuz bir karşılık vermemesi, arttırma talebini zımnen kabul ettiği anlamına gelmez<sup>758</sup>. Götürü ücretin, sözlü olarak verilen kararlarla arttırıldığına ilişkin iddiayı, müteahhit; sözlü olarak verilen kararlarla indirildiğine ilişkin iddiayı, arsa sahibi ispatlamakla yükümlüdür<sup>759</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona ermesi başlığı altında detaylı bir şekilde incelemek olan<sup>760</sup> Borçlar Kanunu 365'inci maddesinin ikinci fıkrasına (TBK. 480/ II) göre<sup>761</sup>, taraflarca başlangıçta öngörülemeyen veya öngörüldüğü halde göz önünde bulundurulmayan durumlar, eserin yapılmasına engel olur veya eserin tamamlanmasını son derece güçleştirirse, müteahhit, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, uyarlama isteğinin kabulünün mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahip olur. Sözleşmenin ani edimli

<sup>756</sup> Duman, (İnşaat), s. 771.; Yargıtay 15. HD. 20.03.2006 T., 2006/ 1846 E., 2006/ 1559 K. Sayılı Kararı: “Yanlar arasında yapılan 12.2.2001 tarihli sözleşme ile davacı-karşı davalı, ilave kat yapımını 11.500 TL götürü bedel ile üstlenmiştir. Yine yüklenici tarafından ilave olarak teras katın yapıldığı uyuşmazlık konusu değildir. Yanlar arasındaki sözleşmede iş bedeli götürü olarak kararlaştırıldığından Borçlar Kanunu madde 365'inci maddesi gereği yüklenici götürü bedelin arttırılmasını isteyemez. Davacı-karşı davalı yüklenici kendisine 13.209 TL ödeme yapıldığını kabul etmiş, davalı-karşı davacı iş sahibi de bu bedelin üzerinde ödeme yapıldığını kanıtlayamamıştır. Alınan bilirkişi raporunda ilave iş bedeli 4.750 TL hesaplanmıştır. Davacı-karşı davalı yükleniciye götürü bedelin üzerinde fazla ödenen 2.209 TL'nin sözleşme dışı ilave işlere karşılık ödendiğinin kabulü gerekir. Bu durumda fazla ödemenin hesaplanan ilave iş bedelinden mahsubu ile asıl davada 2.568 TL'ye hükmedilmesi gerekirken fazla ödeme dikkate alınmadan sözleşme dışı iş bedelinin tamamına hükmedilmesi doğru değildir...” (Duman, (İnşaat), s. 778.)

<sup>757</sup> Baygın, s. 32.; Duman, (İnşaat), s. 778.

<sup>758</sup> Duman, (İnşaat), s. 778.

<sup>759</sup> Duman, (İnşaat), s. 781.

<sup>760</sup> Bknz. Aşa. s. 224 vd.

<sup>761</sup> 11.01.2011 tarihinde kabul edilen, 04.02.2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu madde 480, fıkra II hükmüne, “Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir” cümlesi eklenmiştir.

borç ilişkisi doğuruyor olması, uyarlanmasına engel değildir<sup>762</sup>. Ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin ifasının belli bir zaman dilimi sonunda gerçekleştirilebildiği hallerde, uyarlamanın mümkün olduğu kabul edilir<sup>763</sup>.

Borçlar Kanunu madde 365 (TBK. 480) hükmü ile müteahhide tanınan sözleşmenin uyarlanmasını talep etme hakkının kullanılabilmesi için, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan ve sözleşmenin aynen uygulanmasını aşırı derecede güç hale getiren durumun, genel nitelikli ve sürekli olması gerekir<sup>764</sup>. Ayrıca, hükmün uygulanmasına neden olan durumun ortaya çıkmasına tarafların sebep olmuş olmamaları şartı aranır<sup>765</sup>. Sözleşme ile uyarlama yapılması yasaklanmışsa, taraflar olumlu şartlar gerçekleşmiş olsa da, anılan hükümden faydalanamaz<sup>766</sup>. Karşılıklı edimler arasındaki dengenin taraflardan biri için katlanılamaz derecede bozulduğu hallerde, işlemin temelden çöktüğünden bahisle, madde 365 hükmüne başvurulabilir<sup>767</sup>. Anılan hüküm, hukukumuzda temel olarak kabul edilen “*sözleşmeye bağlılık ilkesi*”nin dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde yumuşatılmasına hizmet etmektedir<sup>768</sup>.

Büyük ihaleleri alabilmek için, ihalede kasten düşük fiyat ileri süren ve inşa işini aldıktan sonra ücretin uyarlanmak suretiyle arttırılmasını talep eden kötüniyetli müteahhitlerin, anılan hükme dayanarak çıkar sağlamalarına engel olabilmek için, hâkimin dikkatli olması gerekir<sup>769</sup>. Böyle durumlarda hâkim,

<sup>762</sup> Baysal, Başak; Sözleşmenin Uyarlanması, (Uyarlanma), İstanbul 2009, s. 109.

<sup>763</sup> Baysal, (Uyarlanma), s. 109.

<sup>764</sup> Arat, Ayşe; Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006, s. 94.; Baysal, (Uyarlanma), s. 143 vd.; Burcuoğlu, Haluk; Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama, (Uyarlama), İstanbul 1995, s. 9-11.; Baygın, s. 65 vd.; Duman, (İnşaat), s. 787. Kaplan, İbrahim; Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, (Müdahale), Ankara 2007, s. 122 vd.; Topuz, Seçkin; Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara 2009, s. 259 vd.; Yavuz, Nihat; Öğretide ve Uygulamada Uyarlama Davaları, Ankara 2007, s. 11.

<sup>765</sup> Arat, s. 94.; Baysal, (Uyarlanma), s. 166 vd.; Burcuoğlu, (Uyarlama), s.9, 10.; Duman, (İnşaat), s. 787.; Kaplan, (Müdahale), s. 126 vd.; Yavuz, N., s. 11.

<sup>766</sup> Arat, s. 124 vd.; Baysal, (Uyarlanma), s. 196.; Kaplan, (Müdahale), s. 148.; Yavuz, N., s. 11.

<sup>767</sup> Akyol, s. 83 vd.; Baysal, (Uyarlanma), s. 97.; Bilge, s. 82 vd.; Burcuoğlu, (Uyarlama), s. 9.; Sarıal, Enis; “Beklenmeyen Halin Sözleşmeye Etkisi”, (Günümüzde Yargı, S. 47, 1980), s. 24 vd.; Yavuz, N., s. 11 vd.

<sup>768</sup> Akyol, s. 88, 89.; Bilge, s. 256.; Burcuoğlu, (Uyarlama), s. 6 vd.; Duman, (İnşaat), s. 783.; Kaplan, İbrahim, (Müdahale), s. 118.; Sarıal, s. 24 vd.; Topuz, s. 68.

<sup>769</sup> Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 307.

gerekirse sözleşmeden dönme yönünde bir karar vermeli, ancak ücretin arttırılmasına yoluna gitmemelidir<sup>770</sup>.

Borçlar Kanunu madde 364, fıkra I (TBK. 479/ I) hükmüne göre, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, arsa sahibinin arsa paylarını müteahhide devri borcu inşaatın kendisine teslimi anında muaccel hale gelir. Bu sebeple, müteahhidin inşaat bedeli üzerindeki hakları, ancak inşaatın arsa sahibine teslimi anında muaccel olur<sup>771</sup>. Müteahhit inşaatı bir bütün halinde tamamlayarak arsa sahibine teslim etmedikçe, belirlenen arsa paylarının kendisine devredilmesini talep edemez<sup>772</sup>.

Tarafların devir borcunun ifa edileceği tarihi sözleşme ile kararlaştırmaları da mümkündür. Tarihin sözleşme ile belirlendiği hallerde, inşaatın teslim tarihinin değil, sözleşmede belirlenen tarihin arsa paylarının devri borcunun muaccel olması bakımından dikkate alınması gerekir<sup>773</sup>.

<sup>770</sup> Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 307.

<sup>771</sup> Aral, s. 377.; Orgaç, Senai; İstisna Akdi, Ankara 1977, s. 67.; Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 43.

<sup>772</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 49.; Öz, (İnşaat), s. 73.; Bu yönde bkz: Yargıtay 15. HD. 10.12.2001 T., 2001/4000 E., 2001/5695 K. sayılı Kararı: “...BK.81. maddesi uyarınca iki taraflı akitlerde bir akdin ifasını talep eden kimse kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylememiş ise karşı taraftan ifa isteyemez. Öte yandan eser sözleşmesinde iş sahibinin borcu olan eser bedelinin ödenmesi eserin yapılıp teslim edilmesi koşuluna bağlıdır ( BK. madde 364 ). Aksi kararlaştırılmadığı sürece yüklenicinin kendi edimini yerine getirmesi ve daha sonra eser bedelini istenmesi gerekir. İstenilen arsa payı yapılan binanın bedeli olduğuna göre yüklenici noksanlıkları giderip sözleşme uyarınca oturma iznini de aldığı anda istemde bulunma hakkı saklı kalmak koşulu ile bu aşamada açılan davanın reddi yerine delillerin takdirinde yanılığa düşerek yazılı şekilde kabulü bozma nedenidir...” (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, (<http://www.kazanci.com>; 17.04.2010); Bu yönde bkz: Yargıtay 15. HD. 17.2.1994 T., 1993/3539 E., 1994/830 K. sayılı Kararı: “...Kat karşılığı yapılan sözleşmede, arsa payının önceden devrine ilişkin açık bir hüküm bulunmadıkça, kural olarak müteahhidin edimini ifadan sonra pay ferağının gerektiği kabul edilir...” (Kostakoğlu, s. 237-239.); Yargıtay 15. HD. 9.12.2005 T., 2004/ 7424 E., 2005/6700 K. sayılı Kararı: “...Yüklenicinin, kat karşılığı yapılan sözleşmeye göre talepte bulunabilmesi için kendi edimini yasalara uygun şekilde yerine getirmiş olması gerekir. Mahkemece öncelikle yapılan inşaatın yasal olup olmadığı araştırılmalı, inşaat yasal olarak inşa edilmiş ya da yasal hale getirilmesi mümkün ise, asıl olan sözleşmedeki edimin aynen ifası olup aynen ifa mümkün iken karşı yanın bedel ödemeye zorlanamayacağı, davalıların devir yapmaya hazır olduklarını içeren beyanları da dikkate alınarak davacının tapu iptali ve tescil davası açma hakkı saklı tutularak bu davanın reddine karar verilmelidir...” (Kostakoğlu, s. 993, 994.)

<sup>773</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 48.

Taraflar, muacceliyet tarihini belirli bir gün olarak kararlaştırabilecekleri gibi, inşaatın belirli aşamaya gelmesi şartına da bağlayabilirler<sup>774</sup>. Örneğin, inşaatın temeli atıldığında arsa paylarının belirli bir bölümünün, kaba inşaatın yapılmasıyla belirli bir bölümünün ve inşaatın tamamlanmasıyla veya iskân ruhsatının alınmasıyla kalan payların müteahhide devredileceği sözleşme ile kararlaştırılabilir. İnşaat kararlaştırılan aşamaya gelmedikçe, müteahhit arsa paylarının devrini talep edemez<sup>775</sup>. Taraflar arasında sözleşme ile kararlaştırılan bu hüküm, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 287 (HMK. 193<sup>776</sup>) kapsamında delil sözleşmesi niteliği taşır.

Devir borcunun ifasının, inşaatın belli bir aşamaya gelmesi şartına bağlanmış olduğu durumlarda, inşaat kararlaştırılan aşamaya geldiği halde arsa sahibi arsa paylarını devretmekten kaçınıyorsa, müteahhit Borçlar Kanunu madde 81 (TBK. 97) gereği ödemezlik def'i ileri sürerek gecikmiş devir borcu ifa edilene kadar inşa işini yapmaktan kaçınabilir<sup>777</sup>.

Taraflar arasında şekil şartına, yani resmî şekle uyulmadan düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, müteahhidin inşaatı teslim borcunu ifa etmesi halinde, arsa sahibinin sözleşmenin şekil şartına uygun olarak düzenlenmediğini ileri sürerek, arsa paylarını devretmekten kaçınması hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil

<sup>774</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 48.; İşbora, s. 113.; Bu yönde bkz: Yargıtay 15. HD. 15.1.1993 T., 1993/4987 E., 1993/2743 K. sayılı Kararı: "...Sözleşmenin 1. maddesinde, bağımsız bölümlerin paylaştırılması kararlaştırılırken arsada 60/100 payın ferağının inşaatın tamamlanmasından sonra verileceği yazılmış; takip eden 2. maddesinde ise yanların edimlerinden "sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra" 60 payın devir edileceği kararlaştırılmıştır...." (Erman, (Arsa Payı), s.48)

<sup>775</sup> Bu yönde bkz: Yargıtay 15. HD. 19.10.2004 T., 2004/5235 E., 2004/7138 K. sayılı Kararı: "...Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin inşaatı anahtar teslimi esasına göre yapı kullanma izni alarak teslim edeceği hükme bağlanmıştır. Başka bir anlatımla teslim, iskân ruhsatı koşuluna bağlanmıştır. Davalılar arasındaki sözleşmenin anılan hükmü HUMK.'nın 287. maddesi uyarınca delil sözleşmesi niteliğindedir. Bu hüküm yüklenicinin halefi olan davacı üçüncü kişileri de bağlayacağından yapının iskân ruhsatı alınmadan teslim edildiğini kabule olanak yoktur. Başka bir anlatımla ne yüklenici ne de ondan kişisel hakkını devir ve temlik alan üçüncü kişiler iskân ruhsatı alınmadan sözleşmenin bedeli olan bağımsız bölüm tescilini arsa maliki olan davalılardan isteyemez..." (Kostakoğlu, s. 1080, 1081.)

<sup>776</sup> 12.01.2011 Tarihinde kabul edilen ve 04.02.2011 Tarihli Resmi Gazete ile yayımlanan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 193'üncü maddesinin ikinci fıkrasına, "Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir" hükmü eklenmiştir.

<sup>777</sup> Baygın, s. 212.; Duman, (İnşaat), s. 721 ve 779.; Karahasan, (Genel C. II), s. 773 vd.; Oğuzman/Öz, s. 268 vd.; Öz, (İnşaat), s. 78.;

eder<sup>778</sup>. Bu sebeple, arsa sahibi sözleşmeden doğan edimini yerine getirme yükümlülüğünden kurtulamaz.

Kural olarak, müteahhidin inşaatı sözleşmede kararlaştırılan kapsamıyla ve saptanan koşullarda yapması gerekir. Arsa sahibinin, inşaatın sözleşme ile belirlenen niteliklerini tek taraflı iradesi ile genişletmesi halinde, müteahhit, inşaat maliyet ve işinin artmasını kabul etmek zorunda değildir<sup>779</sup>. Ancak, arsa sahibi ile müteahhit aralarında bir ek sözleşme yaparak, sözleşme ile belirlenen inşaatın niteliğinin genişletilebilmesi için, müteahhide ilave işler yapma yükümlülüğü verebilirler<sup>780</sup>. Bu durumda, yapılan ek sözleşmenin de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi resmî şekilde düzenlenmesi gerekir<sup>781</sup>. Yapılan ek sözleşme, müteahhit ve arsa sahibinin borçları bakımından ana sözleşmenin doğurduğu sonuçları doğurur. Bu bakımdan arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu, asıl sözleşmede özel bir ifa şekli ve tarihi kararlaştırılmışsa o şekilde, aksi halde inşaatın teslim edildiği tarihte muaccel olur.

İnşaatın büyük bir bölümünün tamamlanmış olması ancak ifanın inşaatın bir bütün halinde tamamlanmaması nedeniyle teslim tarihinde yapılamaması halinde, arsa sahibinin temerrütten doğan seçimlik hakkını kullanarak sözleşmeden dönmesi durumunda, dönmenin ileriye etkili olarak sonuç doğuracağına yukarıda işaret etmiştik<sup>782</sup>. Bu durumda, arsa sahibinin müteahhide, inşaatın tamamlanan bölümü oranında arsa payı devretmesi gerektiğinin gözden kaçırılmaması gerekir<sup>783</sup>.

<sup>778</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 50.; İşbora, s. 114, 115.

<sup>779</sup> Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 13.

<sup>780</sup> Bununla birlikte, taraflar arasında bu yönde bir ek sözleşme bulunmamasına rağmen, sözleşme kurulurken arsa sahibince müteahhide bu yönde bir yetki verilmesi veya sözleşme kurulduktan sonra tarafların farazî iradelerinin birleşmesi halinde de müteahhit ilave iş yapma hakkına sahip olur. (Gökyayla, s.55-62.)

<sup>781</sup> Bknz. Yuk. s. 30.; Baygın, s. 55.

<sup>782</sup> Bknz. Yuk. s. 100 vd.

<sup>783</sup> Duman, (İnşaat), s. 74.; Erman, (Arsa Payı), s. 50.

Uygulamada, müteahhidin, herhangi bir ek sözleşme veya arsa sahibinin bu yönde bir iradesi olmaksızın, yasal imkânlardan ve özellikle imar durumundan yararlanarak, inşaatın sözleşme ile kararlaştırılan kapsamını büyütmesine sıkça rastlanmaktadır<sup>784</sup>. Müteahhidin inşa işini sözleşmeyi aşan nitelikte görmesi halinde, yaptığı fazla işin bedelini vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamında alma hakkı vardır<sup>785</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, inşaatı teslim etme borcunun ifa edildiğini ispat yükü müteahhitte iken, arsa paylarının devri borcunun ifa edildiğini ispat yükü, genel ispat kuralı gereğince, arsa sahibine aittir<sup>786</sup>.

Müteahhidin Medeni Kanun madde 893, bent 3 uyarınca, ücret alacağını teminat altına alabilmek için inşaat üzerine kanuni ipotek tesis ettirme hakkı bulunmaktadır<sup>787</sup>. Söz konusu ipotek hakkının kullanılabilmesi için, tapuya tescil edilmesi şarttır. İpoteğin tescilini isteme hakkı hukuki niteliğinin doktrinde tartışmalı olduğu görülmektedir. Bu konuda başlıca dört görüş vardır. İlk görüş, ipoteğin tescilini isteme hakkının şahsi bir hak olduğunu kabul ederken<sup>788</sup>, ikinci görüş aynı bir hak olduğunu savunur<sup>789</sup>. Üçüncü görüşün hakkın, eşyaya bağlı bir borç doğurduğunu kabul ettiği görülmektedir<sup>790</sup>. Baskın olarak kabul edilmekte olan dördüncü görüş ise, kanuni ipoteğin tescilini talep hakkının yenilik doğuran hak niteliğini haiz olduğunu savunur<sup>791</sup>. Kanaatimizce ipoteğin tescilini isteme hakkı şahsi bir haktır. Şahsi hakkın aynı hakka dönüşebilmesi için ise, tapuda tescil işleminin yapılması gerekir<sup>792</sup>.

<sup>784</sup> Akkanat, (Kat Karşılığı), s. 65.; Gökyayla, s. 84.

<sup>785</sup> Arıdemir Genç, s. 473.; Baygın, s. 58.; Gökyayla, s. 85.; Bu yönde bkz: Yargıtay 15. HD. 20.5.1987 T., 1986/4422 E., 1986/2263 K. sayılı Kararı: “...Sözleşmeyi aşan işin bedeli vekâletsiz tasarruf olarak yapıldığı tarihteki rayiç fiyatla değerlendirilir...” (Kostakoğlu, s. 1049.); Yargıtay 15. HD. 5.6.1987 T., 1987/1183 E., 1987/2506 K. sayılı Kararı, (Kostakoğlu, s. 1048.); Yargıtay 15. HD. 12.2.1987 T., 1986/1841 E., 1987/474 K. sayılı Kararı, (Kostakoğlu, s. 1049, 1050.)

<sup>786</sup> Baygın, s. 204.

<sup>787</sup> Bknz. Yuk. s. 65 vd.; Bilge, s. 254, 255.; Duman, (İnşaat), s. 748.; Tandoğan, C. II, s. 82.

<sup>788</sup> Duman, (İnşaat), s. 748.; Köprülü, Bülent/ Kaneti, Selim; Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982-1983, s. 315.

<sup>789</sup> Davran, Bülent; Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 54.

<sup>790</sup> Baysal, (İpotek), s. 154.

<sup>791</sup> Aybay/ Hatemi, s. 86.

<sup>792</sup> Duman, (İnşaat), s. 748.

b. Arsa Sahibinin Belirlenen Arsa Paylarını Müteahhide Devretme Borcunu Yerine Getirmemesinin Sonuçları

(1) Arsa Sahibinin Temerrüde Düşmesi

Arsa sahibinin belirlenen arsa paylarını müteahhide devretmekten kaçınması halinde temerrüde düşürülmesi mümkündür<sup>793</sup>. Arsa paylarının devri borcunun, inşaatın belirlenen bir düzeye gelmesi ile muaccel hale geleceği kararlaştırılmışsa ve inşaatın sözleşme ile belirlenen aşamaya gelmesine rağmen arsa sahibi edimini ifa etmiyorsa, yine temerrüdü söz konusu olur.

Arsa sahibinin temerrüde düşmesi halinde müteahhit, arsa sahibine borcunu ödemesi yönünde bir ihtarda bulunmak kaydıyla, Borçlar Kanunu madde 106' da (TBK. 125) düzenlenen seçimlik haklardan birini kullanabilir<sup>794</sup>. Müteahhit, anılan seçimlik hakları kullanmak istiyorsa, temerrüde düşen arsa sahibine uygun bir ek süre vermelidir. Ancak, Borçlar Kanunu madde 107'de (TBK. 124) belirtilen sebeplerin birinin varlığı halinde, ek süre verilmesine gerek kalmaz. Ücret borcunun muaccel olacağı tarih kesin olarak belirlenmişse, arsa sahibinin mütemerrit sayılması için, müteahhidin ihtarda bulunması şartı aranmaz<sup>795</sup>. Borçlar Kanunu madde 106'da (TBK. 125) belirlenen seçimlik hakların kullanılması halinde, müteahhidin inşaatı teslim borcunu ifa etmemesi sebebiyle temerrüde düşmesinin sonuçları başlığı altında anlatmış olduğumuz sonuçlar doğar<sup>796</sup>.

<sup>793</sup> Koç, s. 95.; Üçer, s. 57 vd.

<sup>794</sup> Baygın, s. 208.; Birsen, Kemaleddin; Borçlar Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1954, s. 526 vd.; İşbora, s. 113, 114.; Kaplan, (İnşaat), s. 166-170.; Oğuzman/ Öz, s. 280 vd.; Ortaç, s. 69.; Zevkliler, s. 343.

<sup>795</sup> Baygın, s. 206, 207.; Duman, (Kat Karşılığı), s. 130.; Öz, (İnşaat), s. 79.

<sup>796</sup> Bknz. Yuk. s. 91 vd.

## (2) Müteahhidin Arsa Sahibine Karşı Tescile İcbar Davası Açma Hakkı

Arsa sahibinin tescile icbar davası açma hakkı, konunun sahip olduğu önem sebebiyle ayrı bir başlık altında incelenecektir.

## 2. Arsa Sahibinin Sözleşmeden Doğan Diğer Y k mleri Yerine Getirme Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulmasındaki amaç, arsa sahibinin arsası üzerine, belirlenen arsa paylarının devredilmesi karşılığında, sözleşmede öngörülen inşaatın müteahhit tarafından yapılmasıdır. Arsa sahibinin, sözleşmenin kurulmasından inşaatın tamamlanmasına kadar geçen dönemde, müteahhidin ifaya yönelik davranışlarını destekleyen ve bunun gerçekleşmesini sağlayan katılma ve işbirliğinde bulunma yükümlülüklerine uygun hareket etmesi gerekir<sup>797</sup>. Bu bakımdan, arsa sahibine arsa paylarını devretme borcunun yanında bazı yan ve tamamlayıcı borçlar yüklenmesi mümkündür<sup>798</sup>. Arsa sahibinin kararlaştırılan borçlara uymaması halinde, müteahhit borçlunun temerrüdü hükümleri kapsamında arsa sahibini temerrüde düşürebilir.

Müteahhidin sözleşme ile üstlendiği edimi gereği gibi ifa edebilmesi için, arsa sahibinin arsasını inşaat yapmaya elverişli bir şekilde müteahhide teslim etmesi gerekir<sup>799</sup>. Taraflar arasında yer teslimine ilişkin bir belgenin düzenlenmiş olması, arsanın inşaat yapımına elverişli olarak müteahhide teslim edildiğini kesin olarak ortaya koymaz. Bu belge yalnızca, arsanın inşaat yapımına elverişli şekilde müteahhide teslim edildiği yönünde bir karine teşkil eder. Yer teslimine ilişkin belge düzenlenerek verilen arsa üzerinde, müteahhidin inşaata başlaması mümkün olmayabilir. Belgeye rağmen, arsanın inşaata uygun olarak teslim edilmeğini ispat yükü müteahhide düşer.

<sup>797</sup> Ayan, s. 36.

<sup>798</sup>  z, (İnşaat), s. 102.

<sup>799</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 50.; Kartal, s. 105.; Koç, s. 134.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 13.9.1989 Tarih, 1989/ 2347 Esas, 1989/ 3466 Karar sayılı kararının, “...Öte yandan, üzerinde inşaat yapılacak arsada davacının kiraya verdiği bir bina mevcut olup, tahliye yükümü iş sahibine ait olduğu halde kiracının tahliyesi yapılmadığı gibi, arsanın da inşaat elverişli şekilde davalıya teslim edilmediği anlaşılmaktadır...” hükmünü içerdiği görülmektedir<sup>800</sup>. Böyle bir durumda müteahhit, arsa sahibi ile aralarında yer teslimine ilişkin bir belge düzenleniş olsa da, arsanın inşaat yapımına elverişli olmadığını ispat etme hakkına sahip olur.

Arsanın imar plan ve projesine uygun olması önemlidir<sup>801</sup>. Sözleşmenin yapıldığı sırada, arsa üzerinde inşaat yapmak objektif olarak mümkün değilse, sözleşmenin Borçlar Kanunu madde 20 (TBK. 27) hükmüne göre, kısmen veya tamamen geçersiz sayılması ihtimali doğar. Ancak, inşaatın yapılması sözleşme kurulduktan sonra, imar planında değişiklik yapılması gibi bir nedenle imkânsız hale gelmişse, sonraki imkânsızlık söz konusu olur<sup>802</sup>. Bu durumda, somut olayın özelliklerine göre Borçlar Kanunu madde 117 (TBK. 136) veya madde 96 (TBK. 112) hükümleri uygulama alanı bulur<sup>803</sup>.

Tarafların inşaatın yapımına başlanmasını belli işlerin tamamlanması şartına bağlamış oldukları hallerde, imkânsızlıktan söz edilmez. Bu durumda, inşaatın yapımına, arsa sahibinin kararlaştırılan işlemleri yerine getirmesiyle başlanır<sup>804</sup>. Bununla birlikte sözleşme ile, inşaatın yapımına başlanması için gerekli olan işlemlerin müteahhit tarafından gerçekleştirileceğinin kararlaştırılması halinde, arsa sahibi bu borçtan kurtulmuş olur<sup>805</sup>. Ancak yapılacak işin niteliği gereği müteahhide vekâlet verilmesi gerekiyorsa, arsa sahibi bunu yerine getirmelidir.

<sup>800</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 52.

<sup>801</sup> Kartal, s. 105.; Koç, s. 134.

<sup>802</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 50, 51.

<sup>803</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 51.

<sup>804</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 51.; Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 42.

<sup>805</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 51, 52.

Müteahhidin inşaatı yapmaya başlaması veya başlanılan işe devam edilebilmesi için öncelikle belediyeden inşaat (yapı) ruhsatı alınması gerekir. İnşaat (yapı) ruhsatı, kural olarak, arsa sahibi tarafından alınır<sup>806</sup>. Ancak sözleşme ile bu işlerin müteahhit tarafından yapılacağı kararlaştırılmışsa, arsa sahibi bunun için müteahhide vekâlet vermelidir. Bunun gibi, yapılması arsa sahibinin vekâlet vermesine bağlı olan başka işlerin ortaya çıkması da mümkündür. Arsa sahibi, inşaatın yapımına zamanında başlanması ve işin zamanında bitirilmesi için müteahhide gereken yetkileri vermeli ve yasal işlemlerin yapılmasına engel olmamalıdır.

Uygulamada, arsa sahibinin inşaata başlanması amacıyla yapılacak işler için müteahhide vekâlet vermemesi veya müteahhidi vekâletten azletmesi gibi durumlarla karşılaşılmaktadır<sup>807</sup>. Bu gibi durumlarda, müteahhit tarafından sözleşmenin ifa edilebilmesi için ifa hazırlıklarına zamanında başlanamaması sebebiyle, arsa sahibinin, sözleşmenin zamanında ifa edilmesini talep hakkının bulunmadığının kabul edilmesi gerekir<sup>808</sup>. Bu halde müteahhit teslim borcunu zamanında ifa edemediği için mütemerrit kılınamaz. Arsa sahibinin müteahhide işlerin yapılması konusunda gereken yetkiyi vermekten kaçınması halinde, müteahhit, gereken işlerin yapılması için kendisine izin verilmesini mahkemeden talep edebilmelidir<sup>809</sup>.

