

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT
SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

Taner TÜRE

2501160640

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Emrehan İNAL

İSTANBUL - 2020



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : TANER TÜRE Numarası : 2501160640
Anabilim Dalı /
Anasat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF. DR. EMREHAN İNAL
Tez Savunma Tarihi : 02.01.2020 Saati : 10.00
Tez Başlığı : ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış,
Sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ **KARAR** edilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. EMREHAN İNAL		Kabul
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ MUSTAFA CAHİT GÜNEL		Kabul
3-DR. ÖĞR. ÜYESİ ÖZGE UZUN KAZMACI		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-DOÇ. DR. ÖZ SEÇER		
2-DR. ÖĞR. ÜYESİ KÜRŞAD YAĞCI		

ÖZ

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

Taner TÜRE

Günümüzde arsa sahipleri, bir bedel karşılığında inşaat yaptırmayı ekonomik açıdan çok makul bulmadıklarından, müteahhitlere, bedel yerine, inşaatın arsa payı ve bağımsız bölüm vererek bu inşaatın yapılmasını, daha çok tercih etmektedirler. Bahsettiğimiz yöntemde yapılacak sözleşme de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Bu sözleşme ile arsa sahipleri, inşaat maliyetinden kurtularak, uzmanlık gerektiren inşaat işlerini müteahhitlere yaptırıp konut veya işyeri ihtiyacını karşılarken; müteahhitler de, arsa maliyetinden kurtulup inşaat sonucu kendilerine düşen bağımsız bölümleri satarak ticari kazanç elde edeceklerdir.

Uygulamada da çok fazla karşılaştığımız arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması ve temel özellikleri, bu çalışmamızın konusunu oluşturmuş olup bu çalışmada, arsa sahipleri ve müteahhitlerin dikkat etmesi gereken hususlara yer verilmiştir. Öncelikle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı, tarafları, hukuki niteliği ve benzer sözleşmelerden farkı üzerinde bir inceleme yapılmış olup devamında sözleşmenin kurulması ve geçerliliğine ilişkin genel esaslar, sözleşmenin şekli, arsa sahiplerinin tapuları devredeceği zamana göre değişen sözleşmenin uygulamadaki farklı görünüm biçimleri ayrıntılı olarak izah edilmiştir. Son bölümde ise, sözleşmenin tarafları olan arsa sahibi ve müteahhidin yükümlülükleri irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arsa Sahibi, Müteahhit, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi.

ABSTRACT

THE ESTABLISHMENT OF THE CONTRACT OF CONSTRUCTION IN RETURN FOR LAND SHARE

Taner TÜRE

Nowadays, landowners do not find it economically reasonable to have constructors build constructions for cash consideration, so the landowners rather prefer to get the constructions built in exchange for consideration of a land share or an independent section of construction. The contracts to be drafted in this method are called “the contract of construction in return for land share”. Thanks to this agreement, by getting the constructors to do the constructions works which require certain expertise, the landowners satisfies their needs for housing or workplace, eliminating the cost of construction; by selling the independent sections obtained as a result of the constructions, the constructors generate income, eliminating the cost of land.

In this study in which the establishment and main features of the contract of construction in return for land share -which we encounter a lot in practice- have been the subjects of, the issues which should be taken into consideration by the landowners and the contractors are included. Firstly, an analysis regarding the definition, parties, the legal nature and the difference from similar contracts of the contract of construction in return for land share has been carried out, and then, the following subjects have been explained in detail: general principles relating to the establishment and legal validity of the contract, form of the contract, the different appearances of the contract in practice which vary based on the dates that the landowners transfer the land titles. In the last section, the obligations of the landowners and the contractors who are the parties of the contract are examined.

Keywords: Land Owner, Contractor, The Contract Of Construction In Return For Land Share.

ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı kapsamında hazırlanan ve oy birliği ile başarılı bulunan tezimizde, tez konumuzu oluşturan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda tanımı yapılmamış olan ve özel düzenlemelerin olmadığı bir sözleşme tipi olduğundan, uygulamada çok fazla sayıda ve çeşitlilikte sorunlar çıkabilmektedir. Özellikle sözleşmenin niteliği, kapsamı, uzun süreli olması, yaygın uygulamasının olması gibi faktörler, sözleşmenin önemini daha da arttırmaktadır. Ayrıca sözleşmenin taraflarından biri olan müteahhitler bu sözleşme için daha uzman tarafken, arsa sahipleri genellikle ilk defa bu sözleşmeyi yaptığından daha tecrübesizlerdir. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde dikkat edilmesi gerekenlerle ilgili yazılan eserler, son yıllarda daha çok önem arz etmektedir. Çalışmamızda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması ve temel özellikleri, belirli bir sistematikte incelenmiş olup uygulamada karşılaşılan uyuşmazlıklarla ilgili olarak güncel Yargıtay kararları ve doktrin görüşleri çalışmamıza özenle yansıtılmaya çalışılmıştır.

Tez konusunun seçilmesinde ve tezin yazılması aşamasında her türlü desteği veren, bilgisini ve anlayışını esirgemeyen değerli tez danışmanım *Prof. Dr. Emrehan İnal'a*, tez savunmam sırasında yapıcı eleştirilerde bulunan kıymetli hocalarım *Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Cahit Günel* ve *Dr. Öğr. Üyesi Özge Uzun Kazmacı'ya*, tezi adlarına ithaf etmek istediğim üzerimdeki en büyük emeğe sahip babam *Adem Türe* ve annem *Pakize Türe'ye*, hayatımın her safhasında yanımda olup bana destek olan ablalarım *Dilek* ve *Derya'ya*, enişterim *Can* ve *Hasan'a* ve yeğenlerim *Yücel/Ela/Efe/Adem Mete'ye*, 2210/A Yurtiçi Yüksek Lisans bursu kapsamında maddi desteklerinden dolayı *TÜBİTAK* ve değerli çalışanlarına ve son olarak da benimle çalışan, benimle uykusuz kalan, yeri geldiğinde kendi tezinden çok benim tezimi önemseyen, her daim bilgi ve desteğine ihtiyaç duyduğum, yol arkadaşım, eşim Bilim Uzmanı *Av. Sultan Melis Saray Türe'ye* teşekkürlerimi sunuyorum.

İstanbul, 2020

Taner TÜRE

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

I. SÖZLEŞMENİN TANIMI	3
II. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI	7
A. Arsa Sahibi.....	7
1. Genel Olarak.....	7
2. Arsa Sahibinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Bir Tüketici Sayılıp Sayılamayacağı Sorunu.....	8
B. Müteahhit	10
III. SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	11
A. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması	11
B. Atipik Ve Karma Nitelikte Bir Sözleşme Olması.....	13
C. Ani-Sürekli Edim Karmaşığı Bir Borç İlişkisi Doğurması.....	16
D. Sözleşmeden Doğan Hakkın Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilir Olması	21

IV. SÖZLEŞMENİN BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI	25
A. Eser Sözleşmesi İle Karşılaştırılması.....	25
B. Bedel Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İle Karşılaştırılması	26
C. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi İle Karşılaştırılması	29

İKİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE GEÇERLİLİĞİNDE ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

I. SÖZLEŞMENİN KURULMASI VE GEÇERLİLİĞİNE İLİŞKİN GENEL ESASLAR.....	33
A. Sözleşmenin Kurulması	33
1. İrade Açıklamalarının Karşılıklı Olması	33
a. Öneri(İcap).....	33
b. Kabul ve Sözleşmenin Kurulma Anı	34
c. Şekle Tabi Sözleşmede Öneri ve Kabulün Şekli	35
2. İrade Açıklamalarının Birbirine Uygun Olması	36
a. Genel Olarak Uygunluğun Kapsamı.....	36
b. Sözleşmenin Esaslı Unsurlarının Sözleşmede Belirli veya Objektif ve Kesin Olarak Belirlenebilir Olması	36
c. Uygulamada İnşaatın Fiziksel Paylaşım Oranıylı Değersel Paylaşım Oranının Farklı Olması Sorunu.....	37
d. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Kurucu Unsurlar	38
(1) Arsa Sahibinin Kararlaştırılan Arsa Paylarının Mülkiyetini Devretmesi.....	38
(2) Müteahhidin Bağımsız Bölümlerden Oluşan Binayı Yapıp Teslim Etmesi	42
(3) Tarafların Anlaşması	43
e. Arsa Üzerinde Paylı Mülkiyet veya Elbirliği Mülkiyeti Olması veya Arşanın Kentsel Dönüşüme Tabi Olması Durumunda Müteahhitle Geçersiz Sözleşme İmzalayan Arsa Sahiplerinin Durumu	44

B. Sözleşmenin Geçerlilik Şartları	46
1. Genel Olarak.....	46
2. Sözleşmenin Geçerlilik Şartlarından Özellikle İmkânsızlık Olmaması Durumu ve İmkânsızlığın Sürekli veya Geçici Olmasının İncelenmesi ...	48
II. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ VE ŞEKLE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI.....	49
A. Sözleşmenin Resmi Şekle Tabi Olması	49
1. Genel Olarak.....	49
2. Şeklin Kapsamında Bulunması Gereken Hususlar	51
3. Sözleşmeyi Düzenleyecek Olan Resmi Makam.....	52
4. Resmi Şekle Uyulmayan Geçersiz Sözleşmede Sebepsiz Zenginleşme Hükümleri ve Denkleştirici Adalet Prensibinin Uygulanması	53
5. Sözleşmenin Düzenleme Yerine Onaylama Şeklinde Yapılması Durumunda Geçersiz Olması	54
6. Sözleşmenin Değiştirilmesinin ve İbranın Şekli	54
7. İleride Sözleşme Yapılacağına İlişkin Düzenlenen Önsözleşmenin Şekli	56
8. Üçüncü Kişilere Yapılan Arsa Payı Devirlerinin Şekli	57
B. Şekle Aykırılığın Sonuçları.....	57
1. Yokluk Görüşü	58
2. İptal Edilebilirlik Görüşü.....	59
3. Eksik Borç Görüşü	59
4. Fiili Sözleşme Görüşü	60
5. Kendine Özgü Geçersizlik Görüşü	60
6. Kesin Hükümsüzlük(Butlan) Görüşü	60
a. Genel Olarak	60
b. Kesin Hükümsüzlük(Butlan) Yaptırımının Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı İle Sınırlandırılması	62
c. Şekle Aykırılıktaki Kesin Hükümsüzlük (Butlan) Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemiyle Daraltılması Görüşü.....	65
7. Görüşlerin Değerlendirilmesi	66

III. SÖZLEŞMENİN DÜZENLENME BİÇİMLERİ	66
A. Arsa Paylarının Tamamının veya Bir Kısımının Müteahhide Devri	67
B. Arsa Paylarının İnşaatın Ulaştığı Seviyeye Göre Kısım Kısım Devri	70
C. Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaat Etmesi ile Müteahhidin Arsa Üzerine İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi	71

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN KURULMASIYLA DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLER

I. GENEL OLARAK	73
II. ARSA SAHİBİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	73
A. Arsayı İnşaat Yapmaya Elverişli Şekilde Teslim Borcu	73
B. İnşaatın Yapımı Konusunda İş Birliği Yapma ve Vekâlet Verme Borcu	75
C. Arsa Paylarını Devir Borcu	77
III. MÜTEAHHİDİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	80
A. İnşaatı Teslim Borcu	80
B. Sadakat ve Özen Borcu	82
1. Sadakat Borcu	82
2. Özen Borcu	83
C. İnşaatı Bizzat Kendisi Yapma veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcu	84
D. Malzeme ve Araç-Gereç Sağlama Borcu	86
E. İş Zamanında Başlama ve Yürütme Borcu	88
F. Ayıp Nedeniyle Sorumluluk	89

IV. SÖZLEŞMEDE KARARLAŞTIRILABİLECEK ÖZELLİK ARZ EDEN DİĞER YÜKÜMLÜLÜKLER	96
SONUÇ	93
KAYNAKÇA	95



KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
Bkz/bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas
f.	: fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İBM	: İstanbul Barosu Mecmuası
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KMK	: Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	: madde
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamında
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

GİRİŞ

Günümüzde yerleşik toplum düzeninde konut veya işyeri sahibi olmak, sosyo-ekonomik gereksinimlerin karşılanması açısından çok büyük öneme sahiptir. Arsa ve inşaat maliyetlerinin çok fazla artması, barınma ihtiyacı ve şehirlerdeki nüfus artış hızı gibi sorunlar için yeni çözümler aranmıştır. Bu çözümlerden biri de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleriyle binaların yapılması ve daha çok insanın konut ihtiyacının giderilmesi olmuştur.

Arsa sahipleri, bir bedel karşılığında inşaat yaptırmayı ekonomik açıdan çok makul bulmadıklarından, müteahhitlere, bedel yerine, inşaat arsa payı ve bağımsız bölüm vererek bu inşaatın yapılmasını, daha çok tercih etmektedirler. Bahsettiğimiz yöntemde yapılacak sözleşme de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Bu sözleşme ile arsa sahipleri, inşaat maliyetinden kurtularak, uzmanlık gerektiren inşaat işlerini müteahhitlere yaptırıp konut veya işyeri ihtiyacını karşılarken; müteahhitler de, arsa maliyetinden kurtulup inşaat sonucu kendilerine düşen bağımsız bölümleri satarak ticari kazanç elde edeceklerdir.

Günümüzde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, ekonomik boyutlarında, görünüm şekillerinde, karşıladığı ihtiyaçta önemli bir değişim meydana gelmiş olup önceden bir arsa üzerine tek bir yapı inşaatı söz konusuysa, son yıllarda, orta ve büyük ölçekli inşaatlar yapılmakta, konut-ticari alan-alışveriş merkezi gibi kompleks yapıların sözleşmeye konu olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, klasik uygulamalar ve çözümlerin tartışılıp yeni çözümlerin üretilmesi gerekmektedir¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda tanımı yapılmamış olan ve özel düzenlemelerin olmadığı bir sözleşme tipi olduğundan, uygulamada çok fazla sayıda ve çeşitlilikte sorunlar çıkabilmektedir. Özellikle sözleşmenin niteliği, kapsamı, uzun süreli olması, yaygın uygulamasının

¹ Emrehan İnal, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Hukuki Çözümlerin Gözden Geçirilmesi İhtiyacı", **Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku**, C. II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 1201-1216, (Arsa Payı), s.1201.

olması gibi faktörler, sözleşmenin önemini daha da arttırmaktadır. Ayrıca sözleşmenin taraflarından biri olan müteahhitler bu sözleşme için daha uzman tarafken, arsa sahipleri genellikle ilk defa bu sözleşmeyi yaptığından daha tecrübesizlerdir. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde dikkat edilmesi gerekenlerle ilgili yazılan eserler, son yıllarda daha çok önem arz etmektedir. Bu yüzden bu çalışmanın konusu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması ve temel özellikleri olarak belirlenmiştir.

Çalışmamızda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması ve temel özellikleri, belirli bir sistematiğe incelenmiş olup uygulamada karşılaşılan uyumsuzluklarla ilgili olarak güncel Yargıtay kararları ve doktrin görüşleri çalışmamıza özenle yansıtılmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı, tarafları, hukuki niteliği ve bu sözleşmenin benzer sözleşmelerden farkları üzerinde bir inceleme yapılacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması ve geçerliliğinde özellik arz eden durumlar, sözleşmenin şekli ve şekle aykırılığın sonuçları ile arsa sahiplerinin tapuları devredeceği zamana göre yapılacak tasnif sonucu oluşan sözleşmenin düzenlenme biçimleri ayrıntılı olarak izah edilecektir.

Çalışmamızın son bölümünde ise tarafların arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulmasıyla doğan yükümlülükleri ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

I. SÖZLEŞMENİN TANIMI

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesine göre sözleşme; *“ tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur”*. Çalışmamızın konusunu oluşturan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de, aynı şekilde tarafların iradelerinin uyuşması ile kurulacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sözleşme tiplerinin düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu'nda hüküm altına alınan sözleşme tiplerinden biri değildir. Dolayısıyla, bu sözleşmenin kanunda düzenlenen bir tanımı bulunmamakla birlikte doktrin görüşleri ve Yargıtay kararlarına bakılarak bazı tanımlar yapılabilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, doktrinde, *“ arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında müteahhide devretmeyi taahhüt etmesi”*¹ şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde yer alan bir başka tanımda, *“ arsa payı karşılığı yapım(inşaat) sözleşmesi, yüklenicinin arsa sahibine karşı arsa üzerinde bağımsız bölümlerden oluşan bir ana yapı ve/veya bütünlük taşıyan bağımsız bölümler inşaat etme borcu, arsa(iş) sahibinin ise karşılık olarak arsadaki mülkiyetinin belirli payını veya meydana getirilecek ana yapıdaki bağımsız bölümlerden bir kısmının mülkiyetini yükleniciye devir borcu altına girdiği bir*

¹ Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, Der Yayınları, 3. Basım, 2010, (Arsa Payı), s.1. Aynı yöndeki tanımlar için bkz. Turan Şahin, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 102; Gürkan Coşkun, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin Durumu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 25; Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s.9-10; Hülya Çelik, **Arsa Payı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu**, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2010, s. 4.

sözleşmedir”² şeklinde tanımlanmıştır. Yine doktrindeki bir başka tanım da, “Yüklenicinin, iş sahibinin arsası üzerinde ve arsada belli veya belirlenebilir payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümlerin bir bütünlük taşıy biçimde inşa edilmesini üstlendiği bir sözleşmedir.”³ şeklinde ifade edilmiştir⁴.

Doktrindeki bu tanımlara ilave olarak arsanın belirli bir payının devri yerine arsanın tamamının devrinin de söz konusu olabileceği unutulmamalıdır. Zira arsa sahibinin maliki olduğu birden fazla arsanın üzerine inşaat yapılması ve bu arsalarından birinin tamamının müteahhide kalacağı bir anlaşma da yapılabilir. Dolayısıyla, yapılan bağımsız bölümlerin bütünlük arz etmesi her zaman söz konusu olmayabilir⁵.

Yargıtay kararlarındaki tanımlara bakılacak olursa⁶; *“arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri; yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise, bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmelerdir”* şeklinde tanımlanmıştır.

² Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C.2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, 2014, (**Borçlar Özel C.2**), s.113; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 3. Baskı, 2018, (**Kısa Ders Kitabı**), s.399. Aynı yöndeki tanımlar için bkz. Suat Sarı, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, **İÜHFM**, C. 64, S. 2, İstanbul, 2006, s. 273-299, s.276; Çiğdem Kırca, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, **XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Ankara, 2007, s.81.

³ Bilal Kartal, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Matsa Basımevi, 1993, s. 15. Aynı yöndeki tanımlar için bkz. Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, İstanbul, Beta Basım Yayın, 10. Baskı, 2014, s.1066-1067; Özgür Kâtip Kaya, **Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1993, s. 5; Yasemin Durak, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi”, **İÜHFD**, C. 1, S. Özel Sayı, Y. 2015, s. 208.

⁴ Farklı tanımlar için bkz. İbrahim Kaplan, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 270; Osman Oy, Tahsin Emre Haşal, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014, s.25; İsmail Atamulu, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 25.

⁵ Nezih Sütçü, **Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, C.1, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, 2018, (**Kat Karşılığı-C.1**), s.32.

⁶ Y. HGK., 16.01.2013 T., 2012/13-592 E., 2013/65 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21.04.2019).

Doktrindeki ve Yargıtay kararlarındaki tanımlara bakılıp genel bir tanım yapmak gerekirse; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahiplerinin arsası üzerinde müteahhitlerin inşaat yapıp teslim etmeyi ve arsa sahiplerinin de bedel yerine belirli arsa payı ve bağımsız bölüm mülkiyetini müteahhide devretmeyi üstlendiği sözleşmedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, boş arsayı değerlendirmenin yanında riskli yapılara sahip arsa sahiplerinin evlerinin yıkılıp yerine yeni binaların yapılmasını da sağlar⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle ilgili olarak doktrinde ve uygulamada bir kavram karmaşası yaşanmakta olup artık bu farklı isimlendirmenin sona ermesi gerektiği kanaatindeyiz⁸. “Kat karşılığı inşaat sözleşmesi”⁹, “arsa payı karşılığında bağımsız bölüm yapma sözleşmesi”¹⁰, “kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi”¹¹, “arsa payı karşılığında kat yapım sözleşmesi”¹² gibi isimlendirmeler yerine doktrinde çoğunlukla kullanılan¹³ “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” şeklinde tek bir kavram kullanılmasını tercih ediyoruz. Zira TMK m.1009’da şerh edilebilecek nispi haklar sayılırken işbu sözleşme için “arsa payı karşılığı inşaat

⁷ Oy, Haşal, a.g.e., s.21.

⁸ Etem Saba Özmen, Tuba Akçura Karaman, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”, *İBD*, C. 87, S. 1, Y. 2013, s.48.

⁹ Cengiz Kostakoğlu, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011; Oy, Haşal, a.g.e.; Atamulu, a.g.e.; Oğuz Usta, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.

¹⁰ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. 2, İstanbul, Vedat Yayıncılık, Beşinci Basım’dan Altıncı Tıpkı Basım, 2010, s. 29.

¹¹ Sütçü, *(Kat Karşılığı-C.1)*.

¹² Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.59; Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Ankara, Adalet Yayınları, 2.Baskı, 2014, s. 39; Kaya, a.g.e., s. 5; Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Turhan Kitabevi, 14.Bası, 2014, s. 18.

¹³ Erman, *(Arsa Payı)*; Hasan Erman, *İnşaat (Arsa Payı Karşılığı) Sözleşmeleri ve Miras Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar*, İstanbul, Der Yayınları, 2012, *(İnşaat ve Miras)*; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2014, *(Borçlar Özel)*, s. 591; M. Turgut Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, *(İnşaat)*; Yavuz, a.g.e., s.1064; Serkan Ayan, *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008; Erden Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, Doçentlik Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971, <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/808.pdf>, Erişim Tarihi:06.03.2019; Mustafa Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018; Şahin, a.g.e., s.25 vd.; Coşkun, a.g.e.; Mehmet Deniz Yener, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011.

sözleşmesi” kavramı kullanılmıştır. Ayrıca, 07.06.1994 tarihli mülga Tapu Sicil Tüzüğü m.55/c’de işbu sözleşme için “*kat karşılığı inşaat*” ifadesi kullanılırken, yürürlükteki 17.08.2013 tarihli Tapu Sicil Tüzüğü m. 47/1-c’de “*arsa payı karşılığı inşaat*” kavramı tercih edilmiştir. Aynı zamanda, bir sözleşmeyi isimlendirirken tarafların asli edimlerine bakılarak bir kavram belirlenmelidir ve bu sözleşmede müteahhidin asli edimi inşaat yapmak, arsa sahibinin asli edimi de arsa paylarının mülkiyetini geçirmek olduğundan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kavramı daha uygun olacaktır¹⁴.

Dolayısıyla hem doktrinde¹⁵ hem de Yargıtay kararlarında¹⁶ bir kavram karmaşası yaşansa da, bu konuda TMK, Tapu Sicil Tüzüğü ve tarafların asli edimlerinin esas alınması ve doktrinde, Yargıtay kararlarında, noter uygulamalarında¹⁷ artık tek bir kavram olarak “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*” kavramının tercih edilmesi kanaatindeyiz.

¹⁴ Andaç Maraşlıoğlu, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi SBE, 2017, s.3.

¹⁵ Doktrinde hem “*kat karşılığı inşaat sözleşmesi*” hem de “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*” kavramlarının kullanıldığı eserler için bkz. Efrail Aydemir, **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 3.Baskı, 2016; İlker Hasan Duman, **İnşaat Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, (**İnşaat**).

¹⁶ Yargıtay kararlarının bazılarında “*kat karşılığı inşaat sözleşmesi*”, bazılarında ise “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*” kavramları kullanılmaktadır. Güncel olarak eser sözleşmesi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin uyumsuzluklara bakmakla görevli Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, inceledikleri dosyalarda sözleşme hangi kavramla ifade edilmişse, kararlarda o kavramı kullanılmaktadır. (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi Caner Kaner, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Uygulamaları”, **Türk Medeni ve Türk Borçlar Kanununda Güncel Gelişmeler ve Sorunlar Sempozyumu(VI): İnşaat Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu**-26.04.2019);

“*Kat karşılığı inşaat sözleşmesi*” kavramının kullanıldığı kararlar: İstanbul BAM. 15. HD., 19.2.2019 T., 2019/8 E., 2019/211 K.; Y. 15. HD., 20.2.2019 T., 2018/2554 E., 2019/707 K.; Y. 23. HD., 21.2.2019 T., 2016/3384 E., 2019/648 K.; Y.HGK., 10.10.2012 T., 2012/6-198 E., 2012/702 K.; Y.HGK., 28.04.2010 T., 2010/15-193 E., 2010/235 K.;

“*Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*” kavramının kullanıldığı kararlar: İstanbul Anadolu 10. Asliye Ticaret Mahkemesi, 22.2.2019 T., 2019/372 E., 2019/197 K.; Y. 15. HD., 22.2.2019 T., 2018/5044 E. 2019/747 K.; Y. 15. HD., 14.03.2013 T., 2012/7767 E., 2013/1748 K.; Y.HGK., 16.01.2013 T., 2012/13-592 E., 2013/65 K. (Lexpera, Erişim Tarihi: 21.04.2019).