<sup>806</sup> Bu yönde bkz: Yargıtay 15. HD. 15.11.1996 T., 1996/ 6115 E., 1996/ 6046 K. sayılı Kararı: “...Sözleşmede inşaat ruhsatının kim tarafından alınacağı saptanmadığı gibi, bu konuda verilecek bir vekâletnameden de söz edilmemiştir. Aksine hüküm yoksa, kural olarak inşaat ruhsatının alınması iş sahibi olan davacıya aittir. Davalının ruhsatsız inşaata başlaması kamu düzenine aykırıdır. İnşaat ruhsatının olmadığı sürece, başlanmış inşaata yüklenicinin devam etmesi iş sahibi tarafından istenemez. Kendi edimini yerine getirmeyen davacının, işe devam etmesi için davalı yükleniciye gönderdiği uyarılar, davalıyı mütemerrit kılmaz...” (Erman, (Arsa Payı), s. 53.)

<sup>807</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 53.

<sup>808</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 53.

<sup>809</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 53.; Öz, (İnşaat), s. 102.; Karşı görüş için bkz: Ayan, s. 38: “...Kanaatimce bu görüşün kabulü, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Çünkü, iş sahibinin örtülü irade açıklamasıyla (BK. madde1/II), Borçlar Kanununun 369. maddesine göre sözleşmeyi feshetme hakkını kullandığının kabul edilebileceği durumlarda, yükleniciye bu tür yetkilerin verilmesi aşırı olur.”

### III. TESCİLE İCBAR DAVASI

#### A. Tescile İcbar Davasının Konusu

Arsa sahibinin sözleşme gereği üstlenmekte olduğu borç, taşınmaz satım vaadinin özelliklerini taşımaktadır. Taşınmaz mal mülkiyetinin kazanılmasında tescil, iktisabın kurucu unsurudur. Bu bakımdan, arsa sahibinin borcunu ifa etmemesi halinde müteahhit, devredilmeyen arsa paylarının tescili için dava açma hakkına sahiptir<sup>810</sup>.

Medeni Kanun madde 716, fıkra I, *“Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir”* hükmünü içermektedir. Buna göre, taşınmaz satım vaadinde bulunan, fakat daha sonra borcunu ifadan kaçınan borçlu aleyhine, alacaklı tarafından, anılan hüküm uyarınca tescile icbar davası açılabilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de, müteahhidin sözleşme ile kararlaştırılan inşaatı bir bütün halinde tamamlayarak arsa sahibine teslim etmiş olmasına rağmen, arsa sahibinin belirlenen arsa paylarını müteahhide devretme borcunun ifasından kaçınması halinde, müteahhit arsa sahibine karşı tescile icbar davası açma hakkına sahip olur.

Uygulamada cebri tescil davası veya ferağa icbar davası olarak da anılan tescile icbar davasının açılabilmesi için, her şeyden önce, taraflar arasında bulunan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, resmî şekil şartına uygun olarak düzenlenmiş olması gerekir. Resmî şekil şartına uyulup uyulmadığı hususu, mahkemece re’sen gözetilir.

<sup>810</sup> Çınar, Turan; Tapu İptali ve Tescil Davaları, Ankara 2008, s. 367.; Erman, (Arsa Payı), s. 49.

Tescile icbar davası, içeriğinde tapu iptali talebini de barındırır<sup>811</sup>. Müteahhit açtığı tescile icbar davası ile öncelikle, belirlenen arsa paylarının arsa sahibi üzerinde bulunan tapu kayıtlarının iptal edilmesini, ardından da tescilin hukuki sebebi olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin göstererek, arsa paylarının kendisi adına tescil edilmesini mahkemeden talep etmelidir. Aksi takdirde, tapu kaydı iptal edilmeden verilen tescil kararı çifte tapu sonucuna yol açar.

## **B. Tescile İcbar Davasının Tarafları**

Tescile icbar davasının taraflarını, aralarında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bulunan müteahhit ve arsa sahibi oluşturur.

Tescile icbar davasını, yapacağı inşaa işine karşılık olarak belirlenen arsa paylarını devralmayı sözleşme ile kabul eden müteahhit açar. Davanın, kendisine arsa paylarının devri vaat edilen müteahhit tarafından açılması bir kuraldır. Ancak, bazı durumlarda davanın, arsa sahibi tarafından da açılabileceğini göz ardı etmemek gerekir. Arsa sahibinin belirlenen arsa paylarının mülkiyetini müteahhide geçirmeye hazır olmasına ve müteahhidi temerrüde düşürmesine rağmen, müteahhit mülkiyeti devralmaktan kaçınabilir<sup>812</sup>. Bu durumda arsa sahibinin, müteahhidin temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönme hakkının yanında, müteahhide karşı tescile icbar davası açma hakkının bulunduğu da kabul edilmelidir. Bu halde, tescile icbar davasının tarafları yer değiştirmiş olmaktadır. Açılan dava sonunda davacı arsa sahibi lehine alınan karar, müteahhidin tapu memuru önündeki beyanı yerine geçer<sup>813</sup>. Tapu memuru, müteahhidin varlığına gerek kalmaksızın, arsa paylarının mülkiyetinin el değiştirmesi işlemini gerçekleştirir<sup>814</sup>.

<sup>811</sup> Çınar, s. 367.; Kılıç, s. 1528.

<sup>812</sup> Özenli, Soysal; Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Neden Olduğu Davalar, Ankara 1986, s. 176.

<sup>813</sup> Özenli, s. 178.

<sup>814</sup> Özenli, s. 178.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanılarak açılan tescile icbar davasında davalı tarafı, müteahhidin yapacağı inşaa işine karşılık satımı vaat edilen arsa paylarının maliki olan arsa sahibi (ve külli halefleri) oluşturur.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir tarafını birden fazla kişinin oluşturduğu hallerde, bu kişiler arasında mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olur. Örneğin, inşaa işini üstlenen müteahhit sayısının birden fazla olduğu hallerde yahut sözleşme konusu arsanın mülkiyetinin birden fazla kişiye müştereken ait bulunduğu durumlarda açılacak tescile icbar davası hakkında mahkemece söz konusu kişiler bakımından aynı şekilde ve tek bir karar verilmesi gerekir. Zira dava konusu hak bölünmez bir niteliğe sahiptir ve dava arkadaşlığı maddi bakımdan mecburi hale gelmektedir<sup>815</sup>. Bu durumda tescile icbar davasının birden fazla kişi tarafından açılması veya birden fazla kişiye karşı açılması söz konusu olur. Anılan husus, yalnızca şeklî bakımdan değil, aynı zamanda maddi bakımdan bir zorunluluk oluşturur<sup>816</sup>. Dava konusu hukuki ilişki üzerinde dava arkadaşlarının birbirinden farklı biçimde hareket etme imkânları bulunmamakla birlikte, mahkemenin de dava arkadaşlarından biri veya bazıları hakkında diğerlerinden farklı şekilde karar vermesi mümkün değildir<sup>817</sup>.

Davacılar arasında mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu hallerde (aktif mecburi dava arkadaşlığı), davayı birlikte açmak zorunlu olduğu için, dava dilekçesinde bütün davacıların ad, soyadı ve adreslerinin ayrı ayrı gösterilmesi gerekir<sup>818</sup>. Bunun yanında, mecburi dava arkadaşlarının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 44, cümle 3 gereğince<sup>819</sup>, dava dilekçesinde, davanın açıldığı mahkemenin yargı çevresi içinde hepsi için ortak bir adres göstermeleri zorunludur.

<sup>815</sup> Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, 6. Bası, İstanbul 2001, (C. III), s.3309.; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet; Medenî Usul Hukuku, 5. Bası, Ankara 2006, s. 193.

<sup>816</sup> Kuru, (C. III), s. 3287.; Pekcanitez / Atalay/ Özekes, s. 193.

<sup>817</sup> Kuru, (C. III), s. 3287.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 578.; Pekcanitez / Atalay/ Özekes, s. 194.

<sup>818</sup> Kuru, (C. III), s. 3314.

<sup>819</sup> 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun ilgili 58'inci maddesi, "İhtiyari dava arkadaşlığında, davalar birbirinden bağımsızdır. Dava arkadaşlarından her biri, diğerinden bağımsız olarak hareket eder" şeklindedir.

Dava dilekçesi bütün davacılar tarafından ayrı ayrı imzalanmalıdır<sup>820</sup>. Bazı davacıların dava dilekçesinde imzasının bulunmaması halinde, mahkeme imza noksanını tamamlattırmadan davayı esastan inceleyerek karara bağlayamaz<sup>821</sup>. Bununla birlikte, imza noksanının tamamlattırılması durumunda, tescile icbar davasının imza noksanının tamamlandığı tarihte değil, dava dilekçesinin mahkeme kalemine kaydedildiği tarihte açılmış sayılacağını belirtmemiz gerekir.

Tescile icbar davası, dava arkadaşlarından yalnız biri veya birkaçı tarafından açılmış ise, dava sıfat yokluğundan dolayı hemen reddedilmez. Mahkeme davayı açan davacılar, diğer mecburi dava arkadaşlarının davaya katılmalarının veya davaya muvafakat etmelerinin sağlanması için bir süre verir<sup>822</sup>. Diğer dava arkadaşları verilen süre içinde davaya katılır veya muvafakat ederlerse, davaya bakmaya devam edilir. Aksi halde davanın sıfat yokluğundan reddedilmesi gerekir<sup>823</sup>.

Davalılar arasında mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu hallerde (pasif mecburi dava arkadaşlığı), bütün davalılara (müşterek maliklere) karşı birlikte dava açılması zorunlu olduğu için, bütün davalıların ad, soyadı ve adreslerinin dava dilekçesinde ayrı ayrı gösterilmesi gerekir<sup>824</sup>.

Tescile icbar davası açılmadan önce davalı arsa sahibinin ölmesi halinde, dava, arsa sahibinin mirasçılara karşı açılır. Mirasçıların kimler olduğunun bilinmemesi halinde, dava dilekçesinde davalı olarak “ölen kişinin mirasçıları”nın gösterilmesi gerekli ve yeterlidir<sup>825</sup>.

<sup>820</sup> Kuru, (C. III), s. 3314.

<sup>821</sup> Kuru, (C. III), s. 3314.

<sup>822</sup> Kuru, (C. III), s. 3315.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 576.; Pekcanitez / Atalay/ Özekes, s. 193, 194.

<sup>823</sup> Kuru, (C. III), s. 3315.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 576.; Pekcanitez / Atalay/ Özekes, s. 194.

<sup>824</sup> Kuru, (C. III), s. 3316.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 576.

<sup>825</sup> Yargıtay 7. HD., 28.12.1979 T., 1979/12312 E., 1979/ 13318 K. Sayılı Kararı: “...Tapulama sırasında nizalı taşınmaz Tapulama Kanunun 54. maddesi hükmünce ölü kişi mirasçıları adına tespit edilmiştir. Tapulama komisyonunca itirazın reddine tespit gibi tesciline karar verilmiştir. Dava ölü kişinin ismi belirtilmek ve onun mirasçıları hasım gösterilmek suretiyle açılmıştır. Bu durumda husumet terekeye yöneltilmiş bulunmaktadır. Dava dilekçesinde mirasçıların isimlerinin ayrı ayrı gösterilmemiş ve olması dava dilekçesinde hasmın belirtilmediği anlamına gelmez. Bu yön davacı tarafından düzeltilebilir. O halde mirasçıların kimlikleri belli edilip onlara dava dilekçesinin tebliğ edilmesi için davacıya önel verilmeli, iddia ve savunmalar saptanılıp inceleme yapılmalı ve sonucuna

Dava bütün pasif mecburi dava arkadaşları yerine bunlardan biri veya birkaçına açılmış ise, dava sıfat yokluğundan hemen reddedilmez. Mahkeme, davayı diğer mecburi dava arkadaşlarına teşmil etmesi için davacıya bir süre verir. Davacı davayı verilen süre içinde diğer dava arkadaşlarına teşmil etmezse, mahkemenin davayı sıfat yokluğu nedeniyle reddetmesi gerekir<sup>826</sup>.

Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlarının aralarındaki ilişki çok sıkı olduğu için, dava arkadaşları davada birlikte hareket etmek zorundadır<sup>827</sup>. Örneğin, mecburi dava arkadaşları birlikte davayı kabul edebilirler. Dava arkadaşlarından birinin veya birkaçının davayı kabul etmemesi halinde, diğer davalıların kabul beyanı hükümsüz hale gelir<sup>828</sup>. Bunun gibi, mecburi dava arkadaşlarının hepsinin birlikte davada sulh olmaları gerekir. Dava arkadaşlarından birinin veya birkaçının yaptığı sulh anlaşması geçerli değildir<sup>829</sup>. Mecburi dava arkadaşlarının davadan feragat edebilmeleri de, hepsinin birlikte feragat beyanında bulunmaları şartıyla mümkün olur<sup>830</sup>. Bununla birlikte, mecburi dava arkadaşlarının hâkimi birlikte reddedebileceklerini, davayı hep birlikte ıslah edebileceklerini, usul işlemlerini birlikte yapabileceklerini, karşı tarafın duruşmaya gelmemesi halinde

---

*göre bir karar verilmelidir. Mahkemece bu yönler gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm verilmiş olması isabetsiz...*” (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 24.09.2010)); Kuru, (C. III), s. 3316.

<sup>826</sup> Yargıtay 14. HD., 3.5.1977 T., 1977/ 1726 E., 1977/ 2758 K. sayılı Kararı: “...Kural olarak, satış vaadi sözleşmeleri şahsî hak doğurur. Bu hak tapuya işlenmekle güçlenir ve 3. kişilere karşı etkinlik kazanır. Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerhinden sonra tapu siciline konan takyitler ve düşürülen şerhler lehine satış vaadi yapılan kişinin durumunu ağırlaştıramaz. Zira, şahsî hak daha önce tapuya işlenmiş ve 3. kişiler uyarılmıştır. Ancak; satış vaadi sözleşmesine dayanılarak açılan ve sadece sözleşmenin tarafları arasında görülen bir dava ile bu takyit ve şerhler kaldırılamaz. Öte yandan, lehine satış vaadinde bulunan davacının bu takyitleri de kabul zorunluluğu yoktur. O halde, satış vaadi sözleşmesine dayanılarak açılan tescil davası sırasında tapudan getirilen kayıtlarda görülen bu şerh ve takyitler bakımından davacıdan diyeceği sorulmak, takyitleri kabul etmek istemediği takdirde lehine şerh ve takyit bulunan kişilere de husumetin yöneltilmesi için davacıya mehil verilmek, usulen taraf teşkilinden ve icabında gösterilecek diğer deliller toplandıktan sonra durum incelenerek sonucuna göre bir karar itihaz olunmak gerekir. Bu yolda işlem yapılmadan, taşınmazın üzerindeki takyitler ile davacı adına tescili anlamını verecek şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir...” ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 24.09.2010)); Kuru, (C. III), s. 3317.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 576.

<sup>827</sup> Kuru, (C. III), s. 3318.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 576, 577.; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 194.

<sup>828</sup> Kuru, (C. III), s. 3320.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 577.

<sup>829</sup> Kuru, (C. III), s. 3322.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 577.; Pekcanitez / Atalay/ Özkes, s. 194.

<sup>830</sup> Kuru, (C. III), s. 3325.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 577.; Pekcanitez / Atalay/ Özkes, s. 194.

dosyanın işlemiden kaldırılmasını birlikte talep edebileceklerini de belirtmek gerekir<sup>831</sup>.

Yargıtay, ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükmü, mecburi dava arkadaşlarından birinin yalnız başına temyiz edebileceğini kabul etmektedir. Yargıtay'a göre, mecburi dava arkadaşlarının verilen hükmü hep birlikte temyiz etmelerine gerek olmadığı gibi, dava arkadaşlarından birinin yapmış olduğu temyiz talebinin sonucundan diğer dava arkadaşlarının da yararlanması gerekir<sup>832</sup>. Bunun gibi, mecburi dava arkadaşlarından yalnız birinin karar düzeltme yoluna başvurabileceğinin Yargıtay tarafından kabul edildiği görülmektedir<sup>833</sup>.

Tescile icbar davasında taraflardan biri arasında mecburi dava arkadaşlığı söz konusu ise, dava arkadaşlarının dava sonunda verilen hükmü ancak birlikte temyiz edebilecekleri kabul edilmelidir<sup>834</sup>. Temyiz süresi, hükmün en son mecburi dava arkadaşına tebliğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlamalıdır<sup>835</sup>. Bununla birlikte, her mecburi dava arkadaşının, hükmün kendisine tebliği tarihinden itibaren süresi içinde temyiz yoluna başvurması yerinde olur<sup>836</sup>. Ayrıca, mecburi dava arkadaşlarının birlikte dava açmalarında belirtmiş olduğumuz gibi, bir mecburi dava arkadaşının süresi içinde yapmış olduğu temyiz talebine, diğer dava arkadaşlarının icazet verebileceğinin de kabul edilmesi gerekir<sup>837</sup>.

<sup>831</sup> Kuru, (C. III), s. 3328-3330.

<sup>832</sup> Yargıtay 14. HD., 26.3.1985 T., 1984/ 7980 E., 1985/ 2163 K. Sayılı Kararı: “...Sözleşmenin tarafı ve 3799 parsel sayılı taşınmazın maliki olan ölü Mehmet Ali'nin terekesi iştirak halindedir. Her ne kadar mirasçılardan Nuran önceki hükmü süresinde temyiz etmemiş ise de, diğer mirasçıların temyizi üzerine karar bozulduğuna göre, bu bozmadan Nuran da yararlanır. Bu sonuç iştirak halinin gereğidir. O halde, bu husus göz önünde tutulmadan, Nuran'ın daha önceki hükme karşı vaki temyiz dilekçesi süre aşımı yönünden reddedildiğinden bahisle onun hakkında hüküm tesisine mahal olmadığına dair karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...” (www.kazanci.com, 24.09.2010)).

<sup>833</sup> Yargıtay 8. HD., 26.2.1974 T., 1973/8617 E., 1974/860 K. Sayılı Kararının altındaki karşı oy yazısı: “...terekesi iştirak halinde mülkiyet hükümlerine tabi olan Ş mirasçıları arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır. Birlikte hareket etmek zorundadırlar. Bu itibarla mirasçı N'nin yalnız başına yaptığı karar düzeltme isteğinin reddi gerekir...” Kuru, (C. III), s. 3334.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 578.; (6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesiyle karar düzeltme yolu yürürlükten kalkacaktır.)

<sup>834</sup> Kuru, (C. III), s. 3334.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 578.; Pekcanitez / Atalay/ Özkes, s. 194.

<sup>835</sup> Kuru, (C. III), s. 3336.

<sup>836</sup> Kuru, (C. III), s. 3336.

<sup>837</sup> Kuru, (C. III), s. 3336.

## C. Tescile İcbar Davasının Açılacağı Mahkemenin Tespiti

### 1. Tescile İcbar Davasında Görevli Mahkeme

Arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yapmış olduğu arsa paylarını devir taahhüdü nedeniyle açılan davada görev, arsa paylarının değerine göre saptanır<sup>838</sup>.

Taşınmaz satım vaadine dayanılarak açılan tescile icbar davalarında, uyuşmazlık taşınmazın aynına ilişkindir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 1, fıkra II hükmü ile madde 2, fıkra II hükmü birlikte değerlendirildiğinde, konusu paradan başka bir şey olan davalarda taraflar dava konusunun değeri üzerinde anlaşamazlarsa, değer mahkeme tarafından davanın açıldığı tarih göz önünde bulundurularak belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 1, fıkra II hükmüne göre, görevin davanın değerine göre belirlendiği hallerde görevli mahkeme tespit edilirken, davanın açıldığı gündeki değer esas alınır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, tescile icbar davasında görevli mahkeme belirlenirken, taraflar arasında düzenlenen sözleşmede belirlenen değere değil, taşınmazın davanın açıldığı tarihte sahip olduğu değere itibar edilmesi gerektiğini kabul etmiştir<sup>839</sup>. Ancak daha sonra, taşınmaz satım vaadi sözleşmesine dayanılarak açılan tescile icbar davalarında görevli mahkemenin sözleşmede gösterilen değere göre belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>840</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu yönde verdiği kararın, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 2, fıkra II hükmüne ve görevin kamu düzenine ilişkin olması ilkesine aykırı bulunduğu görülmektedir<sup>841</sup>.

<sup>838</sup> Çınar, s. 367.

<sup>839</sup> Bu yönde bkz: Yargıtay HGK., 26.4.1995 T., 1995/14-142 E., 1995/437 K. sayılı Kararı. (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 27.09.2010))

<sup>840</sup> Bu yönde bkz: Yargıtay HGK., 14.2.1996 T., 1995/14-963 E., 1996/69 K. sayılı Kararı. (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 27.09.2010))

<sup>841</sup> Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Bası, İstanbul 2001, (C.I), s. 170.

Yargıtay'ın, anılan nedenlerle ve haklı olarak, Hukuk Genel Kurulu'nun 08.11.2006 Tarih, 2006/14-692 Esas, 2006/702 Karar sayılı kararı ile, eski içtihatlarına dönüş yaptığı görülmektedir. Anılan kararın özet kısmı şu şekildedir<sup>842</sup>:

*“Mahkemelerin görevi kanunla belirlenir. Görevin belirlenmesinde davanın açıldığı tarihteki değer esas alınır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, tarafların müddeabihin değerinde uzlaşmaması halinde değer mahkemece tayin ve takdir olunacağı düzenlenmiştir. Kaynak kanunda iki tarafın kıymette uzlaşmaması deyimi bulunmadığından, iki tarafın müddeabihin değerinde uzlaşmaları durumunda bile, görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olması ve hâkim tarafından davanın her aşamasında resen dikkate alınması zorunluluğu karşısında, mahkemenin müddeabihin değerini takdir etmesi gerekir.*

*Taraflar görev konusunda anlaşma yapamazlar. Satış vaadi sözleşmeleri, geçerliliği resmi şekil şartına bağlı, iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak meydana getiren sözleşmelerdendir. Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan tapu iptali ve tescil davalarının kabulü için öncelikle aranacak unsurlardan birisi, sözleşmenin ifa olanağının bulunup bulunmadığıdır. Sözleşme ile elde edilmek istenen hak iptal ve tescil olduğundan, uzun yıllar önce belirlenen değer açılan davalarda çok cüzi kalması ve yıllardır süren yüksek enflasyon ve tarafların satış bedelini sözleşmede bilerek düşük göstermeleri olasılığı dikkate alındığında, taşınmazın değerinin dava tarihine göre, keşif yapılmak suretiyle ve bilirkişiler tarafından belirlenmesi gerekir.*

*Gayrimenkul satış vaadi sözleşmesine dayanan tapu iptali ve tescil davasında, sözleşmeye konu taşınmazların değeri 1.000 YTL olarak gösterilmiş, mahkemece yapılan keşif sonucu alınan bilirkişi raporunda, dava konusu taşınmazın dava tarihi itibarıyla rayiç değerinin 46.149,30 YTL olarak saptandığı anlaşıldığından, mahkemece, bu son değer esas alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerekir”.*

<sup>842</sup> Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 27.09.2010)

Tüm bu anlatılanlar çerçevesinde, arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yapmış olduğu taşınmaz satım vaadi nedeniyle açılacak davada görevli mahkemenin, devredilecek arsa paylarının dava tarihindeki değeri göz önünde bulundurularak belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Arsa paylarının değeri Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 8, fıkra I hükmü ile düzenlenen görev sınırının üzerindeyse, dava, asliye hukuk mahkemesi tarafından, görev sınırının altındaysa sulh hukuk mahkemesi tarafından görülmelidir.

Mecburi dava arkadaşlığında müddeabihlerin toplanmasının hiçbir zaman söz konusu olmadığını önemle belirtmek gerekir<sup>843</sup>. Zira mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu hallerde<sup>844</sup> müddeabih dava arkadaşı sayısı kadar değildir, tek bir müddeabih vardır<sup>845</sup>. Bu durumda da görevli mahkeme, dava konusu edilen arsa paylarının değerine göre belirlenmelidir.

Görev kuralları kamu düzenine ilişkindir. Bu sebeple, tescile icbar davasının taraflarının sözleşme ile görevli mahkemeyi değiştirmeleri mümkün değildir. Davanın açıldığı mahkeme ise, görevli olup olmadığını re'sen araştırır<sup>846</sup>.

Tescile icbar davasının açıldığı mahkeme re'sen yapacağı inceleme sonunda görevsiz olduğu kanısına varırsa, görevsizlik kararı verir<sup>847</sup>. Mahkeme verdiği görevsizlik kararında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 27 hükmü gereği, görevli mahkemeyi bildirmeli ve dava dosyasının bildirdiği mahkemeye gönderilmesine karar vermelidir. Mahkeme görevsizlik kararı ile davadan elini çeker. Görevsizlik kararı niteliği itibariyle nihai bir karar olduğu için, kural olarak temyiz edilebilir<sup>848</sup>.

<sup>843</sup> Kuru, (C. III), s. 3313.

<sup>844</sup> Bknz. Yuk. s. 164 vd.

<sup>845</sup> Kuru, (C. III), s. 3313.

<sup>846</sup> Kuru, (C. I), s. 309.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 152.; Pekcanitez / Atalay/ Özekes, s. 100.

<sup>847</sup> Kuru, (C. I), s. 320.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 154.; Pekcanitez / Atalay/ Özekes, s. 100.

<sup>848</sup> Kuru, (C. I), s. 322.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 154.; Pekcanitez / Atalay/ Özekes, s. 100.; (Miktar ve değeri temyiz sınırını geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin görevsizlik kararı kesindir. (HUMK md. 427/ f. II))

Görevsizlik kararı veren mahkeme, dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesine karar vermekle yetinir<sup>849</sup>. Mahkemenin dava dosyasını re'sen görevli mahkemeye göndermesi söz konusu değildir. Dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilebilmesi için, davacının görevsizlik kararının kesinleşmesi tarihinden itibaren on gün içinde görevli mahkemeye başvurarak, davalıya tebligat yaptırtması gerekir. Bununla birlikte, davacının on günlük süre içinde görevsizlik kararı veren mahkemeye, dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi amacıyla başvurusunun da mümkün olduğunu belirtmek gerekir. On günlük süre hak düşürücü nitelikte olup, kendisine başvurulmuş mahkeme tarafından re'sen gözetilir<sup>850</sup>. Süresi içinde görevsizlik kararı veren veya gönderilen mahkemeye başvurulmaması halinde, dava açılmamış sayılır.

Görevli mahkemeye başvurma, herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamış bir başvurma dilekçesi ile olur. Söz konusu dilekçe bir dava dilekçesi değildir ve dilekçe ile davanın görevli mahkemede görülmesi için gerekli işlemlerin yapılması talep edilir<sup>851</sup>. On günlük başvuru süresi içinde görevli mahkemeye başvuran davacının, karşı tarafa yapılacak tebligat giderini ödemesi gerekli ve yeterlidir<sup>852</sup>. Tebligatın karşı tarafa, söz konusu on günlük süre içinde yapılması şart değildir<sup>853</sup>. Bu nedenle, tebligatın gecikmiş olması davanın açılmamış sayılmasını gerektirmez.

Davacının görevsizlik kararı kesinleşmeden önce de görevli mahkemeye başvurusu mümkündür<sup>854</sup>. Zira bunu engelleyen bir kanun hükmü mevcut değildir. Bu durumda, görevsizlik kararı kesinleşmeden kendisine başvurulmuş görevli mahkeme, davacının talebini görev yönünden hemen reddedemez. Mahkeme, görevsizlik kararının kesinleşmesi için gerekli işlemlerin yapılması amacıyla davacıya uygun bir süre verir ve kararın

<sup>849</sup> Kuru, (C. I), s. 322.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 154.; Pekcanitez / Atalay/ Özekes, s. 100.

<sup>850</sup> Kuru, (C. I), s. 324.; Pekcanitez / Atalay/ Özekes, s. 101.

<sup>851</sup> Kuru, (C. I), s. 340.

<sup>852</sup> Kuru, (C. I), s. 622, 623.

<sup>853</sup> Kuru, (C. I), s. 623.

<sup>854</sup> Kuru, (C. I), s. 329.

kesinleşmesi üzerine davaya bakmaya devam eder<sup>855</sup>. Görevsizlik kararının Yargıtay tarafından bozulması halinde ise, mahkeme davacının süresinden önce yapmış olduğu talebi reddeder. Mahkemenin bu kararı, ikinci bir görevsizlik kararı niteliğinde değildir, çünkü mahkemeye açılmış ikinci bir dava yoktur<sup>856</sup>.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, davacının on günlük hak düşürücü süre içinde görevli mahkemeye başvurmaması halinde, dava açılmamış sayılır. Davanın açılmamış sayılması, davadan feragat edildiği anlamına gelmemektedir<sup>857</sup>. Bu nedenle, davacının açılmamış sayılan davasını yeniden harç ödemek suretiyle tekrar açması mümkündür<sup>858</sup>. Davalıyı her an, kendisine aynı uyuşmazlık sebebiyle dava açılması riski altında bırakmak ve davanın takibini yalnızca davacının isteğine tabi kılmak hakkaniyet kuralları ile çelişen sonuçlar ortaya çıkarır. On günlük süre içerisinde görevli mahkemeye başvurmayarak, davalının rızası olmaksızın fiilen davasını takipten vazgeçme ihtimali bulunan davacının yanında, davalıya da görevli mahkemeye başvurma hakkının verilmesi hakkaniyet gereğidir<sup>859</sup>. Ancak Yargıtay'ın, davalının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 193, fıkra II hükmü gereğince görevli mahkemeye başvuramayacağını kabul etmekte olduğu görülmektedir<sup>860</sup>. Bununla birlikte, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 20 ile görevsizlik kararı verilmesi üzerine, taraflardan birinin, kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren *“iki hafta”* içinde, kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerektiğinin hüküm altına alındığı önemle belirtilmelidir.

<sup>855</sup> Kuru, (C. I), s. 331.

<sup>856</sup> Kuru, (C. I), s. 332.

<sup>857</sup> Kuru, (C. I), s. 335.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 157.

<sup>858</sup> Kuru, (C. I), s. 335.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 157.; Pekcanitez / Atalay/ Özkes, s. 101.

<sup>859</sup> Kuru, (C. I), s. 335.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 155.

<sup>860</sup> Yargıtay 13. HD., 20.12.1983 T., 1983/ 8076 E., 1983/ 9053 K. sayılı Kararı: *“...Akseki suhl Hukuk Mahkemesince verilen görevsizlik kararına karşı davacı Usulün 193. maddesinin 3. bendi hükmü uyarınca 10 günlük süre içinde Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmadığı gibi, bu süre geçtikten sonra da yeni bir dava için Mahkemeye başvurmamıştır. Bu olayda Sulh Hukuk Mahkemesinin görevsizlik kararı verdiği davayı yenilemek üzere davalı dilekçe vermiştir. Oysa bu hak sadece davacıya tanınmıştır. Bu yön gözetilmeden işin esasının incelenip davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...”* (Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 26.09.2010))

Davanın açıldığı mahkeme tarafından görevsizlik kararı verilmesi nedeniyle görevli mahkemeye başvurulduğunda, görevli mahkeme, görevsizlik kararı veren mahkemeden dava dosyasının kendisine gönderilmesini ister<sup>861</sup>. Dava dosyasını alan görevli mahkeme, öncelikle, on günlük süre içinde kendisine başvurulmuş olup olmadığını inceler<sup>862</sup>. Mahkeme başvurunun süresi içinde yapıldığını tespit ederse, tescile icbar davasını görmeye başlar.

Temyiz incelemesi sonucu kesinleşen görevsizlik kararının, dosyanın kendisine gönderildiği mahkemeyi bağlayacağını belirtmek gerekir. Bu durumda mahkeme, görevsiz olduğuna kanaat getirirse bile, görevsizlik kararı veremez ve tescile icbar davasını görmeye başlamak durumunda kalır<sup>863</sup>.

Görevli mahkemede görülmeye başlanan dava, yeni bir dava değildir. Söz konusu dava, görevsiz mahkemede açılmış olan davanın devamı niteliğindedir. Bu nedenle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 27 (HMK. 20) hükmü gereği davayı yeniden görmeye başlayan görevli mahkemede yeniden harç alınması söz konusu değildir. Ancak, dava dosyasının başvurma harcı daha az olan görevsiz sulh mahkemesinden görevli asliye mahkemesine gönderildiği hallerde, davaya devam edilebilmesi için başvurma harcının tamamlanması gerekir.

Görevli mahkemede açılan dava, görevsiz mahkemede açılan davanın devamı niteliğinde olduğundan, görevsiz mahkeme tarafından verilmiş olan ihtiyati tedbir kararı geçerliliğini korumaya devam eder<sup>864</sup>. Görevsiz mahkemede dava açılması sonucu kazanılmış olan haklar saklı tutulmuş olur. Buna bağlı olarak, dava açılması ile elde edilen sonuçlar devam eder. Bu durumda, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler davanın görevsiz mahkemede açıldığı tarihe göre hesaplanır<sup>865</sup>.

<sup>861</sup> Kuru, (C. I), s. 341.

<sup>862</sup> Kuru, (C. I), s. 341.; Pekcanitez / Atalay/ Özkes, s. 101.

<sup>863</sup> Kuru, (C. I), s. 343.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 155, 156. ; Pekcanitez / Atalay/ Özkes, s. 101, 102.

<sup>864</sup> Kuru, (C. I), s. 349.

<sup>865</sup> Yargıtay 7. HD'nin görevsiz mahkemede açılan davanın hak düşürücü süreyi kesmeyeceğini kanısında olduğu ile ilgili Bknz; Yargıtay 7. HD., 4.6.1976 T., 1976/ 5152 E., 1976/ 8680 K. sayılı

Tarafların görevsiz mahkemede yapmış oldukları usul işlemleri geçerliliklerini korur<sup>866</sup>. Buna karşın, görevsiz mahkeme tarafından yapılmış olan usul işlemleri, kural olarak geçersizdir. Söz konusu usul işlemlerinin görevli mahkeme tarafından tekrar yapılması gerekir. Ancak, daha önce yapılmış olan usul işlemlerinin tekrarlanması için herhangi bir neden mevcut değilse, görevli mahkemenin, görevsiz mahkeme tarafından yapılmış olan işlemleri kararına esas alabileceği kabul edilmelidir. Örneğin, görevsiz mahkemece dinlenen tanıkların görevli mahkemede tekrar dinlenmesini gerektirecek geçerli bir neden yoksa, mahkeme hüküm kurarken, görevsiz mahkemede tanık ifadeleri dikkate alabilir.<sup>867</sup> Bunun gibi, görevsiz mahkeme tarafından yapılan keşif işleminin tekrarlanmasını haklı gösterecek herhangi bir durum bulunmuyorsa, görevli mahkeme görevsiz mahkemece yapılan keşif ile yetinebilir<sup>868</sup>.

Görevsiz mahkemede dava açılması ile başlamış olan iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı görevli mahkemede de devam eder<sup>869</sup>. Taraf avukatlarının da görevli ve görevsiz mahkemede yaptığı işler için ayrı vekâlet ücreti talep etmeleri mümkün değildir<sup>870</sup>.

---

Kararı, (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 26.09.2010)); Kuru, (C. I), s. 348.

<sup>866</sup> Kuru, (C. I), s. 352.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 156. ; Pekcanitez / Atalay/ Özkes, s. 101.

<sup>867</sup> Kuru, (C. I), s. 352.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 156.

<sup>868</sup> Yargıtay 8. HD., 1985/ 710 E., 1985/ 661 K. sayılı Kararı: “...Dava konusu taşınmaz hakkında sulh hukuk mahkemesince deliller toplanıp keşif yapıldıktan sonra görevsizlik kararı verilerek dava dosyası asliye mahkemesine devredilmiştir. Asliye mahkemesinde yapılan yargılama sırasında, Hazine temsilcisi görevsiz mahkemece yapılan keşif kabul etmediğini bildirmiş, tekrarlanmasını istemiştir. Bana karşılık davacı görevsiz mahkemede yapılan keşifle yetinilmesini istemiştir. Mahkemece görevsiz mahkemede yapılan keşfin nazara alınamayacağı ileri sürülerek davanın reddine karar verilmiştir. Görevsiz mahkemece yapılan keşfin görevli mahkeme tarafından tekrarlanmasını haklı gösterecek bir sebep ileri sürülmemiş olduğuna ve usulüne uygun biçimde keşfe itiraz edilmediğine, davacı tarafından da keşfe göre karar verilmesi istenilmiş olduğuna göre görevli mahkeme görevsiz mahkemenin yapmış olduğu keşif ile yetinebilir. Hukuk Genel Kurulu'nun 8.3.1967 günlü ve 5/151 - 138 sayılı kararı da bu görüşü doğrulamaktadır. Kanunda görevsiz mahkemece yapılan usul işlemlerinin mutlak surette geçersiz sayılacağına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Bu itibarla keşfin nazar alınması, bu arada Hazine tarafından delil gösterildiği takdirde bunların toplanması tanık dinlenmesi istenildiğinde HUMK.nun 259. maddesi hükmüne göre bunların taşınmaz başında dinlenilmeleri ve tüm deliller birlikte değerlendirildikten sonra uyumsuzluk hakkında bir karar verilmesi gerekir. Bunlardan zuhul ile yazılı şekilde hüküm verilmesi isabetsiz ve...” (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 28.09.2010)); Kuru, (C. I), s. 353.

<sup>869</sup> Kuru, (C. I), s. 350, 351.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 156. ; Pekcanitez / Atalay/ Özkes, s. 101.

<sup>870</sup> Kuru, (C. I), s. 350.

Tescile icbar davasının açıldığı mahkemenin görevsizlik kararı vermesi üzerine, davacının görevli (veya görevsiz) mahkemeye başvurmaması halinde, dava açılmamış sayılmakla birlikte, terkedilmiş dava niteliğini alır<sup>871</sup>. Bu durumda davalı, yargılama gideri ve vekâlet ücretini almak için, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 425 (HMK. 331) hükmü gereğince görevsizlik kararı veren mahkemeye başvurabilir<sup>872</sup>.

Davacı görevli mahkemeye on günlük hak düşürücü süre geçtikten sonra başvurursa, görevli mahkemenin başkaca bir işlem yapmadan davanın açılmamış sayılmasına karar vermesi gerekir. Bu halde davalının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 425 (HMK. 331) hükmü gereğince görevsizlik kararı veren mahkemeye başvurmamasına gerek kalmaz. Davanın açılmamış sayılmasına karar veren görevli mahkeme, kararında davacıyı yargılama giderleri ve vekâlet ücretini ödemeye de mahkûm eder<sup>873</sup>.

Görevli mahkemenin kendisine süresi geçtikten sonra başvurulduğunu tespit etmeden davanın esası hakkında hüküm vermesi halinde, söz konusu hüküm Yargıtay tarafından, esas hakkında incelemeye gerek kalmadan, davanın açılmamış sayılması için bozulur<sup>874</sup>. Yargıtay'ın mahkeme hükmünü düzelterek onaması da mümkündür<sup>875</sup>.

<sup>871</sup> Kuru, (C. I), s. 354, 355.

<sup>872</sup> Kuru, (C. I), s. 355.

<sup>873</sup> Kuru, (C. I), s. 355.

<sup>874</sup> Yargıtay 1. HD., 1996/ 15184 E., 1996/ 15574 K. sayılı Kararı: “...Dava, Borçlar Yasasının 18. maddesinden kaynaklanan muvazaa hukuksal nedenine dayalı tapu iptali-tescil isteğiyle sulh hukuk mahkemesine açılmış; sulh hukuk mahkemesince verilen görevsizlik kararı temyiz edilmeksizin 26.5.1995 tarihinde kesinleşmiştir. Bilindiği üzere, görevsizlik kararı veren mahkeme dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesine karar vermekle yetinir. Dava dosyasını ( re'sen ) kendiliğinden görevli mahkemeye gönderemez. Dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesi ve davaya görevli mahkemede devam edilebilmesi için, görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren 10 gün içinde davacının görevli mahkemeye başvurarak tebligat yaptırması gerekir. HUMK.nun 193. maddesindeki 10 günlük süre, hak düşürücü nitelikte olup, mahkemece kendiliğinden gözetilir. Somut olayda görevsizlik kararı 26.5.1995 tarihinde kesinleştiği halde, davacılar vekili 26.6.1995 günü sulh hukuk mahkemesine verdiği dilekçe ile dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi isteğinde bulunmuştur. Görevsizlik kararının kesinleştiği gün ile başvurma günü arasında 10 günden fazla bir süre geçtiğinden, görevli mahkemede sürdürülen dava görevsiz mahkemede açılan davanın devamı sayılamaz. Hal böyle olunca, HUMK.nun 193. maddesi dikkate alınarak davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken, işin esasının hükme bağlanması doğru değildir....” (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 28.09.2010).); Kuru, (C. I), s. 356.

<sup>875</sup> Kuru, (C. I), s. 356.

Görevli mahkemeye süresinde başvurulmaması sebebiyle davanın açılmamış sayılması halinde, tekrar harç yatırılarak yeniden açılan dava, görevsiz mahkemede açılan davanın devamı niteliğinde olmadığından, görevsiz mahkemede dava açılması ile meydana gelen sonuçlar, bu davada bakımından geçerli sayılamaz<sup>876</sup>. Yeniden açılan tescile icbar davasının, yeni bir dava niteliğine sahip olması sebebiyle ayrı bir dava dilekçesi ile açılması gerekir<sup>877</sup>. Davacının eski dava dosyasına bir yenileme dilekçesi koymak suretiyle yeniden harç yatırarak davayı tekrar açmasına imkân yoktur<sup>878</sup>. Zira davanın anılan yolla yenilenmesi ancak, işlemiden kaldırılmış dosyalarda mümkün olur<sup>879</sup>. Davanın açılmamış sayıldığı hallerde davanın yenilenmesi söz konusu olmaz.

Tescile icbar davasında görevli mahkemenin belirlenmesi ile ilgili dikkat çekilmesi gereken çok önemli bir husus daha mevcuttur. 12.01.2011 tarihinde kabul edilen, 04.02.2011 tarihli Resmi Gazete ile yayımlanan ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 2 hükmünün *“Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir”* şeklinde olduğu görülmektedir.

Anılan hüküm ile, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu kapsamında malvarlığına ilişkin davalarda, sulh hukuk mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasında her yıl belirlenen görev sınırı üzerinden müddeabihin değerine göre yapılan ayırım ortadan kaldırılmaktadır.

<sup>876</sup> Kuru, (C. I), s. 357.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 157. ; Pekcanitez / Atalay/ Özkes, s. 101.

<sup>877</sup> Kuru, (C. I), s. 357.

<sup>878</sup> Kuru, (C. I), s. 357.

<sup>879</sup> Kuru, (C. I), s. 357.

Uygulamada miktar ve değere bağlı görev sınırının tespitinde ortaya çıkan sorunların ve bu nedenle verilen görevsizlik kararları ile uzayan davaların önüne geçilmesi bakımından isabetli olarak ortadan kaldırılan ayırım ile, asliye hukuk mahkemeleri malvarlığına ilişkin davalarda asıl görevli mahkeme haline getirilmiştir. Bu bakımdan, malvarlığına ilişkin olan tescile icbar davasının Asliye Hukuk Mahkemesinde görüleceği sonucuna ulaşmak kaçınılmazdır.

Görev kurallarının kamu düzenine ilişkin niteliği sebebiyle taraflar bakımından müktesep hak doğurması söz konusu değildir<sup>880</sup>. Bu nedenle, yeni bir kanunla kabul edilen görev kuralları, kanunun yürürlüğe girdikten sonra açılacak davalara uygulanacağı yönünde intikal hükümleri içermiyor olması halinde, geçmişe de etkili olur<sup>881</sup>.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun zaman bakımından uygulanmasını düzenleyen 448'inci maddesi, *"Bu kanunun hükümleri tamamlanmış işleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır"* hükmünü içermektedir. Bu bakımdan, dava konusu arsa paylarının değerinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 8, fıkra I hükmü ile belirlenen görev sınırının altında olması nedeniyle sulh hukuk mahkemesinde açılan ve hâlihazırda görülmekte olan tescile icbar davalarının, 448'inci madde hükmü gereğince, görevsizlik kararı ile asliye hukuk mahkemesine gönderilmesi gerektiğini önemle belirtmemiz gerekir. Bu durumda, 6100 sayılı Kanunun 20'inci maddesi gereği, taraflardan birinin görevsizlik kararı veren mahkemeye iki hafta içinde başvurarak, dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir.

<sup>880</sup> Kuru, (C. I), s. 310.

<sup>881</sup> Yargıtay 4. HD., 2.4.1984 T., 1984/ 1854 E., 1984/ 3248 K. sayılı Kararı: *"...Görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olmasının bir başka sonucu da görev konusunda taraflar için bir müktesep hakkın doğmayacağı ilkesidir. Nitekim 4.2.1959 tarihli ve 13/5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında bu ilke çok açık ve kesin bir biçimde vurgulanmıştır. Bu nedenlerdir ki sonradan çıkan bir kanunla kabul edilen görev kuralı geçmişe etkili bir biçimde uygulanır ve davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme yeni bir kanunla görevsiz hale gelmiş ise görevsizlik kararı verilmesi zorunlu olur..."* (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 26.09.2010)).; Kuru, (C. I), s. 310.

## 2. Tescile İcbar Davasında Yetkili Mahkeme

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 13'üncü (HMK. 12) maddesi, *“Gayrimenkule mütaallik davalar, gayrimenkulün bulunduğu mahal mahkemesinde ikame olunur. Gayrimenkule mütaallik dava sebebi ne olursa olsun gayrimenkulün aynına veya gayrimenkul üzerinde bir hakka veya muvakkat olsa bile anın zilyedliğine veyahut hakkı hapsine mütedair olanlardır. İrtifak haklarına dair iddialarda, üzerine irtifak hakkı taallük eden malın bulunduğu mahal mahkemesi selahiyettardır. Dava birden ziyade gayrimenkule ait ise gayrimenkullerden birinin bulunduğu mahal mahkemesinde ikame olunur”* demek suretiyle, taşınmaza ilişkin olan davaların, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görüleceğini hükme bağlamaktadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 13, fıkra II hükmünün, taşınmaza ilişkin davalardan ne anlaşılması gerektiğini biraz karışık bir şekilde açıklamakta olduğu görülmektedir. Söz konusu madde hükmünden, taşınmaz üzerindeki şahsi haklara ilişkin davalarda da kesin yetki kuralının uygulanacağı sonucu çıkarılabilmektedir. Ancak, hükümdeki *“gayrimenkul üzerinde bir hakka ..... mütedair davalar”* ibaresini, *“taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin davalar”* şeklinde anlamak gerekir<sup>882</sup>.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 13'üncü maddesi, 12.01.2011 tarihinde kabul edilen, 04.02.2011 tarihli Resmi Gazete ile yayımlanan ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 12 hükmü ile yeniden düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 12, fıkra I hükmü, *“Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalarda ..... taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir”* demek suretiyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 13'üncü maddenin ikinci fıkrasında var olan karışıklığı ortadan kaldırmaktadır.

---

<sup>882</sup> Kuru, (C. I), s. 498, 499.

Taşınmaz satım vaadine dayanarak taşınmazın tescilinin sağlanması amacıyla açılan davalar, sonucu bakımından bir aynı hak değişikliğini hedef tutmaktadır<sup>883</sup>. Bu sebeple, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi nedeniyle açılacak tescile icbar davasının, devri istenen arsa paylarının bulunduğu yer mahkemesinde görülmesi gerekir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.6.1984 Tarih, 1984/14-374 Esas, 1984/706 Karar sayılı Kararının<sup>884</sup> konu ile yakından ilgili olduğu ve tescile icbar davasında yetkili mahkemenin taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olacağını net bir şekilde ortaya koyduğu görülmektedir. Anılan karar şu şekildedir:

*"Taşınmaz satış vaadine dayanılarak tescil talebi taşınmazın aynına yönelik bir talep olduğundan dava, taşınmazın bulunduğu yerde açılmalıdır. Taraflar arasındaki "cebri tescil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, İzmir Dokuzuncu Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 29.12.1981 gün ve 196-974 sayılı kararın incelenmesi davalı L. tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Ondördüncü Hukuk Dairesi'nin 22.3.1983 gün ve 431-2265 sayılı ilamı ile; "... Dava, ... İlçesi'ne bağlı ...'da kain ve davalı L. adına tapuda kayıtlı bulunan 301 parsel sayılı taşınmazın ferağa icbar suretiyle davacılar adlarına tescili istemine ilişkindir. Uyuşmazlık, 301 parsel sayılı taşınmazın mülkiyeti ile ilgili olduğuna ve taşınmaz .... İlçesi'nde olduğuna göre, Usulün 13'üncü maddesi uyarınca davaya bakmaya Kemalpaşa İlçesi Asliye Hukuk Mahkemesi yetkilidir. Bu hususun kamu düzeni ile ilgisi ve itiraz nedeni olduğu nazara alınmadan, olayda uygulama olanağı bulunmayan Usulün 10'uncu maddesine dayanarak işin esasına girilmesi ve davanın sonuçlandırılması doğru görülmemiştir..." gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir...."*

<sup>883</sup> Kurt, s. 139.; Kuru, (C. I), s. 504.

<sup>884</sup> Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 27.09.2010)

.....Bir taşınmaz mal üzerindeki aynı hakka ilişkin bulunan davanın ise, HUMK' nun 13'üncü maddesi hükmünce, o taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülmesi gerekir. Bu yetki kuralı, kamu düzenine ilişkin ve kesin olup, mahkemece kendiliğinden göz önünde tutulur. Çünkü bu gibi uyuşmazlıkların, taşınmaz malın bulunduğu yer mahkemesinde çözümlenmesi zorunludur. Gerçekten, taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan hususların, en çabuk ve en az giderle, en iyi şekilde incelenmesi, delillerin kolayca toplanıp, isabetli olarak değerlendirilmesi ve davanın doğru bir çözüme kavuşturulması, ancak taşınmazın bulunduğu yer mahkemesince yapılabilir.

Temyiz incelenmesine konu olan bu dava, yukarıda da değinildiği üzere, taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesine dayanılarak açılmış olmakla beraber, istek, taşınmazın davacılar adına tapuya tesciline ilişkindir.

Gerçi, taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla kişisel hak doğuran bir sözleşmedir. Böyle bir sözleşme ile alıcı, aynı değil, (kural olarak) sadece (borçlu) satıcıya karşı ileri sürebileceği şahsi bir hak elde eder. Hal böyle olunca, bir satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan ve bir aynı hakka dayanmadığı kuşkusuz bulunan (Örneğin; geri alma ve tazminat davaları gibi) davalar, Usulün yukarıda anılan 9 ve 10. maddeleri gereğince belirlenecek yetkili mahkemede açılıp, görülebilir. Ancak, bu davada olduğu gibi, satış vaadi sözleşmesine dayanılmakla beraber, taşınmazın mülkiyetinin devri istenilmiş, bir başka deyişle, dava, taşınmaz mal üzerindeki mülkiyet hakkının el değiştirmesi amacına yönelik bulunmuş, ise, taşınmazın aynına ilişkin bir dava olarak kabul edilmesi ve Usulün 13. maddesi hükmünce, onun bulunduğu yer mahkemesinde açılması gerekir...”

Taşınmazın aynına ilişkin davaların taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılması hakkındaki yetki kuralı, kamu düzenine ilişkin ve kesindir<sup>885</sup>. Tescile icbar davası da taşınmazın aynına ilişkin olduğu için, arsa paylarının bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi kamu düzenine ilişkin ve kesin yetki olarak kabul edilir. Taraflar, yetki sözleşmesi veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ekleyecekleri bir yetki şartı ile, başka bir mahkemeyi yetkili kılamazlar.

Taşınmazın hangi ilçe sınırları dâhilinde bulunduğu konusunda tereddüt varsa, mahkeme bunu sadece valilik veya kaymakamlıktan sormakla yetinmemeli, yerinde keşif yaparak durumu kendisi tespit etmelidir<sup>886</sup>. Zira taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin kesin ve kamu düzenine ilişkin olmasının sebebi, davanın en kolay, en çabuk, en az giderle ve en emin şekilde çözülebilmesi amacıyla keşif yapılabilmesini sağlamak, hatta tanıkları dahi keşif yerinde dinleyebilmektir. Hâkim, keşifte taşınmazın durumunu bizzat görüp, tanıkları da istinabe yapılmasına gerek kalmaksızın bizzat dinleyebileceği için, dava hakkında daha net bilgi sahibi olur ve taşınmazın durumunu en iyi bilen hâkim olarak en doğru kararı verebilir<sup>887</sup>.

Tescile icbar davası açıldıktan sonra, idari taksimat veya adli teşkilatta yapılan değişiklik sonucu dava konusu arsanın başka bir yargı çevresine girmesi halinde, davaya hangi mahkemenin bakmaya devam edeceği hususunun tespiti gerekir.

<sup>885</sup> Esmer, Galip; Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, 5. Bası, İstanbul 1990, s. 963.; Kuru, Baki; Medeni Usul Hukuku, 17. Bası, (Usul), Ankara 2006, s. 181.; Kuru, (C. I), s. 525.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 184. ; Pekcanıtez / Atalay/ Özkes, s. 109.

<sup>886</sup> Kuru, (C. I), s. 525.

<sup>887</sup> Kuru, (C. I), s. 525.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 184.

Yargıtay' a göre; yargılama devam ederken idari taksimat veya adli teşkilatta değişiklik olması halinde, davayı hâlihazırda görmekte olan mahkemenin kesin yetkisi son bulur ve bu yetki arsanın yargı çevresine girdiği mahkemeye geçer<sup>888</sup>. Davaya bakan mahkemenin dava dosyasını yetkili mahkemeye göndermesi gerekir. Bununla birlikte, davaya bakmakta olan mahkemenin tescile icbar davasına konu olan arsanın başka bir mahkemenin yargı çevresine girmesi sebebiyle verdiği gönderme kararının, teknik anlamda bir yetkisizlik kararı olmadığı kabul edilmektedir.

Gönderme kararı, devir kararı niteliğindedir ve devreden mahkeme bakımından nihai bir karardır<sup>889</sup>. Bu sebeple, devir kararı ile ilgili olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 193 hükmü ile düzenlenmekte olan on günlük başvurma süresinin uygulanmasına gerek yoktur<sup>890</sup>. Ayrıca

<sup>888</sup> Bu konuda Bknz; Yargıtay 1. HD., 17.2.1992 T., 1991/13518 E., 1992/ 1710 K. sayılı Kararı: “...Taşınmazın bulunduğu yerin, adli teşkilattaki değişiklik nedeniyle başka bir mahkemenin yargı çevresine girmesi halinde, davaya bakan mahkemenin dava dosyasını o ( yeni ) mahkemeye göndermesi, bir devir kararı olup; teknik anlamda bir yetkisizlik kararı değildir. Bu devir kararı hakkında HUMK. nun 193. maddesinde öngörülen on günlük başvurma süresi uygulanmaz. O halde 26.9.1989 tarihindeki ilk işlemde kaldırılma kararının yasal dayanağı yoktur. İlk işlemde kaldırılma kararı dayanaksız kalınca da, HUMK. nun değişik 409/son maddesi olayda uygulama yeri bulamaz...” (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 29.12.2010)); Kuru, (C.I), s. 526, 527. ; Pekcanitez / Atalay/ Özkes, s. 110.

<sup>889</sup> Kuru, (C. I), s. 531.

<sup>890</sup> Bu konuda Bknz; Yargıtay 1. HD., 21.6.1999 T., 1999/ 6869 E., 1999/ 6695 K., sayılı Kararı: “...Davacılar, muris muvazaası hukuksal nedenine dayanarak iptal ve tescil isteminde bulunmuşlardır. Dava, İzmir Asliye Hukuk Mahkemesinde açılmış taşınmazların bulunduğu Menderes İlçesinde Asliye Hukuk Mahkemesi kurulduğundan mahkemece HUMK’un 13’üncü maddesine göre gönderme kararı verilmiştir. Menderes Asliye Hukuk Mahkemesi ise, önceki mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren HUMK’UN 193’üncü maddesinde öngörülen süre içinde dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesi için müracaat edilmediğinden HUMK’un 409’uncu maddesi gereğince davanın açılmamış sayılmasına karar vermiştir. Bilindiği üzere, çekişmeli taşınmazın bulunduğu yerin adli teşkilattaki değişiklik nedeniyle başka bir mahkemenin yargı çerçevesine girmesi halinde davaya bakan mahkemenin dava dosyasını o ( yeni ) mahkemeye göndermesi bir devir kararı olup, teknik anlamda bir yetkisizlik kararı değildir. Bu devir kararı hakkında HUMK.nun 193. maddesinde öngörülen 10 günlük başvurma süresi uygulanmaz. O halde, mahkemece verilen davanın açılmamış sayılmasına dair kararın yasal dayanağı da yoktur. Hal böyle olunca, işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulması isabetsizdir...” (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 29.12.2010)); Yargıtay 5. HD., 19.3.1990 T., 1990/ 5145 E., 1990/8594 K. sayılı Kararı: “...18.6.1958 gün, esas 21 ve 10 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre taşınmaz mallarla ilgili davalarda davanın açılmasından sonra adli teşkilatta vuku bulan değişiklik nedeniyle dava evrakının yeni kurulan Mahkemeye tevdiinde HUMK.nun 193. maddesi uygulanmaz. On günlük süre burada bahse konu değildir. Bu nedenle davaya bakılmak gerekirken HUMK.nun 193’üncü maddesinde gösterilen sürenin geçtiğinden söz edilerek davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir...” ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 29.12.2010)); Kuru, C. I, s. 527. ; Pekcanitez / Atalay/ Özkes, s. 110.

devreden mahkeme, davacıyı yargılama giderleri ve vekâlet ücreti ödemeye mahkûm edemez.

Dava dosyası kendisine gönderilen mahkeme, davayı devreden mahkemenin yerine geçer ve dava kaldığı yerden devam eder<sup>891</sup>. Devreden mahkemenin gönderme kararı vermeden önce yapmış olduğu tüm işlemler geçerliliklerini korur. Bu nedenle, davayı devralan mahkemede yeniden harç alınmasına gerek yoktur.

İdari taksimat veya adli teşkilatta değişiklik olması sonucu dosyanın yetkili mahkeme tarafından görülmesi amacıyla gönderme kararı verilmesi, hükmün Yargıtay tarafından bozulmasından sonra arsanın başka bir mahkemenin yargı çevresine girmiş olması halinde de söz konusu olur. Bu bakımdan, yargı çevresinin değişmesi hususunun, davayı, hüküm kesinleşinceye kadarki her dönemde etkileyeceğini söylemek mümkündür. Yargıtay'ın bozma kararı vermesi üzerine, dava hakkında hüküm vermiş olan mahkemenin, anılan karara uyulup uyulmayacağı hakkında bir karar vermeksizin, dava dosyasını yetkili mahkemeye göndermesi gerekir. Yargıtay'ın verdiği bozma kararına uyma ya da direnme hususundaki hükmü, yeni yetkili mahkeme vermelidir<sup>892</sup>.