¹⁷ Noterlerdeki isimlendirmelere örnek vermek gerekirse: “*Gayrimenkul Satış Vaadi Daire Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*”, “*Taşınmaz Satış Vaadi ve İnşaat Sözleşmesi*”, “*Kat Karşılığı İnşaat Yapım ve Satış Vaadi Sözleşmesi*”. Sütçü, (**Kat Karşılığı-C.1**), s.31.

II. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, arsa sahibi ve müteahhittir.

A. Arsa Sahibi

1. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, müteahhit açısından nitelik¹⁸ olarak eser sözleşmesinin hükümlerini içermekte ve eser sözleşmesinin taraflarından olan iş sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki karşılığı arsa sahibidir. Arsa sahibi, üzerinde inşaat yapılacak olan arsanın sahibi olup¹⁹ inşaat yapılabilmesi için belirli payların müteahhide devrini taahhüt eden kişidir²⁰.

Arsa sahibi, sözleşmeye konu yapının meydana getirilmesinde ve bu yapıyı teslim almada yararı ve çıkarı olan gerçek veya tüzel kişilerdir²¹. Bu tüzel kişiler, özel hukuk tüzel kişisi veya kamu tüzel kişisi olabilir²². Arsa sahibi tek kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir²³. Diğer bir deyişle, inşaat yapılacak arsanın birden fazla maliki olabilir. Birden fazla kişi malik olduğunda, bu durum, paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti şeklinde görülebilir²⁴.

Sözleşme yapma yeteneği bakımından arsa sahibinin ayırt etme gücüne sahip bir tam ehliyetli olması gerekmekte olup arsa sahibi ergin değilse yasal temsilcisinin katılımı gerekmektedir. Arsa sahibi kısıtlı ise, TMK m.462 gereği, *“Olağan yönetim sınırlarını aşan yapı işleri”* için vesayet makamının vasiye bu durumla ilgili olarak izin vermesi gerekmektedir.

¹⁸ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. s.11 vd.

¹⁹ Neslihan Aslan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu**, İstanbul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, 2016, s.6.

²⁰ Sümeyye Hilal Yıldırım, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2011, s.5.

²¹ İlker Hasan Duman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir?**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, 2018, (Arsa Payı), s.19; Kemal Dayınlı, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**, Ankara, 4. Bası, 2008, s.31.

²² Seliçi, a.g.e., s.18; Zarife Şenocak, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, 2002, s.5.

²³ Erman, (Arsa Payı), s.2.

²⁴ Paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti söz konusu olduğunda veya arsa kentsel dönüşüme tabi olduğunda, birden fazla kişi olarak malik olan arsa sahiplerinden bazıları müteahhitle sözleşme imzalarken bazıları imzalamayabilmektedir. İmzalanan sözleşmenin bazı sebeplerden dolayı geçersiz olması durumunda, müteahhitle geçersiz sözleşme imzalayan arsa sahiplerinin durumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s.44 vd.

Uygulamada, arsa sahibinin, mühendis veya mimar gibi bir kişiyi inşaat işlerinin yönetimiyle ilgili olarak görevlendirdiği görülebilmektedir. Danışman mühendis olarak anılan bu kişiler, arsa sahibinin temsilcisi olup, arsa sahibi ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı değildir²⁵.

2. Arsa Sahibinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Bir Tüketici Sayılıp Sayılamayacağı Sorunu

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, mülga 4077 sayılı Kanun'dan farklı olarak tüketici işlemlerinin kapsamı genişletilmiş ve 6502 sayılı Kanun m.3/1-l'de, *"gerçek veya tüzel kişilerle tüketiciler arasında kurulan eser sözleşmeleri"*, tüketici işlemi kapsamına alınmıştır. Bu yenilikle birlikte, eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de tüketici işlemi sayılacak mıdır ve dolayısıyla arsa sahibi ve müteahhit arasındaki uyuşmazlıklar, tüketici mahkemesinde mi görülecektir sorusu akıllara gelmiştir. Ancak yeni kanun uygulaması sürecinde verilen Yargıtay kararlarıyla görevli mahkeme sorunu çözülmeye çalışılmaktadır.

Bu hususta çok detaylı olan Yargıtay kararlarında²⁶, kanunun madde gerekçesinde eser sözleşmesinin kanun kapsamına alınma açıklamasının yapılmadığı,

²⁵ Dayınlarlı, a.g.e., s.30; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.469; Aslan, a.g.e., s.7.

²⁶ Y. 20. HD. 23.2.2016 T., 2015/16286 E., 2016/2177 K.: *"6502 sayılı Kanunun 3. maddesi gerekçesinde eser sözleşmelerinin kanun kapsamına alınmasına herhangi bir açıklama getirilmemiştir. Ancak kanunun sistematığı nazara alındığında kanunda zikredilen eser sözleşmelerinden kastın; ticari ve mesleki olmayan amaçlarla, salt kişisel ihtiyaçları için kullanma ve tüketme amacıyla gerçek ve tüzel kişi ile tüketici arasında yapılan eser sözleşmeleri olduğu anlaşılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri 818 sayılı BK'nın 155 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türüdür. Bu sözleşmelerin bir tarafı arsa sahibi diğer tarafı yüklenicidir. Bu tür sözleşmelerde arsa sahibinin Tüketici Kanununda 3/k maddesindeki tüketici tanımına uymadığı anlaşılmaktadır.*

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç kullanmak için konut edinmek değil arsasını değerlendirmektir. Bu nedenle arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin 6502 sayılı Kanunda tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine konu işin üst düzey teknolojiyi gerektirmesi, sözleşme kapsamında taşınmaz satış vaadi ve inşaat sözleşmelerinin de bulunduğu nazara alındığında 6502 sayılı Kanunda kanun koyucunun salt kullanma ve tüketme amacına yönelik mutfak, dolap yaptırmak araç tamiri yapmak gibi dar kapsamlı eser sözleşmelerini kastettiği, arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinin ise bu kapsamda olmadığı kabulü gerekir." Aynı

bu nedenle kanun sistematığı dikkate alınarak eser sözleşmesinden kastın, ticari ve mesleki olmayan amaçlarla salt kişisel ihtiyaçlar için kullanma ve tüketme amacıyla gerçek ve tüzel kişiler ile tüketici arasında yapılan eser sözleşmesi olduğu, eser sözleşmesinin kendine özgü bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin kanundaki tüketici tanımına uymadığı belirtilmiştir.

Tüketici tanımına uymama sebepleri olarak da arsa sahibi açısından güdülen amacın kullanmak için konut edinmek değil, arsasını değerlendirmek olduğu, sözleşmeye konu işin üst düzey teknoloji gerektirmesi, sözleşme kapsamında taşınmaz satış vaadi ve inşaat sözleşmelerinin de bulunduğu dikkate alındığında kanunda kanun koyucunun salt kullanma ve tüketme amacına yönelik mutfak, dolap yaptırma, araç tamiri yapma gibi dar kapsamlı eser sözleşmelerini kastettiği, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ise bu kapsamda olmadığı belirtilmiştir.

Dolayısıyla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin, salt kişisel ihtiyaçları için kullanma ve tüketme amacında olmadığı, konut edinme değil arsasını değerlendirme amacında olduğu belirtilerek tüketici²⁷ sayılamayacağı ve görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemeleri olacağı ifade edilmiştir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, arsa sahibi de müteahhit gibi tacirse ve söz konusu inşaat, her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgiliyse, T.T.K. m.4 gereği nispi ticari dava söz konusu olur ve uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, asliye ticaret mahkemeleri olacaktır²⁸.

Bu tartışmanın çözümünde, kanaatimizce, her somut olay kendi özelliklerine göre incelenmeli ve arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini hangi amaçla yaptığı tespit edilmelidir. Kendisine konut veya yazlık amacıyla mı,

yönde kararlar için bkz. Y. 23. HD. 11.12.2017 T., 2017/2916 E., 2017/3679 K.; Y. 23. HD. 28.5.2015 T., 2015/2827 E., 2015/3969 K.; Y. 23. HD. 22.12.2014 T., 2014/10480 E., 2014/8330 K. (Lexpera, Erişim Tarihi: 21.04.2019).

²⁷ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.3/1-k'da, bu kanun kapsamına giren tüketiciler; *“ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmeyen gerçek veya tüzel kişiler”* olarak tanımlanmışlardır.

²⁸ Sütçü, Nezi, **Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, C.2, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, 2018, (Kat Karşılığı-C.2), s.2073-2074.

yoksa başkalarına da daire/işyeri satarak ticari amaçla²⁹ mı hareket edildiği belirlenerek³⁰ görevli mahkeme tespit edilecektir. Örneğin kentsel dönüşüme tabi binadaki 1 dairesini verip karşılığında inşaat tamamlandığında konut amacıyla 1 daire alan kişilerin tüketici sayılacağını belirtmek gerekir.

Bunun yanında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca alacağın temlik yoluyla müteahhitten bağımsız bölüm satın alanların işlemlerinin, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında olduğunu belirtmek gerekir³¹.

B. Müteahhit

Müteahhit³², arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olan yapıyı meydana getirme ve arsa sahibine teslim etme yükümlülüğü olan kişi olarak tanımlanabilir³³.

Müteahhit kavramının TBK’da bir tanımı olmamakla birlikte yapı yüklenicisi kavramı kullanılarak Yapı Denetim Uygulama Yönetmeliği³⁴’nde bir tanım verilmiştir. Yapı Denetim Uygulama Yönetmeliği m.9’da, “*Yapı yüklenicisi, şahsen sahip olduğu teknik ve mali kaynakları kullanarak veya taşeron eliyle yapım işini ticari amaçla üstlenen, yapının plana, mevzuata, fen, sanat ve sağlık kurallarına, ruhsata ve eki projelere uygun olarak ve bünyesindeki mimar ve mühendisler ile diğer uzmanların gözetimi altında inşasını yapı sahibine ve ilgili idareye taahhüt eden gerçek veya tüzel kişidir*” şeklinde tanımlanmıştır.

²⁹ Arsa sahibinin, arsa satın alıp üzerinde inşaat yaptırmayı sürekli hale getirmesi ve bu durumun kazanç elde etme faaliyeti haline gelmesi durumunda, tüketici olarak sayılmaması gerektiği yönünde bkz. Mehmet Doğan, **Ön Ödemeli Konut Satışı**, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s.49.

³⁰ Aslan, a.g.e., s.5.

³¹ Doğan, a.g.e., s.49.

³² 6098 sayılı TBK’da eser sözleşmesi için “müteahhit” kavramı yerine “yüklenici” kavramı kullanılmıştır. Ancak, TBK’da düzenlenmemiş olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, müteahhit kavramı, uygulamada yerleşmiş bir kavram olduğu için bu çalışmada tercih edilmiştir.

³³ Aslan, a.g.e., s.4.

³⁴ RG. 05.02.2008-26778.

Müteahhitler, aynı arsa sahipleri gibi, hak ve fiil ehliyetine sahip, gerçek veya tüzel kişilerdir³⁵. Yine aynı arsa sahipleri gibi, müteahhitler de tek başına veya birden fazla kişi şeklinde olabilir. Genellikle büyük hacimli inşaat işlerinde güç birliği yaparak bir araya geldikleri ortak girişim(joint venture)³⁶ veya konsorsiyum³⁷ gibi bir adi ortaklık³⁸ şeklinde de çalışabilirler.

III. SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, herhangi bir kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme olduğundan dolayı sözleşmenin hukuki niteliğini belirlemek, bir uyuşmazlık halinde sözleşmeye hangi hükümlerin uygulanacağını tespit etmek açısından son derece önemlidir.

Hukuki niteliği bakımından düşünüldüğünde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, kanunda düzenlenmemiş, karma nitelikte, sürekli-ani edim karmaşığı bir borç ilişkisi doğuran, tapu kütüğüne şerh edilebilen bir sözleşmedir.

A. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, sözleşmenin tarafları olan arsa sahibi ve müteahhit, karşılıklı olarak borçlu ve alacaklı konumunda olduğundan

³⁵ Dayınlarlı, a.g.e., s.24; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.499; Fikret Eren, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18- 29 Mart 1996)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 3. Tıpkı Basım, 2010, s.45-58, (İnşaat), s.50.

³⁶ Ortak girişimdeki müteahhitler, müteselsilen sorumlu olarak, hak ve sorumluluklarıyla işin bütününe birlikte yaparlar. Öz, (İnşaat), s.44-45; Leyla Müjde Kurt, **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, 2012, s.39.

³⁷ Konsorsiyumda, müteahhitler, hak ve sorumluluklarını ayırıp, kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısmı yapmak üzere ortaklık yaparlar. Öz, (İnşaat), s.44-45; Kurt, a.g.e., s.39.

³⁸ Her iki durumda da, ortak olan müteahhitler, T.B.K. m.683/3 uyarınca arsa sahibine karşı müteselsilen sorumludurlar. Aslan, s.5; Y.HGK., 8.10.2003 T., 2003/12-574 E., 2003/564 K.: “*Joint venture hukukumuzdaki adi ortaklığa benzemekte olup iki veya daha fazla işletmenin, belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri bir ortaklıktır. Tüzel kişilikleri olmadığından taraf ehliyetleri de bulunmamaktadır. Ortaklar, ortaklık borçlarından alacaklılara karşı doğrudan doğruya ve sınırsız olarak tüm mal varlıklarıyla sorumludurlar.*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21.04.2019).

dolayı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir³⁹.

Yargıtay kararlarında⁴⁰ da bu durum, “6098 sayılı TBK’nın 470. vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, **tam olarak iki tarafa borç yükleyen**, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir.” denilerek açıkça ifade edilmiştir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı ilişki olup bu ilişki edimlerin karşılıklı değişimiyle söz konusu olur⁴¹. Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi⁴², biri, diğerinin karşılığı olan borçlar vardır ve bu nedenle taraflar birbirine karşı hem alacaklı hem borçludurlar. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de, arsa sahibi, kararlaştırılan bağımsız bölümlerin teslimi karşılığında, arsa payını devretmeyi borçlanmaktadır. Dolayısıyla, bağımsız bölümlerin teslimini talep etme açısından alacaklı, arsa payını devretme açısından borçlu konumundadır. Müteahhit de bağımsız bölümleri teslim etmek açısından borçlu, arsa payının devrini talep etme açısından alacaklı konumundadır⁴³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olması nedeniyle, bu sözleşmeye, TBK’nın karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümleri de uygulanacaktır. Dolayısıyla, ödemezlik def’ine ilişkin TBK m.97, ifa güçsüzlüğüne ilişkin TBK m.98, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüne ilişkin TBK m.123,124,125 hükümleri uygulama alanı bulabilecektir⁴⁴.

³⁹ Erman, (Arsa Payı), s.4; Kaplan, a.g.e., s.272; Yusuf Büyükay, **Eser Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.42; Atamulu, a.g.e., s.32; Usta, a.g.e., s.17; Yener, a.g.e., s.4; Kırmızı, a.g.e., s.627; Sütçü, (Kat Karşılığı-C.1), s.36; Ayar Birkin, a.g.e., s.57; Tekdemir, a.g.e., s.10.

⁴⁰ Y. 23. HD. 27.05.2016 T., 2015/1825 E., 2016/3295 K. (Lexpera, Erişim Tarihi: 03.05.2019).

⁴¹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, 2017, (Borçlar Genel), s.211.

⁴² Y. 14. HD. 20.06.2017 T., 2017/3041 E., 2017/5311 K.: “Sözleşme, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Burada, biri diğerinin karşılığı olan borçlar vardır. Başka bir anlatımla, taraflar, birbirine karşı hem alacaklı ve hem de borçludur.” (Lexpera, Erişim Tarihi: 03.05.2019).

⁴³ Yavuz, a.g.e., s.1073-1074; Kaplan, a.g.e., s.271-272; Oy, Haşal, a.g.e., 23; Avcı, a.g.e., s.12.

⁴⁴ Sütçü, (Kat Karşılığı-C.1), s.38; Öz, (İnşaat), s.97.

B. Atipik Ve Karma Nitelikte Bir Sözleşme Olması

Tipik sözleşmeler, 6098 sayılı TBK m.207-645 arasında ve diğer kanunlarda düzenlenmekle birlikte, taraflar, sözleşme serbestisi prensibi gereği, sözleşmenin içeriğini, kanunda öngörülen sınırlar içerisinde serbestçe belirleyebilirler. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kanunda özel olarak düzenlenmiş sözleşmelerden olmadığı için niteliği itibariyle atipik(isimsiz) bir sözleşmedir⁴⁵.

TBK'nın özel borç ilişkileri kısmında veya özel bir kanunda düzenlenmemiş olan isimsiz sözleşmeler; karma, bileşik ve kendine özgü yapısı olan(sui generis) sözleşmeler olarak üçe ayrılır⁴⁶. Hemen belirtmek gerekir ki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin isminin kanunda (TMK m.1009) ve tüzükte (TST m. 47/1-c) geçmesi, bu sözleşmeyi, isimli sözleşme haline getirmez. Zira bir sözleşmenin isimli sözleşme olarak nitelendirilmesi için o sözleşmenin ismen belirtilmesi ile yetinilmeyip esaslı unsurlarının, tarafların hak ve borçlarının, bu borçların ihlali halinde bunların yaptırımının da düzenlenmiş olması gerekmektedir⁴⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarından, müteahhidin bağımsız bölümlerden oluşan binayı yapıp teslim etme unsuru, TBK'daki eser sözleşmesinin; arsa sahibinin kararlaştırılan arsa paylarının mülkiyetini devretme unsuru ise TBK'daki taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmesinin edimlerini oluşturmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmesi ile eser sözleşmesi, niteliği itibariyle bağımsızlığını koruyamayıp birbirine karışmakta ve bu sözleşmeyle ilgili hukuki sorunlar, her sözleşmenin kendisine ait hükümlerin uygulanmasıyla çözümlenmediğinden, bileşik sözleşme türüne girmemektedir. Zira bileşik sözleşmelerde, çeşitli sözleşmeler, bağımsızlığına zarar gelmeden birbirine bağlanmakta iken, karma sözleşmelerde, çeşitli sözleşme unsurları, bağımsızlığını koruyamadan birleşerek tek bir sözleşme oluşturur. Kendine

⁴⁵ Kartal, a.g.e., s.22; Avcı, a.g.e., s.11; Atamulu, a.g.e., s.32.

⁴⁶ İsimsiz sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Saibe Oktay, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LV, Y. 1996, s.263-296, s.263 vd.

⁴⁷ Kuntalp, a.g.e., s.4; Oktay, a.g.e., s.264; Atamulu, a.g.e., s.33; Öz, (İnşaat), s.110; Ayar Birkin, a.g.e., 54-55.

özgü yapısı olan sözleşmelerde de, sözleşmenin unsurlarının kanunlarda düzenlenen sözleşmelerde yer almaması gerektiğinden ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de, taşınmaz satış sözleşmesi ile eser sözleşmesi unsurlarını barındırdığından, kendine özgü yapısı olan sözleşmelerden de değildir⁴⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yukarıda da belirtildiği gibi hem satış hem de eser sözleşmesine ilişkin hükümleri barındığından isimsiz sözleşme türlerinden çift tipli karma sözleşme niteliğindedir⁴⁹. “*Kanun’un çeşitli akit tiplerinde öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya gelmesiyle vücut bulan akitler*”, karma sözleşmeler olarak ifade edilirken; “*taaraflardan her birinin ediminin veya edimlerinin çeşitli tipte sözleşmelerden birisine özgü olduğu sözleşmeler*” de çift tipli karma sözleşmeler olarak tanımlanmıştır⁵⁰. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de, kanunun satış ve eser sözleşmesi için öngördüğü unsurların, kanunun öngörmediği şekilde bir araya gelmesiyle meydana geldiğinden, hukuki nitelik olarak çift tipli karma sözleşme niteliğindedir.

Yargıtay kararlarında da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin olarak çift tipli karma veya iki tipli karma sözleşme kavramları kullanılmıştır⁵¹.

⁴⁸ Erman, (Arsa Payı), s.5-6; Yavuz, a.g.e., s.1071; Kartal, a.g.e., s.23.

⁴⁹ Erman, (Arsa Payı), s.4-5; Aydoğdu, Kahveci, a.g.e., s.39; Eren, (Borçlar Özel), s.25; Yavuz, a.g.e., s.1071-1072; İlhan Helvacı, **Hukuki Müatalaalar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s.231; Büyükay, a.g.e., 43; Kuntalp, a.g.e., s.81; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.18-19; Sarı, a.g.m., 276.

⁵⁰ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.1/1, İstanbul, Vedat Yayıncılık, Beşinci Basım’dan Altıncı Tıpkı Basım, 2008, (C.1/1), s.69.

⁵¹ Y. 23. HD. 27.05.2016 T., 2015/1825 E., 2016/3295 K.: “6098 sayılı TBK’nın 470. vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, **çift tipli bir karma sözleşmedir**.”; Y.HGK., 09.06.1982 T., 1979/15-1613 E., 1982/565 K.: “Görülüyor ki, davalının edimi [borcu] eser sözleşmesinin [İstisna Akdinin]; davacının karşı edimi ise, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin belirli özelliklerini taşımaktadır. Böylece, taraflar arasında, (arsa payı karşılığında kat (apartman) yapımı) diye nitelendirilen **çift tipli bir karma sözleşme** ilişkisi kurulduğu açıktır.”; Y. 15. HD. 17.05.1982 T., 1982/ 573 E., 1982/1184 K.: “Bu sözleşmeden, arsa karşılığında kat yapımı konusunda tarafların anlaşarak bu sözleşmeyi yaptıkları açıkça anlaşılmaktadır. (...) Bu gibi sözleşmeler, **iki tipli karma sözleşmelerdir**.” (Lexpera, Erişim Tarihi: 03.06.2019)

Karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağına yönelik doktrinde çeşitli görüşler öne sürülmüştür⁵². Doktrinde genel olarak kabul edilen görüş, yaratma(kıyas) teorisidir⁵³. Dolayısıyla çalışmamıza konu olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de, taşınmaz satış ve eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin ancak kıyas yoluyla uygulanması, hükümler uygulanmasında çatışma olması halinde, sözleşmenin amacı ve taraf menfaatleri gözetilerek hakkaniyete uygun bir karar verilecektir. Gerekliği durumunda sırasıyla TBK'nın genel hükümleri ile örf ve adet hukuku uygulanacak, sonuç elde edilemezse TMK m.1 uyarınca hukuk yaratma yoluna gidilecektir⁵⁴.

Karma sözleşmelerde hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda Yargıtay kararlarına bakıldığında, bazı kararların birleştirme teorisinin⁵⁵ uygulanacağı yönünde, diğer bazı kararların da uygulanacak hükümlerin çatışması halinde kıyas teorisinin⁵⁶ uygulanacağı yönünde olduğu görülecektir. Ancak Yargıtay'ın

⁵² Bu konuda 4 görüş ileri sürülmüştür: 1) Çeşitli Tiplerin Birbirini Götürmesi Teorisi: Bu teoriye göre, karma sözleşmeyi meydana getiren özel hükümlerin kıyas yoluyla dahi uygulanamayacağı, uyumsuzlukların borçlar hukukunun genel hükümleri yoluyla çözüleceği belirtilmiştir. 2) Soğurma Teorisi: Bu teoriye göre, karma sözleşmede hangi tipe ait unsurlar daha çok önem arz etmekteyse, o sözleşmeye ilişkin hükümlerin karma sözleşmenin bütününe uygulanması gerekir. 3) Birleştirme Teorisi: Bu teoriye göre ise, karma sözleşme kapsamındaki her edime, ait olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümler, doğrudan uygulanır. 4) Yaratma (Kıyas) Teorisi: Bu teoriye göre ise de; karma sözleşmeye herhangi bir kanun hükmünün ancak kıyas yoluyla uygulanabileceği, hâkimin sözleşmenin amacı ve taraf menfaatlerini gözeterek farklı tipteki hükümleri kıyasen uygulayabileceği, gerektiği takdirde genel hükümleri, sonuca varamazsa örf-adet hukukunu uygulayacağı, yine sonuç alamazsa TMK m.1 uyarınca hukuk yaratma yoluna gideceği belirtilmiştir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Erman, **(Arsa Payı)**, s.7; Kuntalp, a.g.e., s.127 vd.; Tandoğan, **(C.1/1)**, s.73-74.)