Kanaatimizce, idari taksimat veya adli teşkilatta yapılan değişikliğin, davanın açılmasından tahkikat aşamasının bitimine kadar olan dönemde gerçekleşmesi halinde, Yargıtay'ın yukarıda anlatmış olduğumuz görüşüne göre işlem yapılarak dava dosyasının yeni yetkili mahkemeye devredilmesi gerekir<sup>893</sup>. Ancak, tahkikat aşaması bittikten sonra dava hakkındaki hükmün, davayı görmekte olan mahkeme tarafından verilebileceği kabul edilmelidir. Zira tahkikat aşamasının bitiminden sonra yeni yetkili mahkemenin, dava konusu arsanın bulunduğu yer ile ilgili olarak yapacağı herhangi bir işlem

<sup>891</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.6.1958 T., 1957/ 21 E., 1958/ 10 K. sayılı Kararı: “...Devralan mahkemede bakılan bu dava, devreden mahkemede açılmış olan davanın devamıdır. Bu nedenle devralan (yeni) mahkemede yeniden harç alınmaz...” (Kuru, (C. I), s. 531.)

<sup>892</sup> Kuru, (C:I), s. 527.

<sup>893</sup> Bu konuda Bknz: Kuru, (C. I), s. 531 vd.

kalmamaktadır<sup>894</sup>. Bu nedenle, hükmün davayı görmekte olan mahkeme tarafından verilmesi herhangi bir sakınca doğurmaz. Aksine, keşif sırasında arsayı yerinde görüp incelemiş olan mahkeme tarafından hüküm tesis edilmesi taraf menfaatleri, usul ekonomisi ve kamu düzenine ilişkin madde 13 hükmünün amacına daha uygun düşer<sup>895</sup>.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bozma kararından sonra idari taksimat ve adli teşkilatta değişiklik yapılması halinde de, davanın esası hakkında yeniden tahkikat yapılması gereği doğuyorsa, mahkeme dava dosyasını yeni yetkili mahkemeye devretmelidir<sup>896</sup>. Buna karşın, bozma kararından sonra tahkikat yapılmasına gerek kalmadan karar verilebildiği hallerde, dava hakkında daha iyi bilgi sahibi olan mahkemenin dosyayı devretmeden davanın esası hakkında hüküm kurması yerinde olur<sup>897</sup>.

Tescile icbar davasında yetki kamu düzenine ilişkin olduğu için, yetki itirazı bir ilk itiraz değildir<sup>898</sup>. Mahkeme yargılamanın sonuna kadar kendiliğinden veya tarafların itirazı üzerine yetkili olup olmadığını inceleyerek, yetkisizlik kararı verebilir. Bu nedenle taraflarca yapılan itiraz, teknik anlamda bir yetki itirazı olarak nitelendirilemez<sup>899</sup>. Zira yapılan itiraz asıl olarak bir hatırlatma niteliğindedir. Dava açılan mahkemeye yetki itirazında bulunan tarafın, itirazında yetkili mahkemeyi göstermesi şart değildir. Çünkü bu durumda mahkeme yetkili olup olmadığını kendiliğinden gözeterek, yetkisizlik kararı verir ve yetkili mahkemeyi de kendisi araştırıp belirler<sup>900</sup>.

---

<sup>894</sup> Kuru, (C. I), s. 531.

<sup>895</sup> Kuru, (C. I), s. 532.

<sup>896</sup> Kuru, (C. I), s. 532.

<sup>897</sup> Kuru, (C. I), s. 532.

<sup>898</sup> Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 190.; Kuru, (C. I), s. 525.

<sup>899</sup> Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 201.

<sup>900</sup> Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 201..

Tescile icbar davasına bakan mahkeme yaptığı inceleme sonunda yetkisiz olduğuna kanaat getirirse, yetkisizlik kararı vermek zorundadır. Yetkisizlik kararı, yetkili mahkeme bildirilerek dava dosyasının bu mahkemeye gönderilmesi hükümlerini içermelidir<sup>901</sup>. Yetkisizlik kararı veren mahkeme, dava dosyasını yetkili mahkemeye kendiliğinden gönderemez; dosyanın gönderilmesine karar vermekle yetinir<sup>902</sup>.

Yetkisizlik kararı, nihai bir karardır. Bu sebeple, kararı veren mahkeme, davadan elini çeker. Yetkisizlik kararı nihai karar niteliğini haiz olduğu için temyiz edilebilir.

Kararın temyiz edilmesi halinde, temyiz incelemesi duruşmasız yapılır<sup>903</sup>. Yargıtay'ın yetkisizlik kararları hakkında verdiği kararlara karşı, karar düzeltme yoluna gidilemez<sup>904</sup>.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, görevsizlik ve yetkisizlik kararları üzerine yapılacak işlemleri 27'inci ve 193'üncü madde hükümleri ile düzenlemektedir. Bu sebeple, mahkemenin vermiş olduğu yetkisizlik kararı üzerine yapılacak işlemler, genel itibariyle görevsizlik kararına ilişkin olarak yapılan açıklamalarla aynıdır.

Yetkisizlik kararı üzerine, dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesi sağlanarak davaya devam edilebilmesi için, davacının yetkisizlik kararının kesinleşmesinden itibaren on gün içinde yetkili mahkemeye başvurusu ve davalıya tebligat yaptırtması gerekir<sup>905</sup>. Bu durumda davacının, sadece yetkisizlik kararında yetkili olduğu bildirilen mahkemeye başvurabileceğini önemle belirtilmelidir. Davacı, kararda bildirilen mahkemeden başka bir mahkemeye başvuramaz<sup>906</sup>. Burada da on gün içinde yetkili mahkemeye başvuran davacının, karşı tarafa yapılacak tebligat giderini ödemesi gerekli

<sup>901</sup> Kuru, (C. I), s. 614.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 196. ; Pekcanitez / Atalay/ Özkes, s. 114.

<sup>902</sup> Kuru, (C. I), s. 614.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 200.

<sup>903</sup> Kuru, (C. I), s. 619.

<sup>904</sup> Kuru, (C. I), s. 619, 620.; (6100 sayılı HMK'nın 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyete başlayacak ve karar düzeltme yolu yürürlükten kalkacaktır.)

<sup>905</sup> Yetkili mahkemeye başvurma hakkının davalıya da tanınması gerektiği hakkında Bknz. Yuk.s.173.

<sup>906</sup> Kuru, (C. I), s. 622.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 200.

ve yeterlidir<sup>907</sup>. Tebligatın karşı tarafa söz konusu on günlük süre içinde yapılması şart değildir<sup>908</sup>.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 20 hükmü gereğince, görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde, taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekeceğini yeniden belirtmemiz yerinde olur.

Kendisine başvurulmuş yetkili mahkeme, yetkisizlik kararını vermiş olan mahkemeden dava dosyasının kendisine gönderilmesini isteyerek, başvurunun on günlük süre içinde yapıp yapılmadığını re'sen inceler<sup>909</sup>. Yetkili mahkemenin, başvurunun süresi içinde yapıldığını tespit etmesi halinde, tarafları duruşmaya çağırarak davayı görmeye başlaması gerekir<sup>910</sup>.

Yetkisizlik kararının kesinleşmesi ile süresi içinde kendisine başvurulmuş mahkemede görülmeye başlanan dava, yeni bir dava değildir<sup>911</sup>. Dava, yetkisiz mahkemede açılmış olan davanın devamı niteliğindedir. Bu sebeple, yetkili mahkemede yeniden harç alınması söz konusu olmaz<sup>912</sup>. Yetkisiz mahkemede dava açılması ile kazanılmış olan haklar korunur<sup>913</sup>. Yetkisiz mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbir kararı varlığını sürdürür. Tarafların yetkisiz mahkemede yapmış oldukları usul işlemleri yeni mahkemede de geçerlidir<sup>914</sup>.

<sup>907</sup> Kuru, (C. I), s. 622, 623.

<sup>908</sup> Kuru, (C. I), s. 623.

<sup>909</sup> Kuru, (C. I), s. 623. ; Pekcanitez / Atalay/ Özekes, s. 114.

<sup>910</sup> Kuru, (C. I), s. 623.

<sup>911</sup> Kuru, (C. I), s. 625.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 200.

<sup>912</sup> Kuru, (C. I), s. 625.

<sup>913</sup> Kuru, (C. I), s. 625.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 200.

<sup>914</sup> Kuru, (C. I), s. 625.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 201.

Yetkisiz mahkemede başlamış olan iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı, davayı görmeye başlayan mahkemede de devam eder<sup>915</sup>. Tarafların davayı takip etmesi için avukatlarla yapmış olduğu avukatlık ücret sözleşmesi, davanın yetkili mahkemede görülmesi sürecini de kapsar. Avukatın, yetkili ve yetkisiz mahkemede yaptığı işleri ayırarak iki ayrı vekâlet ücreti istemesi mümkün değildir<sup>916</sup>.

Tescile icbar davasında yetkinin kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle, yetkisizlik kararı üzerine dava dosyası kendisine gönderilen mahkeme, gönderen mahkemenin verdiği yetkisizlik kararı ile bağlı değildir<sup>917</sup>. Zira bu mahkeme de, davada yetkili olup olmadığını re'sen incelemekle yükümlüdür<sup>918</sup>.

Dava dosyası kendisine gönderilen mahkemenin yetkili olmadığına kanaat getirmesi halinde yetkisizlik kararı vermesi gerekir. Söz konusu karar kesinleşirse, iki mahkeme arasında olumsuz yetki uyuşmazlığı çıkmış olur. Bu durumda uyuşmazlık merci tayini yolu ile giderilir ve dava Yargıtay tarafından belirtilen yetkili mahkemede görülür<sup>919</sup>.

Davacının on günlük süre geçtikten sonra yetkili mahkemeye başvurduğu tespit edilirse, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir<sup>920</sup>. Davacı, açılmamış sayılan tescile icbar davasını, tekrar harç ödemek suretiyle yetkili mahkemede yeniden açabilir. Ancak bu durumda açılan dava, yetkisiz mahkemede açılmış olan davanın devamı niteliğine sahip olmaz. Söz konusu dava, yeni bir dava niteliğini taşır<sup>921</sup>. Bu sebeple, daha önce yetkisiz mahkemede açılan tescile icbar davası ile meydana gelen sonuçlar, yeni davada bakımından geçerliliğini korumaz.

---

<sup>915</sup> Kuru, (C. I), s. 625.

<sup>916</sup> Kuru, (C. I), s. 625.

<sup>917</sup> Kuru, (C. I), s. 631.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 200.

<sup>918</sup> Kuru, (C. I), s. 631.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 200.

<sup>919</sup> Kuru, (C. I), s. 631.

<sup>920</sup> Kuru, (C. I), s. 626.

<sup>921</sup> Kuru, (C. I), s. 628.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 201.

### 3. Tescile İcbar Davasında İşbölümü

Türk Ticaret Kanunu madde 4, fıkra I (6102 sayılı TTK. 4/ I) hükmüne göre, aynı kanunun 21'inci maddesinin birinci fıkrası (6102 sayılı TTK. 19/ I) gereğince her iki taraf için ticari sayılan hususlardan doğan hukuk davaları, ticari dava sayılır. Buna göre, sözleşmenin taraflarının tacir sıfatına sahip olmaları halinde, bu kişilerin ticari işletmeleri ile ilgili olarak yapılan işlerden kaynaklanan hukuk davaları, ticari dava niteliğindedir<sup>922</sup>. Söz konusu davalar, şarta bağlı olarak ticari dava sayıldıkları için, nispi ticari dava olarak adlandırılmaktadırlar. Bununla birlikte, taraflardan yalnız birinin ticari işletmesi ile ilgili olan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların ticari dava kapsamında değerlendirilmeyeceğini belirtmek gerekir.

Türk Ticaret Kanununun 5'inci (6102 sayılı TTK. 5/ I, II) maddesinin ilk iki fıkrasına göre, aksine hüküm olmadıkça, dava olunan şeyin değerine göre asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemesi ticari davalara dahi bakmakla vazifelidir. Şu kadar ki; bir yerde ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin vazifesi içinde bulunan ve bu kanunun 4'üncü maddesi hükmünce ticari sayılan davalarla hususi hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere ticaret mahkemesinde bakılır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olarak veya her iki taraf için ticari sayılan hususlar nedeniyle kurulmuş olması mümkündür. Bu durumda, arsa sahibinin sözleşme gereği üstlenmiş olduğu edimi yerine getirmekten haksız olarak kaçınması nedeniyle açılacak tescile icbar davasına, arsa paylarının değerinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 8, fıkra I hükmü ile belirlenen görev sınırının üzerinde olması halinde asliye ticaret mahkemesi tarafından bakılması gerekir. Davanın açılacağı yerde asliye ticaret mahkemesinin bulunmadığı hallerde, dava asliye hukuk mahkemelerinde görülür<sup>923</sup>.

<sup>922</sup> Arkan, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, 9. Bası, Ankara 2005, s. 100.

<sup>923</sup> Arkan, s. 103.; Kuru, (C. I), s. 685.

Arsa paylarının değerinin görev sınırının altında kaldığı durumlarda ise, ayrı bir sulh ticaret mahkemesi bulunmadığı için, tescile icbar davası sulh hukuk mahkemelerinde açılmalıdır. Sulh hukuk mahkemesi, kendi görevine giren davayı başka bir sulh mahkemesine gnderemeyeceğı gibi, aynı yerde bulunan asliye ticaret mahkemesine de gönderemez<sup>924</sup>. Sulh hukuk mahkemesi, Türk Ticaret Kanununda düzenlenen ticari davalar hakkında inceleme yaparken, bu kanunun hükümlerini uygulamak durumundadır.

Asliye ticaret mahkemesinde aılması gereken tescile icbar davasının, sulh hukuk mahkemesinde aılması halinde, mahkemenin durumu re’sen dikkate alarak görevsizlik kararı vermesi gerekir<sup>925</sup>. Ancak, arsa paylarının değerinin görev sınırının üzerinde olduğu hallerde, davanın açıldığı yerde ayrı bir ticaret mahkemesi bulunmasına rağmen, dava asliye hukuk mahkemesinde aılmışsa, mahkeme durumu re’sen dikkate alarak dosyayı ilgili mahkemeye gönderemez<sup>926</sup>. Zira asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasında görev ilişkisi değil, işbölümü ilişkisi mevcuttur. Bu sebeple, ticari sayılmayan bir davanın asliye ticaret mahkemesinde aılması halinde de, mahkemenin re’sen görevsizlik kararı vermesi söz konusu olmamaktadır<sup>927</sup>.

Davanın asliye ticaret mahkemesinde aılması gerekirken asliye hukuk mahkemesinde aılması halinde, ya da aksi durumda, açılan davanın mahkemenin iş alanına girmediğine ilişkin olarak yapılan itiraza, işbölümü itirazı denir. Işblm itirazı, bir ilk itirazdır ve ancak esasa cevap süresi içinde ileri sürülebilir<sup>928</sup>. Mahkeme, esasa cevap süresi geçtikten sonra yapılan işbölümü itirazını reddetmekle yükümlüdür<sup>929</sup>.

<sup>924</sup> Kuru, (C. I), s. 684.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 214.

<sup>925</sup> Arkan, s. 102.

<sup>926</sup> Arkan, s. 103. ; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 215.

<sup>927</sup> Arkan, s. 103. ; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 215.

<sup>928</sup> Kuru, (C. I), s. 692.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 216.; Pekcanitez / Atalay/ zekes, s. 117.

<sup>929</sup> Kuru, (C. I), s. 692.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 216.

Mahkemenin işbölümü itirazını zamanında yapılmadığı veya haksız olarak yapıldığı gerekçesiyle reddetmesi halinde, verilen ret kararı ara karar niteliğini taşır. Bu nedenle, ret kararı, yalnız başına temyiz edilemez<sup>930</sup>.

Mahkeme işbölümü itirazını kabul ederse, dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verir. Bu durumda mahkemenin verdiği gönderme kararı, nihai karar niteliğini taşır<sup>931</sup>. Gönderme kararının verildiği anda kesin olan bir karar olması sebebiyle, diğer nihai kararlardan farklı olarak yalnız başına temyiz edilemediğini önemle belirtmek gerekir<sup>932</sup>. Ancak, gönderme kararının esas hakkında verilen hükümle birlikte temyiz edilmesi mümkündür<sup>933</sup>. Mahkemenin işbölümü itirazı ile ilgili yanlış bir karar vermiş olması, esas hakkındaki hükmün bozulmasına yalnız başına sebep olmaz. Yargıtay, hükmün başka bir neden ile bozulmasına karar vermişse, hükmü ayrıca işbölümüne uyulmamış olmasından dolayı da bozar.

Mahkemenin verdiği gönderme kararı üzerine davacının on gün içinde gönderilen mahkemeye başvurması gerekir. Dosyanın gönderildiği mahkeme davaya bakmaya mecburdur<sup>934</sup>. Gönderme kararının verilmesinden sonra süresi içinde başvurulması ile gönderilen mahkemede görülmeye başlanan dava, gönderme kararı veren mahkemede açılan davanın devamı niteliğini taşır<sup>935</sup>. Dosya kendisine gönderilen mahkeme, gönderen mahkemenin davayı hukuk veya ticari dava olarak nitelendirmesiyle bağlı olmayıp, davanın niteliğini belirledikten sonra, gerekli kanun hükümlerini uygulamak durumundadır<sup>936</sup>.

<sup>930</sup> Kuru, (C. I), s. 693.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 216.

<sup>931</sup> Kuru, (C. I), s. 695.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 217.; Pekcanitez / Atalay/ Özkes, s. 117.

<sup>932</sup> Kuru, (C. I), s. 695.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 217.; Pekcanitez / Atalay/ Özkes, s. 117.

<sup>933</sup> Kuru, (C. I), s. 695.; Pekcanitez / Atalay/ Özkes, s. 117.

<sup>934</sup> Kuru, (C. I), s. 703.

<sup>935</sup> Kuru, (C. I), s. 704.

<sup>936</sup> Kuru, (C. I), s. 703, 704.

Gönderme kararı verildikten sonra, süresi içinde ilgili mahkemeye başvurulmaması halinde, dava açılmamış sayılır. Gönderilen mahkemenin, on günlük süre geçtikten sonra kendisine başvurulduğunu tespit etmesi halinde, re'sen davanın açılmamış sayılmasına karar vermesi gerekir<sup>937</sup>. Mahkemenin kendisine başvuru süreye dikkat etmeden esas hakkında hüküm vermesi, verilen hükmün Yargıtay tarafından esas bakımından incelenmeden, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi için bozulmasına sebep olur<sup>938</sup>. Davacı, açılmamış sayılan davasını tekrar harç ödemek suretiyle yeniden açabilir. Bu durumda yeniden açılan dava, gönderen mahkemede açılan davanın devamı olmayıp, yeni bir dava niteliğine sahiptir<sup>939</sup>.

Hukuk mahkemeleri ile ticaret mahkemeleri arasındaki işbölümü ilişkisi kural olarak kamu düzenine ilişkin olmadığı için, tarafların bu konuda işbölümü sözleşmesi yapmalarının mümkün olduğunu belirtmemiz gerekir<sup>940</sup>.

#### **D. Tescile İcbar Davasında Delillerin Değerlendirilmesi**

Tescile icbar davasında, dava konusu yapılan hakkın gerçekten var olup olmadığının anlaşılması, söz konusu hakkın maddi hukuk anlamında doğduğunun veya sona erdiğinin tespitini sağlayacak vakıaların doğru olup olmadığının ortaya konulması ile sağlanır<sup>941</sup>. Dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmaların dayandığı vakıaların doğru olup olmadığı, mahkemeye kanaat verilerek ispat edilmeleri suretiyle tespit edilir<sup>942</sup>.

<sup>937</sup> Kuru, (C. I), s. 712.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 218.

<sup>938</sup> Kuru, (C. I), s. 713.

<sup>939</sup> Kuru, (C. I), s. 713.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 219.

<sup>940</sup> Kuru, (C. I), s. 714.

<sup>941</sup> Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Bası, İstanbul 2001, (C. II), s. 1966.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 417.; Pekcanitez / Atalay/ Özekes, s. 371.

<sup>942</sup> Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder; İspat Yükü, 2. Bası, İstanbul 1980, s. 2.; Kuru, (C. II), s. 1966.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 417.; Pekcanitez / Atalay/ Özekes, s. 371.

Delilin konusunu maddi vakıalar oluşturur. Ancak, hukuk kurallarının, çekişmeli olmayan vakıaların ve hâkimin hâlihazırda bilmesi nedeniyle ispatına gerek olmayan durumların ispatı için delil gösterilmesine gerek yoktur<sup>943</sup>.

Davaya bakan hâkimin dava konusu ile ilgili vakılardan hangilerinin çekişmeli olduğunu tespit ettikten sonra, çekişmeli vakıaları ispat yükünün kimin üzerinde olduğunu belirlemesi gerekir<sup>944</sup>. Davanın taraflarının ispat yükünün kime düştüğünü gözetmeden delillerini sunmaları halinde, hâkimin ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü araştırmasına gerek kalmaz. Zira hâkim öncelikle, tarafların göstermiş oldukları delilleri incelemekle yükümlüdür<sup>945</sup>.

Tarafların sunmuş oldukları delillerin, hâkimde, dava konusu vakılara ilişkin bir kanaat oluşturmaması halinde, ispat yükünün hangi tarafa düştüğünün tespit edilmesinde yarar vardır<sup>946</sup>. Hâkimin kendisine ispat yükü düştüğünü bildirdiği taraf, dava konusu vakıayı ispat edememesi durumunda davayı kaybeder<sup>947</sup>. Bununla birlikte, hâkimin ispat yükünü yanlış tespit etmesinin, yani kendisine ispat yükü düşmeyen taraftan uyuşmazlık konusu vakıayı ispat etmesini istemesinin dava sonunda verilen hüküm bakımından bozma sebebi teşkil ettiğini belirtmek gerekir.

Medeni Kanunun 6'ncı maddesi, *"Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür"* hükmünü içerir. Anılan hüküm kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, ispat yükünün kural olarak ilk önce davacıya düşeceği sonucuna ulaşmak mümkündür<sup>948</sup>. Buna göre, öncelikle davacının davasını açma sebebini, yani dava konusunu dayandırmakta olduğu vakıaları ispatlaması gerekmektedir.

<sup>943</sup> Kuru, (C. II), s. 1967- 1972.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 419.

<sup>944</sup> Kuru, (C. II), s. 1972.; Umar/ Yılmaz, s. 6.; Pekcanitez / Atalay/ Özekes, s. 390 vd.

<sup>945</sup> Kuru, (C. II), s. 1972.

<sup>946</sup> Kuru, (C. II), s. 1973.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 420.

<sup>947</sup> Kuru, (C. II), s. 1974.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 420.; Pekcanitez / Atalay/ Özekes, s. 393.

<sup>948</sup> Kuru, (C. II), s. 1972.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 421.; Pekcanitez / Atalay/ Özekes, s. 393.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanılarak açılan tescile icbar davasında ispat yükü, Medeni Kanun madde 6 hükmü ile düzenlenen genel kurala göre belirlenir. Bu durumda, ispat yükü, öncelikli olarak davacı müteahhide düşmektedir.

Tescile icbar davasının kabulü her şeyden önce, davacı müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği üstlenmiş olduğu borcu yerine getirmiş olmasına ve bu yolda hüküm verilmesini engelleyen sebeplerin bulunmamasına bağlıdır<sup>949</sup>.

Davacı müteahhit, yaptığı inşa işine karşılık olarak vaat edilen arsa paylarının mülkiyetinin kendisine geçirilmediğinin tespitini sağlayarak uyuşmazlık konusu vakıayı ispatlamak için gerekli tüm delilleri mahkemeye sunmalıdır<sup>950</sup>. Tarafların aralarında düzenledikleri bir ispat yükü sözleşmesi veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine bu yönde koydukları bir şart ile, belli bir vakıanın içlerinden biri tarafından ispat edileceğini kararlaştırmaları mümkündür<sup>951</sup>.

Tescile icbar davası sırasında davacının mahkemeye sunması gereken iki önemli delil söz konusudur. Bu deliller, geçerli bir şekilde kurulmuş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ve tapu kaydır<sup>952</sup>.

Davanın açılmasına dayanak oluşturan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığı ispat edilemezse, davacının talep sonucu yönünde karar verilemez. Bunun gibi, davacının resmî şekil şartına uyulmadan düzenlenen sözleşmeye dayanarak açtığı tescile icbar davasının reddedilmesi gerekir. Ancak, davacı müteahhidin geçersiz sözleşme ile üstlendiği edimi tamamen ifa ettiğini ispatlaması halinde, artık sözleşmenin şekle aykırı şekilde düzenlendiği savunması dinlenmemelidir. Zira bu halde şekle aykırılığı ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık

<sup>949</sup> Esmer, s. 963.

<sup>950</sup> Kuru, (C. II), s. 1995.

<sup>951</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bknz; Taşpınar, Sema; İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 159 vd.; Kuru, (C. II), s. 2017.

<sup>952</sup> Çınar, s. 368.

teşkil eder<sup>953</sup>. Bu durumda sözleşme, geçerli olarak kurulmuş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sahip olduğu tüm sonuçları doğuracağından, arsa sahibinin belirlenen arsa paylarının devri borcunun ifasından haksız olarak kaçındığının mahkemece tespit edilmesi halinde davacı lehine hüküm tesis edilmesi mümkündür.

### **E. Tescile İcbar Davası Sonunda Verilen Hükümün Mahiyeti**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanılarak açılan tescile icbar davası sonunda, mahkemenin iki şekilde karar vermesi mümkündür.

Davacı müteahhit, davalı arsa sahibinin sözleşme ile belirlenen arsa paylarının mülkiyetinin kendisine devrinden haksız olarak kaçındığını ispat edebilirse, mahkeme tapu iptaline karar vererek dava konusu arsa paylarının davacı adına tescil edilmesine karar verir. Aksi halde, dava reddedilir ve arsa paylarının mülkiyeti, arsa sahibi üzerinde kalmaya devam eder. Bu durumda verilen hüküm, tespit hükmü niteliği taşır.

Doktrinde, tescile icbar davası sonunda davacı lehine verilen kararın konusu ve mahiyeti ile ilgili çeşitli görüşler bulunduğu görülmektedir.

Bir görüşe göre, davacı açacağı tescile icbar davası ile mahkemeden, arsa sahibinin satış sözleşmesinin kurulması amacıyla irade beyanında bulunmasına hüküm verilmesini ister<sup>954</sup>. Bu durumda satım vaadini yerine getirmeyen, yani satış sözleşmesinin yapılması amacıyla irade beyanında bulunmaktan kaçınan arsa sahibi aleyhine müteahhit tarafından açılan dava sonucu mahkemenin davacı lehine vereceği karar, arsa sahibinin irade beyanı yerine geçer.

<sup>953</sup> Bknz. Yuk. s. 45 vd.

<sup>954</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 314, 315.; Sirmen, Lale; Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995, s. 310, 311.

Belirlenen arsa paylarının mülkiyetinin müteahhide geçebilmesi için, müteahhidin öncelikle mahkeme hükmünü tapu memuruna götürerek, ondan satış sözleşmesini yapmasını istemesi gerekir<sup>955</sup>. Bununla birlikte, arsa sahibinin tescil talebinde bulunması şartı da aranır. Tapu memuru önünde yapılan sözleşmeye rağmen arsa sahibinin tescil talebinde bulunmaktan kaçınması halinde, normal bir satış sözleşmesinin ifa edilmemesi sonucu ortaya çıkan sonuçlar doğar<sup>956</sup>. Bu durumda, Medeni Kanun madde 716 hükmüne dayanılarak tescil davası açılmalıdır.

Diğer bir görüşe göre, tescile icbar davası sonunda mahkemenin verdiği karar, satış sözleşmesinin yerine geçer<sup>957</sup>. Davacı durumunda bulunan müteahhit, mahkeme kararına dayanarak, davalı arsa sahibinden tescil talebinde bulunmasını isteyebilir<sup>958</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi, Medeni Kanun madde 716 uyarınca açılacak davanın satış sözleşmesine veya satış sözleşmesinin yerini tutacak mahkeme kararına dayanması gerektiğini belirtmektedir<sup>959</sup>. Buna göre, satış vaadine dayanılarak anılan hüküm uyarınca mülkiyetin geçirilmesine karar verilmesi talep edilemez.

Doktrinde bazı yazarların, tescile icbar davası sonunda verilen kararın mahiyeti ile ilgili olarak ortaya konan bu görüşün daha doğru olduğunu belirtmekle birlikte, pratikliği ve iki dava açılmasına engel olması nedeniyle aşağıda anlatacak olduğumuz baskın görüşe katılmayı tercih ettikleri görülmektedir<sup>960</sup>.

<sup>955</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 315.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 200.

<sup>956</sup> Gürsoy, Kemal Tahir/ Eren, Fikret/ Cansel, Erol; Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 522.

<sup>957</sup> Akipek, G. Jale/ Akıntürk, Turgut; Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 472.; Çenberci, s. 92, 93.

<sup>958</sup> Akipek/ Akıntürk, s. 472.

<sup>959</sup> Bu konuda Bknz: Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 315.