⁵³ Erman, **(Arsa Payı)**, s.7; Eren, **(Borçlar Özel)**, s.33; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri**, C. 1, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1980, **(Borçlar Özel)**, s.62; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.20; Helvacı, a.g.e., s.232; Aral, Ayrancı, a.g.e., s.64; Aydoğdu, Kahveci, a.g.e., s.39.

⁵⁴ Erman, **(Arsa Payı)**, s.7-8.

⁵⁵ Y. 15. HD, 14.04.1977 T., 1977/767 E., 1977/880 K.: “Arsa payı karşılığında kat yapımında, inşaatçı davalının yüklendiği yapı yapma ediminin karşılığını arsa maliki olan davacı arsasının bir bölümünün mülkiyetini yükleniciye geçirmek suretiyle ödemektedir. Böyle olunca, arsa payı karşılığında kat yapımını, çift tipli bir karma sözleşme biçiminde nitelemek gerekir. İlk olarak da, çift tipli bu karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kurallarının doğrudan doğruya uygulanması lazımdır.”; Y.HGK., 09.06.1982 T., 1979/15-1613 E., 1982/565 K.: “Taraflar arasında arsa payı karşılığında kat yapımı diye nitelendirilen çift tipli bir karma sözleşme kurulmuş olup karma sözleşmeye her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. Bu nedenle yapı yapma edimi için Borçlar Yasasının eser sözleşmesini düzenleyen maddeleri arsa payı mülkiyetinin devir borcu için satış vaadine ilişkin yasa hükümleri uygulanır.” (Lexpera, Erişim Tarihi: 03.06.2019).

⁵⁶ Y. 15. HD, 12.02.1974 T., 1974/26 E., 1974/111 K. : “Görülüyor ki, arsa payı karşılığında kat yapımında, inşaatçının yüklendiği kendi gereçleriyle yapı yapma ediminin karşılığını arsa maliki, arsasının bir bölümünün mülkiyetini geçirerek ödemektedir. İnşaatçının yüklendiği yapı yapma

birleştirme teorisini uyguladığı kararlar, eleştirilebilir niteliktedir. Zira arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekle tabi olması karşısında eser sözleşmesinin şekle tabi olmaması örneğinde görüldüğü gibi karma sözleşmeyi oluşturan sözleşme hükümleri arasında çelişkiler olabilir ve böyle durumlarda birleştirme teorisinin uygulama olanağı kalmamış olur⁵⁷. Dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanacak hükümlerde çatışma olması halinde, sözleşmenin amacı ve taraf menfaatlerinin göz önünde bulundurulduğu, hakkaniyete uygun kararların verilebileceği yaratma(kıyas) teorisinin uygulanması daha yerinde olacaktır⁵⁸.

C. Ani-Sürekli Edim Karmaşığı Bir Borç İlişkisi Doğurması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, sözleşme ilişkisinin süresi bakımından ani edimli mi sürekli edimli mi olduğu konusunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, borcun ifası sırasında alacaklının ifaya olan çıkarı, zaman birimiyle ölçülemeyecek bir an içerisinde gerçekleşiyorsa, ani edim söz konusu olur ve asli edimleri, ani edim olan sözleşmeler de ani edimli sözleşmelerdir. Borcun zaman içinde devamlı ve aralıksız, yani sürekli bir davranışla ifa edilebildiği hallerde, sürekli edim söz konusu olur ve asli edimlerden en az biri sürekli, aralıklı veya dönemli edimleri gerektiren sözleşmeler de sürekli edimli sözleşmelerdir⁵⁹. Dolayısıyla, sürekli sözleşme ilişkilerinde, edimler ansızın olmayıp sürekli ya da dönemli olarak yerine getirilir⁶⁰.

ediminde, ağır basan yön, gereçlerin tesliminden çok anlaşmaya uygun belli bir eserin yaratılması (katların yapılması)dır. Bu nedenle, bu edim, eser (istisna) sözleşmesinin belirleyici özelliklerini ve buna karşılık, arsa malikinin karşı edimi, taşınmaz satımı sözleşmesinin belirleyici özelliklerini taşımaktadır. Böyle olunca, arsa payı karşılığında kat yapımını çift tipli bir karma sözleşme diye nitelemek gerekir. İlke olarak, çift tipli karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. Şu da var ki, değişik sözleşme tiplerine ilişkin kurallar birbirine ters düşerse, karşılıklı çıkarların tartılmasına göre, hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşılmak gerekir.” (Lexpera, Erişim Tarihi: 03.06.2019).

⁵⁷ Erman, (Arsa Payı), s.7.

⁵⁸ Kartal, a.g.e., s.26-27; Tekdemir, a.g.e., s.13-14; Avcı, a.g.e., s.13.

⁵⁹ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C:1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 14.Baskı, 2016, s.11, s.48.

⁶⁰ Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, (Dönme), s.164.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, ani edimli mi sürekli edimli mi olduğunun belirlenmesi için öncelikle tarafların sözleşmeyle uzun veya kısa süreli bağlılığına değil⁶¹ karakteristik edimin zamanla olan ilişkisine bakılmalıdır⁶². Dolayısıyla, müteahhidin üstlendiği edimin mahiyetinin belirlenmesi gerekir⁶³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, ani edimli bir sözleşme olarak nitelendiren görüşe⁶⁴ göre, müteahhit, sadece binanın yapımı ve bağımsız bölümlerin teslimini üstlenmiştir ve inşaaatı yönelik faaliyetler, müteahhidin borcu değil yalnızca ifaya hazırlık niteliğindedir. Arsa sahibi de bağımsız bölümler tamamlanıp teslim edildiğinde, sözleşmeden beklediği menfaate ulaşacaktır. Bu görüşte ani-sürekli edim ayrımı kriterinde, borçlunun faaliyetleri değil de alacaklının menfaatlerine göre karar verilmeli, bu menfaat, edimin yerine getirilmesiyle bir anda mı gerçekleşiyor, yoksa bir süreci kapsayacak şekilde sürekli mi gerçekleşiyor, bunun belirlenmesi gerekir. Alacaklının faaliyetleri önemli olduğu için her şeyin tamamlandığı son bir eylem veya işlemle ifa tamamlanıyorsa, burada ani edimin söz konusu olduğu savunulmaktadır⁶⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, sürekli edimli bir sözleşme olarak nitelendiren görüşe⁶⁶ göre, sözleşmenin sürekliliğine karar verilirken borçlunun perspektifinden bakılmalıdır. Müteahhidin eseri meydana getirirken uzun süreyi gerektiren faaliyetleri, hazırlık aşaması olarak kabul edilip edimin dışında tutulamaz. Müteahhidin borcu yalnızca bağımsız bölümlerin yapılıp teslim edilmesi değil, aynı zamanda işin yürütülmesine ilişkin hazırlık faaliyetleri de borcun kapsamındadır.

⁶¹ Atamulu, a.g.e., s.37; Ayar Birkin, a.g.e., s.59.

⁶² Kurt, a.g.e., s.46.

⁶³ Tekdemir, a.g.e., 15.

⁶⁴ Eren, (**Borçlar Özel**), s.582; Yavuz, a.g.e., s.1072-1073; M. Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1989, (**Dönme**), s.20; Gümüş, (**Borçlar Özel C.2**), s.3; Helvacı, a.g.e., s.234; Aral, Ayrancı, a.g.e., s.334; Şahin, a.g.e., s.105-106; Ayan, a.g.e., 43; Seçer, a.g.e., s.44; Sendi Yakuppur, **Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları**, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2009, s. 64; Yaşar Engin Selimoğlu, **Eser Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, 2016, s.34; Kaya, a.g.e., s.22-23; Yener, a.g.e., s.7.

⁶⁵ Öz, (**Dönme**), s.18.

⁶⁶ Serozan, (**Dönme**), s.166; Kartal, a.g.e., s.25; Kartal, a.g.m., s.111.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre⁶⁷ ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, bazı yönleriyle ani, bazı yönleriyle sürekli edimli sözleşmelere benzediğinden ve ani-sürekli edim ayrımının tam olarak yapılması mümkün olmadığından, bu sözleşmelerin niteliğinin geçici-sürekli karmaşığı (ani-sürekli edim karması) olduğu savunulmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, ani veya sürekli edimli olması, özellikle müteahhidin temerrüde düşmesi durumlarında önem kazanır. Bu durumda, arsa sahibi sözleşmeyi sona erdirebilecek, ancak sözleşmenin geçmişe etkili mi ileriye etkili mi sona ereceğı sorunu gündeme gelecektir. Sözleşme, ani edimli olarak nitelendirildiğinde, geçmişe etkili olacak şekilde sona erecek ve müteahhit o ana kadar yaptığı işin ve kullandığı malzemenin karşılığını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilecektir. Ancak, bu durumda müteahhidin kendi kusuru sebebiyle sözleşme geriye etkili olarak sona ereceğinden ve arsa sahibinin kusuru bulunmadığından, müteahhit, menfi zararı ile müspet zararını arsa sahibinden talep edemeyecektir. Arsa sahibinin kusuru söz konusu olup geçmişe etkili sona erdirilirse, müteahhit, TBK m.125 uyarınca menfi zararının giderilmesini talep edebilecektir. Sözleşme, sürekli edimli olarak nitelendirildiğinde, ileriye etkili olarak sona erecek ve müteahhidin o ana kadar yaptığı kısım varlığını koruyacaktır⁶⁸. Netice itibariyle, sözleşmenin sona ermesinin sonuçları bakımından ani veya sürekli edimli olarak nitelendirme büyük önem arz etmektedir.

Yargıtay da bir İçtihadı Birleştirme Kararında⁶⁹, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğini, geçici-sürekli karmaşığı olarak kabul etmektedir.

⁶⁷ Erman, (Arsa Payı), s.9; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.507; Gökyayla, a.g.e., s.18-19; Büyükcay, a.g.e., 46; Atamulu, a.g.e., s.41; Kocaağa, a.g.e., s.55.

⁶⁸ Y. 14. HD. 21.11.2017 T., 2017/4131 E., 2017/8638 K.: "Eğer feshin sonuçları geriye etkili olacaksa, sözleşme yokmuşçasına tasfiye edileceğinden yüklenici inşaatın yaptığı kısma orantılı arsa payı değil, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre imal ettiği inşaat bedelini alır. Fesih ileriye etkili kabul edilirse, yükleniciye imalat oranına paralel arsa payı bırakılır." (Lexpera, Erişim Tarihi: 03.06.2019).

⁶⁹ Y.İBK., 25.01.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K.: "İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak «anî edimli» sözleşmeler gurubunda mütalâa 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 özelliğı yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiğı görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiğı gibi, inşaat sözleşmeleri «geçici - sürekli karmaşığı» bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır: (...) Bu açıklamalar

Zira sözleşme, hem ani hem de sürekli edimli sözleşmenin özelliklerini taşımaktadır. Yargıtay bu kararında, sözleşmenin kural olarak geçmişe etkili sona ereceğini, ancak müteahhidin edim borcunun özelliği ve kanunda eser sözleşmesinin düzenlenmesinde sürekli borç ilişkisine özgü kurallara yer verilmesi sebebiyle sürekli borç ilişkisine ilişkin kuralların da göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir. Zira her somut olay, kendi içerisinde değerlendirilmeli, olayın niteliğine göre hakkaniyet ilkesi gözetilmeli ve TMK m.2 gereği sözleşmenin sona ermesi, ileriye etkili olarak sonuç doğurabilmelidir.

Nitekim Yargıtay'a göre⁷⁰, inşaatı %90 ve üzeri gibi büyük bir oranda bitirmiş olan müteahhide karşı, sözleşmenin sonra ermesinin geçmişe etkili sonuç doğurması, dürüstlük kuralı ile bağdaşmayan hakkaniyete aykırı bir durum oluşturacaktır. Zira geriye etkili sona ermede, arsa sahibi tarafından, müteahhide, o zamana kadar yaptığı işin sebepsiz zenginleşme hükümlerince saptanan bedeli olan karsız maliyeti ödenecektir. Halbuki ileriye etkili sona ermede, müteahhit, o ana kadar harcadığı emek ve zamanın karşılığını alabilecektir. Ayrıca bu hususta, taraflar, sözleşmenin kurulması aşamasında, olası bir sona ermenin geriye etkili veya

da göstermektedir ki, Medeni Kanunun 2/2. maddesindeki kuralla, Kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak, bu kuralın taliliği (yani ikinciliği) de gözetilerek; öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilecek; uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabileceği bazı istisnai durumlarda da, 2/2. maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilecektir. O halde, içtihadı birleştirmeye konu meselelerin çözümünde izlenecek yol şöyle olmalıdır: Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca BK m.106-108 uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez. Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.” (Lexpera, Erişim Tarihi: 03.06.2019).

⁷⁰ Y. 23. HD, 11.06.2013 T., 2013/4203 E., 2013/3983 K.: “davalının yaptığı inşaat seviyesi belirlenip, 25.01.1984 tarih ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK'nın 2. maddesi hükmü gözetilmek kaydıyla gerek 15 HD'nin ve Dairemiz'in gerekse Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarında inşaatın tamamlanma seviyesi % 90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadığının belirlenmesi halinde ileriye etkili fesih koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde sözleşmenin geriye etkili fesih koşullarının olduğu sonucuna varılmalı” (Lexpera, Erişim Tarihi: 03.06.2019).

ileriye etkili olacağı yönünde hükümler koyabilirler⁷¹. Yine önemle belirtmek gerekir ki, “% 90 ve üzeri oran”, dürüstlük kuralı gereği sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedildiğini gösteren durumlara ilişkin sadece bir örnektir, kesin bir ölçüt, mutlak bir kural değildir⁷².

Ayrıca belirtmek gerekir ki, İçtihadı Birleştirme Kararında, hukuki nitelik olarak “geçici-sürekli karmaşığı” kavramı kullanılmış olsa da, geçici kavramından kasıt sözleşmenin ani edimli olmasıdır. Dolayısıyla, bu kavramın “ani-sürekli karmaşığı” olarak anlaşılması daha yerinde olacaktır⁷³. Sonuç olarak da, müteahhidin inşaatı meydana getirme süreci göz ardı edilmeden ve bağımsız bölümlerin teslimi borcuyla bir bütün halinde düşünülmesi gerektiğinden, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğinin ani-sürekli karmaşığı şeklinde kabul edilmesi ve yerleşik Yargıtay içtihatlarınca somut olayın niteliğine göre dürüstlük kuralına uygun olarak uygulanması daha yerinde olacaktır. Kaldı ki, TBK m.480/2’de⁷⁴ ve madde gerekçesinde⁷⁵ de, ani-sürekli edim karmaşığı nitelemesinin yapıldığı 25.01.1984 T. 1983/3 E. 1984/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı dayanak gösterilerek olayın özelliğı ve dürüstlük kuralının gerektirdiğı durumlarda, geçmişe etkili dönme yerine ileriye etkili feshin kullanılabileceğı belirtilmiştir.

⁷¹ Emrehan İnal, **Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.169; Sütçü, (Kat Karşılığı-C.1), s.39-40.

⁷² İnal, (Arsa Payı), s.1208.

⁷³ İnal, (Arsa Payı), s.1206.

⁷⁴ TBK m.480, f.2, c.2: “Dürüstlük kurallarının gerektirdiğı durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.”

⁷⁵ TBK m.480 Gerekçesi: “Maddenin ikinci fıkrasına, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 365 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmeyen bir cümle eklenmiştir. Buna göre: “Dürüstlük kurallarının gerektirdiğı durumlarda, dönme hakkının yerini fesih hakkı alır.” Böylece, eser sözleşmesinin her zaman ani edimli bir sözleşme olarak kabul edilmesinin doğurabileceğı hakkaniyete aykırı sonuçların önlenmesi amaçlanmıştır. Bilindiğı gibi, 25/01/1984 tarih ve 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda, eser sözleşmesinin yüklenicinin temerrüde düşmesi nedeniyle, sözleşmenin işsahibi tarafından feshi hâlinde, uyuşmazlığın kural olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 106 ilâ 108 inci maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğı, ancak, olayın niteliğı ve özelliğinin haklı gösterdiğı durumlarda, Medenî Kanunu’nuzun 2 nci maddesi hükmünün gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmiştir(...)”.

D. Sözleşmeden Doğan Hakkın Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilir Olması

Borçlar hukukundaki nispiyet ilkesi gereğince kişisel haklar, kural olarak sadece o hakkın borçlusuna karşı ileri sürülebilmekte olup bu haklar şerh verildiği takdirde, hak iddia eden herkese karşı ileri sürülebilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki her kişisel hak şerh edilemez, yalnızca kanunda şerh verilebileceği belirtilen haklar şerh edilebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de kişisel hak doğuran sözleşmelerden biri olarak kanunda şerh edilebilir kişisel haklar arasında sayılmıştır. TMK m.1009'a göre, *"Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir"*. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile müteahhidin taşınmaz üzerindeki kişisel hakkı tapuya şerh verilerek arsa sahibinin taşınmazı üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda, müteahhit, sözleşmeden doğan hakkını üçüncü kişilere karşı ileri sürebilecektir. Dolayısıyla edimlerini ifa eden müteahhit, kendisine düşen bağımsız bölümlerin devrini, yeni malikten isteyebilecektir⁷⁶. Nitekim Yargıtay kararlarında da bu durum açıkça görülmektedir⁷⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi, TMK m.1009 ile getirilmiş bir şerhtir. TMK m. 1009 hükmü getirilmeden önce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bünyesinde barındırdığı taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerh edilebiliyor olmasından dolayı, bu sözleşmenin de şerh edilebileceği savunulmaktaydı⁷⁸.

⁷⁶ Erman, (Arsa Payı), s.10.

⁷⁷ Y. 14. HD, E. 2006/11775, K. 2006/13813, T. 23.11.2006: *"Gerçekten yukarıda gösterilen yasa hükmü uyarınca arsa payı inşaat yapım sözleşmesinin, kayda sonradan malik olacak kişilere ileri sürülmesini temin amacıyla ve yüklenici yararına tapu kütüğüne şerhi olanaklıdır. Somut olayda terkin istenen 2.7.2002 tarihli şerh sözü edilen amacı sağlamaya yöneliktir."* (Lexpera, Erişim Tarihi: 03.06.2019).

⁷⁸ Öz, (İnşaat), s. 110; Kartal, a.g.e., s.34-35.

Ancak Yargıtay tarafından, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi yürürlükteyken, *“düzenleme şeklinde kat karşılığı gayrimenkul satış vaadi ve inşaat sözleşmesi”* başlığı altında yapılan sözleşmelerin karma sözleşme olduğu, şerh imkânının münhasıran taşınmaz satış vaadi yönünden mevcut olması, bu sözleşmenin ağırlıklı unsurunun eser yapımı olması ve kanunda buna ilişkin bir düzenleme bulunmaması gibi sebeplerle tapuya şerhinin mümkün olmadığı kabul edilmekteydi⁷⁹. Bu Yargıtay kararı üzerine, 07.06.1994 tarihli 21953 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren eski Tapu Sicil Tüzüğü⁸⁰ m. 55/c hükmü ile, noterde düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu kütüğüne şerh edilebileceği öngörülerek sorun çözülmeye çalışılmıştır. Ancak, kanuni bir dayanağı olmadan getirilen tüzük hükmüyle bu kişisel hakkın şerh edilebilmesi eleştirilmiştir⁸¹. Zira tüzüklerin bir kanuna dayanarak çıkarılması gerekir. TMK m. 1009 ile bu tartışmalar sona ererek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hak, tapuda şerh verilebilen haklar arasında sayılmıştır⁸². Ayrıca, TMK m.1009’un madde gerekçesinde, aynen, *“Ülkemizde yaygın bir uygulaması bulunan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de şerh verilebileceği Tapu Sicili Tüzüğünde (m.55/c) belirtilmiştir. Oysa Tüzükteki bu düzenlemenin kanunî bir dayanağı bulunmalıdır. Bu nedenle örnekler arasına bu sözleşmelerin konulması da uygun görülmüştür.”* denilerek TMK m.1009’un, kanuni dayanağı olmayan tüzük hükmüyle getirilen kural hakkındaki tartışmaları sona erdirmek amacıyla düzenlendiği açıkça görülmektedir.

⁷⁹ Y. 15. HD, 03.12.1991 T., 1991/4479 E., 1991/5820 K.: *“Bir hakkın tapuya şerh verilebilmesi için bu hususun kanunda öngörülmesi ve ayrıca bu konuda sözleşme yapılması gerekir.(...) Şüphesiz 6217 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanununun 26/5. maddesi uyarınca Noterlerce düzenlenen gayrimenkul satış vaadi sözleşmelerinin tapuya şerhi için ayrıca bir şerit anlaşmasına lüzum yoktur. Taraflardan birinin talebiyle bu şerhin verilmesi mümkündür. Ne varki davada şerhe konu edilen sözleşme münhasıran bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olmayıp "Düzenleme şeklinde kat karşılığı gayrimenkul satış vaadi ve inşaat sözleşmesidir". Yani, karma bir akit söz konusu olup sözleşmenin ağırlıklı unsuru eserin yapımı olup karşılığındaki satış vaadi ise eserin bedelini oluşturmaktadır. Bu nedenle, bu tür bir akitten doğan hakkın tapuya şerh verilebilmesi kanunda yer almadığı ve bu konuda sözleşmede bir şerh anlaşması bulunmadığı için mümkün değildir.”* (Lexpera, Erişim Tarihi: 03.06.2019).

⁸⁰ 07.06.1994 tarihli 21953 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiş, 17.08.2013 tarihli 28738 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Tapu Sicil Tüzüğü ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁸¹ Bu konu hakkındaki tartışmalar için bkz. Mustafa Alper Gümüş, **Türk Medeni Kanunu’nun Getirdiği Yeni Şerhler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, 2007, (**Yeni Şerhler**), s.113; M. Kemal Oğuzman, Özer Selici, Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 19. Baskı, 2016, s.213 dn.663; Sarı, a.g.m., s. 287.

⁸² Öz, (**İnşaat**), s. 110; Sarı, a.g.m., s.287.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhinin fonksiyonu, sözleşme kurulduktan sonra arsa sahibinin, müteahhide devredeceği arsa paylarını üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda ortaya çıkacak olup sözleşmeden doğan hak tapuya şerh edilmişse, bu kişisel hakla ilgili borç ilişkisi, eşyaya bağlı borç haline gelecek ve bu hak, taşınmazın her malikine karşı ileri sürülebilecektir. Eşyaya bağlı borç etkisi dışında şerhin diğer etkisi de munzam etkidir. Şerhin munzam etkisiyle, şerhten sonra taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kazanan veya haciz koyduran alacaklılara karşı, müteahhit, sözleşmeden doğan hakkını ileri sürerek sınırlı ayni hakların terkinini, hacizlerin kaldırılmasını talep edebilir⁸³. Dolayısıyla, şerhle birlikte bu hak, etkisi kuvvetlendirilmiş nispi hak haline gelecektir.

Ayrıca, taşınmaz mülkiyetinin tamamının başta müteahhide devredildiği ve arsa sahibi lehine ipotek kurulduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, müteahhit, sözleşmeden doğan hakkını sözleşmenin başında elde ettiği için şerhe gerek olmayacaktır⁸⁴. Aynı şekilde, kat irtifakı kurulmuşsa, yine şerhe gerek kalmamakla birlikte müteahhidin kat irtifakı tesis edilen arsa payı, sözleşmeyle kendisine düşecek arsa payından az ise müteahhit, kalan diğer irtifaklı arsa paylarını şerh verebilecektir⁸⁵.

Şerhin yapılabilmesi için hukuki işlemin taraflarının şerh anlaşması yapması ve tasarruf yetkisine sahip kişinin şerh talebinde bulunması gereklidir⁸⁶. TMK m.1009'da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhinde şerh anlaşmasının gerekli olmadığına dair özel bir düzenleme olmadığından şerhe ilişkin genel hükümler uygulanarak taraflarca resmî şekilde şerh anlaşmasının yapılması gereklidir. Zira şerh anlaşmasının şekli, şerhi istenen kişisel hakkı doğuran sözleşmenin bağlı olduğu şekle tabidir⁸⁷. Ancak, 15.01.2009 tarihli 5831 sayılı Kanun'un 1. Maddesi ile 2644 sayılı Tapu Kanunu m. 26/7'ye bir ekleme yapılmış ve *"Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı*

⁸³ Öz, (İnşaat), s. 100.