<sup>960</sup> Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 522.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarından baskın olarak kabul edilmekte olan son görüşe göre; davacı açtığı tescile icbar davası ile mahkemeden hem satış sözleşmesinin yapılmış sayılmasına, hem de meydana gelecek satış sözleşmesi gereğince Medeni Kanun madde 716 hükmüne dayanarak mülkiyetin kendisine geçirilmesine karar verilmesini talep edebilir<sup>961</sup>. Zira tek tek hükme bağlanması mümkün olan bu taleplerin, aynı dava içerisinde birlikte hüküm altına alınmasını engelleyen herhangi bir durum söz konusu değildir<sup>962</sup>. Bu durumda dava sonunda verilen karar, arsa sahibinin irade beyanı yerine geçmekle kalmayıp, satış sözleşmesinin yerini tutmak suretiyle, davacıya mülkiyetin geçirilmesini de sağlar<sup>963</sup>.

Anılan görüşün, dava konusu uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırdığı kabul edilmekle birlikte, mahkemenin verdiği kararın satış sözleşmesi yerine geçeceğini savunan yazarlar tarafından, satış vaadi ile satışın farklılığını kaldırmakta olduğu gerekçesiyle eleştirildiği görülmektedir<sup>964</sup>. Ancak, dava sonunda mahkeme tarafından verilen kararın, dava konusu arsa paylarının mülkiyetinin davacıya geçirilmesini sağlaması, iki ayrı dava açılması gereğini ortadan kaldırdığı için usul ekonomisine daha uygun bir çözüm getirmektedir. Zira davacının, satış sözleşmesinin yerine getirilmesi için mahkeme kararına dayanarak davalıdan tescil talebinde bulunmasını talep etmesi gereksiz bir formalite niteliğindedir ve davacının mülkiyetin kendisine geçirilmesi için ikinci bir dava açmasını gerektirir<sup>965</sup>. Bu bakımdan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanılarak açılan tescile icbar davasının inşaa dava niteliğini haiz olduğunu kabul etmek gerekir<sup>966</sup>.

<sup>961</sup> Belgesay, Mustafa Reşit; Gayrimenkule Dair Medeni Kanun Hükümlerini Tefsir Eden 1950-1951 Yargıtay Kararlarının Analizi, İstanbul 1951, s. 15.; Çenberci, s. 92, 93.; Esener, Turhan/ Güven, Kudret; Eşya Hukuku, Ankara 2008, s. 195.; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 522.; Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, (Gayrimenkul), s. 170.; Önen, Ergun; İnşaa Dava, Ankara 1981, s. 92.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 200, 201.

<sup>962</sup> Çenberci, s. 93.

<sup>963</sup> Kılıç, Halil; Gayrimenkul Davaları, C. I, Ankara 2006., s.1528.; Önen, s. 92.

<sup>964</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 315.

<sup>965</sup> Kocayusufpaşaoğlu, (Gayrimenkul), s. 171.

<sup>966</sup> Önen, s. 92.

Tescile icbar davası sonunda verilen ve inşâî niteliği haiz olan karar, var olan bir hukuki durumu değiştirmektedir. Kararın şekli anlamda kesinleşmesi ile ortaya çıkan inşâî sonuç, taraflar ve üçüncü kişilerin durumlarını etkileyecek bir yapıya sahiptir<sup>967</sup>. İnşâî karar, taraflar bakımından kesin hüküm oluşturduğu için durumlarını etkilerken; üçüncü kişiler için dolaylı ve inşâî bir etki yaratmaktadır<sup>968</sup>. Zira üçüncü kişilerin, verilen hükmün sonuçlarına katlanma, uyma ve bunları kabul etme yönünde bir zorunlulukları ortaya çıkmaktadır<sup>969</sup>.

Dava sonunda verilen hükmün içeriğinde, mülkiyetin davacı müteahhide geçirildiği hususuna açıkça yer verilmelidir. Hükümde ayrıca tapu memuruna yöneltilmiş bir tescil emrinin bulunmasına gerek yoktur. Bu bakımdan, dava sonunda verilen karar, mülkiyetin tescilsiz kazanılması durumlarından birini teşkil eder<sup>970</sup>. Müteahhidin arsa paylarının mülkiyetini kazanma anı, kararın kesinleştiği andır<sup>971</sup>.

Bunun yanında, arsa paylarının devrini vaat eden kişinin, arsa paylarına malik olmaması sebebiyle borcunu yerine getirememesi halinde Borçlar Kanunu madde 96 (TBK. 112) ve devamı hükümlerince müteahhidin zararını tazmin yükümlülüğünün doğacağını belirtmek gerekir<sup>972</sup>.

## F. Zamanaşımı

Tescile icbar davası, arsa sahibinin yapmış olduğu taşınmaz satım vaadine dayanılarak açılan bir dava olduğu için, Borçlar Kanunu madde 125 (TBK. 146) gereğince 10 yıllık zamanaşımına tabidir.

<sup>967</sup> Önen, s. 182.; Özkan Sungurtekin, Meral; “İnşâî Karar ve Özellikleri”, (Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 533-576), s. 560 vd.

<sup>968</sup> Özkan Sungurtekin, s. 565.

<sup>969</sup> Özkan Sungurtekin, s. 565.

<sup>970</sup> Kurt, s. 177.

<sup>971</sup> Kurt, s. 177.

<sup>972</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 315, 316.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa paylarının devredileceği tarih belirlenmemişse, zamanaşımı süresinin müteahhidin sözleşmeden doğan edimini ifa ettiği tarihten itibaren işlemeye başlaması gerekir. Zira bu andan itibaren müteahhidin, arsa sahibinden arsa paylarının kendisine devri borcunun ifasını talep etme hakkı doğmaktadır. Sözleşmede devir borcunun ifa edileceği tarihin belirlenmiş olduğu hallerde ise, zamanaşımı süresi, arsa sahibinin, borcun ifasında temerrüde düştüğü andan itibaren hesaplanır.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

#### I. GENEL OLARAK

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi, ifa suretiyle veya ifa dışı nedenlerle sona erebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulma amacı, tarafların karşılıklı olarak üstlendikleri edimleri ifa etmeleri sonucu elde etmeyi bekledikleri menfaatlerin karşılanmasıdır. Bu bakımdan, arsa sahibinin sözleşmeden beklediği menfaat, yapılması kararlaştırılan inşaatın bir bütün halinde ve sözleşmeye uygun şekilde tamamlanarak kendisine teslim edilmesi ile elde edilir. Müteahhidin sözleşmeden elde etmeyi menfaat ise belirlenen arsa paylarının kendisine devri ile karşılanır. Tarafların sözleşmeden bekledikleri menfaatlerin elde edilmesiyle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulma amacına ulaşmış olur ve sözleşme sona erer. Sözleşmenin olağan sona erme nedeni, tarafların karşılıklı edimlerini tam ve sözleşmeye uygun şekilde ifa etmeleriyle gerçekleşir<sup>973</sup>.

Sözleşmenin ifa dışında herhangi bir nedenle sona ermesi, olağan olmayan sona erme olarak kabul edilir<sup>974</sup>. Buna göre sözleşmenin, ifanın kusursuz imkânsızlığı yani inşaatın yok olması nedeniyle sona ermesi, arsa sahibinin şahsına ilişkin kusursuz imkânsızlık halinin bulunması nedeniyle sona ermesi, müteahhidin ölümü veya aczi halinde sona ermesi ve arsa sahibinin müteahhidin zararını tamamen tazmin etmesi suretiyle sözleşmeyi feshi ile sona ermesi mümkündür<sup>975</sup>. Müteahhit veya arsa sahibinin

---

<sup>973</sup> Aral, s. 378.; Eren, (İnşaat), s. 89.; Kartal, s. 111.; Kaya, s. 73.; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (Özel Bölüm), s. 364.; Yavuz, (Dersler), s. 379.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 576.; Zevkliler, s. 347.; Zevkliler/ Havutçu, (Özel Borç İlişkileri), s. 324.

<sup>974</sup> Kartal, s. 114.

<sup>975</sup> Eren, (İnşaat), s. 89.; Kartal, s. 111-131.

temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesi halinin de, sözleşmenin olağan olmayan nedenle sona ermesi sebebi sayılacağını belirtmek gerekir<sup>976</sup>.

## II. Sözleşmenin İfa Suretiyle Sona Ermesi

Sözleşmenin olağan nedenle sona ermesi, tarafların borçlanmış oldukları edimleri ifa etmeleri ile gerçekleşir<sup>977</sup>. Sözleşmenin ifasının, Borçlar Kanununun 67-95'inci (TBK. 83-111) maddeleri arasında düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Anılan maddeler, genel hükümler niteliğinde olup, her türlü borç ilişkisine uygulanır.

Borçlar Kanununun sözleşmenin ifasını düzenleyen hükümleri arasında ifa kavramının tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte ifa, borçlanılan edimin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi, bu suretle alacaklının menfaatinin karşılanması şeklinde tanımlanabilir<sup>978</sup>.

İfadan bazı durumlarda edim fiilinin yerine getirilmesi anlaşılırken, bazı durumlarda edim sonucunun yerine getirilmesi anlaşılır<sup>979</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ifa, edim fiiline değil, edim sonucuna yöneliktir<sup>980</sup>. Müteahhidin borcu, inşa işini görmesi ile değil, inşaatı bir bütün halinde tamamlayarak arsa sahibine teslim etmesi ile sona ererken, arsa sahibinin borcu belirlenen arsa paylarını müteahhide devretmesi ile sona erer. Her ne kadar müteahhidin sözleşme gereği üstlenmiş olduğu inşaat yapma ediminin ifa edilebilmesi belli bir zaman dilimini gerektiriyor olsa da, inşaatı meydana getirmek için görmüş olduğu inşa işi edim fiili olarak değil, ifaya hazırlık hareketi olarak kabul edilmelidir<sup>981</sup>.

<sup>976</sup> Eren, (İnşaat), s. 89.

<sup>977</sup> Arık, s. 184.; Bilge, s. 262.; Eren, (Genel), s. 867.; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (Özel Bölüm), s. 364.; İnan, s. 614.

<sup>978</sup> Eren, (Genel), s. 867.

<sup>979</sup> Eren, (Genel), s. 867.

<sup>980</sup> Eren, (Genel), s. 867, 868.

<sup>981</sup> Ayrıntılı bilgi için Bknz. Yuk. s. 17 vd.

Sözleşmenin ifası, çoğu zaman taraflar arasındaki borç ilişkisini değil, tarafların dar anlamda sözleşmenin konusunu oluşturan edim borçlarını sona erdirir<sup>982</sup>. Pek çok halde, sözleşme konusu edim ifa edilmiş olsa bile, taraflar arasındaki borç ilişkisi devam eder<sup>983</sup>.

İfanın hukuki anlamda sonuç doğurması için taraflar arasında ayrıca bir ifa sözleşmesi bulunmasının gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. Doktrinde, konu ile ilgili olarak, genel sözleşme görüşü, maddi fiil görüşü ve sınırlı sözleşme görüşü olmak üzere üç farklı görüş bulunduğu görülmektedir<sup>984</sup>.

Genel sözleşme görüşüne göre; ifa, hukuki niteliği itibariyle bir sözleşmedir<sup>985</sup>. Bu nedenle sözleşmenin ifa edildiğinin kabul edilebilmesi için, yalnızca sözleşme konusu edimin yerine getirilmesi yetmez. Bunun yanında, yerine getirmenin ifa amacıyla yapıldığını gösteren bir sözleşme yapılması gerekir<sup>986</sup>. Borcun ortadan kalkması edimin yerine getirilmesi ile birlikte, taraf iradelerinin borcun ortadan kalkması yönünde birleşmesi ile gerçekleşir.

<sup>982</sup> Kartal, s. 112.

<sup>983</sup> Bu yönde bkznz. Yargıtay 15. HD. 21.6.1976 T., 1976/ 1691 E., 1976/ 2625 K. sayılı Kararı: “...Davacı teslim tarihinden beş ay kadar sonra 28/01/1975 gününde davalılara tebliğ olunan ihtarnamesinde sözü edilen üç adet dairedaki noksan ve ayıplı işlerin giderilmesini istemiştir. Davacı ihtirazi kayıt dermeyeran etmeden dairelerini teslim alması dolayısı ile Borçlar Kanununun 362. maddesi uyarınca usulü veçhile muayenesinde müşahede edilecek olan açık ayıp niteliğinde bulunan kusurlar nedeniyle davalıların sorumluluktan kurtulmaları gerekir. Ancak yapılan dairelerdeki kusurlar, sonradan meydana çıkmış veya müteahhit olan davalıların kasten sakladığı kusurlardan ise, yani gizli ayıp niteliği taşıyorsa davacının buna vakıf olur olmaz keyfiyeti davalılara haber vermesi şartıyla, gizli ayıplardan doğan tazminatı talep hakkı vardır...” (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, (<http://www.kazanci.com>); 19.04.2010)

<sup>984</sup> Eren, (Genel), s. 869.; Kartal, s. 112.

<sup>985</sup> Eren, (Genel), s. 870.; Feyzioğlu, Feyzi; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 2. Bası, İstanbul 1976, s. 5.; Kartal, s. 112.; Oğuzman/ Öz, s. 190.; Serozan, Rona; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, C. III, 2. Bası, İstanbul 1998, (Genel), s. 14.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 759.; Tunçomağ, C. II, s. 665.

<sup>986</sup> Eren, (Genel), s. 870.; Kartal, s. 112.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 759.

Maddi fiil görüşü, genel sözleşme görüşünün kabul ettiği yaklaşımın tam aksini kabul eder<sup>987</sup>. Bu görüşe göre ifa hukuki niteliği itibariyle borcu sona erdiren maddi bir fiildir. Bu durumda sözleşme konusu edimin gerekli kıldığı davranışın borcun muhtevasına uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi, ifa için yeterlidir. Tarafların ayrıca bir ifa sözleşmesi yapmaları gereksizdir<sup>988</sup>.

Doktrinde hâkim olan ve bizim de katıldığımız sınırlı sözleşme görüşü ise, ifa sözleşmesinin, sözleşme konusu edimin niteliğine göre düzenlenip düzenlenmeyeceğinin tespit edilmesi gerektiğini savunur. Eğer ifa maddi bir fiil ile gerçekleşiyorsa, tarafların aralarında bir ifa sözleşmesi düzenlemelerine gerek kalmaz. İfanın hukuki işlemle gerçekleştiği hallerde ise, taraflar arasında bir ifa sözleşmesinin düzenlenmesi gerekir. Bu görüşün kabulünün ifanın mahiyetine daha uygun olduğu söylenebilir.

İfa, borcu sona erdirerek alacak hakkını ortadan kaldıran bir sonuç doğurduğu için, hukuki nitelik itibariyle bir def'i değil, bir itiraz olarak kabul edilir<sup>989</sup>. Tarafların aralarında bu yönde bir sözleşme yapmaları, sözleşme konusu edimin ifasının borcu dar anlamda sona erdirdiği sonucunu ortadan kaldırmaz.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifası ile ilgili ifa yeri ve ifa zamanı gibi hususlar genel olarak sözleşme ile belirlenir. İfanın sözleşme ile kararlaştırılan şartlara uygun şekilde gerçekleştirilmediği hallerde ifanın yapılmamasından değil, eksik veya hatalı yapılmasından bahsedilir. Bu durumda, ifa davası veya ademi ifa nedeniyle tazminat davası açılamaz. Ancak kötü ifadan dolayı tazminat veya ücretin indirilmesi davası açılabilir<sup>990</sup>.

<sup>987</sup> Eren, (Genel), s. 870.; Feyzioğlu, s. 8.; Kartal, s. 112.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 760.

<sup>988</sup> Eren, (Genel), s. 871.; Kartal, s. 112.

<sup>989</sup> Eren, (Genel), s. 869.

<sup>990</sup> Kartal, s. 113.

### III. Sözleşmenin İfa Dışı Nedenlerle Sona Ermesi

Eser sözleşmesinin, sözleşmenin ifası dışında bulunan sona erme nedenleri, Borçlar Kanununun 367-371'inci (TBK. 482-486) maddeleri arasında düzenlenmiştir. Anılan hükümler kıyas yoluyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri üzerinde uygulama alanı bulur.

Borçlar Kanunu madde 367 (TBK. 482) ile hüküm altına alınan gider tahmininin aşılması nedeniyle sözleşmenin feshi halinin, götürü ücretli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanamayacağı ortadadır<sup>991</sup>. Bu sebeple, sözleşmenin olağan olmayan nedenlerle sona ermesi başlığı altında, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık halleri kapsamında bulunan Borçlar Kanunu 368-371'inci (TBK. 483-486) maddeleri ile birlikte diğer sona erme nedenleri inceleme konusu yapılacaktır.

#### A. Sözleşmenin Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık Sebebiyle Sona Ermesi

##### 1. Genel Olarak İmkânsızlık

İmkânsızlık, sözleşme konusu edimin ifasının hiçbir şekilde mümkün olmaması halinde ortaya çıkan sonuçtur<sup>992</sup>. Bu durumda edimin ifa edilemez olması veya ifa edilemez hale gelmesi söz konusu olur<sup>993</sup>. Bu nedenle imkânsızlık kavramı, aşırı güçlük kavramından farklıdır. Aşırı güçlük halinde edimin ifa edilmesi güç de olsa mümkündür<sup>994</sup>. Bu nedenle aşırı güçlük halinde sözleşme ile ortaya çıkan borç kendiliğinden sona ermez<sup>995</sup>. Ancak, aşırı güçlük hali müteahhidin sözleşmeye bu şekilde devam etmesini dürüstlük kuralı gereği imkânsız hale getirmişse, edimler arasında tekrar bir

<sup>991</sup> Kaya, s. 73.

<sup>992</sup> Arık, s. 184.; Kılıçoğlu, (Genel), s. 491.; İnal, s. 299 vd.

<sup>993</sup> Kurşat, s. 754.

<sup>994</sup> Eren, (Genel), s. 1250.; Kurşat, s. 755.

<sup>995</sup> Kurşat, s. 755, 756.

denge sağlanmalı, aksi halde sözleşmenin sona erdirilebileceği kabul edilmelidir<sup>996</sup>.

Edimin ifasının mümkün olmaması, maddi imkânsızlık, hukuki imkânsızlık veya ekonomik imkânsızlık gibi farklı sebeplerden kaynaklanabilir. İfası gereken edimin maddi olarak temininin mümkün olmadığı hallerde maddi imkânsızlık, edimin ifasının bir hukuk kuralı sebebiyle mümkün olmaması halinde hukuki imkânsızlık, edimin ifasının ekonomik ve mali açıdan mümkün olmaması halinde ise ekonomik imkânsızlığın varlığından bahsedilir<sup>997</sup>.

Sözleşme konusu edim üzerinde ortaya çıkan imkânsızlık, objektif veya sübjektif imkânsızlık niteliğinde olabilir. Objektif imkânsızlık, borcun ifasının aynı koşullar altında bulunan herkes için imkânsız hale gelmesi sonucu ortaya çıkar<sup>998</sup>. Sübjektif imkânsızlık ise, sadece belli bir borçlu için sözleşmenin ifasının mümkün olmamasını ifade eder<sup>999</sup>.

İmkânsızlık halinin bir süre geçtikten sonra ortadan kalkma ihtimali varsa geçici imkânsızlık, aksi takdirde sürekli imkânsızlık söz konusudur<sup>1000</sup>. Sürekli imkânsızlık borcun sona ermesine neden olurken, geçici imkânsızlık borcu sona erdirmez<sup>1001</sup>.

İmkânsızlığın, sözleşmenin kurulması aşamasında halihazırda mevcut olması halinde başlangıçtaki (önceki) imkânsızlık, sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkması halinde sonraki imkânsızlık söz konusu olur<sup>1002</sup>.

<sup>996</sup> Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 45.

<sup>997</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 58.; Kılıçoğlu, (Genel), s. 491.; Kurşat, s. 756.

<sup>998</sup> Arık, s. 184.; Eren, (Genel), s. 1249.; Karataş, s. 347.; Kılıçoğlu, (Genel), s. 491.; Koç, s. 7.; Kurşat, s. 757.

<sup>999</sup> Arık, s. 184.; Karataş, s. 347.; Kılıçoğlu, (Genel), s. 491.; Koç, s. 7.; Kurşat, s. 757.

<sup>1000</sup> Dural, s. 100.; Kurşat, s. 758.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 909.

<sup>1001</sup> Eren, (Genel), a. 1250.; Kurşat, s. 758.

<sup>1002</sup> Kılıçoğlu, (Genel), s. 491.; Koç, s. 8.; Kurşat, s. 754, 755.

İmkânsızlık ile ilgili yapılmakta olan diğer bir ayırım, doktrinde genel olarak kusurlu imkânsızlık ve kusursuz imkânsızlık olarak kabul edilmekte olan, borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olduğu ve borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olmadığı imkânsızlık haline ilişkindir<sup>1003</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde imkânsızlık incelenirken, doğurdukları hukuki sonuçların farklılık arz etmesi sebebiyle, başlangıçtaki imkânsızlık hali ile sonraki imkânsızlık halinin ayrı ayrı ele alınması gerekir.

İfanın başlangıçtan itibaren objektif olarak imkânsız olması halinde sözleşme geçersiz olur<sup>1004</sup>. Sözleşmeye konu olan arsanın üzerinde kesin bir inşaat yasağının bulunması halinde durum böyledir<sup>1005</sup>. Burada önemli olan imkânsızlığın objektif olmasıdır. Sübjektif imkânsızlık sözleşmeyi geçersiz kılmaz. Objektif imkânsızlığın sözleşmenin geçerliliğini etkilemesi, sözleşme kurulurken durumun taraflarca biliniyor olmasına bağlı değildir<sup>1006</sup>. Sözleşme konusu edimin imkânsız olduğunun sonradan farkına varılmış olsa dahi, sözleşme geçersiz olur<sup>1007</sup>. Buna karşılık, imkânsızlık halinin taraflarca biliniyor olmasına rağmen, edimin daha sonra mümkün olacağı düşüncesiyle sözleşmenin kurulması halinde, sözleşme geçerli olur. Bu durumda sözleşmenin, edimin yerine getirilmesi mümkün olduğunda ifa edileceği şartına bağlanmış olduğu kabul edilir<sup>1008</sup>.

<sup>1003</sup> Kılıçoğlu, s. 492.; Kurşat, s. 758.; Oğuzman/ Öz, s. 429.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.907.

<sup>1004</sup> Ayan, s. 155.; Dural, Mustafa; Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK. madde117), İstanbul 1976, s. 75.; Bu yönde bkz: Yargıtay 15. HD. 25.5.1981 T., 1981/825 E., 1981/1234 K. sayılı Kararı: “...Bu durumda Borçlar Kanunu’nun 20. maddesi uyarınca, borç ilişkisi esasen meydana gelmemiştir. Zira olayda butlan söz konusudur. Buradaki imkânsızlık da, borç ilişkisinin konusunu oluşturan edimle ilgili bulunmakta ve yalnızca borçlu yönünden değil, objektif nitelikte herkes için bağlayıcı bir durum bulunmaktadır...”; Yargıtay 15. HD. 14.6.1979 T., 1979/979 E., 1979/1468 K. sayılı Kararı. (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, (www.kazanci.com, 28.04.2010)

<sup>1005</sup> Ayan, s. 155.

<sup>1006</sup> Kurşat, s. 760.

<sup>1007</sup> Kurşat, s. 760.

<sup>1008</sup> Kurşat, s. 760.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Alttop, s.405

Sözleşme kurulduğunda var olan imkânsızlığın, sonradan ortadan kalkması ile sözleşme kendiliğinden geçerli hale gelmez<sup>1009</sup>. İmar mevzuatına aykırı olarak meydana getirilen inşaat bakımından, başlangıçtaki objektif anlamda hukuki imkânsızlık halinin var olduğu kabul edilir. Bu şekilde meydana getirilmiş inşaatlar için daha sonra imar affı çıkması veya kaçak yapılara izin verilmesi halinde imkânsızlık ortadan kalkar<sup>1010</sup>. Bu durumda, taraflar arasında bulunan ve imkânsızlık nedeniyle geçersiz hale gelen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kendiliğinden geçerli hale geleceğini kabul etmek mümkün olmaz. Ancak, imkânsızlığın daha sonra ileri sürülmesi, Medeni Kanun madde 2 hükmüne aykırılık teşkil edebilir<sup>1011</sup>.

## 2. Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona ermesine neden olan imkânsızlık, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlıktır. Borçlar Kanunu madde 117, fıkra I (TBK. 136/ I) hükmüne göre, *“Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa borç sakıt olur”*. Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık hali doktrinde *“kusursuz sonraki imkânsızlık”* olarak da anılmaktadır. Anılan hüküm, ifanın objektif anlamda imkânsız hale gelmesi müteahhidin kusuruna dayanmıyorsa, uygulama alanı bulur<sup>1012</sup>. Bu tür imkânsızlığın kapsamına, aşağıda incelenecek olan<sup>1013</sup> Borçlar Kanunu madde 368 (TBK.483), 370 (TBK. 485) ve 371’inci (TBK. 486) hükümlerinin dâhil edilmesi mümkündür.

<sup>1009</sup> Kurşat, s. 760, 761.

<sup>1010</sup> Kurşat, s. 761.

<sup>1011</sup> Kurşat, s. 761.

<sup>1012</sup> Dayınlarlı, (Temerrüt), s. 62.; Erman, (Arsa Payı), s. 59.; Reisoğlu, (Genel), s. 305.

<sup>1013</sup> Bknz. Aşa. s. 210 vd.

Görüldüğü gibi, sonraki imkânsızlık hali, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Ancak borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığın sözleşmenin devamına etkisi vardır. Bu imkânsızlık geçerli olarak doğmuş borcun ifasının artık mümkün olmadığını ifade eder ve bu sebeple “*ifa imkânsızlığı*” olarak da anılır<sup>1014</sup>. İfa imkânsızlığının doğal sonucu, sözleşmeden doğan borcun sona ermesidir<sup>1015</sup>. Ancak, ifa imkânsızlığı borçlu temerrüde düştükten sonra ortaya çıkarsa, temerrüt hükümlerinin uygulanmasına devam edileceğini belirtmemiz gerekir<sup>1016</sup>.

Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık halinin ortaya çıkması için, borçlanılan edimin sonradan imkânsız hale gelmesi ve borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olmaması unsurları aranır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona ermesine neden olan kusursuz imkânsızlık hali, sözleşmeye konu arsa üzerinde veya inşaat üzerinde olabileceği gibi, arsa sahibi veya müteahhidin kişiliği ile ilgili hususlarda da ortaya çıkabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ifa imkânsızlığından söz edilebilmesi için, borçlunun, örneğin müteahhidin hiçbir zaman inşa işini bitiremeyecek durumda bulunması gerekir<sup>1017</sup>. Müteahhidin yalnızca işi zamanında yetiştiremeyeceğinin anlaşılması halinde, işin bitmesi ne kadar zaman alacak olursa olsun imkânsızlık hükümleri uygulanmaz. Bu durumda borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurmak gerekir<sup>1018</sup>. Bununla birlikte doktrinde bazı yazarların<sup>1019</sup>, özellikle yapma borçlarında ifanın cebri icra yoluyla sağlanamayacağından bahisle, inşa işini görmekle yükümlü müteahhidin borcu kesinlikle ifa etmeyeceğini beyan etmesi halinde imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerektiği düşüncesinde oldukları görülmektedir.

<sup>1014</sup> Bilge, s. 262.; Birsen, s. 572.; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (Özel Bölüm), s. 365.; Karahasan, (Genel C. II), s. 887.; Koç, s. 7.; Kurşat, s. 762.; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (Özel Bölüm), s. 365.; Nomer, s. 139.; Oğuzman/ Öz, s. 305 vd.

<sup>1015</sup> İnal, s. 304.; Kurşat, s. 763.

<sup>1016</sup> Dayımlı, (Temerrüt), s. 62.

<sup>1017</sup> Öz, (İnşaat), s. 158.

<sup>1018</sup> Öz, (İnşaat), s. 158.; Bu konuda Bknz. Yuk. s. 80 vd.

<sup>1019</sup> Oğuzman/ Öz, s. 295.; Öz, (İnşaat), s. 159 ve 195; Serozan, (Genel), s. 210.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 907.; Tunçomağ, (Genel, C. I), s. 445.

İnşaat yapılacak arsanın fiilen mevcut ve inşaat yapılmasına elverişli olması gerekir. Arsanın tabii afetler gibi bir nedenle yok olması durumunda sözleşme kendiliğinden ortadan kalkar<sup>1020</sup>. İnşaatın üzerine yapılacağı arsa yok olmadıkça, yani arsa üzerine inşaat yapılması mümkün oldukça sonraki imkânsızlık ortaya çıkmamaktadır<sup>1021</sup>.

Müteahhidin sorumlu olacağı sonraki kusurlu imkânsızlık haline ender olarak rastlanıldığını belirtmemiz gerekir<sup>1022</sup>. Zira sözleşme ile ortaya çıkan imkânsızlık genellikle hukuki imkânsızlık niteliğinde olur. Hukuki imkânsızlık, müteahhidin sorumluluğu sonucunu doğurmaz. Bu nedenle müteahhidin inşaatı tamamlama borcu sona erer ve tazminat ödeme yükümlülüğü doğmaz. Bu suretle, arsa sahibinin belirlenen arsa paylarının müteahhide devretme borcu sona erer. Tarafların ifa etmiş oldukları edimleri sebepsiz zenginleşme kuralları gereğince geri almaları mümkündür<sup>1023</sup>.

Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık halinde, borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olmadığını ispat etmesiyle, hiçbir tazminat ödemedi borçtan kurtulması sonucu doğar. Ancak borçlu, sonraki imkânsızlığın ortaya çıkmasından sorumlu olmadığını ispat edemezse, yani somut olayda borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık hali mevcutsa, borçlu, borca aykırılığın genel hükmü niteliğindeki Borçlar Kanunu madde 96 (TBK. 112) gereğince, alacaklının uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olur<sup>1024</sup>.

<sup>1020</sup> Kartal, s. 119.

<sup>1021</sup> Kurşat, s. 764, 765.

<sup>1022</sup> Kurşat, s. 764.; Öz, (İnşaat), s. 158.

<sup>1023</sup> Yargıtay 15. HD., 21.10.2002 T., 2002/ 4195 E., 2002/ 4758 K. sayılı kararı: “...İmar durumu kesinleşmeyen bir yere ilgili belediye inşaat için izin veremeyeceğinden böyle bir inşaat yapılmasını öngören sözleşme konusu da hukuken imkânsızdır. Hükümsüz sözleşmeye dayanarak gecikme tazminatı ve yoksun kalınan kâr adı altında istemde bulunulmayacağı gibi, geçen uzunca süre nedeniyle feshedilmiş sözleşmenin aynen ifası da istenemez. Ancak taraflar, nedensiz zenginleşme kuralları çerçevesinde birbirlerine verdikleri şeyleri veya malvarlıklarına kattıkları değerleri geri alabilirler ...” (Kostakoğlu, s. 812.); Bu yönde bkz: Yargıtay 15. HD. 12.9.1994 T., 1994/597 E., 1994/4798 K. sayılı Kararı, (Kostakoğlu, s. 814, 815.)

<sup>1024</sup> Erman, (Arsa Payı), s. 59.; Öz, (İnşaat), s. 158.

Borçlar Kanunu madde 117’de (TBK. 136) bu yönde açık bir hüküm olmamakla birlikte, Medeni Kanunu madde 2’de düzenlenen dürüstlük kuralı gereği borçlunun imkânsızlığı alacaklıya bildirmesi gerekir<sup>1025</sup>. İhbar yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçlu, alacaklının bu sebeple uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olur. Ancak alacaklı imkânsızlığı biliyor veya bilecek durumda bulunuyorsa, ihbara gerek kalmaz.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 136, fıkra III ile borçluya, imkânsızlığı alacaklıya bildirme yükümlülüğü verilerek, bahsettiğimiz eksikliğin giderildiği görülmektedir. Anılan hükme göre, borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlü olur.

Borçlar Kanunu madde 100 (TBK. 116) anlamında müteahhidin yardımcı kişisi sayılan alt müteahhidin, asıl müteahhide karşı kusursuz ifa imkânsızlığına düşmesi, asıl müteahhidi arsa sahibine karşı kusursuz imkânsızlık haline sokamaz<sup>1026</sup>. Alt müteahhidin, kusurlu olsun veya olmasın, içine düştüğü imkânsızlık hali asıl müteahhidi fiilen işi tamamlayamaz ve başkasına yaptıramaz hale getirmiş olabilir. Bu durumda asıl müteahhit Borçlar Kanunu madde 100 (TBK. 116) gereği tazminat ödemekle yükümlü olur.

Eser sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili olarak düzenlenmiş olan Borçlar Kanunu 368 (TBK.483), 370 (TBK. 485) ve 371’ inci (TBK. 486) maddelerinin, arsa sahibi veya müteahhidin kusurları olmaksızın sözleşme konusu edimin yerine getirilmesinin imkânsızlaşması sonucunu doğuruyor olmaları nedeniyle, borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık kapsamında incelenmeleri mümkündür<sup>1027</sup>. Bu bakımdan, anılan hükümlerle birlikte, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık halinin düzenlendiği Borçlar

<sup>1025</sup> Eren, (Genel), s. 1252.

<sup>1026</sup> Öz, (İnşaat), s. 161.

<sup>1027</sup> Kurşat, s. 768.

Kanununun konu ile ilgili genel hükmü niteliğini taşıyan 117' inci maddesi aşağıda inceleme konusu yapılacaktır.

a. Sözleşmenin yapılan inşaatın telef olması sebebiyle sona ermesi

Borçlar Kanunu madde 368 (TBK. 483); *“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”* hükmünü içermektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusunu, arsa sahibi tarafından sağlanan arsa üzerine müteahhit tarafından sözleşmeye uygun olarak bir inşaat yapılması oluşturur. Borçlar Kanunu madde 368 (TBK. 483) hükmü asıl olarak, eser sözleşmesinde hasarın geçmesine ilişkin olan ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine kıyasen uygulanan bir düzenlemedir<sup>1028</sup>. Kural olarak hasar, yapılan inşaatın arsa sahibine teslimi anına kadar müteahhide aittir. Bu sebeple Borçlar Kanunu madde 368, fıkra I (TBK. 483/ I) uyarınca, yapılan inşaatın teslimden önce beklenmedik bir olay sonucu yok olması halinde, müteahhit ne gördüğü inşa işi ne de yaptığı giderler için karşılık talep edebilir.

---

<sup>1028</sup> Öz, (İnşaat), s. 162.

Borçlar Kanunu madde 368, fıkra II (TBK. 483/ I) hükmüne göre, inşaatta kullanılan ve telef olan malzeme kime aitse, malzeme hasarı da ona ait olur. Yani malzemenin hasarı, onu sağlayan tarafa aittir<sup>1029</sup>. Bu durumda malzeme kavramının geniş yorumlanarak, arsanın da malzeme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>1030</sup>.

Borçlar Kanunu madde 368, fıkra III (TBK. 483/ II) hükmünün ise, bazı durumların varlığı halinde, müteahhidin yaptığı inşa işinin değerini ve diğer masraflarını talep edebileceğini düzenlemekte olan bir istisna hükmü olduğu görülmektedir. Buna göre yapılan inşaat, arsa sahibi tarafından verilen malzeme ya da üzerine inşaat yapılması için gösterilen arsanın ayıbından yahut arsa sahibi tarafından inşa tarzına ilişkin olarak verilen bir talimat nedeniyle yok olmuşsa, müteahhit anılan tehlikeleri zamanında ihbar etmek kaydıyla, yaptığı işin değerini ve diğer masraflarını arsa sahibinden talep edebilir<sup>1031</sup>. Bunun yanında, arsa sahibinin kusurlu olduğu hallerde, müteahhidin tazminat talep etme hakkı saklıdır. Bu durumda müteahhit arsa sahibinden müspet zararının tazminini talep edebilir<sup>1032</sup>. Borçlar Kanunu madde 368, fıkra III (TBK. 483/ II) hükmünün uygulanması, inşaatın tekrar yapılmasının mümkün olmaması şartına bağlı değildir. Bunun nedeni, hükmün, ifanın arsa sahibi yüzünden imkânsızlaşması halini düzenlemiyor olmasıdır<sup>1033</sup>.

Kural olarak, yapılan inşaatın umulmayan bir nedenle yok olması halinde müteahhidin borcu sona ermez<sup>1034</sup>. İnşaatın yeniden yapılarak tamamlanması mümkün olduğu müddetçe, borcun sona erdiğinden bahsedilemez<sup>1035</sup>.

<sup>1029</sup> Kaya, s. 74.; Öz, (İnşaat), s. 163.; Yavuz, (Dersler), s. 379.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 577.

<sup>1030</sup> Kurşat, s. 770.

<sup>1031</sup> Berki, s. 147.; Kaya, s. 74.

<sup>1032</sup> Kurşat, s. 770, 771.; Öz, (İnşaat), s. 164.

<sup>1033</sup> Kurşat, s. 771.

<sup>1034</sup> Kurşat, s. 769.

<sup>1035</sup> Kurşat, s. 769.; Öz, (İnşaat), s. 193.

İnşaatın yeniden yapılarak tamamlanmasının kesinlikle mümkün olmaması durumunda ise, borcun imkânsızlaştığının ve bu nedenle sona erdiğinin kabul edilmesi gerekir<sup>1036</sup>. Bu durumda müteahhit Borçlar Kanunu madde 368 (TBK. 483) gereğince meydana gelen zarara katlanmak durumunda kalır. Ancak arsa sahibi, müteahhidin tamamlanan inşaatı teslim etmek istemesine rağmen teslim alma konusunda temerrüde düşerse, temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanmasına devam edilir<sup>1037</sup>.

Borcun ifasının sonraki imkânsız nedeniyle mümkün olmaması halinde, arsa sahibi inşaatın teslimini talep ederek müteahhidi temerrüde düşürme hakkını kaybeder. Ancak arsa sahibinin, müteahhide daha önce devretmiş olduğu arsa paylarını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alma hakkı vardır.

Burada göz önünde bulundurulması gereken husus, sözleşme konusu borcun ifasının imkânsız hale gelmesine neden olan beklenmeyen olayın müteahhidin kusurundan kaynaklanmaması gerektiğidir. Meydana getirilen inşaat müteahhidin kusuru ile yıkılmış olsa dahi, müteahhit inşaatı tekrar yapmak zorunda kalır. Ancak, müteahhidin kusurundan kaynaklanan imkânsızlık inşaatın yeniden yapılmasını engelleyecek nitelikte ise, müteahhit Borçlar Kanunu madde 96 (TBK. 112) çerçevesinde sorumlu olur.

Arsa sahibine henüz teslim edilmemiş olan inşaatın, tamamının değil, fakat bir kısmının yok olması halinde, yok olan kısım bakımından Borçlar Kanunu madde 368 (TBK. 483) hükmünün uygulanması mümkündür<sup>1038</sup>. Ancak bu durumda da yok olan kısmın tekrar yapılması mümkünse, borcun imkânsızlığından bahsedilemez.

<sup>1036</sup> Kurşat, s. 769.; Öz, (İnşaat), s. 162.

<sup>1037</sup> Öz, (İnşaat), s. 162.

<sup>1038</sup> Kurşat, s. 770.

- b. Sözleşmenin arsa sahibi nezdinde gerçekleşen bir sebepten dolayı ifanın mümkün olmaması sebebiyle sona ermesi

Borçlar Kanunu madde 370 (TBK. 485) hükmüne 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 istemeğe hakkı olur”*. Anılan hüküm gereğince, arsa sahibinin hâkimiyet alanında meydana gelen bir olay nedeniyle inşaatın yapılmasının imkânsız hale gelmesi sonucu sözleşme sona erer<sup>1039</sup>.

Arsa sahibinin nezdinde gerçekleşen ve sözleşmenin ifasını imkânsız hale getiren sebeplere, arsa sahibinin müteahhide devretmeyi taahhüt ettiği arsanın kamulaştırılması, toprak kayması, sel, deprem gibi doğal afetler nedeniyle arsanın üzerine inşaat yapılmaya elverişli olmaktan çıkması, arsa sahibinin istediği yapı sistemine yetkili makamlarca izin verilmemesi gibi durumlar örnek gösterilebilir<sup>1040</sup>. Söz konusu imkânsızlık hallerinin ortaya çıkmasında müteahhidin hiçbir etkisi bulunmadığı için, herhangi bir sorumluluğu da doğmaz. Aksine, imkânsızlık arsa sahibinin hâkimiyet alanında meydana geldiği için, müteahhidin bazı taleplerde bulunmasına imkân tanınmaktadır<sup>1041</sup>.

Arsa sahibinin hâkimiyet alanında meydana gelen olay yüzünden inşaatın yapılmasının imkânsız hale gelmesi durumunda, müteahhidin yaptığı işin karşılığını ve bu karşılığa girmeyen masrafları arsa sahibinden talep etme hakkı bulunur. Ayrıca, inşaatın yapılması arsa sahibinin kusuru sonucu imkânsız hale gelmişse, müteahhit arsa sahibinden müspet zararının tazminini isteyebilir<sup>1042</sup>.

<sup>1039</sup> Kaya, s. 75.; Kurşat, s. 771.; Yavuz, (Dersler), s. 380.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 578.

<sup>1040</sup> Dalamanlı/ Kazancı/ Kazancı, s. 1016.; Kartal, s. 120.; Kaya, s. 75.; Kurşat, s. 771.; Oğuzman/ Öz, s. 292.; Tandoğan, C. II, s. 130.; Tunçomağ, C.II, s. 1093.

<sup>1041</sup> Kartal, s. 122.; Kurşat, s. 771.

<sup>1042</sup> Kaya, s. 75.; Kartal, s. 122.; Kurşat, s. 771, 772.; Öz, (İnşaat), s. 161, 162.

Arsa sahibi nezdinde gerçekleşen imkânsızlık sonucu sözleşmenin sona ermesi için, ayrıca fesih beyanında bulunulmasına gerek yoktur. Bu durumda sözleşme kendiliğinden geçersiz hale gelir. Ancak, müteahhidin belirtilen haklarını kullanabilmesi için, Borçlar Kanunu madde 357, fıkra III (TBK. 472/ III) çerçevesinde, sözleşmenin ifasının imkânsız hale gelmesine neden olacak tehlikeyi arsa sahibine bildirmekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir<sup>1043</sup>. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen müteahhide karşı arsa sahibinin Borçlar Kanunu madde 370, fıkra I (TBK. 485/ I) hükmü uyarınca sorumluluğu yoluna gidilemez<sup>1044</sup>. Bu halde, Borçlar Kanunu madde 370, fıkra II (TBK. 485/ II) uyarınca talep edilecek tazminat miktarından da indirim yapılması gerekir<sup>1045</sup>.

#### c. Sözleşmenin Müteahhidin Ölümü veya Aczi Nedeniyle Sona Ermesi

Borçlar Kanunu madde 371 (TBK. 486), *“Müteahhit öldüğü yahut sun'u taksiri olmaksızın işi bitirmekten aciz kaldığı takdirde, mukavele müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış ise istisna akdi münfesihi olur. Bu takdirde yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi onu kabule ve bedelini vermeğe mecburdur”* hükmünü içermektedir.

Eser sözleşmesinde genel kural, müteahhidin ölümü halinde sözleşmenin sona ermeyeceği yönündedir<sup>1046</sup>. Anılan hükmün birinci fıkrasının genel kuralın istisnasını teşkil ettiği görülmektedir<sup>1047</sup>. Eser sözleşmesinin müteahhidin kişisel nitelik ve özelliklerinin göz önünde bulundurularak kurulması halinde, müteahhidin ölümü veya aczi sözleşmeyi kendiliğinden sonra erdirir. Buna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin müteahhidin kişiliğinin dikkate alınarak yapıldığı durumlarda,

<sup>1043</sup> Kartal, s. 121.

<sup>1044</sup> Kartal, s. 121.

<sup>1045</sup> Kartal, s. 122.

<sup>1046</sup> Aral, s. 388.; Berki, s. 148.; Kartal, s. 115.

<sup>1047</sup> Kılıçoğlu, (Müteahhit), s. 185 vd.

müteahhidin ölümü veya kusuru olmaksızın inşaatı yapamayacak duruma gelmesi halinde sözleşme kendiliğinden sona erer<sup>1048</sup>.

Borçlar Kanunu madde 371 (TBK. 486) hükmünün uygulanabilmesinin ilk şartı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin müteahhidin kişisel nitelikleri ve özelliklerinin dikkate alınarak yapılmış olmasıdır. Müteahhidin sözleşme kurulurken göz önünde bulundurulacak kişisel niteliklerinin başlıcaları özel meslek bilgisi ve uzmanlığı, tecrübesi, dürüstlüğü, şöhreti, güven vermesi ve özel krediye layık bulunmasıdır<sup>1049</sup>. Hükmün uygulanmasının ikinci şartı ise, müteahhidin ölümü veya inşaatı yapamayacak duruma düşmesidir. Belirtmiş olduğumuz şartlar alternatif şartlar olmayıp, sözleşmenin müteahhidin ölümü veya aczi halinde kendiliğinden sona ermesi için ikisinin bir arada bulunması gerekir. Müteahhidin kişisel nitelikleri ve özelliklerinin önemli olmadığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin ölmesi veya aczi sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmez<sup>1050</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği inşaatın tamamlanarak arsa sahibine teslim edilmesini üstlenen müteahhidin bir ortaklık olması halinde, sözleşmenin kurulmasında kişisel nitelik ve özellikleri nazara alınan ortağın ölmesi veya aczi de sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğurur<sup>1051</sup>.

Arsa sahibinin sözleşmede, müteahhidin kişisel nitelik ve özelliklerini göz önünde bulundurduğunu belirtmesi şart değildir<sup>1052</sup>. Somut olayda sözleşmenin müteahhidin kişisel nitelik ve özellikleri sayesinde kurulduğunun anlaşılması yeterlidir<sup>1053</sup>.

<sup>1048</sup> Bilge, s. 263.; Kartal, s. 114.; Kaya, s. 75, 76.; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, (Özel Bölüm), s. 365.; Özyörük, s. 84-86.

<sup>1049</sup> Karataş, s. 351.; Kaya, s. 76.; Olgac, s. 115.; Özyörük, s. 85.; Tunçomağ, C.II, s. 1094.

<sup>1050</sup> Bilge, s. 263.; Kaya, s. 76.; Yargıtay 15. HD., 12.11.1990 T., 1990/ 1503 E., 1990/ 4707 K. sayılı kararı: “...İnşaatın şahsi maharet ve özelliği gerektirmeyen durumlarda, müteahhidin ölmesi aksın sona ermesini gerektirmez.” (Kostakoğlu, s. 823, 824.); Bu yönde bkz: Yargıtay 15. HD. 21.11.1989 T., 1989/1739 E., 1989/4859 K. sayılı Kararı, (Kostakoğlu, s. 824.); Yargıtay 15. HD.26.6.1989 T., 1988/3773 E., 1989/3082 K. sayılı Kararı, (Kostakoğlu, s. 825, 826.)

<sup>1051</sup> Kartal, s. 115.; Öz, (İnşaat), s. 193.

<sup>1052</sup> Kartal, s. 115.; Özyörük, s. 85.; Tandoğan, C. II, s. 134.

<sup>1053</sup> Kartal, s. 115.

Müteahhidin aciz haline düşmesi durumunda, arsa sahibinin müteahhitten teminat veya daha önce verilmiş bir teminat varsa ek teminat talep etmesi mümkündür<sup>1054</sup>.

Borçlar Kanunu madde 371, fıkra II (TBK. 486) hükmüne göre, müteahhidin vefatı veya aczi anında inşaatın tamamlanan bölümü arsa sahibinin kullanabileceği nitelikteyse, arsa sahibi bu bölümü kabule ve kabul ettiği kısmın bedelini ödemeye mecburdur.

d. Borçlar Kanunu madde 117 hükmü kapsamında sözleşmenin sona ermesi

Eser sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili olarak, özel olarak düzenlenmiş, müteahhidin sorumlu olmadığı imkânsızlık hallerinden herhangi birine girmeyen durumlar için, genel hüküm niteliğindeki Borçlar Kanunu madde 117 (TBK. 136) hükmü uygulanır.

Önemle belirtmek gerekir ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, eser sözleşmenin sona ermesini düzenleyen hükümlerin birbirine kıyasen uygulanması sonucu, Borçlar Kanunu madde 117 (TBK. 136) hükmünün çok fazla uygulama alanı kalmamaktadır<sup>1055</sup>. Hükmün kapsamında yalnızca, Borçlar Kanunu madde 370'in (TBK. 485) uygulama alanına sokulamayan, ifanın arsa sahibinin hâkimiyet alanında gerçekleşmeyen hukuki imkânsızlığı halleri incelenebilir<sup>1056</sup>. Örneğin, arsa sahibinin belirlenen arsa paylarını müteahhide önceden devretmiş olduğu hallerde, arsanın bir doğal afet sonucu inşaat yapımına elverişli olmaktan çıkması durumunda Borçlar Kanunu madde 117 (TBK. 136) hükmünün uygulanmasına ihtiyaç olur<sup>1057</sup>. Çünkü bu durumda, tehlikenin arsa sahibinin hâkimiyet alanında gerçekleştiği

<sup>1054</sup> Yargıtay 15. HD., 29.02.1988 T., 1988/ 4249 E., 1988/ 806 K. sayılı kararı: “...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle geciktirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isâbetsizlik bulunmamasına, özellikle Borçlar Kanunu 82’inci madde hükmü gereğince yüklenicilerin acze düşmeleri halinde arsa sahiplerinin ilave teminat istemeye hakları olup, olayda davalıların böyle bir talepleri bulunmadığına ...” (Karataş, s. 352.)

<sup>1055</sup> Kurşat, s. 774.

<sup>1056</sup> Kurşat, s. 774, 775.

<sup>1057</sup> İnal, s. 300.; Kurşat, s. 775.

ya da diğer sona erme nedenlerinin bulunduğu söylenemez. Bunun dışında, sözleşmenin hangi tarafından kaynaklanırsa kaynaklansın, hiçbir durumda Borçlar Kanunu madde 117 (TBK. 136) hükmü uygulanmaz.

Borçlar Kanunu madde 117 (TBK. 136) uyarınca borcundan kurtulan borçlunun, sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde önceden aldıklarını iade etme yükümlülüğü doğar ve henüz ödenmeyen karşılığı talep etme hakkı ortadan kalkar<sup>1058</sup>. Ancak müteahhit, sözleşmenin sona erme tarihine kadar geçen dönemde meydana getirdiği inşaat için yaptığı masrafı ve inşaat nedeniyle arsa sahibinin malvarlığında ortaya çıkan haksız zenginleşmeyi arsa sahibinden talep edebilir.

## **B. Arsa Sahibinin Müteahhidin Zararını Tamamen Tazmini Suretiyle Sözleşmeyi Feshi**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tabi olduğu eser sözleşmesine ilişkin sözleşmeyi sona erdiren nedenleri düzenleyen Borçlar Kanunu madde 368-371 (TBK. 483-486) hükümleri arasında bulunan 369'uncu (TBK. 484) madde hükmü, anılan diğer maddelerden farklı özelliklere sahip bir sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı ihtiva etmektedir<sup>1059</sup>. Anılan hükme göre, *“Yapılan şey; bitmezden evvel iş sahibi yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve müteahhidin zarar ve ziyanını baliğın mabelağ tazmin etmek şartıyla mukaveleyi feshedebilir”*. Arsa sahibinin müteahhidin zararını tamamen tazmin etmek kaydıyla sözleşmeyi feshedebilmesi için üç şartın bir arada bulunması gerekir. Bunlar, inşaatın henüz tamamlanmamış olması, müteahhide yöneltilmiş bir fesih beyanının bulunması ve müteahhidin yaptığı kısmın bedelinin tam olarak karşılanarak uğradığı zararın tazmin edilmesidir<sup>1060</sup>.

<sup>1058</sup> Kurşat, s. 775.

<sup>1059</sup> Öz, (İnşaat), s. 197.

<sup>1060</sup> Berki, s. 147.; Bilge, s. 263.; Eren, (İnşaat), s. 92, 93.; Kaya, s. 77.; Tandoğan, C. II, s. 142-146.

Borçlar Kanunu madde 369' da (TBK. 484) bahsi geçen fesih hakkı, sona erme ile ilgili diğer hükümlere göre iki bakımdan farklılık arz eder<sup>1061</sup>.

Kullanılan fesih hakkının taşımakta olduğu ilk fark, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini ileriye etkili olarak sona erdirmesidir<sup>1062</sup>. Arsa sahibinin sözleşmeyi bu suretle feshi ile, fesih beyanının müteahhide varması anına kadar yapılmış olan inşaat bedelini ödeme yükümlülüğü doğar<sup>1063</sup>. Bu durumda arsa sahibi, müteahhidin sözleşmeden elde etmeyi beklediği menfaati karşılayan müspet zararını tazmin etmelidir. Müteahhide ödenecek tazminat miktarı hesaplanırken, müteahhidin yaptığı hazırlık çalışmaları ve sağlayıp teslim ettiği malzeme bedeli de göz önünde bulundurulmalıdır<sup>1064</sup>.

Müteahhidin müterâfik kusurunun bulunması, arsa sahibinin ödeyeceği tazminat miktarında indirim yapılmasına imkân vermez<sup>1065</sup>. Zira, fesih müteahhidin kusuruna dayanıyorsa arsa sahibinin haklı sebebe dayanarak sözleşmeden dönmesi gerekir. Bununla birlikte, bazı istisnai durumlarda dürüstlük kuralı gereği müteahhidin kusuru dikkate alınarak tazminat miktarının indirilmesi mümkün olmalıdır<sup>1066</sup>. Örneğin, müteahhidin bazı borçlarını ihlali, kanun ve sözleşme hükümlerinde aranan ağırlıkta olmadığı için haklı nedenle sözleşmeden dönme hakkının kullanılmadığı durumlarda, arsa sahibinin Borçlar Kanunu madde 369 (TBK. 484) hükmü gereğince müteahhidin zararını tamamen tazmin etme yoluyla sözleşmeyi feshedebileceğinin kabul edilmesi gerekir<sup>1067</sup>. Ayrıca, müteahhidin kusuru arsa sahibi için bir alacak doğuruyorsa, arsa sahibi takas bildiriminde bulunarak Borçlar Kanunu madde 369 (TBK. 484) uyarınca ödeyeceği tazminat miktarının düşmesini sağlayabilir<sup>1068</sup>.

<sup>1061</sup> Öz, (İnşaat), s. 197.

<sup>1062</sup> Kaya, s. 77.; Öz, s. 197.

<sup>1063</sup> Kaya, s. 77.; Yavuz, (Dersler), s. 380.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 578.

<sup>1064</sup> Eren, (İnşaat), s. 94.; Kaya, s. 77.

<sup>1065</sup> Kaya, s. 78.; Öz, (İnşaat), s. 200.

<sup>1066</sup> Öz, (İnşaat), s. 200.

<sup>1067</sup> Öz, (İnşaat), s. 200.

<sup>1068</sup> Kaya, s. 78.

Fesih hakkının taşımakta olduğu ikinci fark ise, arsa sahibinin fesih hakkının, müteahhidin borca aykırı hiçbir davranışı olmasa dahi, âdeta keyfi olarak kullanabilecek bir hak niteliğini taşımasıdır<sup>1069</sup>. Arsa sahibinin Borçlar Kanunu madde 369 (TBK. 484) gereği fesih hakkını kullanabilmesi için herhangi bir haklı sebebe dayanması gerekmez<sup>1070</sup>.

Arsa sahibine Borçlar Kanunu madde 369 (TBK. 484) ile verilen bu hak, vekâlet sözleşmesinde müvekkilin vekili sebepsiz azil hakkına benzerlik taşır<sup>1071</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibine bu nitelikte bir hakkın verilmiş olmasının sebebi, vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, arsa sahibi ile müteahhit arasında sözleşmenin kurulmasına neden olan güven ilişkisine büyük önem veriliyor olmasıdır<sup>1072</sup>.

Arsa sahibinin fesih hakkını inşaa işi tamamlanmadan önce kullanması gerekir. Buna göre, müteahhit inşaa işini görmeye henüz başlamadan veya inşaatın yapımını sürdürürken fesih hak kullanılabilir. Tamamlanmış inşaat ayıplı olsa dahi, arsa sahibi Borçlar Kanunu madde 369'a (TBK. 484) dayanarak sözleşmeyi feshedemez<sup>1073</sup>. Arsa sahibinin müteahhide fesih anına kadar yapmış olduğu işler için tazminat ödeme yükümü bulunduğundan, fesih hakkını inşaa işi çok fazla ilerlemeden kullanması yararına olur<sup>1074</sup>.

Fesih beyanının müteahhide ulaşmasıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Borçlar Kanunu madde 369 (TBK. 484) hükmü niteliği itibariyle düzenleyici bir hukuk kuralı olduğu için, tarafların sözleşme ile hükmün uygulanmasını daha ağır veya hafif şartlara bağlamaları mümkündür<sup>1075</sup>.

<sup>1069</sup> Öz, (İnşaat), s. 197.

<sup>1070</sup> Eren, (İnşaat), s. 91.

<sup>1071</sup> Öz, (İnşaat), s. 198.

<sup>1072</sup> Öz, (İnşaat), s. 198.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 578.

<sup>1073</sup> Öz, (İnşaat), s. 198.

<sup>1074</sup> Öz, (İnşaat), s. 198.

<sup>1075</sup> Eren, (İnşaat), s. 92.

### C. Sözleşmenin Tarafların Anlaşması İle Sona Ermesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarının karşılıklı anlaşma yoluyla sözleşmeyi sona erdirmeleri mümkündür<sup>1076</sup>. Bu suretle sözleşmenin sona erdirilmesi halinde Borçlar Kanunu madde 369 (TBK. 484) hükmü uygulama alanı bulmaz<sup>1077</sup>.

Taraflar yaptıkları anlaşma ile, sözleşmenin sona erdirilmesi anına kadar yapılmış olan inşa işinin bedeli ve bunun yanında bir tazminat ödenip ödenmeyeceğini, ödenecekse miktarı ve kapsamının ne olacağını açıkça belirleyebilirler<sup>1078</sup>. Eğer yapılan anlaşmanın içeriğinde bu yönde bir hüküm bulunmuyorsa, iyi niyet kuralları çerçevesinde yorum yapılarak inşaat bedeli ve tazminatın ödenip ödenmeyeceği tespit edilmelidir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi<sup>1079</sup>, müteahhidin inşa işini görmeye başlamış ve kayda değer bir ilerleme sağlamış olduğu durumlarda, sona ermenin ileriye etkili olacağı kabul edilerek yapılan kısmın bedelinin arsa paylarının devri suretiyle ödenmesi gerekir<sup>1080</sup>. Buna karşılık tarafların, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, sona erme ile uğradıkları zarar nedeniyle tazminat talep edemeyecekleri kabul edilmelidir<sup>1081</sup>.