⁸⁴ Gümüş, (Yeni Şerhler), s.117; Öz, (İnşaat), s.110.

⁸⁵ Öz, (İnşaat), s. 110-111.

⁸⁶ Sarı, a.g.m., s.288.

⁸⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, a.g.e., s.215 dn.671; Sarı, a.g.m., s.288.

inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir” hükmüyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhi için ayrı şerh anlaşmasına gerek olmaksızın⁸⁸ taraflardan birinin noter senedini tapuya ibrazı yeterli olacaktır⁸⁹.

Şerhin süresine ilişkin bir hüküm bulunmamaktayken yukarıda bahsettiğimiz Tapu Kanunu m.26/7’ye yapılan ekleme sonucu, Tapu Kanunu m. 26/7 ile 26/8 bağlantılı fıkralar olduğundan, “*Şerhten itibaren beş yıl içinde satış yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse işbu şerh tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından re’sen terkin olunur*” şeklindeki Tapu Kanunu m.26/8 hükmü de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından da geçerli olacak ve sözleşmenin şerhinin süresi 5 yıl olacaktır⁹⁰. Ayrıca Tapu Kadastro Müdürlüklerine gönderilen 3.3.2013 tarihli Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı’nın 2009/6 sayılı Genelgesi⁹¹ de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından 5 yıllık sürenin uygulanacağını belirtmektedir⁹².

⁸⁸ Ali Avcı, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Tapuya Şerhi ve Hukuki Sonuçları”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.3, S.1, Temmuz 2015, s.41-66, s.53-54; Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 5.Baskı, 2017, s.239.

⁸⁹ M. Turgut Öz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şerhi ve Kat İrtifakı”, **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, Editörler: Emrehan İnal, Başak Baysal, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s.442-470, (Şerh), s.444; Gümüş, (Kısa Ders Kitabı), s.400.

⁹⁰ Derya G. Bütün Yılmaz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 11, Sayı: 38, Nisan 2019, s.107-130, s.123-125; Sirmen, a.g.e., s.240; Avcı, a.g.m., s.56-57.

⁹¹ “**B - SATIŞ VAADİ VE ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN ŞERHİ VE TERKİNİ**: 5831 Sayılı Kanunun 1 nci maddesi ile değişik 2644 sayılı Kanunun 26 ncı maddesinin 7 nci fıkrası “*Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir.*” Ve ayrıca 8 nci fıkrası “*Şerhten itibaren beş yıl içinde satış yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse işbu şerh tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından re’sen terkin olunur.*” Hükmündedir. Buna göre; Satış Vaadi veya Arsa Payı Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin mevzuat çerçevesince Noterlerce düzenlenmiş ve sözleşmenin şerh edilemeyeceğine dair aksine bir hüküm yok ise şerh taraflardan birinin talebi ile şerh edilebilir. **Tapu siciline şerh edilmesinden itibaren 5 yıl sonra sözleşme şartları yerine getirilmez ise tapu maliki talep etmesi ve terkin harcının yatırılması halinde terkin edilmesini isteyebilir.** Şerh terkin edilmesi halinde Türk Medeni Kanunun 1019 maddesi uyarınca lehtara bilgi verilmesi gerekmektedir. Ayrıca, Satış Vaadi veya Arsa Payı Kat Karşılığı Sözleşmeleri şerh edildikten sonra; şerhin süresi dolmadan, terkin harcı tahsil edilmek kaydı ile şerh lehtarı tarafından talep etmesi halinde şerh terkin edilebilir”.

⁹² Genelge’nin yorumlanması konusunda aynı yönde görüşleri için bkz. Öz, (Şerh), s.447: “Burada “sözleşme şartlarının yerine getirilmesi”, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından elbette iş sahibinin arsa payını yükleniciye bu süre içinde devretmesini ifade eder görülmektedir. Keza bu genelgede değişiklik yapan 3.4.2013 tarihli ve 23294678-010.06/33-2735 Sayılı Genelge Değişikliğinde, “sözleşme şartları yerine getirilmez ise..” ifadesinin fazla geniş ve yanlış anlaşılmaya müsait olduğuna dikkat çekilerek, bunun yerine, “Tapu siciline şerh edilmesinden itibaren anılan taşınmazın satışı beş yıl içinde yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse malikin

IV. SÖZLEŞMENİN BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Eser Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Eser sözleşmesi, TBK m.470’de, “*yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla eser sözleşmesi kanunda düzenlenen tipik(isimli) bir sözleşme iken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kanunda düzenlenmeyen atipik(isimsiz) bir sözleşmedir⁹³. Eser sözleşmesinin taraflarını yüklenici ve iş sahibi oluştururken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları müteahhit(yüklenici) ve arsa sahibidir.

TBK m.470’deki tanımından da anlaşılacağı üzere, eser sözleşmesinin unsurları; bir eser meydana getirme, bedel ve tarafların anlaşmasıdır. Burada eser kavramından anlaşılması gereken, insan emeğinin ürünü olarak bir bütünlük arz eden, maddi veya gayrimaddi nitelikte olup olmadığına bakılmaksızın ekonomik değeri olan⁹⁴, borçlunun da üstlenilen sonucu meydana getirmede yeterli olabileceği⁹⁵ varlıklardır.

Bir eser meydana getirme unsuru bakımından her iki sözleşme benzerlik arz etmekte iken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde meydana getirilecek eser, arsa üzerinde yapılacak inşaat sonucu ortaya çıkan maddi nitelikte bir eserdir⁹⁶. Oysaki

istemi ve terkin harcının yatırılması koşuluyla şerh terkin edilebilir..” ifadesi getirilmiştir.”; Ayrıca belirtmek gerekir ki, 3.4.2013 tarihli ve 23294678-010.06/33-2735 Sayılı Genelge Değişikliğinde, “satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin tapu siciline şerhinden itibaren 5 yıl içinde satış vaadine konu taşınmazın satış vaadi lehdarına satışı yapılarak veya kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu taşınmazın kat irtifakı tesis edilerek tapuya tescili sağlanmazsa İdarece re’sen terkin edileceği” ifade edilerek Tapu Kanunu m.26/8 hükmü yorumlanırken arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, şerhten itibaren 5 yıl içinde yapılması gerekenin kat irtifakı tesisi ve bunun tescili olduğu belirtilmiştir.(Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.06.2019, https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/makam_oluru-genelge.deiiklii.2009-6.pdf)

⁹³ Yavuz, a.g.e., s.1070-1071; Usta, a.g.e., s.40.

⁹⁴ Usta, a.g.e., s.41.

⁹⁵ Eren, (Borçlar Özel), s.587.

⁹⁶ Kartal, a.g.e., s.13.

eser sözleşmesinin konusunu maddi veya gayrimaddi nitelikteki eserler oluşturabilir⁹⁷.

Bedel unsuru bakımından, eser sözleşmesinde bedel, kural olarak bir miktar para⁹⁸ iken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bedel, sözleşmeye konu arsa paylarıdır. Dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, bedel aynı bir ödeme olarak karşımıza çıkar⁹⁹.

Sözleşmenin şekli açısından bakıldığında, eser sözleşmesi, kanunen bir geçerlilik şekline tabi değilken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taşınmaz mülkiyetinin devri borcunu içerdiğinden resmi şekle tabidir¹⁰⁰.

Sözleşmenin niteliğinin ani edimli mi sürekli edimli mi olduğu tartışması açısından, eser sözleşmesi kural olarak ani edimli bir sözleşme¹⁰¹ iken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı¹⁰² gereği, ani-sürekli edim karmaşığı bir borç ilişkisi doğurmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin edimi eser sözleşmesini, arsa sahibinin edimi satış sözleşmesini çağrıştırmaktadır. Ancak, sözleşmeye, tek başına eser veya satış sözleşmesi nitelemesi yapılamaz. Burada, her iki sözleşmeye özgü edimler, o sözleşmeye uygun olmayan bir karşı edim ile değişim ilişkisi içinde olduğundan, bu sözleşme bir karma sözleşmedir ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde satış ve eser sözleşmeleri hükümleri kıyasen uygulanacaktır¹⁰³.

B. Bedel Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

İnşaat sözleşmeleri, eser sözleşmelerinin özel bir alt türü ve maddi eser olarak ortaya çıkan uygulamadaki görünüm şekillerinden biridir. Klasik anlamda inşaat

⁹⁷ Eren, (**Borçlar Özel**), s.583.

⁹⁸ Haluk Tandoğan, “İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi”, **İmran Öktem’e Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 275, Sevinç Matbaası, 1970, (**İstisna Akdi**), s.324; Gökyayla, a.g.e., s.10-11.

⁹⁹ Usta, a.g.e., s.42-43.

¹⁰⁰ Erman, (**Arsa Payı**), s.17-18; Tandoğan, (**İstisna Akdi**), s.324.

¹⁰¹ Eren, (**Borçlar Özel**), s.582; Öz, (**Dönme**), s.23.

¹⁰² Y. İBK., 25.01.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K. (Söz konusu İBK ve ani-sürekli edim karmaşığı borç ilişkisi doğurmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. s.16 vd.).

¹⁰³ Zekeriya Kurşat, **İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s.7-8.

sözleşmesi, bedel karşılığı inşaat sözleşmesidir. Bunun yanında, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi veya çalışmamıza konu olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi diğer görünüm şekilleri de uygulamada karşımıza çıkmaktadır. İnşaat kavramı da, *“doğrudan doğruya veya dolaylı olarak toprağa bağlı olan, insan veya hayvan gibi canlıların barınmasına veya diğer ihtiyaçlarının giderilmesine; eşya gibi diğer cansız şeylerin saklanmasına veya konulmasına yarayan, etrafı veya üstü az çok kapalı, insan emeğiyle sun’i olarak yapılmış veya düzenlenmiş her türlü şey”* olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁴. Bedel karşılığı inşaat sözleşmesinde de, müteahhit inşaat yapımını üstlenirken, iş sahibi de bunun bedelini para olarak ödemeyi üstlenmektedir.

Bedel karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, bir eser meydan getirme unsuru bakımından, yapılan inşaat sonucu maddi nitelikte bir eser ortaya çıktığından benzerlik arz etmektedir. Ancak bedel unsuru yönünden, bedel karşılığı inşaat sözleşmesinde, bedel, kural olarak para iken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, bedel, sözleşmeyle kararlaştırılan arsa paylarının devridir¹⁰⁵. Bir eser sözleşmesi türü olan bedel karşılığı inşaat sözleşmesi şekle tabi değilken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekle tabidir.

Bedel karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin üçüncü kişilere bağımsız bölüm satışı veya satış vaadi mümkün değilken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde genellikle müteahhidin amacı üçüncü kişilere alacağın temlik yoluyla bağımsız bölüm devredip buradan finansman elde etmektir.

Bedel karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmesi mümkün değilken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, TMK m.1009 uyarınca tapu siciline şerh edilebilen kişisel haklar arasında sayılmıştır. Bunun yanında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, götürü bedelli bir sözleşme iken, bedel karşılığı inşaat sözleşmesi, yaklaşık bedelle veya birim fiyat üzerinden de kararlaştırılabilir¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Eren, (İnşaat), s.55.

¹⁰⁵ Sütçü, (Kat Karşılığı-C.1), s.43.

¹⁰⁶ Sütçü, (Kat Karşılığı-C.1), s.43.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bedel karşılığı inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesi niteliği gereği tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilebilirken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tartışılan¹⁰⁷ Yargıtay içtihatları¹⁰⁸ gereği, tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilemez, bunun için ya tarafların anlaşması gerekecek ya da sözleşmeden dönme veya fesih yargılamayı gerektirdiğinden bu konuda bir dava açılacaktır. Ancak, kanaatimizce, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılan bozucu yenilik doğuran haklardan olan sözleşmeden dönme veya feshin dava yoluyla kullanılmak zorunda olması, hakkın özüne ve hukuki niteliğine aykırı bir sınırlama olmaktadır. Zira TBK'nın ne genel hükümlerinde ne de eser sözleşmesine ilişkin özel hükümlerinde dönme veya feshin dava yoluyla kullanılacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kaldı ki, eğer bir yenilik doğuran hak, dava yoluyla kullanılacaksa, TMK.m.734 ve TBK m.242'deki yasal ve sözleşmesel önalım hakkında olduğu gibi, kanun koyucu bu durumu özel olarak düzenlemektedir¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Söz konusu içtihatların eleştirisi için bkz. M. Turgut Öz, "Yargıtay'ın Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı İchtihatlarının Eleştirisi", **Fasikül Aylık Hukuk Dergisi**, Seçkin Yayıncılık, S.100, Mart 2018, s.21-39, (**İchtihat Eleştirisi**), s.21-27.

¹⁰⁸ Y. 15. HD., 14.04.2008 T., 2007/1276 E., 2008/2431 K.: "Kural olarak eser sözleşmelerinin geçerliliği hiçbir şekilde bağlı olmadığı için bu sözleşmelerden dönmek isteyen taraf, dönme iradesini karşı tarafa bildirdiği an, bozucu yenilik doğuran bu hak (sözleşmeden dönme hakkı) kendiliğinden hükmünü icra eder. Dönmenin haklı olup olmadığı, ayrıca açılacak tazminat davasında (eda davası) tartışılır. Eser sözleşmelerinin bir türü olan "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" uygulamadaki adıyla "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri" bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu da içerdiğinden TMK'nın 706. BK'nın 213. Noterlik Kanunu'nun 60 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri uyarınca resmi şekilde bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkmıyorsa hakim kararına ihtiyacı vardır. O halde, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflardan birinin sözleşmeden dönme iradesinin karşı tarafça kabul edilmesi, başka bir anlatımla, dönme iradelerinin birleşmesi veya fesih davası üzerine mahkemece sözleşmeden dönmeye hükmedilmesi gerekir."; Y. 15. HD., 25.04.2007 T., 2007/546 E., 2007/2750 K.: "Eser (istisna) sözleşmelerinde akdin feshi iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla fesih olanaklı ise de, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri arsa payının devrini içermesi nedeniyle Dairemizin yerleşmiş içtihatları gereğince karşı tarafın kabulü yoksa, tek taraflı feshedilemez, feshe hakim karar verir (15.H.D. 30.03.1992 gün E.5811 K.1630 sayılı kararı, 10.06.1999 gün 1999/1658 E.-1999/2437 K., Y.K.D. Mart 2000 s-404-405, 21.03.2006 gün 2005/1712 E.-2006/1639 K. Y.K.D. Ekim 2006 s.1634-1635). Bu nedenle mahkemenin davalı yüklenicinin keşide ettiği 26.11.2001 tarihli ihtarla sözleşmenin tek taraflı olarak feshedildiğine dair görüşünde isabet bulunmamaktadır."; Y. 15. HD., 21.03.2006 T., 2005/1712 E., 2006/1639 K.: "Eser (istisna) sözleşmelerinde akdin feshi iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla fesih olanaklı ise de, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde diğer tarafın karşı çıkması veya üçüncü şahıslara pay devri olasılığı gibi nedenlerle sözleşmenin feshi yargılamayı gerektirmektedir. Sözleşmenin feshedilebilmesi için yargı kararına ihtiyaç bulunduğu Dairemizin yerleşmiş içtihatları gereğidir. Bu nedenle mahkemenin davadan önce keşide edilen ihtarla sözleşme tek taraflı olarak feshedildiğinden davalının bu davayı açmakla hukuki yararının bulunmadığına dair görüşünde isabet bulunmamaktadır." (Lexpera, Erişim Tarihi: 11.06.2019).

¹⁰⁹ Öz, (**İchtihat Eleştirisi**), s.25.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, tarafların anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmesi, dönme veya fesih değil ikaledir¹¹⁰.

C. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Günümüzde, inşaatın, tarafların ihtiyacından çok ticari yatırım aracı olarak görülmesi sonucu ortaya çıkan inşaat sözleşmesi türü de, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesidir¹¹¹. Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi, elde edilecek sonuçtan pay almanın mümkün olduğu sonuca katılmalı sözleşmelerden biridir¹¹².

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde¹¹³, arsa sahibi ile müteahhit, müteahhidin inşa edeceği bağımsız bölümlerin satılmasıyla elde edecek oldukları gelirin paylaşılması konusunda anlaşmaktadırlar¹¹⁴. Bu sözleşmede, müteahhit tarafından arsa üzerinde yapılacak olan bağımsız bölümlerin pazarlama ve satışı yapıp elde edilen gelir arsa sahibi ve müteahhit arasında paylaştırılmakta ve müteahhit de sözleşmeden doğan bedel alacağını, gelirden alacağı pay ile elde etmiş olmaktadır¹¹⁵. Dolayısıyla, doktrinde¹¹⁶ bu sözleşme, “yüklenicinin bağımsız bölümler meydana getirme ve bunların satışını sağlama borcuna karşılık, arsa sahibinin bu bağımsız bölümlerin satımına ilişkin yükleniciye temsil yetkisi verme ve

¹¹⁰ Öz, (İçtihat Eleştirisi), s.24.

¹¹¹ Kürşat, a.g.e., s.8-9. Uygulamada bu sözleşmenin kullanılma amaçları hakkında bkz. İnal, a.g.e., s.141 dn.2: “Toplu Konut İdaresi (TOKİ) ve Emlak Konut Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı’nın (Emlak GYO) uygulamaları ile gelişen ve giderek yaygınlık kazandığı gözlenen Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi pratik ihtiyaçlar sonucunda ortaya çıkmış yeni bir sözleşme tipidir. Gerçekten bu kurumların, yoğun olarak yürüttüğü faaliyetlerden biri de, kuruluş amaçları ve görevleri doğrultusunda kaynak yaratmak üzere kâr amaçlı projeler uygulamaktır. İşte burada inceleme konusu yaptığımız gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin, arsa sahibi konumunda bulunan bu kurumların, sahip olduğu arsalarından gelir elde etmek yönünde etkili ve elverişli bir yöntem arayışının sonucu olarak ortaya çıktığını söyleyebiliriz. Şüphesiz diğer gayrimenkul yatırım ortaklıkları ve emlak geliştirme şirketleri başta olmak üzere pek çok arsa sahibi de, arsaları üzerinde inşaat meydana getirip, bunların satışından en yüksek geliri elde etmek amacı taşımaktadır.”

¹¹² İnal, a.g.e., s.141-142.

¹¹³ Uygulamada bu sözleşmelerin, “gelir paylaşımı esasına dayalı inşaat sözleşmesi”, “hasılat paylaşımli inşaat sözleşmesi”, “arsa satışı karşılığı gelir paylaşımı sözleşmesi” gibi farklı şekillerde adlandırıldığı görülmektedir. İnal, a.g.e., s.142.

¹¹⁴ İnal, a.g.e., s.141.

¹¹⁵ İnal, a.g.e., s.141-142; Umut Yeniocak, **Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.33.

¹¹⁶ İnal, a.g.e., s.149.

bu satıştan elde edilecek geliri yükleniciyle paylaşma borcu altına girdiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır¹¹⁷.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi uygulamada farklı görünüşleri vardır. Sözleşmenin en temel hali olan basit (genel) anlamıyla gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, müteahhidin arsa üzerinde bağımsız bölümler meydana getirip satışı için gerekli faaliyetlerde bulunduğu, satıştan elde edilen gelirin de sözleşmede kararlaştırılan şekilde paylaşıldığı türdür. Asgari gelir taahhüdü içeren gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, müteahhit tarafından, elde edilecek gelirin ne olduğuna bakılmaksızın asgari bir gelirin arsa sahibine verileceği taahhüt edilen ve düşük gelir ile eksik satış rizikosunun üstlenildiği sözleşmedir. Aynı paylaşım koşulu içeren gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi ise, bağımsız bölümlerin belirli bir süre içinde satılamamış olması halinde aynı paylaşımın gidileceği kararlaştırılan sözleşmedir¹¹⁸.

Müteahhidin borçları açısından karşılaştırıldığında, müteahhidin sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümleri yapma borcu, gelir paylaşımlı ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde benzerlik göstermekte iken, müteahhidin diğer asli borcu olan bağımsız bölümleri pazarlama, satma ve bunları alıcılara teslim etme borcu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden farklılık oluşturur¹¹⁹. Arsa sahibinin borçları açısından karşılaştırıldığında, arsa sahibinin, arsayı teslim etme ve inşaat işlemleri için temsil yetkisi verme borçları, her iki sözleşme için benzerlik arz etmekte iken¹²⁰, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki belirli arsa paylarının mülkiyetinin müteahhide devri söz konusu olmayıp burada satıştan elde edilecek gelirle müteahhidin payının ödenmesi taahhüt

¹¹⁷ Ayrıca, 03.05.2006 tarihli 26157 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Satış, Devir, İntikal, Kiraya Verme, Trampa, Sınırlı Ayni Hak Tesisi Ve Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliği m. 4/1-ç’de aynen: “*Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı: Gelirin, şartnamede tanımlanması kaydıyla, İdarenin maliki bulunduğu arazi ve/veya arsada, İdarenin uygun göreceği proje uyarınca, müteahhidin proje maliyetinin tamamını karşılayacağı inşaat veya inşaatların bölümlerinin satışından sağlanacak gelirin, sözleşmede belirlenen esaslara göre İdare ve müteahhit arasında paylaşılmasını, ...ifade eder*” şeklinde tanımlama yapılmıştır.

¹¹⁸ Sözleşmenin çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnal, a.g.e., s.150-155.

¹¹⁹ İnal, a.g.e., s.164.

¹²⁰ Usta, a.g.e., s.50; Serdar Uyar, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları**, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2016, s.6.

edilmektedir¹²¹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, arsa sahibinin geliri müteahhitle paylaşma borcu da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bulunmamaktadır¹²².

Hukuki nitelik açısından karşılaştırıldığında, isimsiz sözleşme olan her iki sözleşme de ani-sürekli karmaşığı edimli sözleşmedir¹²³. Zira Yargıtay 25.1.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereği, inşaat sözleşmeleri, ani-sürekli karmaşığı edimli sözleşmelerdir. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, kanunda şerh edilebilen kişisel haklar arasında sayılmadığından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden farklı olarak tapu siciline şerh edilemeyecektir.

Sözleşmenin tipi açısından bakıldığında, kural olarak adi ortaklık değil (karşılıklı) tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme¹²⁴ olan gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin, doktrinde üçüncü kişi yararına satış vaadi sözleşmesi¹²⁵ veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi¹²⁶ olduğu yönünde farklı görüşler olsa da, kanaatimizce, sözleşmenin değişik görünüm türleri olduğundan her sözleşme içeriğinin kendi özelliklerine göre karar verilmesi gerektiği ve uygulamada sık rastlanılan türüyle genel olarak gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin karma sözleşme olduğu görüşü¹²⁷ yerindedir. Zira bu tür, kanunda düzenlenen eser sözleşmesi ve adi ortaklık sözleşmesi ile kendine özgü bir iş görme sözleşmesi unsurlarının kanunda öngörülmemiş şekilde bir araya gelmesiyle oluştuğundan karma sözleşme niteliğindedir¹²⁸. Bu görüşte, diğer görünüm türleri olan asgari gelir taahhüdü veya

¹²¹ İnal, a.g.e., s.156.

¹²² Usta, a.g.e., s.51.

¹²³ Emrehan İnal, “Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Genel Esasları”, **Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı**, Derleyen: Emrehan İnal, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015, s.71-88, **(Gelir Paylaşımlı)**, s.75-76.

¹²⁴ İnal, **(Gelir Paylaşımlı)**, s.77-78. Bu husustaki doktrin tartışmaları ve içtihat eleştirileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnal, **(Gelir Paylaşımlı)**, s.77 vd.

¹²⁵ Yeniocak, a.g.e., s.89 vd.

¹²⁶ Özmen, Karaman, a.g.m., s.52.

¹²⁷ İnal, **(Gelir Paylaşımlı)**, s.87.

¹²⁸ İnal, a.g.e., s.194-195; Y. 13. HD., 22.11.1996 T., 1996/8841E., 1996/10366 K.: “(...)Taraflar arasında düzenlenen 2.7.1990 tarihli “Gayrimenkul Satış Vaadi ve İnşaat Önsözleşmesi” başlıklı sözleşmenin içeriği itibariyle hukuki nitelikçe tapuda kayıtlı taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesini amaçlayan satış vaadi, eser yapma vaadi, adi ortaklık sözleşmelerinin birbirinden ayrılmayacak şekilde unsurlarını ihtiva eden, birinin diğerine üstün egemenliği bulunmayan karma tipli bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 11.06.2019).

ayni paylaşım esası içeren gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinde, sözleşmenin koşula bağı bir taşınmaz satış vaadi niteliğinde olduğı kabul edilmektedir¹²⁹.

Son olarak sözleşmenin şekli açısından belirtmek gerekir ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekle tabi olmasına karşılık, genel olarak gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde kural olarak arsa sahibi ve müteahhit arasında taşınmaz mülkiyetinin devri söz konusu olmadığından resmi şekle tabi değildir, ancak ayni paylaşım esasının kararlaştırıldığı türde, koşula bağı bir taşınmaz mülkiyetinin devri taahhüdü olduğundan bu sözleşme resmi şekle tabi olacaktır¹³⁰.

¹²⁹ İnal, a.g.e., s.196.

¹³⁰ İnal, a.g.e., s.196.

İKİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE GEÇERLİLİĞİNDE ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

I. SÖZLEŞMENİN KURULMASI VE GEÇERLİLİĞİNE İLİŞKİN GENEL ESASLAR

A. Sözleşmenin Kurulması

TBK m.1'deki “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur” hükmü gereği, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de arsa sahibi ve müteahhidin irade açıklamalarının karşılıklı ve birbirine uygun olmasıyla kurulacaktır. Buradaki irade açıklamaları öneri(icap) ve kabuldür.

1. İrade Açıklamalarının Karşılıklı Olması

a. Öneri(İcap)

Öneri, sözleşmenin kurulması teklifi ile sözleşmenin esaslı unsurlarını içeren, karşı tarafa yöneltilen ve karşı tarafın kabulü ile sözleşmenin kurulmasının arzu edildiği tek taraflı bir irade açıklamasıdır¹³¹. Öneri, arsa sahibi veya müteahhit tarafından yapılabilir.

Öneri, sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade açıklamalarından zaman itibariyle daha önce yapılan irade açıklaması olup karşı tarafa yöneltilmesi gerekir. Bunun yanında yapılan irade açıklamasının öneri sayılabilmesi için önerenin, karşı tarafın kabulü ile sözleşmenin kurulmasını arzu ettiğini açıklaması gereklidir. Yapılan irade açıklamasıyla, sadece bir müzakereye girişme amacı açıklanıyorsa, bu irade açıklaması öneri değil, öneriye davet niteliğindedir¹³². TBK m.8'deki “Öneren, önerisi ile bağlı olmama hakkının saklı olduğunu açıkça belirtirse veya işin

¹³¹ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.50; Eren, (Borçlar Genel), s.219; Kılıçoğlu, a.g.e., s.61.

¹³² Oğuzman, Öz, a.g.e., s.51.

özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılırsa, önerisi kendisini bağlamaz.” hükmünde belirtildiği üzere, önerenin, yaptığı irade açıklamasıyla, bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılıyorsa, bu açıklama, öneri değil öneriye davet olacaktır.

b. Kabul ve Sözleşmenin Kurulma Anı

Kabul, yapılan öneriye karşılık olarak öneriyi yapana yöneltlen, öneriyi değiştirmeyen ve öneriye uygun şekilde sözleşmenin kurulmasına sebebiyet veren tek taraflı bir irade açıklamasıdır¹³³.

Öneri, tek başına sözleşmenin kurulması için yeterli değildir. Öneriye karşılık bir irade açıklaması olarak kabul de gerekir. Bir irade açıklamasının kabul olarak nitelenebilmesi için bu açıklamanın, kendisine öneri yöneltlen kişi tarafından yapılması ve önerene yöneltilmesi gerekir. Ayrıca bu açıklamanın, öneriye uygun olarak sözleşmeyi kurma arzusunu kesin olarak ifade etmesi gerekir¹³⁴.

Kural olarak kabul, öneriden sonra yapılır. Ancak, uygulamada, çağdaş ekonomik hayatın gerekliliklerine uygun olarak çok uzun süren müzakereler sonucu kurulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de görülmektedir. Bu tarz sözleşmelerde ayrıntılı ve çok fazla sayıda madde bulunur ve bu maddeler süreç içerisinde çok fazla değişikliğe uğradığı için sözleşmenin tamamı açısından bir tarafın öneride bulunduğu, diğer tarafın da kabul ettiğini söylemek mümkün olmaz. Ancak bu durum, Borçlar Hukuku ilkelerine göre birlikte muvafakat yolu ile kurulmuş bir sözleşmenin varlığını ortadan kaldırmaz¹³⁵.

Hazırlar arasındaki sözleşme, TBK m.4/1'deki *“Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur.”* hükmü gereği, kabulcünün öneriyi kabul ettiğini açıkladığı anda kurulur. Eğer taraflar bir aradayken yazılı beyanda bulunuyorlarsa, karşı taraf sözleşmeyi imzalayıp önerene verdiği anda sözleşme kurulmuş olur. Hazır

¹³³ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.64; Eren, (Borçlar Genel), s.228; Kılıçoğlu, a.g.e., s.73.

¹³⁴ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.64-65.

¹³⁵ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.168.

olmayanlar arasındaki sözleşme, TBK m.5/1'deki *“Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olmayan bir kişiye yapılan öneri, zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar, önereni bağlar.”* hükmü gereği, kabul beyanı önerenin hâkimiyet alanına ulaştığı(vardığı) anda kurulur. Bunun için önerenin kabul beyanını öğrenmesi şart değildir¹³⁶.

Resmi şekle tabi sözleşmeler açısından bakıldığında, Türk Hukukunda, tarafların aynı anda resmi memur önünde hazır bulunmaksızın, önce bir tarafın öneri, sonra diğer tarafın kabul yoluyla irade beyanlarını ayrı ayrı resmi şekle bağlatma imkânı bulunmamaktadır. Resmi şekle tabi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de, tarafların veya yetkili temsilcilerinin resmi memur önünde bulunmaları gerekir. Böylece, sözleşmenin resmi memur huzurunda kurulduğu, resmi senedin içeriğinden anlaşılabilecektir¹³⁷. Ayrıca, işlemde birlik(Unitas Actus) kuralı gereği, resmi memur önünde yapılan sözleşmenin bir bölümünün o an, diğer bölümünün başka bir zaman diliminde yapılması hukuken caiz olmayıp tarafların sözleşmenin içeriğini öğrendikten sonra, diğer aşamaların, araya kayda değer bir zaman dilimi girmeksizin bir bütün halinde yürütülüp tamamlanması gerekmektedir¹³⁸.

c. Şekle Tabi Sözleşmede Öneri ve Kabulün Şekli

Öneri ve kabul, kural olarak bir şekle bağlı değildir. Öneri ve kabulün şekle bağlı olacağıyla ilgili TBK'da da bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, kanuni veya iradi olarak geçerlilik şekline tabi sözleşmelerde, öneri ve kabulün de bu şeklin kapsamı içinde yapılması gerekir¹³⁹. Şekle tabi bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de, öneri, şekle aykırı olarak yapılırsa geçerliliği bulunmaz. Aynı şekilde, kabul de şekle aykırı yapılırsa sözleşme kurulur, ancak geçerlilik şartlarından biri olan şekil eksikliği sebebiyle geçersiz bir sözleşme olur. Zira tartışmalar¹⁴⁰ olmakla birlikte genel kabule göre, şekle aykırılığın yaptırımını yokluk

¹³⁶ Eren, (Borçlar Genel), s.261.

¹³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.304.

¹³⁸ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.305.

¹³⁹ Eren, (Borçlar Genel), s.278, 292.

¹⁴⁰ Şekle aykırılığın yaptırımını hakkında tartışma ve görüşler için bkz. s.57 vd.

değil kesin hükümsüzlüktür. Bu durumda, kurulmuş ancak geçersiz bir sözleşmeden bahsedilir¹⁴¹.

2. İrade Açıklamalarının Birbirine Uygun Olması

a. Genel Olarak Uygunluğun Kapsamı

TBK m.2/1 gereği tarafların sözleşmenin bütün unsurları üzerinde değil, esaslı noktaları üzerinde uyuşmaları, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması için yeterlidir. Bu esaslı noktalar, objektif ve sübjektif esaslı noktalardır. Objektif esaslı noktalar, sözleşmenin meydana gelmesi için zorunlu olan unsurlardır¹⁴². Sübjektif esaslı esaslı noktalar ise ikinci derecede noktalar arasında yer aldıkları halde, taraflardan birinin, diğer tarafça bilinebilir şekilde, üzerinde anlaşma olmazsa sözleşmenin kurulmasına razı olmayacağı noktalardır¹⁴³.

Eğer taraflar, sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmış olmalarına rağmen, ileride yan noktalar hususunda uyuşmazlığa düşmeleri halinde, TBK m. 2/2 uyarınca hâkim işin niteliğine göre karar verecektir¹⁴⁴.

b. Sözleşmenin Esaslı Unsurlarının Sözleşmede Belirli veya Objektif ve Kesin Olarak Belirlenebilir Olması

Kural olarak sözleşmenin kurulabilmesi için edimin belirli veya belirlenebilir olması gerekmekte olup edimin belirlenmesi yetkisi sözleşmenin karşı tarafına da bırakılabilir. Ancak, taşınmaz mülkiyetini nakil borcunun karşı ediminin belirlenmesi, borçlunun iradesine bırakılamayacağından, taşınmaz mülkiyetini nakil borcu doğuran sözleşmeler, bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Sözleşmede esaslı

¹⁴¹ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.66.

¹⁴² Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.175. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin objektif esaslı noktaları olan kurucu unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s.38 vd.

¹⁴³ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.175-176.

¹⁴⁴ Erman, (Arsa Payı), s.3.

unsurların bulunması gerektiğinden, edimin objektif olarak belirlenebilir olması ve resmi senette gösterilmesi gerekir¹⁴⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de, taşınmaz mülkiyetini nakil borcu doğuran sözleşmelerden olduğundan, hem arsa sahibinin taşınmaz mülkiyetini nakil borcu hem de bu edimin karşı edimini oluşturan müteahhidin inşaatı tamamlama ve teslim borcunun, sözleşmede belirli veya objektif ve kesin olarak (örneğin taşınmazın yüzölçümü ve m2 fiyatının gösterilmesi şeklinde) belirlenebilir olması şarttır¹⁴⁶. Aksi takdirde, taşınmaz satışında satış bedelinin belirlenebilir olması yeterli değildir¹⁴⁷.

c. Uygulamada İnşaatın Fiziksel Paylaşım Oranı ile Değersel Paylaşım Oranının Farklı Olması Sorunu

Uygulamada, inşaat alanının yüzde veya metrekare olarak paylaştırıldığı görülmekte ise de, bu durum, tek bir yapı şeklindeki inşaatlarda, karşılıklı edimlerin belirlenmesi hususunda zorluk yaratmayacaktır. Ancak, uygulamada son zamanlarda sıklıkla görülen konut-alışveriş merkezi-ticaret merkezi-rezidans gibi birden fazla ve farklı tipteki kompleks yapılardan oluşan inşaatlarda, yüzdesel oran veya metrekare şeklindeki paylaşım da edim ve karşı edimin belirlenmesi oldukça zor olacaktır. Zira inşaatın fiziki paylaşım oranı ile değersel paylaşım oranı oldukça farklı olabilmektedir. Örneğin, sözleşmede inşaatın % 60'ının arsa sahibine, % 40'ının müteahhide ait olacağı kararlaştırılmış olsun. Ancak, villa tipi yapıların veya ticari işyeri alanlarının müteahhide, konut amaçlı yapıların veya apartman bloklarının arsa sahibine ait olması durumunda, müteahhit, sözleşmede inşaatın % 40'ına sahip gözüktüğü de, yapının değer oranları itibarıyla % 80 ve üzeri gibi yüksek bir değere sahip olabilmektedir.

¹⁴⁵ Selahaddin S. Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 7.Bası, 1993, s.666.

¹⁴⁶ İnal, **(Arsa Payı)**, s.1204; Tandoğan, **(C.1/1)**, s.92.

¹⁴⁷ Yavuz, a.g.e., s.233.

Bu şekilde, inşaatın fiziki paylaşım oranıyla değersel paylaşım oranı arasında fark bulunması durumunda, hukuki ve ekonomik olarak değersel paylaşım oranının esas alınması gerekir. Zira KMK m.3'te, *“Kat mülkiyeti ve kat irtifakı, bu mülkiyete konu olan anagayrimenkulün bağımsız bölümlerinden her birinin **konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleri ile oranlı olarak** projesinde tahsis edilen arsa payının ortak mülkiyet esaslarına göre açıkça gösterilmesi suretiyle kurulur.”* hükmü ile, fiziki alan değil bağımsız bölümlerin değerleriyle orantılı olarak hesaplama yapılacağı düzenlenmiştir¹⁴⁸.

Dolayısıyla projenin ve paylaşımının baştan kesin olarak belirlenmesi gerekir. Aksi takdirde, sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde irade uyuşması olduğu söylenemeyecektir. Bu nedenle, uygulamadaki, yüzdesel veya metrekare üzerinden paylaşım oranı belirlemenin, her somut olayda, edim ve karşı edim borcunu belirlemek için yeterli olmayacağını özellikle belirtmek gerekir¹⁴⁹.

d. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Kurucu Unsurlar

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması için gerekli olan unsurlar; arsa sahibinin kararlaştırılan arsa paylarının mülkiyetini devretmesi, müteahhidin bağımsız bölümlerden oluşan binayı yapıp teslim etmesi ve tarafların bu hususlarda anlaşması olarak ifade edilebilir. Tarafların, sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşması, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulabilmesi için zorunludur.

(1) Arsa Sahibinin Kararlaştırılan Arsa Paylarının Mülkiyetini Devretmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin asli yükümlülüğü, kararlaştırılan arsa paylarını müteahhide devretmektir¹⁵⁰. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, müteahhit inşaatı teslim ettiğinde, arsa sahibi bunun bir karşılığı

¹⁴⁸ İnal, (Arsa Payı), s.1205-1206.

¹⁴⁹ İnal, (Arsa Payı), s.1205-1206.

¹⁵⁰ Erman, (Arsa Payı), s.2; Kartal, a.g.e., s.20; Atamulu, a.g.e., s.29.

olarak arsa paylarının mülkiyetini devredecektir¹⁵¹(TBK. m.479/1¹⁵² ve m.97¹⁵³). Bu unsur, eser sözleşmesindeki¹⁵⁴ iş sahibinin bedel ödeme borcunun, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki karşılığıdır¹⁵⁵. Bedel olarak, Kat Mülkiyeti Kanununa göre kat irtifakına geçilmişse, bağımsız bölümün devri; kat irtifakına geçilmemişse, arsa paylarının devri söz konusu olacaktır¹⁵⁶. Dolayısıyla, bedel olarak nakdi ödeme¹⁵⁷ değil aynı ödeme olacaktır¹⁵⁸.

Taraflar, bedel olarak devredilecek arsa payını, arsanın konumu, büyüklüğü, rayiç değeri gibi ölçütler dikkate alınarak serbestçe kararlaştırılabilir¹⁵⁹.

Arsa paylarının devir usulü, taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, sözleşme kurulurken devir, inşaatında tesliminde devir veya inşaatın geldiği aşamaya göre devir şeklinde belirlenebilir¹⁶⁰.

Sözleşmeyle mülkiyetinin devri söz konusu olan arsa, bir taşınmazdır ve bu taşınmazın tapuya kayıtlı olmasının gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Bazı görüşler, tapusuz taşınmazlarda mülkiyetin devri, zilyetliğin devri yoluyla olacağından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu taşınmazın tapuya kayıtlı olması gerekmediği¹⁶¹ veya arsanın sözleşme amacına hukuken veya fiilen elverişli

¹⁵¹ Erman(Arsa Payı), s.2; Kartal, a.g.e., s.21; Ali Avcı, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.9; Atamulu, a.g.e., s.29; Coşkun, a.g.e., s.26; Faruk Tekdemir, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları**, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi SBE, 2018, s.7; Usta, a.g.e., s.10.

¹⁵² T.B.K. m.479/1: “İşsahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur.”

¹⁵³ T.B.K. m.97: “Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.”

¹⁵⁴ Eser sözleşmesi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi arasındaki farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s.25.

¹⁵⁵ Yavuz, a.g.e., s.1067-1068; Pervin Ayazlı, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Unsurları-Hukukî Özellikleri-Şekil Sorunu)”, **MÜHFAD**, S.4, Ocak-Nisan 1987, s. 43-51, s. 44.

¹⁵⁶ Aydemir, a.g.e., s.129.

¹⁵⁷ Bedel, kısmen bağımsız bölüm/arsa payı, kısmen para şeklinde de verilebilir. Aydemir, s.129.

¹⁵⁸ Kartal, a.g.e., s.20; Aydemir, a.g.e., s.129; Oy, Haşal, a.g.e., s.24; Usta, a.g.e., s.9; Avcı, a.g.e., s.10.

¹⁵⁹ Zeynep Ayar Birkin, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.33.

¹⁶⁰ Devrin yapıldığı ana göre farklılık gösteren arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin düzenlenme biçimleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s.66 vd.

¹⁶¹ Tapusuz taşınmazlarda mülkiyetin devri, zilyetliğin devri ile gerçekleşeceğinden, arsa sahibi edimini yerine getirmiş olur. Dolayısıyla, taşınmazın tapulu olması zorunlu değildir. Erman, (Arsa Payı), s.2.

olması durumunda tapunun şart olmadığı¹⁶² yönündedir. Diğer bazı görüşler ise, müteahhidin imar ve projeye uygun bir bina yapması gerekeceği ve tapusuz taşınmazın imarından bahsedilemeyeceği gerekçesiyle¹⁶³ taşınmazın tapuya kayıtlı olmasının şart olduğu yönündedir. Yine aynı yönde, bir taşınmaza sahip olmanın ancak tapu kaydı ile mümkün olacağı¹⁶⁴ gerekçesiyle¹⁶⁵, inşaat yapılacak taşınmazın tapuya kayıtlı olmak zorunda olduğu savunulmuştur.

İmar Kanunu m.20 gereği¹⁶⁶, bir yapı için tapu bulunmasa bile tahsis belgesi veya irtifak hakkı tesis belgesi olması halinde o yapının yapılabilmesi mümkündür. Ayrıca, İmar Kanunu m.22/1 gereği¹⁶⁷, inşaata başlamak amacıyla alınan yapı ruhsatı başvurusu için aranan belgelerde, tapu veya tapu yerine geçecek belgelerin yeterli olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, taşınmazın tapusu olmasa da tapu yerine geçecek belgelerin varlığı halinde, yapı ruhsatı alınabileceğinden, bu durumda olan arsa sahiplerinin müteahhitlerle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapabileceği düşünülebilir. Ancak Yargıtay'ın, tapu tahsis belgesinin bir mülkiyet belgesi olmadığı, yalnızca fiili kullanmayı belirleyen zilyetlik belgesi olduğu, ilgisine sadece kişisel hak tanıdığı, salt bu belgenin varlığının tescili sağlamayacağı

¹⁶² Arsanın sözleşmede belirtilen amacın gerçekleşmesi için hukuken ve fiilen elverişli olması yeterli olup arsanın tapulu olması şart değildir. Bilal Kartal, "Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Bıçımı-I", **Yargıtay Dergisi**, Ocak 1975, Y.9, S.33-34, s.96-113, s.99: Aynı yönde Yavuz, a.g.e., s.1068.

¹⁶³ Müteahhidin asli borcu, imar ve projeye uygun bir bina inşası olup, tapusuz taşınmazların imarından bahsedilemeyeceği için söz konusu arsanın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olabilmesi için tapuya kayıtlı olması şarttır. Usta, a.g.e., s.11.

¹⁶⁴ YİBK, 11.02.1959 T., 1958/14 E., 1959/13 K.: "*Bir gayrimenkule sahip olmak ancak tapu kaydıyla mümkün olur. Şu halde tapuda kayıtlı olmıyan bir gayrimenkulün zilyedi o yerin sahibi ve maliki sayılmıyacağından komşu gayrimenkul malikinden lüzumlu geçit hakkını isteyemeyeceği gibi tapuda kayıtlı olmıyan geçit hakkına mevzu teşkil edecek gayrimenkulün zilyedine karşı da bu hak istimal olunamaz. Tapuda kayıtlı olmıyan gayrimenkul lehine ve yine tapuda kayıtlı bulunmayan gayrimenkul aleyhine geçit hakkına müteallik bir karar istihsal edilse bile bu hakkın Medenî Kanun'un 672 nci maddesi hükmü dairesince tapu siciline tescili mümkün değildir. Halbuki sözü geçen madde bu hakkın tapuya tescil edilmesi lüzumuna âmirdir. İşte bu madde hükmü dahi tapuda kayıtlı olmıyan gayrimenkul zilyedinin yine de tapuda kayıtlı bulunmayan diğer bir gayrimenkul zilyed aleyhine lüzumlu geçit talebinde bulunmayacağını teyit etmektedir.*" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21.06.2019).

¹⁶⁵ Sütçü, (Kat Karşılığı-C.1), s.33.

¹⁶⁶ İmar Kanunu m.20: "*Yapı: a) Kuruluş veya kişilerce kendilerine ait tapusu bulunan arazi, arsa veya parsellerde, b) Kuruluş veya kişilerce, kendisine ait tapusu bulunmamakla beraber kamu kurum ve kuruluşlarının vermiş oldukları tahsis veya irtifak hakkı tesis belgeleri ile, İmar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılabilir.*"

¹⁶⁷ İmar Kanunu m.22/1: "*Yapı ruhsatı almak için belediye, valilik (...) bürolarına yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edilir. Dilekçeye sadece tapu (istisnai hallerde tapu senedi yerine geçecek belge), mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa, ebatlı kroki eklenmesi gereklidir.*"

gerekçeleriyle ruhsat alınıp inşaat yapılamayacağı ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de geçersiz olduğuna ilişkin kararları mevcuttur¹⁶⁸. Yine tapu tahsis belgesi, niteliği itibarıyla ıslah imar planı veya kadastro planları yapıldıktan sonra verilecek tapuya esas teşkil edecek bir belge¹⁶⁹ niteliğinde olduğundan, bu belgeye dayanarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılamayacaktır¹⁷⁰.

Zilyetliğin devri yoluyla arsa paylarının mülkiyetinin devri ve taşınmazın tapulu olmasına gerek olmadan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılabilmesi, teorik olarak mümkün olmakla birlikte, uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, resmi şekil olarak noterlerde düzenleme şeklinde yapılacağından arsanın tapulu olması gerekecektir. Zira Türkiye Noterler Birliği'nin 16.12.1986 Tarihli Gayrimenkul Satış Vaadi Sözleşmelerine Konu Olacak Taşınmazlar Hakkında 1986-85 Sayılı Genelgesi'nde, *"Gayrimenkul hukuk dilinde tapu siciline tescil edilmiş olan arazi parçasıdır. Bu nedenle bu nitelikte olmayan bir gayrimenkulün satış vaadi sözleşmesine 'konu olamayacağı ortadadır.'*" denilerek durum ortaya konulmuştur¹⁷¹.

¹⁶⁸ Y.HGK., 04.12.1996 T., 1996/14-763 E., 1996/864 K.: *"(...)tapu tahsis belgesi bir mülkiyet belgesi değil yalnızca fiili kullanmayı belirleyen zilyetlik belgesidir. İlgilisine ancak kişisel hak sağlayabilir ve salt tahsis belgesinin varlığı tahsis edilen yerin tahsis edilen adına tescilini sağlayamaz. Somut olayda tahsis belgesinin yerindeliği idari yargıdan da geçmek suretiyle kesinleşmişse de genelde idarece koşullarının gerçekleşmediği saptandığında iptal edilebilir. Anılan belge ancak bunu veren idarece taşınmazın bulunduğu yörede imar ıslah çalışmalarının başlaması halinde ilgisine tapu verilmesi vaadini taşıyabilir."* (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21.06.2019); Y.15.H.D., 25.05.2000 T., 2000/834 E., 2000/2568 K.: *"Tapu tahsis belgesi bir mülkiyet belgesi olmadığından bu belgeye dayanılarak o arsa üzerinde tarafların ruhsat alıp inşaat yapmaları mümkün değildir. Taraflar için sonuç doğurmayacak kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geçersizliğinin tespiti ve kaçak inşaatın durdurulması isteminin kabulü gerekir."* (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21.06.2019); Aynı yönde, Y.4.H.D. 30.11.2010 T., 2010/9012 E., 2010/13172 K., (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21.06.2019).