<sup>1076</sup> Kaya, s. 78.

<sup>1077</sup> Kaya, s. 78.; Seliçi, (Sürekli Borç İlişkileri), s. 104.; Yavuz, (Dersler), s. 358.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 545.

<sup>1078</sup> Kaya, s. 78. Yavuz, (Dersler), s. 358.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 545.

<sup>1079</sup> Bknz. Yuk. s. 16 vd.

<sup>1080</sup> Kaya, s. 78.; Yavuz, (Dersler), s. 358.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 545, 546.

<sup>1081</sup> Kaya, s. 78.; Yavuz, (Dersler), s. 358.; Yavuz, (Özel Hükümler), s. 546.

#### D. Sözleşmenin Önceden Görülmeyen ve Beklenilmeyen Hal Nedeniyle Feshi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin üstlenmiş olduğu belirlenen arsa paylarını müteahhide devri borcunun, götürü bedelli ücret borcu niteliğini taşıdığını yukarıda belirtmiştik<sup>1082</sup>. Ancak bazı durumlarda, Borçlar Kanunu madde 365 (TBK. 480) gereğince mahkemeye yapılan bir taleple, sözleşmenin feshi veya ücretin arttırılması sağlanabilir. Bu suretle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine anılan hükmün uygulanabileceğini söylemek mümkündür.

Borçlar Kanunu madde 365'e (TBK. 480) göre, *“Götürü pazarlık edilmiş ise, müteahhit yapılacak şeyi kararlaştırılan fiata yapmağa mecburdur. Yapılacak şey, tahmin edilen miktardan fazla say ve masrafı mucip olsa bile, müteahhit bedelin arttırılmasını isteyemez. Fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup ta iki tarafça nazara alınmayan haller işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkal ederse hâkim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya tekarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyleyler. Yapılacak şey, evvelce tahmin edilen miktardan daha az bir say ile vücuda gelmiş ise, iş sahibi bedeli tamamen vermeğe mecburdur”*. Anılan hükmün uygulaması hususunda hak ve yetki, hâkime aittir. Tarafların tek taraflı irade beyanı ile hükümden doğan hakkı kullanmaları, hukuki sonuç doğurmaz.

Borçlar Kanunu madde 365, fıkra I (TBK. 480/ I) hükmünde, sözleşmeye bağlılık anlamına gelen *“Ahde Veda=Pacta Sund Servanda”* ilkesinin tekrar edilmiş olduğu görülmektedir<sup>1083</sup>. Buna göre müteahhit, inşaat tahmin edilen ve kararlaştırılan bedelden daha fazla gideri gerektirse de kendisine devredilecek arsa payı miktarının arttırılmasını isteyemez. İnşa işinin kararlaştırılan bedelden daha düşük bir bedel harcanarak

<sup>1082</sup> Bknz. Yuk. s. 151 vd.

<sup>1083</sup> Kartal, s. 132.

tamamlanması halinde de arsa sahibi belirlenen arsa paylarının tamamını müteahhide devretmekle yükümlü olur<sup>1084</sup>. Bu durumda arsa paylarının oranının azaltılması talep edilemez.

Borçlar Kanunu madde 365, fıkra II (TBK. 480/ II<sup>1085</sup>) hükmünde ise Pacta Sund Servanda ilkesine bir istisna getirilerek, sözleşmenin değiştirilmesine olanak tanıyan “*Umulmazlık=Clausula rebus sic Stantibus*” ilkesi ile ilgili bir düzenlemeye gidilmiştir<sup>1086</sup>. Buna göre, daha önce tahmin edilmeyen veya taraflarca kabul edilen şartlara göre imkânsız olan olağanüstü haller işin yapılmasına engel olur veya yapılmasını son derece zorlaştırırsa, hâkim sahip olduğu takdir hakkı çerçevesinde kararlaştırılan bedeli yükseltmeye veya sözleşmeden dönmeye izin verebilir. Bu bakımdan, anılan hükmün uygulanabilmesi için dört şartın gerçekleşmesi gerekir<sup>1087</sup>.

#### 1. Önceden ÖngörülmeYen ve Beklenilmeyen Bir Halin Bulunması

Borçlar Kanunu madde 365, fıkra II (TBK. 480/ II) hükmünün uygulanabilmesi için aranan ilk şart; önceden tahmin edilmeyen veya tahmin edilip de kararlaştırılan şartlar bakımından gerçekleşmesinin imkânsız olduğu düşüncesiyle taraflarca dikkate alınmayan beklenmeyen hallerin ortaya çıkmasıdır. Olayın kararlaştırılan şartlar bakımından gerçekleşmesinin mümkün olması ve bu önceden öngörülebiliyor olmasına rağmen sözleşme yapılmışsa, artık müteahhit meydana gelen durumdan şikayet edemez ve harcayacağı miktar önemli olmaksızın borcunu yerine getirmekle yükümlü olur.

<sup>1084</sup> Kartal, s. 132.

<sup>1085</sup> 11.01.2011 tarihinde kabul edilen, 04.02.2011 tarihli Resmi Gazete ile yayımlanan ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 480, fıkra II hükmüne “*Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir*” cümlesi eklenmiştir.

<sup>1086</sup> Duman, (İnşaat), s. 783.; Erman, (Beklenilmeyen Hal), s. 81, 82.

<sup>1087</sup> Duman, s. 788 vd.; Erman, (Beklenilmeyen Hal), s. 71.; Kartal, s. 133.

Beklenilmeyen hal kavramının içine öncelikle mücbir sebep niteliğini taşıyan olaylar girer<sup>1088</sup>. Buna göre, deprem, su baskını gibi durumlar beklenilmeyen hal kapsamındadır.

Yukarıda incelemiş olduğumuz gibi<sup>1089</sup>, deprem, su baskını gibi doğal afetlerin ortaya çıkması halinde müteahhit Borçlar Kanunu madde 368, fıkra I (TBK. 480/ I) hükmü gereğince ortaya çıkan zarara katlanmakla yükümlüdür. Ancak anılan hükmün uygulanması, inşaatın tekrar yapılması müteahhit bakımından aşırı bir güçlük yaratabilir ve bu nedenle Borçlar Kanunu madde 365, fıkra II (TBK. 480/ II) hükmünün uygulanması gerekebilir<sup>1090</sup>. Böyle bir durumda, müteahhidin inşaatı tekrar yapması hususunda aşırı güçlük halinin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır<sup>1091</sup>. Bununla birlikte sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan beklenilmeyen hal sözleşmenin ifasını imkânsız hale getirmişse, yukarıda incelemiş olduğumuz imkânsızlık hükümleri uygulama alanı bulur<sup>1092</sup>.

Taraflar sözleşme ile hangi olayların mücbir sebep sayılacağını kararlaştırabilirler<sup>1093</sup>. Ancak sözleşmede belirtilenlerin dışında kalan bütün olayların mücbir sebep sayılmayacağını söylemek mümkün olmaz. Özellikle Borçlar Kanunu madde 99 (TBK. 115) ve madde 100 (TBK. 116) kapsamına giren olayların mücbir sebep sayılması gerekir<sup>1094</sup>. Bu durumda, tarafların mücbir sebepleri belirlemiş oldukları anlaşma, ancak Borçlar Kanunu madde 99 (TBK. 115) ve madde 100 (TBK. 116) ile hükme bağlanmış sınırlar içinde kaldığı ölçüde kabul edilir.

<sup>1088</sup> Duman, (İnşaat), s. 791.; Erman, (Beklenilmeyen Hal), s. 71.

<sup>1089</sup> Bknz. Yuk. s. 213 vd.

<sup>1090</sup> Erman, (Beklenilmeyen Hal), s. 71, 72.; Kartal, s. 133.

<sup>1091</sup> Erman, (Beklenilmeyen Hal), s. 72.; Kartal s. 133.

<sup>1092</sup> Kartal, s. 133.

<sup>1093</sup> Erman, (Beklenilmeyen Hal), s. 72.;

<sup>1094</sup> Erman, (Beklenilmeyen Hal), s. 72, 73.

Önceden öngörülmeven fakat mücbir sebep de sayılmayan diğery olayların da beklenilmeyen hal kavramı kapsamına dahil edilmesi gerekebilir. Buna göre, çok soğuk bir kış, çalışma araçlarının bulunmaması , hammadde fiyatlarının aşırı yükselmesi, üzerine inşaat yapılacak arsanın durumu gibi nedenler beklenilmeyen hal kapsamında değerlendirilebilir<sup>1095</sup>.

## 2. Önceden Görülmeyen ve Beklenilmeyen Hal Nedeniyle İnşaa İşinin Görülmesinin Aşırı Derecede Güç Olması

Borçlar Kanunu madde 365, fıkra II (TBK. 480/ II) hükmünün uygulanmasını ikinci şartı, ortaya çıkan durumun inşaatın yapılmasını aşırı derecede güçleştirmesidir<sup>1096</sup>. Öncelikle belirtmek gerekir ki, madde hükmünde geçen “*işin yapılmasına mani olur*” ibaresi hatalı olarak kullanılmıştır<sup>1097</sup>. Zira, sonradan ortaya çıkan durumların sözleşmenin ifasına engel olduğu hallerde, yukarıda incelemiş olduğumuz kusursuz imkânsızlıkla ilgili hükümlerin uygulanması gerekir.

Borçlar Kanunu madde 365, fıkra II (TBK. 480/ II) hükmünün somut olaya uygulanıp uygulanmayacağıının tespiti için hâkim, işin yapılmasının güçleşmesi sonucu artan masrafların rizikosunun müteahhide ait olup olmadığını iyi niyet kuralları çerçevesinde takdir etmelidir<sup>1098</sup>. Sözleşmenin beklenilmeyen hal nedeniyle uyarlanması veya feshi yoluna gidilebilmesi için, normal bir rizikonun değil, aşırı bir rizikonun ortaya çıkması aranır. Bununla birlikte, gider fazlası ile götürü ücret arasındaki farkın, edimin ifası halinde müteahhidin ekonomik yönden yıkılmasına neden olacak derecede büyük olmasına gerek olmadığını belirtmemiz gerekir<sup>1099</sup>. Bunun gibi, müteahhidin yaptığı işten hiç kâr etmemesi de Borçlar Kanunu madde 365, fıkra II (TBK. 480/ II) hükmünün uygulanmasını gerektirmez.

<sup>1095</sup> Erman, (Beklenilmeyen Hal), s. 73, 74.

<sup>1096</sup> Duman, (İnşaat), s. 787.; Erman, (Beklenilmeyen Hal), s. 81.

<sup>1097</sup> Erman, (Beklenilmeyen Hal), s. 81.; Kartal, s. 136.

<sup>1098</sup> Kartal, s. 135.

<sup>1099</sup> Erman, (Beklenilmeyen Hal), s. 83.; Kartal, s. 135.

Beklenilmeyen halin varlığından bahsedilebilmesi için müteahhidin sözleşme ile üstlenmiş olduğu inşaatı bir bütün halinde tamamlayarak arsa sahibine teslim etme borcu ile arsa sahibinin üstlenmiş olduğu belirlenen arsa paylarını müteahhide devretme borcu arasında açık ve büyük bir oransızlığın bulunması yeterlidir<sup>1100</sup>. Hâkimin, sözleşmeye bağlı kalmanın müteahhit bakımından doğuracağı sakınca ile sözleşmenin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılmasının arsa sahibi bakımından doğuracağı sakınca karşılaştırılarak bir sonuca varması gerekir.

### 3. Önceden Görülmeyen ve Beklenilmeyen Halin Ortaya Çıkmasında Tarafların Kusurunun Bulunmaması

Borçlar Kanunu madde 365, fıkra II (TBK. 480/ II) hükmünün uygulanması için aranan üçüncü şart, ifa güçlüğü'nün taraflardan birinin ihmal ve tedbirsizliği ya da temerrüdü yüzünden meydana gelmemiş olmasıdır<sup>1101</sup>. Bu şart, inşa işinde uzman durumunda olduğu için, özellikle müteahhit bakımından aranır.

Kusurun varlığı ve kapsamının belirlenmesi bakımından Türk Ticaret Kanunu madde 20, fıkra II (6102 sayılı TTK. 18/ II) hükmünde geçen, *“basiretli iş adamı gibi hareket etme”* ilkesinin göz önünde bulundurulması gerekir<sup>1102</sup>. Tedbirli bir tacir gibi davranması gereken müteahhidin tedbirsizliği sonucunda ortaya çıkan aşırı güçlük, beklenilmeyen hal sayılmaz. Müteahhidin aldığı tedbirler ve kararlar kusurlu sayılmasını gerektirmese bile, güçlüğü meydana getiren olayların bu kararlar ve tedbirlerden kaynaklanması halinde Borçlar Kanunu madde 365, fıkra II (TBK. 480/ II) hükmünden yararlanılması imkânı ortadan kalkar<sup>1103</sup>. Müteahhit önceden kestirebileceği ve göze almış sayılabileceği değişimleri ileri sürerek sözleşmeyi anılan hüküm uyarınca feshedemez<sup>1104</sup>.

<sup>1100</sup> Kartal, s. 135.

<sup>1101</sup> Erman, (Beklenilmeyen Hal), s. 85, 86.; Kartal, s. 137.

<sup>1102</sup> Duman, (İnşaat), s. 793.; Erman, (Beklenilmeyen Hal), s. 86.; Kartal, s. 137.

<sup>1103</sup> Kartal, 137, 138.

<sup>1104</sup> Erman, (Beklenilmeyen Hal), s. 87.

#### 4. Müteahhidin Önceden Görülmeyen ve Beklenilmeyen Hali Arsa Sahibine İhbar Yükümlülüğü

Borçlar Kanunu madde 365, fıkra II (TBK. 480/ II) hükmünün uygulanması için aranmakta olan son şart, müteahhidin, olağanüstü halin ortaya çıkması üzerine durumu derhal arsa sahibine bildirme yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasıdır. Müteahhidin bu yükümlülüğü, Borçlar Kanunu madde 357, fıkra III (TBK. 472/ III) hükmünden kaynaklanır<sup>1105</sup>. Bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyerek inşa işini görmeye devam eden müteahhidin, iyi niyet kuralları gereğince Borçlar Kanunu madde 365, fıkra II (TBK. 480/ II) hükmünden yararlanamayacağı kabul edilmelidir<sup>1106</sup>.

#### E. Temerrüt ve İfa Etmeme Nedeniyle Sözleşmeden Dönme

Arsa sahibi, Borçlar Kanunu madde 358, fıkra I (TBK. 473/ I) hükmü uyarınca, müteahhidin inşaata haksız olarak geç başlaması ya da inşaat yapımına normal düzeyinde devam etmemesi yani işi geciktirmesi halinde sözleşmeden dönebilir<sup>1107</sup>.

Arsa sahibi, inşaatın kullanılamayacak ya da hakkaniyete göre inşaatı kabul etmesi kendisinden beklenemeyecek derecede ayıplı veya sözleşmeye aykırı olması halinde, Borçlar Kanunu madde 360, fıkra I (TBK. 475/ I) gereğince ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik haktan faydalanarak sözleşmeden dönebilir. Bunun yanında, müteahhidin ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın doğmasında kusuru mevcutsa, arsa sahibi menfi zararının giderilmesini de talep edebilir<sup>1108</sup>.

<sup>1105</sup> Bknz. Yuk. s. 61.

<sup>1106</sup> Kartal, s. 138.

<sup>1107</sup> Bknz. Yuk. s. 99 vd.

<sup>1108</sup> Bknz. Yuk. s. 111 vd.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yukarıda belirtilen iki durum dışında, taraflardan birinin sözleşme ile üstlenmiş olduğu borcun ifasını geciktirmesi halinde, diğer tarafın Borçlar Kanunu madde 106-108’de (TBK. 123-125) düzenlenen genel hükümler çerçevesinde sözleşmeden dönmesi ile sona ermesi mümkündür. Buna göre, müteahhidin inşaatı teslim borcunu ifasında gecikmesi halinde arsa sahibi Borçlar Kanunu madde 106-108 (TBK. 123-125) hükümleri uyarınca sözleşmeden dönebilir. Arsa sahibinin malzeme sağlama veya müteahhidin ücretinin belirlenen arsa paylarının devri suretiyle ödenmesi borcunun ifasında temerrüde düşmesi halinde, müteahhit Borçlar Kanunu madde 106-108 (TBK. 123-125) hükümleri gereğince sözleşmeden dönebilir.

## SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; arsa sahibi ile müteahhit arasında yapılan, müteahhidin, arsa sahibinin kendisine devredeceği belirli arsa paylarına karşılık olarak arsa üzerine bağımsız bölümler inşa etmek suretiyle bir bina meydana getirmeyi ve sonunda bu bağımsız bölümlerden belirlenmiş olanları arsa sahibine devretmeyi taahhüt ettiği çift tipli, karma yapılı, tam iki tarafa borç yükleyen atipik bir sözleşmedir.

Sözleşme ile arsa sahibi, taşınmaz niteliğini haiz arsasını ortaya koyarak, boş arsasını iyi bir şekilde değerlendirmiş olmaktadır. Müteahhit ise, teşebbüs gücünü ortaya koyarak, yeni bir iş imkânı elde etmektedir. Bu suretle, toplumda var olan konut ve iş yeri ihtiyacı da giderilmiş olmaktadır. Sözleşmenin anılan özellikleri, yaygın olarak düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. Konunun, özellikle son yıllarda önemli bir sektör haline dönüşmesi, beraberinde birtakım sorunları da getirmiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesi ve taşınmaz satım vaadinin özelliklerini taşıyan, çifte tipli karma yapılı bir sözleşme olduğu için, sözleşmenin doğurmakta olduğu borcun niteliğinin tespiti önem taşımaktadır. Müteahhidin sözleşme gereği üstlendiği borcun ifasının belli bir zaman dilimini gerektiriyor olması, sözleşmenin ani edimli borç ilişkisi mi yoksa sürekli edimli borç ilişkisi mi doğurduğu sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Doktrinde çoğu yazarın, sözleşmenin ani edimli borç ilişkisi doğurduğunu kabul ettiği görülmektedir. Müteahhidin edimini ifa etmiş sayılması için, inşaatı bir bütün halinde tamamlayarak arsa sahibine teslim etmesi gerekir. Bu bakımdan, müteahhidin inşaatı tamamlamak için yaptığı faaliyetler ifa fiili değil, ifa faaliyeti kapsamındadır. Arsa sahibinin sözleşmeden beklediği menfaat, inşa işinin görülmesi ile değil, inşa işinin tamamlanması sonucu ortaya çıkan, sözleşme ile belirlenen ve lüzumlu vasıfları taşıyan bağımsız bölümlerin kendisine teslim edilmesi ile elde edilir. Bu bağlamda, sözleşmenin ani edimli borç ilişkisi doğurduğunu kabul eden görüşün yerinde olduğu sonucuna ulaşmış bulunuyoruz.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, arsa sahibinin ediminin gerçekleştirilme çeşitlerine göre farklı tiplerde düzenlenmekte olduğu görülmektedir. Çalışmamızda sık rastlanan sözleşme tiplerine yer verilmiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin karma nitelikte olması, uygulamada, sözleşmenin şekli konusuna ayrı bir önem kazandırmaktadır. Sözleşme kanunda düzenlenmiş olmadığı için, sözleşmenin geçerliliği de kanun tarafından özel bir şekil şartına bağlanmamıştır. Bununla birlikte, sözleşmenin özelliklerini taşımakta olduğu taşınmaz satım vaaadinin, ancak noter huzurunda, resmî şekilde yapılırsa geçerli olacağının, Medeni Kanunu madde 634, Borçlar Kanunu madde 213 (TBK. 237), Tapu Kanunu madde 26, Noterlik Kanunu madde 60 ve 89 hükümleri ile kabul edildiği görülmektedir. Eser sözleşmesinin geçerliliği ise, kanunen hiçbir şekil şartına tabi kılınmamıştır. Arsa sahibinin borcunun geçerli olarak doğması için gereken resmî şekil şartı, tüm sözleşmeyi etkiler. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, tarafların resmî şekil şartına uymaları aranır. Resmî şekil şartının ispat şekli olarak değil, geçerlilik (sıhhat) şekli olarak kabul edildiğinin altını önemle çizmek gerekir.

Müteahhidin adına tescil edilmemiş olan arsa paylarını üçüncü kişiye devretmesi mümkün değildir. Bu bakımdan müteahhidin, kendisine devredilecek arsa paylarının mülkiyetini devretmek amacıyla üçüncü kişilerle yaptığı sözleşme, alacağın temliki niteliğini taşır. Müteahhit ile üçüncü kişiler arasında yapılacak sözleşmenin, Borçlar Kanunu madde 163 (TBK. 184) kapsamında, adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Çünkü yapılan sözleşme ile müteahhit, taşınmaz mülkiyetini değil, arsa paylarının temlikini isteme hakkını üçüncü kişiye devretmektedir.

Resmî şekil şartına uyulmadan kurulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, mutlak butlanla batıl olur. Ancak, sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle batıl olduğunun ileri sürülmesi, Medeni Kanun madde 2'de düzenlenen dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ediyorsa, mutlak butlanın etkisi yumuşatılmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanacak hükümlerin tespiti, yaratma teorisi ve kıyas teorisi esas alınarak yapılmalıdır. Buna göre sözleşmeye, eser sözleşmesi ve taşınmaz satım vaadine ilişkin hükümler doğrudan doğruya değil, uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmalıdır. Kanun boşluklarının söz konusu olduğu durumlarda hüküm, Medeni Kanunu madde 1, fıkra I gereğince, hâkim tarafından bizzat kurulmalıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tam iki tarafa karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme türüdür. Sözleşmenin kurulmasıyla taraflar karşılıklı hak ve borç sahibi olurlar.

Sözleşme ile müteahhit, bağımsız bölüm inşa etme, inşaatı sadakat ve özenle yapma, inşa işini bizzat yapma veya kendi yönetimi altında yaptırma, gerekli araç-gereç ve malzemeyi sağlama, işe zamanında başlama ve devam etme ve inşaatı zamanında teslim etme borçları bulunur. Müteahhidin inşaatı teslim etme borcuna aykırı davranması halinde, borçlunun temerrüdünü düzenleyen Borçlar Kanunu madde 101-105 (TBK. 117-122) hükümleri ile özellikle, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için uygulanan Borçlar Kanunu madde 106-108 (TBK. 123-125) hükümleri gereğince sorumluluğu söz konusu olur. Müteahhidin ayrıca, teslim ettiği inşaatla bulunan ayıplara ilişkin olarak, Borçlar Kanunu madde 359-363 (TBK. 474-478) hükümlerinden doğan ayıba karşı tekeffül borcu bulunmaktadır.

Arsa sahibinin sözleşmeden doğan en önemli borcunu, belirlenen arsa paylarını müteahhide devretme borcu oluşturur. Sözleşme ile hangi arsa paylarının müteahhide devredileceği önceden ve kesin bir şekilde belirlendiği için, ücret yerine geçen devir borcunun niteliği götürü ücret kapsamında değerlendirilir ve Borçlar Kanunu madde 365 (TBK. 480) hükmü uygulama alanı bulur. Arsa sahibinin müteahhidin üstlendiği edimi gereği gibi ifa edebilmesi için yerine getirmesi gereken çeşitli yükümlülükleri de bulunmaktadır. Buna göre, arsa sahibi, arsayı inşaat yapımına elverişli bir şekilde müteahhide teslim etmeli, inşaatla başlanabilmesi için gerekli işlemleri yapmalı ya da yapması için müteahhide vekâlet vermelidir.

Arsa sahibinin belirlenen arsa paylarını müteahhide devretme borcunu yerine getirmemesi halinde, temerrüdü söz konusu olur. Müteahhit, arsa sahibine karşı Borçlar Kanunu madde 106-108 (TBK. 123-125) gereği sahip olduğu hakları kullanabilir. Bununla birlikte, arsa sahibinin arsa paylarını devretmekten haksız olarak kaçınması halinde, müteahhidin arsa sahibine karşı tescile icbar davası açma hakkı doğar. Tescile icbar davası sonunda verilen karar, inşaî bir karar niteliğindedir. Zira kararın kesinleşmesi ile mülkiyet müteahhide geçirilmiş olur. Tescile icbar davasında görevli mahkeme arsa paylarının dava tarihindeki değerine göre belirlenirken; yetkili mahkeme arsa paylarının bulunduğu yer mahkemesi olur. Arsa paylarının bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi kamu düzenine ilişkin ve kesindir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona ermesinin olağan nedeni, tarafların sözleşme gereği üstlenmiş oldukları edimleri ifa etmeleridir. Sözleşmenin; ifanın kusursuz imkânsızlığı yani inşaatın yok olması nedeniyle sona ermesi, arsa sahibinin şahsına ilişkin kusursuz imkânsızlık halinin bulunması nedeniyle sona ermesi, müteahhidin ölümü veya aczi halinde sona ermesi, arsa sahibinin müteahhidin zararını tamamen tazmin etmesi suretiyle sözleşmeyi feshi ile sona ermesi ve müteahhit veya arsa sahibinin sözleşme ile üstlendikleri edimleri ifa etmemeleri veya temerrüde düşmeleri nedeniyle sözleşmeden dönme ile sona ermesi halleri ise ifa dışı nedenlerle sona erme sebeplerini oluşturur.

Sözleşme ani edimli borç ilişkisi doğurduğu için, “*tarafların sözleşmeyi feshi*” ibaresini, “*tarafların sözleşmeden dönmesi*” olarak yorumlamak gerekir. Çünkü ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler, ileriye etkili olarak değil, ancak geçmişe etkili olarak sona erdirilebilir. Sözleşmenin geriye etkili olarak sona ermesi halinde, tarafların henüz ifa etmedikleri edimleri ifa etme yükümlülükleri ortadan kalkar, daha önce ifa edilen edimleri ise iade etme yükümlülükleri doğar. Ancak, somut olayın özelliklerine göre hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda sözleşme ileriye etkili olarak da sona erdirilebilir.

## KAYNAKÇA

Acar, Faruk: **Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi**, Ankara 2008.

Akbıyıklı, Rifat: **İnşaat Sözleşmeleri, Esasları ve Uygulamaları**, İstanbul 2009.

Akipek, G. Jale/ Akıntürk, Turgut: **Eşya Hukuku**, İstanbul 2009.

Akipek, Şebnem/ Küçükgüngör, Erkan: **Sözleşme Rehberi**, 2. Baskı, Ankara 2000.

Akkanat, Halil, “**Kat karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat**”, (Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, s. 63-77., Ankara 2006.) (Kat Karşılığı)

Akkanat, Halil: **Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçlar**, İstanbul 1996., (Alacaklı Temerrüdü)

Akkayan Yıldırım, Ayça: “**Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri**” (Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, s. 49-87., İstanbul 2004.,)

Akyol, Şener: **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Bası, İstanbul 2006.

Albaş, Hakan: **Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği**, Ankara 2004.

Altaş, Hüseyin: **Eserin Teslimden Önce Telef Olması**, Ankara 2002. (Telef)

Altaş, Hüseyin: **“İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı”**, (Prof Dr. Fikret Eren’ e Armağan, s. 97-111., Ankara 2006), (İstisna)

Altaş, Hüseyin: **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara 1998. (Şekle Aykırılık)

Aral, Fahrettin: **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri**, Ankara 2006.

Arat, Ayşe: **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Ankara 2006.

Ardıç, Oğuzhan/Ersoy, Emel: **Borçlar Hukuku**, 4. Baskı, Ankara 2006.

Arık, Kemal Fikret: **Borçlar Hukuku I-Umumi Hükümler**, Ankara 1964.

Arkan, Sabih: **Ticari İşletme Hukuku**, 9. Bası, Ankara 2005.

Ayan, Mehmet: **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, 5. Bası, Konya 2007.

Ayan, Serkan: **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara 2008.

Aydın, Aybay: **Borçlar Hukuku Dersleri-Genel Bölüm**, 8. Bası, İstanbul 1983.

Ayrancı, Hasan: **Ön Sözleşme**, Ankara 2006.

Baygın, Cem: **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**, İstanbul 1999.

Baysal, Başak: **“Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar”**, (Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, s. 149-179., Ankara 2006.), (İpotek)

Baysal, Başak: **Sözleşmenin Uyarlanması**, İstanbul 2009., (Uyarlanma)

Belgesay, Mustafa Reşit: **Gayrimenkule Dair Medeni Kanun Hükümlerini Tefsir Eden 1950-1951 Yargıtay Kararlarının Analizi**, İstanbul 1951.

Berki, Şakir: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 1973.

Bilge, Necip: **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara 1971.

Binatlı, Yusuf Z.: **Türk Borçlar Hukuku, 2. Bası**, Ankara 1966.

Birsen, Kemaleddin: **Borçlar Hukuku Dersleri, 3. Bası**, İstanbul 1954.

Burcuoğlu, Haluk: **Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama**, İstanbul 1995., (Uyarlama)

Buz, Vedat: **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara 1998.

Canbolat, Selâhattin/ Canbolat, Bedrettin: **Gayrimenkul Satış Vaadi Davaları**, Ankara 1985.

Çenberci, Mustafa, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, Ankara 1966.