¹⁶⁹ İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun m.10/a: *"Bu Kanun hükümlerine göre hazine, belediye, il özel idaresine ait veya Vakıflar Genel Müdürlüğünün idare ettiği arsa veya araziler üzerinde, gecekondu sahiplerince yapılmış yapılar, 12 nci madde hükümlerine göre tespit ettirildikten sonra, kayıt maliki kamu kuruluşunca bu yer hak sahibine tahsis edilir ve bu tahsisin yapıldığı tapu sicilinin beyanlar hanesinde gösterilerek ilgisine "Tapu Tahsis Belgesi" verilir. Tapu tahsis belgesi, ıslah imar planı veya kadastro planları yapıldıktan sonra hak sahiplerine verilecek tapuya esas teşkil eder."*

¹⁷⁰ Halil Akkanat, "Tapu Tahsis Belgesinden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar", **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri**, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.275-284, s.276 vd.; Sütçü, **(Kat Karşılığı-C.1)**, s.33; Ali Rıza İlgezdi, **100 Soruda Tapu Tahsis Belgesi**, Ankara, 2013, s.28 vd.

¹⁷¹ Türkiye Noterler Birliği, 16.12.1986 Tarihli Gayrimenkul Satış Vaadi Sözleşmelerine Konu Olacak Taşınmazlar Hakkında 1986-85 Sayılı Genelge, <https://portal.tnb.org.tr/Sayfalar/Genelgeler.aspx>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 21.06.2019.

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz hakkında yapılan resmi olmayan satış vaadi, zilyetliği devir senedi olarak yorumlanacaktır¹⁷².

Ayrıca belirtmek gerekir ki, arsa sahibi tarafından, arsanın, taraflar arasındaki sözleşmeye konu olan inşaatı yapmaya elverişli biçimde müteahhide teslim edilmesi gerekmektedir¹⁷³. Dolayısıyla, arsanın imar mevzuatından dolayı bina yapmaya elverişli olmayan¹⁷⁴, üzerindeki gecekonduların yıkılmadığı, varsa kiracıların tahliye edilmediği, hukuki veya maddi imkânsızlıklar olan bir arsa olmaması gerekir. Aksi takdirde, arsa sahibi kendi edimlerini yerine getirememiş olacağından, müteahhitten de karşı edim olan binanın teslimini isteyemeyecektir¹⁷⁵. Uygulamada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle inşaat yapılacak olan taşınmaza ilişkin olarak¹⁷⁶ belediyeden imar durumunun çıkartılması, imar mevzuatına uygun inşaat projesinin tasdik ettirilmesi, inşaat ruhsatının alınması ve kat irtifakının kurulması gerekli olacaktır¹⁷⁷.

(2)Müteahhidin Bağımsız Bölümlerden Oluşan Binayı Yapıp Teslim Etmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhitler, kendi uzmanlık alanları olan inşaatı zamanında ve eksiksiz şekilde teslim etme yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülük, eser sözleşmesinde bir eser meydana getirme unsurunu¹⁷⁸ karşılarken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin

¹⁷² Sütçü, **(Kat Karşılığı-C.1)**, s.34.

¹⁷³ Erman, **(Arsa Payı)**, s.2; Atamulu, a.g.e., s.29; Kartal, a.g.e., s.20; Usta, a.g.e., s.10.

¹⁷⁴ Taşınmazın imar durumunun olmaması durumunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de baştan itibaren geçersiz sayılmalı ve bu durumda sözleşmenin yerine getirilmesi veya getirilmemesi sebebiyle açılan davada ifa imkânsızlığı sebebiyle sözleşmenin feshi yoluna gidilmeli, müteahhit sebepsiz zenginleşme esasına göre yaptığı imalatlar arsaya değer kazandırmışsa bu değer farkını isteyebilmeli, ancak arsa sahibi işin gecikmesi sebebiyle herhangi bir tazminat isteyememelidir. Oy, Haşal, s.37.

¹⁷⁵ Erman, **(Arsa Payı)**, s.2; Kaplan, a.g.e., s.270; Atamulu, a.g.e., s.29; Tekdemir, a.g.e., s.7.

¹⁷⁶ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin, arsayı bina yapmaya elverişli şekilde teslim etme ve diğer yükümlülükleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s.73 vd.

¹⁷⁷ Oy, Haşal, a.g.e., s.38; Ayar Birkin, a.g.e., s.34-35.

¹⁷⁸ Emre Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s.9; Öz Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s.28-29; Hüseyin Altaş, **Eserin Teslimden Önce Telef Olması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, **(Eser)**, s.52.

bağımsız bölümlerden oluşan binayı yapıp teslim etmesi olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷⁹.

Niteliği itibariyle bir karma sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ortaya çıkan eser daha dar kapsamlıdır, zira eser sözleşmesinde meydana getirilecek eser maddi veya gayrimaddi ürünleri kapsarken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde meydana getirilen eser maddi, cismani bir varlık olarak beliren inşa eserleri olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁸⁰. Dolayısıyla bu eser, geniş kapsamlı¹⁸¹ olarak “inşaat¹⁸²” veya daha dar kapsamlı olarak “yapı¹⁸³, bina¹⁸⁴, bağımsız bölüm¹⁸⁵” olarak ortaya çıkmaktadır.

(3) Tarafların Anlaşması

Niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulabilmesi için sözleşmenin tarafları olan müteahhit ve arsa sahibinin iradelerinin, sözleşmenin konusu ve koşulları üzerinde uyuşması gerekir¹⁸⁶. Bu sözleşmede, arsa sahibinin edimi; kararlaştırılan arsa paylarının

¹⁷⁹ Yavuz, a.g.e., s.1068; Ayar Birkin, a.g.e., s.35; Avcı, a.g.e., s.10.

¹⁸⁰ Altaş, (Eser), s.56; Turgut Uygur, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.2, Ankara, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, 2013, s.2127-2128; Köksal Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.58; Sütçü, (Kat Karşılığı-C.1), s.35.

¹⁸¹ Kartal, a.g.e., s.18-19; Avcı, a.g.e., s.8.

¹⁸² Genel itibariyle inşaat kavramı, “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak toprağa bağlı olan, insan veya hayvan gibi canlıların barınmasına veya diğer ihtiyaçlarının giderilmesine; eşya gibi diğer cansız şeylerin saklanmasına veya konulmasına yarayan, etrafı veya üstü az çok kapalı, insan emeğiyle sun’i olarak yapılmış veya düzenlenmiş her türlü şeydir” şeklinde tanımlanmaktadır. Eren, (İnşaat), s.55; Uygur, a.g.e., s.2128; Kocaağa, a.g.e., s.59. İnşaat kavramında, yeni bir inşaat yapmanın yanında, mevcut bir binaya ilave inşaat / değişiklik / tadilat / yenileme / güçlendirme de yapılabilir. İzzet Karadaş, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, 2016, s.45; Sütçü, (Kat Karşılığı-C.1), s.32-33; Kocaağa, a.g.e., s.60.

¹⁸³ 3194 sayılı İmar Kanunu m.5’e göre, “yapı” kavramı, “karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmî ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteahhrik tesisler” şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁸⁴ 3194 sayılı İmar Kanunu m.5’e göre, “bina” kavramı, “kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar” şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁸⁵ 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m.2’de “Bağımsız bölüm” kavramı “...anagayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu Kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyeti konu olan bölümleri...” şeklinde tanımlanmıştır. Kanunlarda tanımlanmayan kat kavramı, “bir apartmanda, bir binada, iki döşeme arasında yer alan aynı düzeydeki dairelerin veya odaların tümü” şeklinde tanımlanmıştır. Kartal, a.g.e., s.18; Kartal, a.g.m., s.100,101.

¹⁸⁶ Erman, (Arsa Payı), s.3.

mülkiyetini müteahhide devretme, müteahhidin edimi ise bağımsız bölümlerden oluşan binayı tamamlayıp arsa sahibine teslim etmedir. Burada müteahhidin ediminin karşılığı olarak alacağı bedel, para değil de kararlaştırılan arsa paylarıdır.

e. Arsa Üzerinde Paylı Mülkiyet veya Elbirliği Mülkiyeti Olması veya Arsanın Kentsel Dönüşüme Tabi Olması Durumunda Müteahhitle Geçersiz Sözleşme İmzalayan Arsa Sahiplerinin Durumu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibi olarak birden fazla kişi malik olduğunda, bu durum, paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti şeklinde görülebilir. İster paylı mülkiyet¹⁸⁷ ister elbirliği mülkiyeti¹⁸⁸ olsun, iki türde de, birden fazla kişi olan arsa sahiplerinin müteahhitle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapabilmesi için kural olarak oybirliğiyle karar almaları gerekir. Ancak istisnaen 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanuna tabi olan alanlardaki arsalarda, paydaşların, oybirliği değil, hisseleri oranında üçte iki oyçokluğu, karar almak için yeterli görülmüştür¹⁸⁹.

Uygulamada, 6306 sayılı Kanun m.6/1 c.8 hükmü gereğince alınmış bir karar olmaksızın veya bu hüküm gereği alınmış kararın kesin hükümsüz olmasına rağmen bir kısım kat maliki veya paydaş arsa sahibi ile müteahhit arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalandığı veya imzalanmış olan sözleşmenin dayanağını teşkil eden kararın sonradan mahkemece iptal edildiği durumlar sıklıkla görülebilmektedir.

¹⁸⁷ TMK m.692: “Paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi veya paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır.”

¹⁸⁸ TMK m.702: “Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim, gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir.”

¹⁸⁹ 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun m.6/1 c.8: “...riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında uygulama yapılan etap veya adada, riskli yapılarda ise bu yapıların bulunduğu parsellerde, yapılar yıktırılmadan önce, parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, ifraz, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemlerine, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, **kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine**, yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az **üçte iki çoğunluğu** ile karar verilir.”

Doktrinde, kararda geçersizlik veya iptal durumlarında sözleşmenin yalnızca imzalayanlar yönünden geçerli olduğu şeklinde farklı bir görüş¹⁹⁰ mevcuttur. Ancak, katıldığımız görüşe göre de, karardaki geçersizliğe veya kararın mahkemece iptaline rağmen, sözleşmenin sadece imzalamayanlar yönünden hükümsüz olduğu, imzalayan kat maliki veya paydaşlar yönünden hüküm ifade etmeye devam edeceği söylenemez¹⁹¹. Zira anılan hüküm gereğince alınmış bir karar yoksa, yani hiç karar alınmamış veya binaya ilişkin riskli yapı tespiti olmaksızın veya kanunun aradığı çoğunluk sağlanmadan bir karar alınmışsa ve buna rağmen bir kısım kat maliki veya paydaşlar ile müteahhit arasında sözleşme imzalanmışsa, ortada bir sözleşme yoktur ve dolayısıyla buradaki yokluk, tüm taraflar için, yani hem müteahhit hem de sözleşmeyi imzalamış olsun-olmasın tüm kat maliki veya paydaşlar için söz konusudur. Hukuki işlemlerde kurucu unsur olan iradede bulunmayan bu sözleşmede, taşınmazın bütününe ilişkin iradeyi oluşturan kat malikleri veya paydaşlardan oluşan kişi birliğinin iradesi oluşmadığından bu sözleşme de yok hükmündedir¹⁹². Zira hukuki işlemdeki irade beyanını birden fazla kişi bir araya gelerek oluşturduğundan birlikte(müşterek) hukuki işlem¹⁹³ söz konusudur.

Burada sözleşmeyi imzalayanlar, taşınmazın tümüne ilişkin sözleşmeyi akdedecek topluluğun üyelerinden yalnızca biri olarak ve bu sıfatla sözleşmeyi imzalamaktadırlar. Ancak, kurulması istenen sözleşmenin bir tarafı müteahhit, diğer tarafı ise kat malikleri veya paydaşların tümüdür, sadece imzalayanlar değildir¹⁹⁴. Hiçbir kat maliki veya paydaş, müteahhide karşı tek başına borç altına girmediği ve girme iradesi taşımadığı gibi, müteahhit de sadece imzalayanlarla sözleşme akdetme iradesi taşımamaktadır. Bu nedenle, diğer imzalamayanlar adına yetkisiz temsil

¹⁹⁰ Bilgehan Çetiner, “Kentsel Dönüşüm Kapsamında Akdedilen Sözleşmelerin Kuruluşunun Tabi Olduğu Hukuki Rejim”, **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, Editörler: Emrehan İnal/Başak Baysal, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.161-180, s.168.

¹⁹¹ Emrehan İnal, **Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, (Riskli Yapı), s.177-178.

¹⁹² İnal, (Riskli Yapı), s.177-178.

¹⁹³ Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 14.Baskı, 2019, s.205; M.Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 25.Bası, 2019, s.183.

¹⁹⁴ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, çok taraflı değil, iki taraflı bir sözleşme olup sözleşmenin bir tarafını müteahhit, diğer tarafını arsa sahibi oluşturur. Sözleşmenin bu iki tarafından birisinin, çok kişiden oluşması, sözleşmenin iki taraflı olma niteliğinde değişiklik meydana getirmez. İnal, (Riskli Yapı), s.180 dn.42.

suretiyle de hareket etmeyen kat maliki veya paydaşların, imzaladıkları sözleşmenin bir borçlandırııcı işlem olması ve borca aykırılıktan sorumlu olması gerekçesi de kabul edilemez. Zira imzalayan tarafların iradesi, sözleşmenin yalnızca bu taraflar arasında akdedilmesine, hakların ve borçların yalnızca imzalayanlar arasında hüküm ifade etmesine ilişkin olmayıp sözleşmenin bir tarafını müteahhit, diğer tarafını kat malikleri veya paydaşların tümünün oluşturmasına ilişkin bir iradedir¹⁹⁵.

B. Sözleşmenin Geçerlilik Şartları

1. Genel Olarak

Geçerlilik, kurulmuş olan bir sözleşmenin hukuki sonuçlarını doğurması anlamına gelir¹⁹⁶. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerlilik şartları genel olarak şu şekilde sıralanabilir:

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları olan arsa sahibi ve müteahhidin bu sözleşmeyi yapmaya ehil olması gerekir. Gerçek kişi olarak sözleşme yapma yeteneği bakımından tarafların ayırt etme gücüne sahip bir tam ehliyetli olması gerekmekte olup ayırt etme gücüne sahip taraflar ergin değilse veya kısıtlı ise TMK m.16/1 gereği¹⁹⁷, yasal temsilcisinin izin veya onaması gerekmektedir. Eğer taraflar tüzel kişiye, TMK m.49 gereği¹⁹⁸, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olarak fiil ehliyetini kazanırlar ve bu sözleşmeyi yapma iradesini TMK m.50 gereği¹⁹⁹, organları aracılığıyla açıklarlar.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusunun, TBK m.27 gereği²⁰⁰, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir. Kanunun emredici hükümleri, uyulması zorunlu olan²⁰¹, tarafların

¹⁹⁵ İnal, (Riskli Yapı), s.178-179.

¹⁹⁶ Eren, (Borçlar Genel), s.302.

¹⁹⁷ TMK m.16/1: “Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler.”

¹⁹⁸ TMK m.49: “Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar.”

¹⁹⁹ TMK m.50: “Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır.”

²⁰⁰ TBK m.27/1: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”

²⁰¹ Selimoğlu, a.g.e., s.50.

aksini kararlaştırmaları mümkün olmayan kurallardır²⁰². Ahlaka aykırılığa örnek olarak da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tacir olan müteahhidin ekonomik olarak yıkımına neden olacak miktarda cezai şart kararlaştırılması gösterilebilir. Böyle durumlarda, ahlaka ve adaba aykırı olan cezai şartın indirilebileceği yönünde Yargıtay kararları mevcuttur²⁰³. 3194 sayılı İmar Kanunu'ndaki düzenlemeler de kamu düzenine ilişkin olduğundan emredici niteliktedir²⁰⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusunun imkânsız olmaması gerekir²⁰⁵. Başlangıçta, objektif ve sürekli olarak imkânsızlık olması durumunda, sözleşme geçerli değildir, kesin hükümsüzdür.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları arasında yanılma(hata), aldatma(hile), korkutma(tehdit) gibi irade sakatlığı halleri veya muvazaa olmamalıdır. İrade sakatlığı hallerinde, TBK m.39'daki *"Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır."* hükmü gereği, iptal hakkının kullanılması gerekir. Tarafların taşınmaz bağışlama amacı varken, arsa sahibinin görünürde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile taşınmaz devretmesi gibi muvazaa durumlarında ise görünüşteki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi muvazaa sebebiyle, gizli sözleşme olan bağışlama sözleşmesi şekle uyulmaması sebebiyle geçersiz olacaktır.

²⁰² Oğuzman, Öz, a.g.e., s.83.

²⁰³ Yargıtay 23. HD, 29.09.2014 T., 2014/5192 E., 2014/6034 K.: *"...taşınmazın mimari ve statik açıdan ilgili arsa payı karşılığı yapım sözleşmesinin mahal listesine uygun yapıldığı, ancak yapı kullanma izninin alınmadığı, buna rağmen binanın kullanıldığı, inşaat mesken ruhsatının alınmamış olmasının, ayıp değil, eksik ifa olduğu, sözleşmede, iskân ruhsatı alma yükümlülüğünün yükleniciye yüklendiği, iskân ruhsatı alınmadan işin teslim edilmiş sayılamayacağı, cezai şart talebinin yerinde olduğu, davalı şirket tacir olduğu için kural olarak TTK'nın 24. maddesi gereği cezai şarttan indirim yapılamayacağı, ancak Yargıtay uygulaması gereği, bu cezai şart tacirini ekonomik olarak yıkımına neden olacak miktarda ise bu halde Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri gözetilerek ahlak ve adaba aykırılık nedeniyle indirime tabi tutulabileceği..."*. Aynı yönde Yargıtay 15. HD, 28.03.2002 T., 2002/1188 E., 2002/1472 K. (Lexpera, Erişim Tarihi: 15.10.2019).

²⁰⁴ Yargıtay 23. HD, 16.05.2019 T., 2016/8165 E., 2019/2061 K.: *"3194 sayılı İmar Kanunu'nda yapılan düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin olduğundan emredici nitelikte olduğu imara aykırı ve kaçak olan inşaatla ilgili yüklenici, ekonomik değeri haiz olmadığından imalat bedeli talep edemeyeceği sadece enkaz bedelini talep edebileceği"* (Lexpera, Erişim Tarihi: 15.10.2019).

²⁰⁵ Geçerlilik şartlarından imkânsızlık olmaması ve imkânsızlığın sürekli veya geçici olması durumları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s.48 vd.

Ayrıca TBK m.28'de belirtildiği üzere²⁰⁶, zarar görenin zor durumundan, düşüncesizlikten veya deneyimsizlikten kaynaklı edimler arasında açık bir oransızlık şeklinde görülen aşırı yararlanma durumu da olmamalı ve sözleşme resmi şekle uygun olarak yapılmalıdır²⁰⁷.

2. Sözleşmenin Geçerlilik Şartlarından Özellikle İmkânsızlık Olmaması Durumu ve İmkânsızlığın Sürekli veya Geçici Olmasının İncelenmesi

Sözleşmenin yapıldığı sırada sözleşmenin konusunu oluşturan edimlerin objektif olarak(herkes için) imkânsız olması durumunda, sözleşme geçersizdir.

Başlangıçtaki objektif imkânsızlık, maddi veya hukuki imkânsızlık olarak görülebilir. Burada inşaatın teknik olarak yapılamaz nitelikte oluşu veya teknolojik olarak mümkün olmayan yükseklikte veya uygun olmayan malzeme ile inşaatın yapılması taahhütlerinin maddi imkânsızlığa örnek oluşturacağı söylenebilir. Bunun yanında, inşaatın bulunduğu yerin, yüksekliğinin, biçiminin, metrekafe alanının imar mevzuatına aykırı olması durumları da hukuki imkânsızlığa örnek olarak gösterilebilir²⁰⁸.

Tarafların baştan imkânsızlığı bilmeyip sonradan öğrenmesi durumunda dahi sözleşme geçersizdir. Eğer bir taraf(örneğin müteahhit), sözleşme kurulmadan önce imkansızlığı(imar mevzuatına aykırılığı) bildiği halde diğer tarafı(arsa sahibini)

²⁰⁶ TBK m.28: “Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir. Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir.”

²⁰⁷ Geçerlilik şartlarından sözleşmenin şekli ve şekle aykırılığın sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s.49 vd.

²⁰⁸ Öz, (İnşaat), s.24-25.

uyarmazsa, culpa in contrahendo sorumluluğu uyarınca diğer tarafın uğradığı olumsuz zararlardan sorumlu olacaktır²⁰⁹.

İmkânsızlığın başlangıçta, objektif olarak ve sürekli olması durumunda, sözleşmenin geçersiz olacağını belirtmiştik. Ancak geçici imkânsızlık durumlarında, örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılırken, imar planına göre 5 katlı bina yapılabilecek arsada, tarafların imar planının değişeceğini düşünerek 7 katlı bina yapılması konusunda anlaşmaları durumunda, sözleşmenin hüküm ifade etmesi, imkânsızlığın sonradan ortadan kalkması koşuluna bağlanmış olur ve bu sözleşme geçerli sayılır²¹⁰.

Başlangıçta, taraflar, sözleşme yaparken imkânsızlığın ortadan kalkacağını öngörerek sözleşme yapmamışlarsa, sonradan imkânsızlık ortadan kalksa dahi sözleşme geçersiz sayılacaktır²¹¹.

II. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ VE ŞEKLE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

A. Sözleşmenin Resmi Şekle Tabi Olması

1. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kanunda sadece şerh edilebileceği belirtilip özel olarak hükümleri düzenlenmemiş bir sözleşme türü olduğundan, bu sözleşmenin şekline ilişkin de özel bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Hukuki niteliği itibarıyla bakıldığında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmesi ile eser sözleşmesi unsurlarını barındıran karma nitelikte bir sözleşmedir. Karma sözleşmelerin şekil sorunu, unsurlarını oluşturan sözleşmelere göre belirlenir²¹². Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin

²⁰⁹ Mehmet Serkan Ergüne, Ali Suphi Kurşun, “TBK m.27”, **İstanbul Şerhi-Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu**, C.I, Editörler: Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, K. Emre Gökyayla, Hüseyin Murat Develioğlu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 3.Baskı, 2019, s.468; Oğuzman, Öz, a.g.e., s.91; Eren, (**Borçlar Genel**), s.345.

²¹⁰ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.90; Eren, (**Borçlar Genel**), s.347; Ergüne, Kurşun, a.g.e., s.469.

²¹¹ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.90; Ergüne, Kurşun, a.g.e., s.469.

²¹² M. Turgut Öz, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil Sorunları”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s.495-509, (**Şekil Sorunları**), s.500.

inşaatı yapıp bağımsız bölümleri teslim etme edimine ilişkin eser sözleşmesi kanunda kural olarak hiçbir şekle tabi değilken, arsa sahibinin belirli arsa paylarının mülkiyetini devretme edimine ilişkin taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmesi resmi şekle tabidir. Nitekim taşınmaz satışı, TMK m.706, TBK m.237 ve Tapu Kanunu m.26 hükümleri gereği, taşınmaz satış vaadi de, TBK m.237, Noterlik Kanunu m.60 ve m.89 gereği resmi şekle tabidir²¹³. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de, taşınmaz mülkiyetini devir veya devir vaadini konu edindiğinden, TMK m.706 gereği taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerlilik şekli olarak resmi şekle tabi olması kuralı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine kıyas yoluyla uygulanacak ve bu sözleşmenin de resmi şekilde düzenlenmesi gerekecektir²¹⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tamamı için mi resmi şekil aranmalı, yoksa taşınmaz satış veya satış vaadine ilişkin kısmında resmi şekil aranıp eser sözleşmesi kısmında şekil şartı aranmamalı mı hususu, doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre²¹⁵, arsa sahibinin arsa payının devri edimine yönelik şekil şartı, müteahhidin eser meydana getirme edimine de sirayet eder ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, bir bütün olarak resmi şekilde yapılması gerekir. Diğer bir görüşe göre²¹⁶ ise, karma sözleşmelerde şekle tabi sözleşmenin karakteristik edimini içeren kısmın yani arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa paylarının devri veya devri taahhüdü kısmının, öngörülen resmi şekilde yapılması yeterlidir, müteahhidin inşaat yapma borcuna ilişkin edimleri, resmi şekle tabi değildir. Kanaatimizce, taraflardan birinin edimi resmi şekle tâbi olduğundan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bu şekle uyularak yapılması gerekir²¹⁷. Zira taşınmaz mülkiyetini devir borcunun ve buna karşılık diğer tarafın borçlandığı bütün edimlerin ve bedelin

²¹³ Tandoğan, (C.1/1), s.226; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, a.g.e., s.359; Erman, (Arsa Payı), s.18; Aral, Ayrancı, a.g.e., s.170; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 20.Baskı, 2016; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.63.

²¹⁴ Tandoğan, (C.2), s.29; Öz, (İnşaat), s.6; Eren, (İnşaat), s.57.