Çınar, Turan: **Tapu İptali ve Tescil Davaları**, Ankara 2008.

Dalamanlı, Lütfü/ Kazancı, Faruk/ Kazancı, Muharrem: **İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C. III**, İstanbul 1990.

Davran, Bülent: **Rehin Hukuku Dersleri**, İstanbul 1972.

Dayınlarlı, Kemal: **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**, Ankara 2008.

Demirbaş, Harun: **Yenilik Doğuran Haklar**, İstanbul 2007.

Dirican, Gökhan: **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul 2007.

Duman, İlker Hasan: **Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku**, Ankara 2008., (İnşaat)

Duman, İlker Hasan: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul 2005., (Kat Karşılığı)

Dural, Mustafa: **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK. md.117)**, İstanbul 1976.

Edis, Seyfullah: **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara 1963.

Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, İstanbul 2009. (Genel)

Eren, Fikret: **İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci-Hukukçular İçin Ortak Seminer**, Ankara 1996.

Ergezen, Murat: **İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**, Ankara 2007.

Ergüne, Mehmet Serkan: **Olumsuz Zarar**, İstanbul 2008.

Erman, Hasan: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul 2007.

Erman, Hasan: **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK.365/2)**, İstanbul 1979., (Beklenilmeyen Hal)

Ermenek, İbrahim; **“Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik”**, (GÜHFD, C. IV, S. I-II, Haziran-Aralık 2000.)

Ertaş, Şeref: **“Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri”** (Prof. Dr. Mahmut Tefvik Bırsel’e Armağan, s. 79-92., İzmir 2001.)

Esener, Turhan/ Güven, Kudret: **Eşya Hukuku**, Ankara 2008.

Esmer, Galip: **Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, 5. Bası**, İstanbul 1990.

Feyzioğlu, Feyzi: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 2. Bası**, İstanbul 1976.

Genç Arıdemir, Arzu: **“Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan “İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler” Sorunu Bakımından Hukuki Durum”** (Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, s. 449-473., Ankara 2004.)

Gökyayla, Emre: **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve Sözleşme Değişikliği**, İstanbul 2009.

Güleç, Şafak: **Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi**, Ankara 2009.

Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II**, İstanbul 2010.

Günel, Mustafa Cahit: “**Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar**”, (Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, s. 411-435., İstanbul 2004)

Gürsoy, Kemal Tahir/ Eren, Fikret/ Cansel, Erol: **Türk Eşya Hukuku**, Ankara 1978.

Hatemi, Hüseyin/ Aybay, Aydın: **Eşya Hukuku**, İstanbul 2009.

Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdulkadir: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 1992. (Özel Bölüm)

Havutçu, Ayşe: **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, İzmir 1995.

HUKUKTURK, (<http://www.hukukturk.com>)

İnal, H. Tamer: **Borca Aykırılık ve Sonuçları, 2. Bası**, İstanbul 2009.

İnan, Ali Naim: **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler (Ders Notları), 2. Kitap**, Ankara 1973.

İşbora, Tuba: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Antalya 2009. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

Kaplan, İbrahim: **İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci-Hukukçular İçin Ortak Seminer**, Ankara 1996. (İnşaat)

Kaplan, İbrahim: **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. Bası**, Ankara 2007., (Müdahale)

Karahasan, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, İstanbul 2003. (Genel, C.II)

Karahasan, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İstanbul 2002. (Özel Borç İlişkileri)

Karahasan, Mustafa Reşit: **İnşaat İhale İmar Hukuku, C.I.**, İstanbul 1997. (C. I)

Karahasan, Mustafa Reşit: **İnşaat-İmar-İhale Hukuku, C. II.**, İstanbul, 1997. (C.II)

Karataş, İzzet: **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Ankara 2004.

Karayalçın, Yaşar: **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler**, Ankara 1975.

Kartal, Bilal: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara 1993.

Kaya, Özgür Katip: **Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi**, İstanbul 1993.

Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))

Kılıç, Halil: **Gayrimenkul Davaları**, Ankara 2006.

Kılıçoğlu, Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2008., (Genel)

Kılıçoğlu, Ahmet: **“Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”**, (AÜHFD. 1976, C.XXXII, S.1-4, s. 185 vd.), (Müteahhit)

Kırca, Çiğdem: **“Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”**, (XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, s. 77-98, Ankara 2006.)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul 1959. (Gayrimenkul)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/ Arpacı, Abdulkadir: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I., 4. Bası**, İstanbul 2008., (C.I)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdulkadir: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, 3. Bası**, İstanbul 2002., (C. III)

Koç, Nevzat: **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları**, Ankara 1992.

Kostakoğlu, Cengiz: **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul 2008.

Köprülü, Bülent/ Kaneti, Selim: **Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası**, İstanbul 1982-1983.

Kuntalp, Erden: **Karışık Muhtevalı Akit**, Ankara 1971.

Kurşat, Zekeriya: “İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”, (Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, s. 751-779., İstanbul 2004.)

Kurt, Ekrem: **Tapu Sicilinin Düzeltilmesi**, İstanbul 2004.

Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder: **Medeni Usul Hukuku, 17. Bası**, İstanbul 2006., (Usul)

Kuru, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Bası**, İstanbul 2001., (C. I)

Kuru, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Bası**, İstanbul 2001., (C. II)

Kuru, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, 6. Bası**, İstanbul 2001., (C. III)

Mollamahmutoğlu, Hamdi: **İş Hukuku, 2. Bası**, Ankara 2005.

Nomer, Haluk N.: **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, 6. Bası**, İstanbul 2008.

Oğuzman, M. Kemal /Öz, m. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası**, İstanbul 2009.

Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir Saibe: **Eşya Hukuku, 11. Bası**, İstanbul 2006.

Olgaç, Senai: **İstisna Akdi**, Ankara 1977.

Önen, Ergun: **İnşai Dava**, Ankara 1981.

Öz, Turgut: **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul 2006., (İnşaat)

Öz, Turgut: **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul 1989., (Dönme)

Özdemir, Atalay: **Özel Hukukta Paranın Değer Kaybının Giderimi**, Ankara 2004.

Özenli, Soysal: **Taşınmaz Satış Vaadi ve Neden Olduğu Davalar**, Ankara 1986.

Özkan Sungurtekin, Meral: **“İnşai Karar ve Özellikleri”**, (Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004.)

Özyörük, Sezer: **İnşaat Sözleşmesi**, 1988.

Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: **Medeni Usul Hukuku, 5. Bası**, Ankara 2006.

Reisoğlu, Safa: **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, 20. Bası**, İstanbul 2008., (Genel)

Reisoğlu, Safa: **“Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar”**, (BATİDER Y. 2007, C. XXIV, S. 2., s. 5-17, Ankara 2007), (Arsa Payı)

Reisoğlu, Safa: **Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı**, Ankara 1961., (İpotek)

Sarıal, Enis: **“Beklenmeyen Halin Sözleşmeye Etkisi”**, (Günümüzde Yargı Dergisi, S. 47, s. 24 vd.)

Saymen, Ferit H./ Elbir, Halid K.: **Türk Borçlar Hukuku I-Umumi Hükümler, C.II**, İstanbul 1958.

Seliçi, Özer: **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul 1977., (Sürekli Borç İlişkileri)

Seliçi, Özer: **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul 1978., (İnşaat)

Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, İstanbul 2007., (Dönme)

Serozan, Rona: “**Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü**”, (Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, s. 195-208., Ankara 2004.), (Çözülme)

Şenocak, Zarife: **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara 1995., (İfa Yardımcıları)

Şenocak, Zarife: **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara 2002., (Ayıbın Giderilmesi)

Şenyüz, Doğan: **Borçlar Hukuku-Genel ve Özel Hükümler**, Bursa 2006.

Tandoğan, Haluk: **Türk Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C. I/1.**, Ankara 1984., (C. I)

Tandoğan, Haluk: **Türk Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C. II.**, Ankara 1974., (C. II)

Tandoğan, Haluk: **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ankara 1961., (Mesuliyet)

Taşpınar, Sema: **İspat Sözleşmeleri**, Ankara 2001.

Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: **Borçlar Hukuku, C. II, 5. Bası**, İstanbul 1985.

Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, 7. Bası**, İstanbul 1993.

Topuz, Seçkin: **Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale**, Ankara 2009.

Tunçomağ, Kenan: **Borçlar Hukuku Dersleri-Genel Hükümler, C. I**, İstanbul 1965.

Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri**, 3. Bası, İstanbul 1977.

Uçar, Ayhan: **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara 2003.

Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder: **İspat Yüğü, 2. Bası**, Büyükçekmece 1980.

Uygur, Turgut: **Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara 1993.

Üçer, Mehmet: **Alacaklının Temerrüdü**, Ankara 2007.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet/ Özdemir, Refet: **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara 1987.

Von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. II**, (Çeviren: Cevat Edge), İstanbul 1953.

Yavuz, Cevdet: **Borçlar Hukuku Dersleri-Özel Hükümler, 6. Bası**, İstanbul 2008., (Dersler)

Yavuz, Cevdet: **Türk Borçlar Hukuku-Özel Hükümler, 7. Bası**, İstanbul 2007., (Özel Hükümler)

Yavuz, Nihat: **Öğretide ve Uygulamada Uyarlama Davaları**, Ankara 2007.

Yılmaz, Kezban: **Yüklenici ile Alıcı Arasında Arsa Payının devrine İlişkin Satım Sözleşmesi**, Adana 2008., (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

Zevkliler, Aydın: **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, 8. Bası**, Ankara 2004.

Zevkliler, Aydın/ Havutçu, Ayşe: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Bası**, Ankara 2007., (Özel Borç İlişkileri)

**EK**

## **ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ ÖRNEĞİ**

Bir tarafta arsa sahibi....adresinde oturan ....., diğer tarafta ..... oturan.....müteahhit arasında aşağıda yazılı olduğu üzere bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu sözleşmede;

### **1. Taraflar:**

a.) ..... adresinde oturan T.C. uyruklu .....arsa sahibi,

b..... adresinde oturan T.C. uyruklu .....müteahhit olarak adlandırılmıştır

### **2. Sözleşmenin konusu:**

a.) Sözleşmenin konusu imarın ..... ada, ..... parselinde bulunan ve tapuda arsa sahibi adına kayıtlı olan yüz ölçümü ..... metrekare olan arsaya, arsa sahibinin isteği doğrultusunda çizilecek projeye göre bir binanın müteahhit tarafından inşasıdır. Yapılacak binada dört mağaza ve apartman girişini havi bir zemin kat, mağazalarla irtibatlı dört ticari depoyu havi birinci bodrum kat, kalorifer dairesi, hidrofor, yakıt deposu ve sığınağı havi ikinci bodrum kat ile her katta iki daireye havi beş normal kat olacaktır. Kapıcı Dairesi Projenin tanzimine göre birinci veya ikinci bodrum katta yapılacaktır.

b.) Bu sözleşme ile arsa sahibi arsasının tamamını 100 hisse kabul ederek bunun .../100 hissesini kendi üzerinde bırakarak, geri kalan .../100 hissesini müteahhide devretmeyi vaat ve taahhüt etmektedir. Arsa sahibi satış bedeli olarak herhangi bir ücret almayacaktır. Devredilen arsa payına karşılık, aşağıda belirtilen ..... adet bağımsız bölüm alacaktır.

### **3. Arsanın Değeri:**

İnşaata konu olan arsanın değeri ..... TL'dir. Müteahhide devri öngörülen .../100 hissenin değeri ..... TL'dir.

#### **4. İnşaatın Niteliği:**

İnşaat bu sözleşmeye ve onun ayrılmaz bir parçası olan ekli teknik şartname esaslarına göre yapılacaktır.

#### **5. Binanın Bölüşülmesi:**

Yapılacak bina arsa sahibi ve müteahhit arasında yarı yarıya bölüşülecektir. Bu bölüşümde iki mağaza ile üzerine isabet edecek 5 daire birinci grup ve diğer mağazalar ile üzerine isabet edecek 5 daire ikinci grup sayılacak ve bu iki gruptan birini tercih hakkı arsa sahibine ait olacaktır. Proje düzenlenirken gruplar arasında denge sağlanacaktır.

#### **7. Giderler:**

İnşaat için gerekli her çeşit malzeme bedelleri, işçilik ücretleri, proje giderleri, sigorta primleri ve cezalar, vekâlet ve tapu giderleri, cins tashihi ile kat irtifak ve mülkiyeti tesisi giderleri ve her çeşit vergi, resim ve harçlar, bu sözleşmede aksine hüküm olmadıkça müteahhide aittir.

#### **8. Vergiler:**

2011 yılı dahil olmak kaydı ile emlak vergisi, ..... vergileri arsa sahibi ve müteahhit arasında eşit olarak bölüşülecektir. Ancak bunlardan arsa sahibinin payına düşeni de önce müteahhit ilgili idareye verecek ve iş bittikten sonra arsa sahibi bu borcunu müteahhit ilgili idareye verecek ve iş bittikten sonra arsa sahibi bu borcunu müteahhide ödeyecektir. Müteahhit bu ödemeyi yapmadan en az üç gün önce idareye karşı ihtirazî kayıt dermeyeran edebilmesi için durumdan arsa sahibini haberdar edecektir. İleride bunların geri verilmesi halinde, geri verilecek miktar arsa sahibi ve müteahhit arasında eşit olarak bölüşülecektir. Müteahhide ait bağımsız bölümlerin satışından ötürü arsa sahibi adına gerçekleşecek ..... vergisi ve ..... vergisi müteahhide aittir. Arsa sahiplerine kalan bağımsız bölümlerin ..... vergisi ile ..... vergisi kendisine aittir.

### **9. Müteahhide ait bağımsız bölümlerin satışıları:**

Cins tashihiinin yapılmasından ve kat irtifakının kurulmasından sonra arsa sahibi, zemin hariç birinci kat tavan betonunun dökülmesiyle iki adet dairenin, çatı betonunun dökülmesiyle bir adet dairenin, duvarların örülmesi ve doğrama kasalarının takılmasıyla iki adet dairenin, i  ve dış kaba ve ince sıvalar ile kalorifer ve sıhhi tesisatın başlamasında mağazanın, doğramaların tamamen takılması, fayans ve döşemelerin tamamlanması ve sıhhi müteahhit tarafından istenildik e satışın her kademesi için arsa sahibi, müteahhide vekâlet verecektir. Kat irtifakının kurulması için gerekli belgeleri müteahhit hazırlayacaktır.

### **10. Bedelin Değişmeyeceği:**

Evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olup da iki tarafça nazara alınmayan haller ve özellikle malzeme fiyatları ve i  i ücretlerindeki artışlar i in yapılmasına engel olursa veya yapılmasını son derecede işgal ederse, müteahhit bedelin artırılmasını veya sözleşmenin feshini yahut şartlarda bir değişiklik yapılmasını isteyemez. Müteahhit, her ne olursa olsun i i Kararlaştırılan bedelle yapmaya mecburdur.

### **11. Başkasına devir yasağı:**

Müteahhit aldığı i i başkasına devredemez; vekâleten de olsa başkasına yaptıramaz. Aksi halde arsa sahibi sözleşmeyi feshe yetkilidir.

### **12. İ in Teslimi:**

Müteahhit yer tesliminden itibaren en geç on beş ay içerisinde yapı kullanma izin belgesini almaya hazır olacak biçimde i i bitirmeye ve arsa sahibine teslim mecburdur. Ancak yer teslimi inşaat mevsimi bittikten sonra yapılırsa bu süre, yeni inşaat mevsimine girildiğinde başlar. Inşaat mevsiminden amaç, o yılki don olayının bitmesiyle başlaması arasında geçen süredir. İ in bitirilmesinden amaç ise, suyun, havagazının, elektriğin bağlanmaya hazır olması, kanalizasyon irtibatının sağlanması, asansör ve hidrofor tesisatının

projesine uygun olarak yapılmış olması, teknik şartnameye göre bütün tesislerin tamamlanmış bulunması ve territuvarın düzenlenmesidir.

### **13. Eksik ve Kusurlu İşler:**

Yapılacak binadaki eksik ve kusurlu işlerden dolayı müteahhit sorumludur. Arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerle ortak yerlerde, işin teslimi veya kabulünden sonra çıkacak eksik ve kusurlu işler bunlar hemen ihbar edilmemiş olsa bile, müteahhit bunların bedelsiz olarak tamamlayacak veya düzeltecektir. Müteahhidin sattığı bağımsız bölümlerin alıcıları tarafından eksik ve kusurlu işlerden veya satış ile ilgili her çeşit uyuşmazlıklardan dolayı arsa sahibine yöneltilecek bütün iddialardan müteahhit sorumludur. Arsa sahibi aleyhine bu nedenle açılacak davalarda da 5' inci madde hükmü uygulanır.

### **14. Geç Teslim:**

Müteahhit 11 inci maddede gösterilen günde ve şekilde işi bitirip teslim edemediği takdirde kira yoksunluğu olarak arsa sahibine her ay için 1.000 TL (bin Türk Lirası) gecikme tazminatı vermeye mecburdur. Bu gecikme üç ayı geçtiği takdirde arsa sahibi, sözleşmeyi feshederek yoksun kaldığı gerçek kira karşılığını ve diğer zarar ve ziyanını istemek ve ayrıca eksik ve kusurlu işleri müteahhit hesabına tamamlattırmak ve düzeltmek hakkına sahiptir.

### **15. İnşaat Sırasında Kontrol:**

Mimari proje ile betonarme, kalorifer, elektrik, havagazı ve su tesisat projelerinin birer ozalit kopyası arsa sahibine verilecektir. Arsa sahibi bir fen adamı eli ile inşaatın sözleşme ve teknik şartname ile projelere uygun yapılıp yapılmadığını her zaman kontrol ettirebilir. Aykırı olan hususları müteahhit derhal uygun hale getirmeğe, yanlışlıkları düzeltmeye ve değiştirmeye mecburdur.

**16. Diğer bazı şartlar:**

Apartmanın adı ..... olacaktır. Apartmanın girişine reklam, ilân ve camekan gibi tesisler konulmayacaktır. Yönetim Planı tarafların ittifakıyla yapılacak ve bu plan düzenlenmeden satış yapılmayacak ve alıcıların planı kabulleri müteahhitçe sağlanacaktır. Kapıcı tarafların ittifakıyla tutulacaktır.

**17. Özel Vekâlet:**

İnşaat dolayısıyla İmar Müdürlüğüne, Fen İşleri Müdürlüğüne, Elektrik ve Havagazı İşletmesi Müdürlüğüne, cins tashihi ve kat irtifakının kurulması ile sınırlı olarak Tapu Sicil Müdürlüğüne yapılması gerekli müracaatlar için arsa sahibi, müteahhide özel bir vekâlet verecektir.

**18. Mesuliyetin müteselsil olacağı:**

Müteahhitlerin arsa sahibine karşı mesuliyeti müteselsilendir.

**19. Tebligat adresi:**

Arsa sahibinin adresi..... ve müteahhidin adresi.....dir.

Bu sözleşme .../.../..... gününde akdedilmiştir.

**Mal sahipleri**

**Müteahhitler**

.....

.....

## TEKNİK ŞARTNAME

1. Bina, arsanın azami inşaat sahası ve kanuni çıkma haklarından yararlanmak suretiyle yapılacaktır. Betonarme, karkas, doğalgazlı, asansörlü ve hidraforlu olacaktır.
2. Bina taşıyıcı sistemi, betonarme karkas olarak Bayındırlık Bakanlığının teknik ve statik şartnamelerine uyularak hesap ve inşa edilecektir. İnşaatın beton kısımlarında ..... tarafından üretilen betonlar kullanılacaktır. Binanın yapımında ..... marka kalıplar kullanılacaktır.
3. İç ve dış duvarlar Ankara'daki ..... fabrikasında üretilen tuğlalarla üretilcektir. Bütün sıvalar alçı ve çimento takviyeli harçla yapılacaktır.
4. Odaların Döşemeleri birinci kalite ..... marka parkeden yapılacaktır.
5. Çatı ..... marka ..... tipi kiremitle örtülü oturtma çatı olacaktır.
6. Çatı altı döşemesi üzerine kalorifer projesine göre ..... cm kalınlığında izocam kullanılacaktır.
7. Doğalgaz tesisatında isteğe göre ..... marka radyatör kullanılacaktır. Dairelere ..... marka kombiler takılacaktır.
8. Binada sıhhi tesisat projesine göre hesaplı su deposu ve hidrafor tesisatı olacak ve her bağımsız bölümün (daireler, mağazalar ve kalorifer dairesi) ayrı bir su sayacı takılı olarak bulunacaktır.
9. Pis su boruları bina dışına çıkıncaya kadar gereğine göre pik döküm boru ve pimaş olacaktır. Mutfak, banyo ve WC iyice izole edilecek WC boruları aynen çatı dışına kadar hava borusu olarak uzatılacaktır.
10. Bütün sıhhi tesisat armatürleri ..... marka olacaktır.
11. Merdiven basamakları ..... marka mermerden yapılacaktır.

- 12.** Apartman girişinde döşeme ve duvar kaplaması, uygun renkte tabii mermer olacaktır.
- 13.** Merdiven boşluğunda duvarlar ..... cinsi boya veya yağlı boya olacaktır.
- 14.** Merdiven korkulukları demir imalât üzerine sert ağaç ahşap küpeşte olacak ve küpeşteye cam cila yapılacaktır.
- 15.** Normal katlarda pencere doğramaları birinci ..... marka doğrama olacaktır. Zemin katta ön cephe doğramaları alüminyum profil madeni doğrama olacaktır. Pencere denizlikleri mermer olacaktır.
- 16.** Kapı kasaları birinci sınıf ..... marka doğrama olacaktır.
- 17.** Cam kalınlıkları en az 3 mm. olacak, boşluk ebadına göre kalınlıklar tayin edilecektir. Kapı ve pencere camları çift cam olacaktır.
- 18.** Bina ön cephesi brüt beton veya mermer kaplama, yan ve arka cepheler gereğine göre brüt beton veya çimento serpmeye olacaktır. Brüt beton yüzeyler akrilik esaslı boya ile boyanacaktır.
- 19.** Mağaza ve dairelerde bütün duvarlar alçı saten yapılacaktır. Dairelerin salonları şampanya rengi yağlı boya yapılacaktır. Diğer odalar ise beyaza boyanacaktır. Tavanların kenarları alçı ile kaplanacaktır.
- 20.** Duş ve tuvaletlerde duvarlar tavana kadar karo fayans kaplama olacak, sığdığı takdirde bir adet duş teknesi ve borulu banyo bataryası, yerine uygun ebatta birinci sınıf beyaz fayans lavabo, iki adet lavabo musluğu, beyaz fayans etajer, ayna, alafranga beyaz fayans helâ taşı, klozet kapağı otomatik rezervuar, tahrat musluğu, beyaz fayans gömme kâğıtlık, beyaz fayans sabunluk, askılık ve topraklı monofaze priz bulunacaktır.

**21.** Mutfakta tezgah üzeri dört sıra ve fırın yeri aynı yükseklikte beyaz karo fayans kaplama, bir metrelik tek gözlü çelik eviyeli tezgâh, üzerine eviye bataryası, tezgâh üzerine aynı cins çelik dolap, fırın üzerine aspiratör takılacak ve iki adet topraklı monofaze priz bulunacaktır.

**22.** Mağazaların depolarında W.C. ve lavabolar dairelerdeki gibi olacaktır.

**23.** Dahili televizyon anteni, telefon ve elektrik tesisatı yapılacak, her odada da bir telefon ve monofaze elektrik prizi bulunacaktır. Mağazalarda yeteri kadar monofaze prizle beraber bir adette trifaze priz bulunacaktır. Her mağazaya iki adet müstakil telefon prizi konacaktır. Dairelerden kapıcıyı çağırmak için numaralı tesisat ve sokak kapısına zil yapılacaktır. Bütün elektrik sigorta tabloları saç kutu içinde olacaktır.

**24.** Dairelerde mutfaklara uygun boy otomat takılacaktır. Ocaklara bağlanmak için doğalgaz tesisatı yapılacaktır.

**25.** Daire kapılarına gömme kilit, uygun tokmak ve dürbün konacaktır.

**26.** Apartman girişinde bağımsız bölüm sayısı kadar çelik veya formika gömme posta kutusu yapılacak, ayrıca baş tarafa camekanlı bir ilân yeri konacaktır.

**27.** Binaya konacak asansör 4 kişilik ..... marka asansör olacaktır.

**28.** Bütün malzeme ve işçilikler birinci sınıfı olacaktır.

Bu teknik şartname taraflar arasında akdedilen .../.../..... günlü inşaat sözleşmesine ek olarak düzenlenip imza altına alınmıştır. ../.../...

## ÖZET

YILDIRIM, Sümeyye Hilal. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.

Sosyal ve ekonomik koşulların değişmesi ve gelişmesi üzerine, toplumda artan konut ve işyeri ihtiyacına paralel olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi daha yaygın biçimde kurulmaya başlanmıştır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibi ile müteahhit arasında kurulan, tam iki tarafa karşılıklı olarak borç yükleyen ve ani edimli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme türüdür. Sözleşme ile müteahhit, arsa sahibinin arsası üzerinde bağımsız bölümler inşa ederek bir bina meydana getirmeyi ve sonunda bu bağımsız bölümlerden belirlenmiş olanları arsa sahibine devretmeyi taahhüt eder. Arsa sahibi ise, belirlenen arsa paylarını müteahhide devretme borcu altına girer. Bu suretle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, eser sözleşmesi ve taşınmaz satım vadinin unsurlarını taşıyan çifte tipli, karma yapılı, atipik bir sözleşme olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi atipik sözleşmelerden olduğu için, geçerliliği kanunen herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Ancak, sözleşmenin içeriğinde taşınmaz satım vadini barındırıyor olması, resmî şekilde yapılması zorunluluğunu doğurur. Resmî şekil, ispat şartı olarak değil, geçerlilik şartı olarak aranır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsa sahibi, arsasını daha nitelikli bir şekilde değerlendirmiş, müteahhit ise, üzerine inşaat yapacağı arsa için ayrı bir masraf yapmasına gerek kalmaksızın yeni bir iş imkânı elde etmiş olur. Konut ihtiyacı bulunan üçüncü kişilerin de yapılacak bağımsız bölümlerden yararlanması mümkündür. Bununla birlikte, sözleşmenin taraflar ve üçüncü kişiler bakımından sağladığı avantajlarla birlikte, birtakım sorunları da bünyesinde taşıdığını belirtmek gerekir.

Çalışmamızda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi detaylı bir şekilde incelenmeye çalışılmıştır. Sözleşmenin tanımı, unsurları, hukuki niteliği, şekli, benzeri sözleşmelerden farkları ve arsa sahibinin üstlendiği edimin gerçekleştirme çeşitleri gibi konulara birinci bölümde yer verilmiştir. Sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespiti, tarafların borçları ve bu borçlardan doğan hakları, ikinci bölümde ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Ayrıca tescile icbar davası hakkında genel bilgiler verilmiştir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde, sözleşmenin olağan ve olağan olmayan nedenlerle sona ermesi konusu anlatılmıştır. İnceleme yapılırken, özellikle tartışmalı konular üzerinde durulmuş, farklı görüşlere gerekçeleriyle birlikte yer verilerek, Yargıtay kararları çerçevesinde makul sonuçlara ulaşmaya gayret gösterilmiştir.

### **Anahtar Sözcükler**

1. Arsa payı
2. İnşaat
3. Arsa sahibi
4. Müteahhit
5. Tescile icbar

## ABSTRACT

YILDIRIM, Sümeyye Hilal. "Construction Contracts in Return for Land Share", Master's Thesis, Ankara 2011.

With the changes and developments in social and economic conditions, construction contracts in return for land share began to be established more widely in parallel with the increased need for residential and commercial buildings in community.

Construction contracts in return for land share are contracts that are established between a landowner and a contractor and are reciprocal so that encumbers both sides with debt in which the both parties' performances are one time only, not continuous. With the contract, contractor undertakes to construct a building and independent sections within, and dispose determined sections to the owner of the land after the construction is finished. On the other side, land owner takes on the debt to transfer owned share to the contractor. Thus, one can safely conclude that construction contracts in return for land share are dual-type, mixed-character and atypical contracts that have the characteristics of real estate sales contracts and independent contractor agreements.

Since the construction contracts in return for land share are atypical contracts, validity of these contracts are not bound to any form requirements by law. However, because the content of these contracts contains the promise of selling real estate, official formation of the contract is necessary. This official form requirement is one of validity, not of proof.

With construction contracts in return for land share, the landowner assesses his land in a more qualified way and the contractor gains a new work opportunity by having a land for the construction without an extra payment. The third parties who need housing could also benefit from the independent sections. However, despite the said advantages for parties of

the contract and third parties, these contracts may also bring forth some problems.

In this study, construction contracts in return for land share are tried to be examined in detail. Description and the nature of these contracts, their elements, formation and differences from similar types of contracts are analyzed in the first chapter. Determination of the provisions which are to be applied to these contracts and the parties' duties as well as their rights arising from said duties are examined in detail in the second chapter. Also general information about law suits for forcing to register is given in this chapter. In the third chapter of the study, the termination of the contract by ordinary and extraordinary reasons is explained. During the research, it is mainly focused on much debated issues by referring different views with their reasons, and reasonable conclusions are tried to be reached within the framework of the decisions of the Court of Appeals.

### **Key Words**

1. Land share
2. Construction
3. Land owner
4. Contractor
5. Forcing to register