²¹⁵ Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s.47,354; Yavuz, a.g.e., s.1077; Erman, (Arsa Payı), s.18; Ayan, a.g.e., s.33; Gümüş, (Borçlar Özel C.2), s.7; Atamulu, a.g.e., s.43; Sütçü, (Kat Karşılığı-C.1), s.89-90; Ayazlı, a.g.m., s.48; Kaplan, a.g.e., s.270-271; Seçer, a.g.e., s.40; Kurt, a.g.e., s.43 dn.80; Kırmızı, a.g.e., s.633.

²¹⁶ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.153; Öz, (Dönme), s.2 dn.5; Öz, (Şekil Sorunları), s.500; Kuntalp, a.g.e., s.161; Hüseyin Altaş, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, (Şekle Aykırılık), s.227; Büyükkay, a.g.e., 59; Kaya, a.g.e., s.34.

²¹⁷ Erman, (Arsa Payı), s.17.

resmi şekilde düzenlenen senette yer alması gereklidir²¹⁸. Özellikle bu bedel unsuru, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin inşaat yapıp teslim etme borcuna karşılık geldiğinden müteahhidin inşaat edimlerinin de resmi senette yer alması gerekir. Dolayısıyla, arsa sahibinin arsa payının devri edimine yönelik şekil şartı, müteahhidin eser meydana getirme edimine de sirayet edecektir²¹⁹.

Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, taşınmaz satış vaadi formunda²²⁰ göstererek, noterdeki sözleşmede, satış vaadinin bedeli gösterilip sonra da bu bedelin nakden ödenmeyeceği, bunun yerine inşaat yapılarak teslim edileceği belirtilmektedir²²¹.

2. Şeklin Kapsamında Bulunması Gereken Hususlar

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmenin tabi olduğu resmi şeklin kapsamında, -irade açıklamalarının uygunluğunun kapsamında da bulunması gerektiğini ifade ettiğimiz²²²- sözleşmenin objektif ve sübjektif tüm esaslı unsurlarının bulunması

²¹⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, a.g.e., s.360 dn.1400.

²¹⁹ Sütçü, (Kat Karşılığı-C.1), s.89-90.

²²⁰ Öz, (Şekil Sorunları), s.501: “Uygulamada bu formu gerçekleştirmek için, alıcı gibi gösterilen yükleniciye devredilecek arsa payı ve ileride inşaat tamamlanınca bu arsa payının bağlanacağı bağımsız bölümlerin sözde satış bedeli olarak bir para miktarı yazılmakta; noter ücreti de bunun üzerinden alınmakta, fakat hemen bunu takiben, “işbu bedel nakden alınmayacak (veya “ödenmeyecek”) olup bunun yerine alıcı/yüklenici satıcıya bu senette veya ek bir belgede belirtilen şartlarla bir inşaat yapıp teslim etmeyi taahhüt eder” ifadesi (yahut buna benzer bir ifade) kullanılmaktadır.”

²²¹ Bu tarz ifadelerin hukuki nitelendirmesine ilişkin bkz. Öz, (Şekil Sorunları), s.502: “Noterde düzenlenen senetteki unsurlara dönecek olur isek, yüklenicinin sanki alıcı gibi belli bedel ödeme borcu altına girmiş gösterilmesini takiben, bu bedelin, aynen ödenmesi yerine inşaat yapılarak ifa edileceğinin belirtildiğini söyledik. Fakat bu anlaşmanın nitelendirilmesinde teorik sorunlar vardır: Bir kere, bu anlaşma “ifa yerine eda” (datio in solutum) sayılamaz, zira “ifa aşamasında karşı tarafın rızasıyla asıl borç yerine başka edim verme” değil; daha baştan borç ilişkisi kurulurken ifa konusu borcun belirtilmesi söz konusudur. Öte yandan bu anlaşma “yedek edim” (facultas alternativa) de değildir. Zira yüklenicinin bu inşaat edimini yapmayıp sözleşmedeki parayı verme hakkı yoktur. Oysa yedek edimi seçme yetkisinde borçlu yedek edimle ifa hakkına sahip olup fakat bununla yükümlü değildir. Hemen hemen aynı gerekçe ile, burada “seçimlik borç” bulunduğu da söylenemez. Çünkü yüklenici para verme borcunu seçemeyecektir. Nihayet, burada bir “yenileme” (tecdit = novatio) de yoktur. Zira taraflar arasında önce para olarak belirlenmiş bir bedel borcu bulunup da daha sonra bu borç kaldırılıp yerine inşaat yapma borcu konulmuş değildir. Doğrusu burada sadece sözleşmeyi gayrimenkul satış vaadi formuna uydurmak için yapılmış, eski tabirle, bir “hile-i şeriye”den başka bir şey yoktur. Bu hukuk düzenimize yakışmayan uygunsuz uygulamayı düzeltmek için ya Noterlik Kanunu’na ya da TBK’ya arsa payı (kat) karşılığı inşaat sözleşmesinin şekline dair açık bir hüküm konulması isabetli olur.”

²²² İrade açıklamalarının uygunluğunun kapsamında bulunması gerekenler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s.36 vd.

gerekir. Objektif esaslı noktalar olarak tarafların kimliğinin, arsa ve bedel bilgilerinin bulunması gerekir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de, taşınmaz mülkiyetini nakil borcu doğuran sözleşmelerden olduğundan, hem arsa sahibinin taşınmaz mülkiyetini nakil borcu hem de bu edimin karşı edimini oluşturan müteahhidin inşaatı tamamlama ve teslim borcunun, sözleşmenin tabi olduğu resmi şeklin kapsamında, belirli veya objektif ve kesin olarak (örneğin taşınmazın yüzölçümü ve m2 fiyatının gösterilmesi şeklinde) belirlenebilir olması gerekmektedir²²³. Ayrıca inşaat projesinin ve fiziksel ve değersel paylaşım oranının şeklin kapsamında belirlenmesi gerekir²²⁴.

3. Sözleşmeyi Düzenleyecek Olan Resmi Makam

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini resmi şekilde düzenleyecek olan makamla ilgili doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Hâkim görüşe göre²²⁵, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini düzenleyecek makam, kural olarak Tapu Kanunu m.26 gereği taşınmaz satımını gerçekleştiren tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileridir. Ancak, Noterlik Kanunu m.60²²⁶ gereği taşınmaz satış vaadi sözleşmesi noterler tarafından da yapılabildiğinden, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de noterler tarafından düzenlenebilir. Azınlıktaki diğer görüşe göre²²⁷, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için aranan resmi şekil şartının sadece tapu memurları tarafından düzenlenme şeklinde olması gerektiği ifade edilmektedir.

²²³ Esaslı unsurların belirli veya objektif ve kesin olarak belirlenebilir olması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s.36.

²²⁴ İnşaatın fiziksel paylaşım oranıyla değersel paylaşım oranı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s.37 vd.

²²⁵ Erman, (**Arsa Payı**), s.19; Yavuz, a.g.e., s.1078-1079; Kırmızı, a.g.e., s.620; Atamulu, a.g.e., s.44; Kurt, a.g.e., s.44; Gökyayla, a.g.e., s.16; Kırca, a.g.m., s.81.

²²⁶ Noterlik Kanunu m.60: “*Noterlerin görevleri: 1. Yapılması kanunla başka bir makam, merci veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukuki işlemleri düzenlemek, 2. Kanunlarda resmi olarak yapılması emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak, 3. Gayrimenkul satış va'di sözleşmesi yapmak, 4. Bu kanuna uygun olarak dışarda yazılıp getirilen kağıtların üzerindeki imza, mühür veya herhangi bir işareti veya tarihi onaylamak, 5. Bu kanun hükümlerine göre yapılan işlemlerin dairede kalan asıl veya örneklerinden veya getirilen kağıtlardan örnek çıkartıp vermek, 6. Belgeleri bir dilden diğer dile veya bir yazıdan başka bir yazıya çevirmek, 7. Protesto, ihbarname ve ihtarname göndermek, 8. Kanunen tescili gereken işlemleri tescil etmek, 9. Bu ve diğer kanunlarla verilmiş sair işleri yapmak.*”

²²⁷ Gümüş, (**Borçlar Özel C.2**), s.116; Sarı, a.g.m., s.279.

Ancak kanaatimizce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin türlerine göre²²⁸ bir ayırım yapıp arsa payı satış vaadi ve inşaat taahhüdü türü ile arsa paylarının inşaatın ulaştığı seviyeye göre kısım kısım devri türleri, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi gibi noterlerce de düzenlenebilirken, arsa paylarının tamamının veya bir kısmının başlangıçta müteahhide devri türünün tapu memurları tarafından düzenleneceğini belirtmek gerekir. Noterlik Kanunu m.60/1-2 gereği, resmi şekilde düzenlenecek olan ancak mercii belirtilmemiş olan sözleşmeler, noterlerde düzenlenebileceğinden (arsa paylarının başlangıçtaki devri hariç) arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de noterde düzenlenebilecektir. Nitekim Yargıtay kararlarında da noterlerce düzenlenen taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçerli sayılmış, tapu memurları tarafından düzenlenme, zorunlu görülmemiştir²²⁹.

4. Resmi Şekle Uyulmayan Geçersiz Sözleşmede Sebepsiz Zenginleşme Hükümleri ve Denkleştirici Adalet Prensibinin Uygulanması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde resmi şekle uyulmazsa, sözleşme geçersiz bir sözleşme olacak ve kural olarak taraflar verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebileceklerdir²³⁰. Ancak burada denkleştirici

²²⁸ Sözleşmenin uygulamada görülen farklı türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s.66.

²²⁹ Y. İBK. 24.04.1978 T., 1978/3 E., 1978/4 K.; “(...)ana taşınmazda henüz kat mülkiyeti ya da irtifakı kurulmadan önce, bağımsız bölüme ilişkin ve arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız, eş deyişle arsa payı belirlenmiş veya belirlenmemiş olarak noterlerce düzenlenen kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaadi sözleşmesinin geçerli olduğuna, bu tür bir satış vaadi sözleşmesinin tapu memurunca düzenlenmesinin zorunlu bulunmadığına(...)” (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.06.2019); Bu İBK’nın amacını Yavuz şu şekilde ifade etmiştir: “Yargıtay bu kararı ile toplumun baskılarını gözönüne alarak bu tür sözleşmelerin tümünün geçersiz sayılmaması gerektiği kaygısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin içindeki satış vaadi unsurunu ele alıp, onun resmî şekle bağlı olacağını ve noterler tarafından düzenleneceğini kabul etmiş ve bu suretle satış vaaadinin uygulama alanını oldukça genişletmiştir.” Yavuz, a.g.e., s.1079; Y. 23. HD. 25.05.2017 T., 2016/9367 E., 2017/1578 K.: “(...)başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde “düzenleme” şeklinde yapılmasına bağlı olduğu(...)” (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.06.2019); Y. 15. HD. 13.05.1976 T., 1976/811 E., 1976/2152 K.: “(...)arsa payı karşılığında kat yapımını kapsayan bir sözleşme ilişkisinin kurulduğu da çok belirgindir. İşte böyle bir sözleşmenin noterlikçe (re’sen) düzenlenmesi, geçerli olması için yeter görülmelidir.” (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.06.2019).

²³⁰ Y. 15. HD. 30.05.1979 T., 1979/947 E., 1979/1313 K.: “Çift tipli karma sözleşme olan arsa payı karşılığında kat yapımı sözleşmesinin geçerliliği resmi biçimde yapılmasına bağlıdır. Taşınmaz ya da pay mülkiyetinin geçirimine ilişkin anlaşmanın kamusal biçimde tapu kütük memuru tarafından düzenlenmesi zorunludur. Taşınmaz veya pay mülkiyetinin satış vaadi noterce düzenlenme biçiminde (re’sen) yapılmalıdır. Geçersiz bir sözleşmenin yerine getirilmemesi (ihlali) giderim borcu doğurmaz.

adalet prensibi göz önünde tutularak müteahhidin inşaat yapımında harcadığı miktarı yani maliyet ve işçilik bedeli ile mimari proje, statik proje, zemin etüdü gibi iyiniyetli olarak yaptığı faydalı giderlerini, imalatın yapıldığı tarih değil de ifa beklentisinin gerçekleşmeyeceği tarih esas alınarak hesaplanması ve geri isteyebilmesi hakkaniyete daha uygun olacaktır²³¹.

5. Sözleşmenin Düzenleme Yerine Onaylama Şeklinde Yapılması Durumunda Geçersiz Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin noterde düzenleme biçiminde yapılması gerekir. Tarafların kendi aralarında düzenleyip notere onaylattıkları arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, şekil yönünden geçersiz olacaktır²³². Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları da bu yöndedir²³³.

6. Sözleşmenin Değiştirilmesinin ve İbranın Şekli

Başlangıçta resmi şekilde yapılmış olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, taraflar, sonradan değiştirmek veya şartlarını ağırlaştırmak isterse,

Ancak geçersiz sözleşme uyarınca, sözleşenler verdiklerini, nedensiz zenginleşme kuralları uyarınca geri isteyebilirler.”; Y. 15. HD, 05.03.1992 T., 1991/4787 E., 1992/1081 K.: “Şekil yönünden geçersiz düzenlenen akit, yapıldığı andan itibaren geçersiz olup, tarafları bağlamaz. Bu durumda taraflar verdiklerini karşılıklı olarak sebepsiz mal edinme hükümlerine göre geri isteyebilirler.”. (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.06.2019).

²³¹ Erman, (Arsa Payı), s.18; Kırmızı, a.g.e., s.619 dn.1230'daki kararlar; Tekdemir, a.g.e.,s.22-23.

²³² Erman, (Arsa Payı), s.19; Yavuz, a.g.e., s.1078-1079; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.484-486; Ayan, a.g.e., s.33; Kaplan, a.g.e., 271; Aral, Ayrancı, s.342; Kırmızı, a.g.e., s.620; Atamulu, a.g.e., 44-45.

²³³ Y. 23. HD, 23.08.2017 T., 2013/3436 E., 2013/5497 K.: “(...)arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır.” (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.06.2019); Y. 15.HD., 15.11.2001 T., 2001/3091 E., 2001/5233 K.: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, bedel olarak arsanın (taşınmazın) muayyen bir payının mülkiyeti müteahhit üzerine geçirildiğinden veya geçirilmesi taahhüt edildiğinden Medeni Kanunun 634, Borçlar Kanununun 213, Tapu Kanununun 26, Noterlik Kanununun 60, 89 ve 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 1, 10 ve 14. maddelerine göre sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi gerekir. **Noter tarafından onaylanan veya haricen düzenlenen inşaat sözleşmeleri geçerli değildir.** Kanunda öngörülen şekil şartı emredici nitelikte olup hakim şekil noksanlığını taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında resen gözönüne almak zorundadır.”(Muammer Öztürk, Zeki Gözütok, Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.12).

TBK m.13 hükmü²³⁴ gereği bu değişikliğin de resmi şekilde yapılması gerekir²³⁵. Sözleşmenin değiştirilmesine; sözleşme konusunun değiştirilmesi, sözleşmedeki bedelin artırılması veya azaltılması, sözleşmeden doğan borçların ya da cezai şartın ağırlaştırılması veya hafifletilmesi örnek olarak gösterilebilir²³⁶. Uygulamada genellikle resmi şekilde yapılmış sözleşme sonrasında, müteahhidin inşaatı yapmada gecikmesi üzerine, arsa sahibinin isteğiyle adi yazılı şekilde ifaya eklenen cezai şart için anlaşma yapıldığı görülmektedir. Ancak resmi şekilde değil de adi yazılı şekilde yapılan bu değişikliğin geçersiz olduğunu ve sözleşmenin aynı şartlarla devam ettiğini belirtmek gerekir²³⁷.

Yukarıda sözleşmenin değiştirilmesinde bahsedilen örnekler, sözleşmenin esaslı unsurlarıyla sınırlıdır. Zira TBK m.13'te belirtildiği üzere, sözleşme metniyle çelişmeyen(sözleşmedeki bir maddeye aykırı olmayan, sözleşmedeki bir maddede değişiklik yapmayan) tamamlayıcı yan hükümler, bu kurala tabi değildir. Örneğin, müteahhidin inşaatın aşamalarıyla ilgili dokümanları belirli bir sürede arsa sahibine elden tesliminin kararlaştırıldığı bir sözleşmede, sonradan bu dokümanların adrese

²³⁴ TBK m.13: “Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır. Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır.”.

²³⁵ Y. HGK. 19.03.2003 T., 2003/15-124/ E., 2003/175 K.: “Sözleşmede sonradan yapılan değişiklik fer'i koşullara ilişkin olsa bile, eğer değiştirilen bu koşullar **sözleşmeyle yükümlenilen borçları ağırlaştıracak nitelikteyse**, geçerli olabilmeleri için, sözleşmenin bağlı bulunduğu şekle uygun yapılması gerekir.” ; Y. 23. HD. 20.02.2015 T., 2014/3583 E., 2015/1052 K.: “Somut olayda, 25.11.2007 tarihli paylaşım şekline dair adi yazılı ek sözleşme, **arsa sahipleri yönünden ağırlaştırıcı yükümlülükler getirmekte** olup, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca tarafların ortak olması gereken ve daha değerli olduğu tespit edilen dubleks dairenin tamamı ek sözleşmede yükleniciye bırakılmaktadır. Bu haliyle ek sözleşmenin geçersiz olduğunun kabulü gerekir.” ; Y. 15. HD. 15.10.2012 T., 2012/2974 E., 2012/6453 K.: “(...)tadil eden ek sözleşme ile **yüklenicinin durumu ağırlaştırıldığı** ve adi yazılı şekilde yapıldığından geçersizdir. Arsa sahibi bu ek sözleşmedeki geçersiz olan gecikme tazminatını isteyemez.” (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.06.2019).

²³⁶ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.153; Ayar Birkin, a.g.e., s.45 dn.85.

²³⁷ Y. HGK. 19.03.2003 T., 2003/15-124/ E., 2003/175 K.: “O halde, somut olayda olduğu gibi, miktarının sonradan ayrıca belirleneceği açıklanmış olsa bile, bir sözleşmede tür ve miktarına açıkça yer verilmeyen bir seçimlik cezai şartın sonradan kararlaştırılması, sözleşmenin cezai şart borçlusu aleyhine değiştirilmesi, dolayısıyla, sözleşmeye o yolda yeni bir hüküm eklenmesi niteliğindedir. Dolayısıyla, buna ilişkin işlemin, asıl sözleşmenin tabi bulunduğu şekle uygun olarak yapılması, geçerlilik şartıdır.”; Y. 15. HD. 09.11.2006 T., 2005/6737 E., 2006/6400 K.: “(...)yanlar arasında zorunlu şekil koşuluna uygun olarak noterce doğrudan düzenleme şeklinde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesin 4. maddesi hükmüyle kararlaştırılan “ifaya ekli ceza” tutarı, yanlarca adi yazılı şekilde yapılan 16.04.2002 tarihli ek sözleşmenin 10. maddesi hükmü ile artırılmış ise de, BK'nın 12. maddesi hükmü gereğince, yüklenicinin sorumluluğunu ağırlaştıran bu ek sözleşme, asıl sözleşmenin tabi olduğu zorunlu şekil koşuluna uygun olarak yapılmış olmadığından davalı yükleniciyi bağlayıcı değildir.” (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.06.2019).

kargo ile gönderilmesine karar verilmesi, tamamlayıcı yan hükümlerden biri olarak noterde yapılmasına gerek yoktur²³⁸.

Tarafların sözleşmeden doğan borcu tamamen veya kısmen ibrası ise TBK m.132'deki *“Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir.”* hükmü gereğince, resmi şekle tabi olmadan yapılan bir ibra sözleşmesiyle gerçekleştirilebilir²³⁹. Ancak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, bir borcun ibrası, sözleşmenin varlığını devam ettirecekse, diğer edimi ve dolayısıyla sözleşmeyi ortadan kaldırmayacaksa, artık bu durum TBK m.13 gereği bir değişiklik olup aynı şekle tabi olacaktır²⁴⁰.

7. İleride Sözleşme Yapılacağına İlişkin Düzenlenen Önsözleşmenin Şekli

Taraflar arasında ileride arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulacağına ilişkin bir (ön protokol) önsözleşme yapılması durumunda, bu önsözleşmenin geçerliliği de, TBK m.29/2 hükmü²⁴¹ gereği, kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, resmi şekilde düzenlenmesine bağlıdır. Nitekim yerleşik Yargıtay içtihatları da bu yöndedir²⁴². Resmi şekilde yapılmayan arsa payı karşılığı inşaat yapımına ilişkin önsözleşme, şekle aykırılıktan geçersiz olacaktır.

²³⁸ Kılıçoğlu, a.g.e., s.156.

²³⁹ 818 sayılı Eski BK zamanında bu hüküm mevcut olmadığı için bu husus tartışmalıydı. Öz, (İnşaat), s.17. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan sadece birinin borcunu kaldıran veya hafifleten sonraki anlaşmanın, diğer tarafın borcunu ağırlaştırdığından şekle tabi olduğu görüşü ve diğer görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaglu, a.g.e., s.306.

²⁴⁰ Eren, (Borçlar Genel), s.303.

²⁴¹ TBK m.29: *“Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir. Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır.”*

²⁴² Y. HGK. 28.04.2010 T., 2010/193 E., 2010/235 K.; Y. 15. HD. 13.09.2012 T., 2012/4418 E., 2012/5733 K.: *“Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle taraflar arasında arsa payı karşılığı inşaat yapımına ilişkin ön sözleşmenin haricen düzenlendiği, arsa payı devrini içeren sözleşmelerin düzenleme biçiminde noter veya tapu memurunun huzurunda yapılması kanunî koşul olup ve BK'nın 22. maddesince de ön sözleşmenin de asıl sözleşmenin kanunî şekil koşuluna uygun yapılması zorunlu olduğundan, geçersiz sözleşmenin feshi de söz konusu olamayacağından(...)”*(Lexpera, Erişim Tarihi: 05.06.2019).

8. Üçüncü Kişilere Yapılan Arsa Payı Devirlerinin Şekli

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekline ilişkin hususları inceledikten sonra incelenmesi gereken ayrı bir husus da, müteahhidin arsa sahibinden talep edebileceği arsa paylarını üçüncü kişilere devrettiği durumlardır. Böyle durumlarda, müteahhidin talep edeceği arsa payı alacağı şeklindeki hakkı, nitelik olarak alacak hakkıdır. Müteahhidin, finansman sağlamak amacıyla, kararlaştırılan arsa paylarını henüz kendisine devredilmeden üçüncü kişilere devretme amacıyla yaptığı sözleşmeler de alacağın temlik niteliğindedir²⁴³. TBK m.184 gereği, alacağın temlikinin geçerli olması için adi yazılı şeklin yeterli olması nedeniyle, müteahhit, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle kendisine kalan yerleri, adi yazılı sözleşme ile üçüncü kişilere devredebilir²⁴⁴.

B. Şekle Aykırılığın Sonuçları

Yukarıda da izah edildiği üzere sözleşmenin geçerlilik şartı olarak öngörülen resmi şekle aykırı davranıldığında, bu şekle aykırılığın yaptırımının ne olacağı doktrinde tartışmalı bir konudur. TBK m.12/2'deki "*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*" ifadesindeki hüküm doğurmama halinin hangi yaptırım olacağına dair geçmişten günümüze çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

²⁴³ Y. HGK. 22.11.2017 T., 2017/2265 E., 2017/1435 K.: "*Düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yüklenici arsa paylarının maliki olmamakta, buna karşılık arsa paylarının kendisine devredilmesi konusunda bir alacak hakkına sahip olmaktadır. Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkına dayanarak arsa sahibinden kendi payına düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarının mülkiyetinin adına tescilini talep edebileceği gibi, bu hakkını üçüncü kişiye de devir edebilir. Bu hâlde tapulu taşınmaza ilişkin satış sözleşmesi değil Borçlar Kanununun 162. maddesinde (TBK 183) ve sonrasında düzenlenen alacağın temlik hükümlerine tabi bir işlemdir. Eş söyleyişle böyle durumlarda yüklenici sözleşme uyarınca arsa sahibinden talep edebileceği bağımsız bölüm ve buna bağlı arsa payının devrini talep etme hakkını üçüncü kişiye temlik etmiş sayılır. Kısaca böyle durumlarda yüklenici ile üçüncü kişi arasında alacağın temlik sözleşmesi bulunduğu kabul edilmelidir.*"

Nitekim Hukuk Genel Kurulunun 02.07.2003 gün, 2003/14-452 Esas, 2003/456 Karar sayılı kararında da aynı görüş benimsenmiştir." ; Y. 3. HD., 12.02.2015 T., 2014/22074 E., 2015/2183 K.: "*Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bir bağımsız bölümün, yüklenici tarafından adi yazılı bir sözleşmeyle üçüncü kişiye satılması, Yargıtay'ın kökleşmiş uygulamasına göre, tapulu taşınmaza ilişkin bir satış sözleşmesi değil, Borçlar Kanunu'nun 162 ve sonraki maddelerinde düzenlenen "alacağın temlik" hükümlerine tabi bir işlemdir.*" (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.06.2019).

²⁴⁴ Erman, (Arsa Payı), s.21; Yavuz, a.g.e., s.1079-1080; Kırmızı, a.g.e., s.622.

Bu konuda şekle aykırılığın yokluk, kesin hükümsüzlük, kendine özgü geçersizlik veya iptal edilebilirlik gibi yaptırımlara tabi olduğunu savunan başlıca görüşlerle birlikte, eksik borç, fiili sözleşme, borçlu olunmayan bir edimi bilerek isteyerek ifa görüşleri gibi daha az taraftar bulan görüşler de mevcuttur. Buradaki “*hüküm doğurmaz*” ifadesinin kesin hükümsüzlük görüşünü desteklediği²⁴⁵ düşünülse de, bu ifade kesin sonuç çıkarmaya ve bu konudaki tartışmaları engellemeye elverişli bir ifade değildir. Zira bu ifadeden taraflar arasında hüküm doğurmama halinin mi yoksa kesin hükümsüzlüğün mü kastedildiği tartışmaya açıktır²⁴⁶.

Görüşleri incelemeden önce belirtmeliyiz ki bu görüşlerin teorik temellendirilmeleri yanında pratik sonuçları da önem taşır. Özellikle şekle aykırılığı kimin ileri sürebileceği, taraflar ileri sürmese bile hâkimin bu durumu resen gözetip gözetemeyeceği, hükümsüzlüğün sadece belli kişiler tarafından ileri sürülmesiyle mi etkili olacağı, belli durumlarda bu yaptırımın giderilme imkânı olup olmadığı gibi sonuçlar, kabul edilen görüşe göre farklılık arz edecektir²⁴⁷.

1. Yokluk Görüşü

Bu görüşte, şekil bir geçerlilik şartı olarak değil de sözleşmenin kuruluş şartı olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla kurucu şartı içermeyen yani şekle aykırı olan sözleşmeler yok hükmündedir. Bu görüşe göre şekle aykırılığın yaptırımının geçersizlik olması halinde adil olmayan sonuçlar doğacaktır. Geçersizlik değil de yokluk yaptırımına tabi olduğunu ileri sürmelerinin nedenini şekil kurallarının yorumunda kanun koyucunun amacını esas almak oluşturur²⁴⁸. Taraflar kurucu şartlarında eksiklik olan sözleşmedeki edimleri iradeleriyle ifa etseler dahi bu durum, şekle aykırılığa geçerlilik kazandırmaz, kurulmamış bir sözleşmenin ifa ile

²⁴⁵ Madde gerekçesindeki, “*fıkranın son cümlesinde de, öngörülen şekle uyulmadan kurulan sözleşmelerin kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlı olduğu açıklanmıştır*” ifadesinin de isabetli olmadığını, bir tartışmaya kanun eliyle son vermeye çalışmanın hukuki tartışmayı köreltip kanunun gelişen ihtiyaçlara cevap veremeyeceğini belirtmek gerekir. İnal, a.g.e., s.224 dn.178.

²⁴⁶ İnal, a.g.e., s.224.

²⁴⁷ N. Fusun Nomer Ertan, “Borç Sözleşmelerinde Şekil Eksikliğinin Müeyyidesi ve Buna Dayalı Hükümsüzlüğün Dürüstlük Kuralı (MK. M. 2/II) Dışındaki Yollardan Giderilmesi”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s.595-626, s.599.

²⁴⁸ Schöbi KELLER, **Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, Basel-Frankfurt, 1988, s.25-26 (Altaş, (Şekle Aykırılık), s.93-94’ten naklen).

kurulamayacağını belirtmek gerekir. Dolayısıyla edimler ifa edilse dahi bu aşamada şekle aykırılığı ileri sürmek, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmemektedir²⁴⁹.

Bu görüşün eleştirilebilir yanlarına baktığımızda ise, şekle aykırılıkta sözleşmenin kurucu unsurlarından olan irade beyanlarının eksikliği söz konusu değildir. Ayrıca modern hukuk düzenlerinde hukuki işlemlere varlıklarını veren şekil unsuru değil doğrudan doğruya irade beyanlarıdır. Şekil, kurulmuş bir hukuki işlemin hüküm doğurabilmesi için şart koşulan ek bir unsurdan ibaret olduğundan bu hususta yokluk yaptırımını modern hukukların şekil anlayışı ile bağdaşmamaktadır²⁵⁰.

2. İptal Edilebilirlik Görüşü

Bu görüşe göre, şekle aykırı olarak yapılmış sözleşme, baştan itibaren hüküm doğuran bir sözleşme olup, ancak taraflar iptal hakkını kullandığında geçmişe etkili olarak geçersiz olur²⁵¹. Şekle aykırılığın yaptırımının iptal edilebilirlik olmasının pratik sonuçlarından birisi, hâkimin bu durumu resen dikkate alamamasıdır. Ayrıca, iptal hakkını menfaati olan taraf kullanabilecektir. Netice itibarıyla de, iptal hakkı kullanılıncaya kadar sözleşme, geçerliliği askıda olan bir sözleşme olacaktır²⁵². Pek fazla taraftar toplayamayan bu görüş, kanunun lafzı ile çeliştiğinden ve şekle aykırı bir sözleşmeyi baştan geçerli kılan bir görüş olduğundan eleştirilmiştir²⁵³.

3. Eksik Borç Görüşü

“İfa edilebilen ancak dava edilemeyen borçlar” olarak da bilinen eksik borçlarda, isteyerek yapılan ifa geçerli bir ifadır ve alacaklı bakımından sebepsiz

²⁴⁹ Keller, a.g.e., s.26-27 (Eren, **(Borçlar Özel)**, s.185-186’dan naklen).

²⁵⁰ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 4.Basıdan 5. Tıpkı Bası, 2010, s.309; Nomer Ertan, a.g.m., s.605; Altaş, **(Şekle Aykırılık)**, s.99.

²⁵¹ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Altaş, **(Şekle Aykırılık)**, s.131.

²⁵² Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer Ertan, a.g.m., s.606; Altaş, **(Şekle Aykırılık)**, s.132-133.

²⁵³ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.309-310.

zenginleşme teşkil etmez²⁵⁴. Bu görüşe göre de, şekle aykırı sözleşmedeki edimleri bilerek isteyerek ifa eden taraf, ifa ettiklerini sonradan geri isteyemeyecektir²⁵⁵.

4. Fiili Sözleşme Görüşü

Bu görüşe göre, şekle aykırı olan sözleşmelerdeki edimler taraflarca ifa edilirse, artık taraflar arasında fiili bir sözleşme ilişkisi meydana gelir ve bu fiili durum sözleşmenin geçersiz olmasını engeller²⁵⁶.

5. Kendine Özgü Geçersizlik Görüşü

Aşağıda inceleyeceğimiz ve klasik olarak adlandırılan butlan görüşünün yerine, İsviçre ve Türk hukukunda sonradan ortaya çıkmış olan bu görüşü savunanlara göre²⁵⁷, şekil kuralının tarafları koruma amacından yola çıkılarak hareket edilmeli ve şekle aykırılığı yalnızca taraflar ve halefleri ileri sürebilmelidir; hâkim resen dikkate alamaz. Bu görüşe göre, taraf menfaatlerini korumayı amaçlayan şekil kurallarında amaçsal yorumla hareket edilmesi gerekir ve taraflar şeklin sağladığı korumadan bilerek isteyerek vazgeçmişlerse, artık ortada korunacak bir menfaat de kalmadığından şekle aykırılık nedeniyle sözleşme geçersiz kılınmamalıdır²⁵⁸.

6. Kesin Hükümsüzlük(Butlan) Görüşü

a. Genel Olarak

Klasik diyebileceğimiz kesin hükümsüzlük(butlan) görüşünü savunanlara göre²⁵⁹, şekle aykırı olan sözleşmeler batıldır. Zira TBK m. 12/2’de belirtildiği üzere,

²⁵⁴ Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınevi, 14.Baskı, 2015, s.24.

²⁵⁵ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Altaş, (**Şekle Aykırılık**), s.118.

²⁵⁶ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Altaş, (**Şekle Aykırılık**), s.126-127.

²⁵⁷ Tandoğan, a.g.e., s.233-234; Eren, (**Borçlar Genel**), s.307-308; Altaş, a.g.e., s.143-147.

²⁵⁸ Eren, (**Borçlar Özel**), s. 184-185.

²⁵⁹ Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukuku Umumi Kısım**, Çeviren: Cevat Edege, İstanbul, Yargıtay Yayınları, 1952, s.232 vd.; Oğuzman, Öz, a.g.e., s.157; Kocayusufoğlu, a.g.e., s.311; Hatemi,

geçerlilik şartı olarak aranan şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler, hüküm doğurmayacaktır. Yapıldığı andan itibaren geçersiz olan bu sözleşmelerde, butlan iddiası, menfaati olan herkes tarafından ileri sürülebilecektir. Bu görüşe göre şekle aykırılık, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülmesi bile hâkim tarafından resen dikkate alınacaktır²⁶⁰.

Yargıtay'ın **30.9.1988 T., 1987/2 E., 1988/2 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında**²⁶¹, İsviçre Federal Mahkemesi ile aynı yönde butlan görüşünün kabul edildiği açıklanmıştır. Söz konusu kararda; *“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 hâkim 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 hâkim şekil noksanlığını (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re’sen gözönüne almak zorundadır. Keza, geçersiz bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak, kural olarak, ahlaka aykırılık teşkil etmez; ifa edilmeyen edimlerin ifası istenemez ve karşı tarafın iyi niyeti gözönünde tutulamaz. (...BGE 86 II 400 vd; 92 II 324 vd; 95 II 42 vd; 98 II 316; 104 II 101, 106 II 151; 26.5.1954 gün 8/18 ve 12.4.1944 gün 14/13 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları...)”* denilerek tartışmanın en önemli noktalarına değinilmiştir.

Serozan, Arpacı, a.g.e., s.118; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s.100; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, İstanbul, 2.Bası, 1976, (**Borçlar Genel**), s.341; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Cilt 2 Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, 3.Bası, 1977, s.265.

²⁶⁰ Kesin hükümsüzlük görüşünün yanında önemi nedeniyle belirtme gereği duyduğumuz bir başka görüş de doktrinde esnek hükümsüzlük olarak adlandırılan durumdur. Bu durumda, eğer şekil kuralıyla yalnızca bir tarafın menfaatleri korunuyorsa, butlanın(kesin hükümsüzlüğün) herkes tarafından ileri sürülemeyeceği, hükmün amaca uygun sınırlandırılmasıyla birlikte, yalnızca korunan tarafça ileri sürülebileceği belirtilmiştir. Hâkim de butlanı, yalnızca korunan taraf lehine resen dikkate alabilecektir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, a.g.e., s.58,99; Akbulut, a.g.e., s.310-311.

²⁶¹ (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:09.06.2019).

b. Kesin Hükümsüzlük(Butlan) Yaptırımının Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı İle Sınırlandırılması

Hukuk kurallarının hayat olaylarını en ince detaylarıyla düzenlemesi, pek mümkün olmayan bir durumdur. Kanunda yer alan hükümlerin de hayat olaylarına katı bir şekilde tatbik edilmesi, adaletsiz sonuçlar doğurabilir gerekçesiyle, doktrinde, kanun ve sözleşmelerden doğan hakların amacına uygun kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür²⁶². 4721 sayılı TMK m.2’de de, bu durum “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” şeklinde kaleme alınmıştır. Butlan görüşünde de şekle aykırı sözleşmenin butlanın sonuçlarından kurtulabileceği tek hal olarak şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanımı oluşturması kabul edilmiştir²⁶³.

Ancak özellikle belirtmek gerekir ki, Yargıtay kararlarında, her durumda hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurmamak gerektiği özellikle vurgulanmıştır²⁶⁴. Nitekim 30.9.1988 T. 1987/2 E. 1988/2 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında²⁶⁵; “*nitelikleri itibariyle emredici bulunan ve hâkim tarafından re’sen gözetilmesi gereken şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı bir uyumsuzlukta çatıştığında; hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralıyla şekil şartı kuralının aşılabilmesi için olayın özelliği büyük önem taşımaktadır. Bu hal, Medeni Kanunun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kuralın taliliğinin (ikincilliğinin) tabii bir sonucudur ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı ancak fevkalade zaruri hallerde uygulama yeri bulabilir. Aynı ilkeye 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da*

²⁶² Kılıçoğlu, a.g.e., s.165.

²⁶³ Pakize Ezgi Akbulut, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s.292.

²⁶⁴ Y. HGK. 29.5.2002 T., 2002/2-441 E., 2002/433 K.: “*...Medeni Kanunun 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hâkime özel ve istisnai hallerde (adaletle uygun düşecek) şekilde hüküm verme imkânını sağlamaktır. Madde hükmünün bu özelliği İsviçre Federal Kurulunun, Medeni Kanunun Federal Meclise sevkine ilişkin raporda şöyle açıklanmıştır. Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik teşkil ettiği ve gerçek hakkın tanınması ve ferdin korunması için bütün hukuki yolların kapalı bulunduğu hallerde MK.2/2 hükmünün amacı, zarureten doğan ve olağanüstü bir imkân sağlamaktır denilmiştir. MK.nun 2 nci maddesinin 2. fıkrasındaki kuralla kanun ve hakkın mutlaklığı ilkesine istisna getirilmiştir.*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:09.06.2019).

²⁶⁵ (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 09.06.2019).

değinilmiş olup, Ord. Prof. Dr. A. B. SCHWARZ`ın bu konudaki görüşü de (Medeni Hukuka Giriş, Hıfzı Veldet çevirisi, Sh. 201 vd. İst. 1946) özetle şöyledir: "-Bu genel hükmün uygulanmasında çok ihtiyatlı davranmak icap eder. Çünkü bugünkü kanunlarda ifadesini bulan bütün rasyonel özel hukukun manası, hukuki meseleleri sarih olmayan hakkaniyet hisleriyle değil, kat`i ve açık prensiplerle halletmektir. Sadece hüsnüniyet ve hakkın suistimaline dayanan bir hukuk tatbikatı bu hedefi tehlikeye koyar. Bu nedenlerle her meseleye ona taalluk eden özel hükmü tatbik etmek ve MK. un 2. maddesini fevkalade zaruri olan hallerde sırf itmam ve tashih edici bir şekilde tatbik eylemek lazımdır..." denilerek bu husus vurgulanmış ve hakkın kötüye kullanımının tespiti için somut olayın hal ve şartlarının dikkate alınacağı kriteri esas alınmıştır.

Bu somut olay kriterinin yanında hakkın kötüye kullanılmasını oluşturan durumlar kesin şablon haline getirilemese de, uygulamadaki keyfilik ve belirsizlikleri önlemek, genel bazı ilkelerle hukuk birliğini sağlamak, mahkeme kararları arasında meydana gelecek çelişkileri gidermek amacıyla bazı genel ilke ve ölçüler getirilebilir. Ancak bu durumların da sınırlı olmadığını, başka örneklerle genişletilebileceğini belirtmek gerekir²⁶⁶. Şekle aykırılığın hakkın kötüye kullanılması yasağıyla aşılacağı haller, şu şekilde gruplandırılabilir:

- Taraflar şekle aykırı sözleşmedeki edimlerin tamamını veya büyük çoğunluğunu bilerek, rızalarıyla ifa etmişlerse, bu durumda şekle aykırılığı ileri sürmek hakkın kötüye kullanımını oluşturur²⁶⁷.
- Taraflar edimlerin büyük çoğunluğunu ifa etmezse veya büyük çoğunluğunu ifa etseler bile bunu şekle aykırılığı bilmeden yaparlarsa, bu iki durum kural olarak tek başına hakkın kötüye kullanımı müdahalesi için yeterli değildir. Bu durumların yanında bazı ilave olguların da gerçekleşip takviye edilmesiyle TMK m.2 harekete geçebilecektir. Burada bazı ilave olguların örnek kabilinden sayıldığını ve her somut olayda genişletilebileceğini belirtmek

²⁶⁶ Kılıçoğlu, a.g.e., s.166-167; Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.314.

²⁶⁷ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.315-316; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.160.

gerekir²⁶⁸. İlave olguları özetleyecek olursak; öncelikle, bir tarafın karşı tarafta haklı bir güven²⁶⁹ oluşturmaması sonucunda, ediminin çoğunluğunu ifa eden karşı tarafa butlanı ileri sürmesi, çelişkili bir davranış olarak hakkın kötüye kullanımı teşkil edebilir²⁷⁰. Diğer bir ilave olgu olarak da şekli, koruma amacı dışında –ayıptan doğan sorumluluktan kurtulma gibi- başka bazı amaçlarla ileri sürmektir²⁷¹. İlave olgulardan bir diğeri ise, şekle aykırılığı bilmeden yapılan ifa sonrasında, tarafın bu durumu öğrenmesinden itibaren derhal karşı tarafa bildirmemesi, uzun süre bekleyip ileri sürmesi de hakkın kötüye kullanımını oluşturur²⁷².

- Taraflar edimlerini hiç ifa etmemişlerse iki ilave olgunun varlığında bu durum hakkın kötüye kullanımı müdahalesi için etki edebilecektir. Bunlar; taraflardan birinin ileride işine gelmeyebilecek bir sözleşmeden sıyrılma imkânını saklı tutmak amacıyla şekle aykırılığa kasten sebebiyet vermesi durumu veya iki tarafın da şekle aykırılığın farkında olduğu, bir tarafın şekle uyulmasını istediği halde diğer tarafın kendi üstün konumundan faydalanarak sözleşmenin şekle tabi olmasını engellemesi durumudur²⁷³.

²⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.317.

²⁶⁹ Haklı bir güven hususunda bkz. Y. 13. HD. 02.12.1991 T. 1991/7217 E. 1991/10901 K.: “...davalının emrolunan şekle riayet etmeksizin akti ifa edeceği fikrini uyandırarak davacıyı akit yapmağa yönelttiği, sözleşmedeki taahhütlerini yerine getireceğine dair davacıda tüm bir **güven yarattığı** ve devam eden zaman içinde de bu güveni kuvvetlendirip sürdürdüğü davacı ve diğer yüzlerce alıcıdan tahsil ettiği satış paralarıyla inşaatı az bir farkla tamamladıktan sonra Vakıflar Bankası'na kredi temini için ipotek ettiği, ardından borçlarından kurtulmak için cebri ihale yoluyla taşınmazın Vakıflar Bankası'na satılmasına neden olduğu böylece, sözleşmeyi imkânsız hale getirip ondan kurtulmak istediği kanaatine kavuşulmuştur. İşte, sübut bulan bu olgulardan sonra davalının satım sözleşmesinin şekil noksanlığı nedeni ile geçersizliğini ileri sürmeye kalkışması MK.nun 2. maddesince ifadesini bulan iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz. Hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır.” (Lexpera, Erişim Tarihi: 09.06.2019); Yine aynı yönde Yargıtay 15. HD. 05.04.1990 T. 1989/4035 E 1990/1602 K.: “Her ne kadar sözleşmede taşınmaz mülkiyetinin ferağı öngörülmüş olduğu halde sözleşme adiyen düzenlenmiş ise de; davalı bu sözleşmenin tarafı olarak ifa olunacağı hususunda ve işin tamamlanmasına kadar karşı tarafa tam bir güven vermiş ve davacı da sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyiniyetle bağlanarak kendisine düşen edimleri yerine getirmiş olduğuna göre bu aşamada artık sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğinin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracağından yasanın koruması altında değildir. Bu durumda inşaatın ikmal edilmiş olduğu gözetilerek mahkemece (12) nolu dairenin davacı adına tesciline karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde, sözleşmedeki şekil eksiği nedeniyle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (Lexpera, Erişim Tarihi: 09.06.2019).

²⁷⁰ Akbulut, a.g.e., s.298.

²⁷¹ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.318-319.

²⁷² Akbulut, a.g.e., s.299; Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.320.

²⁷³ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.321-322; Akbulut, a.g.e., s.300.

c. Şekle Aykırılıktaki Kesin Hükümsüzlük (Butlan) Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemiyle Daraltılması Görüşü

Bu görüşte, geçerlilik şeklini düzenleyen TBK m.12/2'deki "*hüküm doğurmaz*" ifadesinden, kanun koyucunun şekle aykırılığın yaptırımını butlan(kesin hükümsüzlük) olarak belirlediği ancak istisnalarını düzenlemeyen ve çok geniş tutulan bu kuralın somut olaylarda açık(aşıkâr) adaletsizliklere sebep olabileceği ileri sürülmüştür²⁷⁴. Söz konusu TBK m.12/2 hükmünde de kanun koyucu çok geniş bir şekilde genel kuralı koymuş, ancak –tabir caiz ise- kuralın istisnalarını düzenlemeyi unutmuştur. Dolayısıyla TBK m.12/2'deki şekil kuralında bir örtülü kanun boşluğu bulunup bu boşluk, TMK m.2/2 aracılığıyla, (teleolojik redüksiyon) amaca uygun sınırlama²⁷⁵ yöntemiyle doldurulmalı, unutilan istisnai durum hükme eklenerek değerlendirme yapılmalıdır²⁷⁶. Burada TMK m.2/2 hükmünün butlan yaptırımını baştan sınırlandırdığı ve sözleşmeyi baştan geçerli hale getirdiği ileri sürülmektedir²⁷⁷.

Bu görüşün sonuçlarına baktığımızda, şekil şartıyla korunmak istenen taraflar, şekle aykırı sözleşmeyi kendi iradeleriyle ifa ederlerse, artık hakkın kötüye kullanılması şartlarına bakılmadan, hükmün amacına uygun olarak, taraflar ifa ile birlikte baştan geçerli bir sözleşme varmış gibi sorumlu olacaklardır. Örneğin taşınmazın resmi şekle aykırı olarak haricen satımında, bedeli ödeyip araziyi kullanan alıcı, tescile yanaşmayan satıcıya karşı tescile icbar davası açtığı anda, mahkeme de, şeklin taraf menfaatlerini koruma olan amacının yerine geldiği gerekçesiyle tescile hükmedebilecektir²⁷⁸.

²⁷⁴ Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 6.Bası, 2015, (**Medeni Hukuk**), s.160-165; Akbulut, a.g.e., s.305.

²⁷⁵ Burada şeklin amacı konusunda, taraf menfaatlerini koruma amacının doğrudan, kamu düzenini sağlama amacının da dolaylı amaç olduğu ileri sürülmüş ve amaca uygun sınırlama görüşü, şekil kuralında taraf menfaatleri ağır bastığından dolayı şekle aykırılık olsa bile butlan yaptırımını sınırlandırılacağı şeklinde temellendirilmiştir. Akbulut, a.g.e., s.307.

²⁷⁶ Serozan, a.g.e., s.166; Akbulut, a.g.e., s.307.

²⁷⁷ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.324; Akbulut, a.g.e., s.303.

²⁷⁸ Akbulut, a.g.e., s.318-319.

7. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde öngörülen resmi şekil şartı, bir geçerlilik şartıdır. Şekle aykırılığın yaptırımına karar verirken öncelikle şeklin amacını da göz önünde bulundurmak gerekir. Şeklin amacının da, kayıtların düzgün tutulması gibi kamu menfaatini sağlamanın yanında, ağırlıklı olarak taraf menfaatlerini korumak olduğu söylenebilir. Bu nedenle de şekle aykırı olan sözleşmelerdeki yaptırımların tartışıldığı görüşlerden butlan(kesin hükümsüzlük) görüşünün, kanunun lafzına daha uygun olduğu, ancak amaca uygun olmayan ve adaletsiz sonuçlara yol açabilecek olan bazı durumlarda, bu yaptırımın amaca uygun sınırlama yöntemiyle daraltılabileceği veya hakkın kötüye kullanılması yasağı ile aşılabileceği kanaatindeyiz.

Edimlerin büyük çoğunluğunun ifa edildiği durumlarda mahkeme şeklin amacına bakarak hakkın kötüye kullanılmasının şartlarından önce amaca uygun sınırlama yöntemine başvurabilecek, ancak hiç ifa edilmeme veya (diğer tarafı aldatarak) şekle aykırılığa kasten sebebiyet verme, haksız menfaat sağlamak için uzun süre sonra şekle aykırılığı ileri sürme gibi durumlarda hakkın kötüye kullanılmasının şartları incelenerek bu yasağa başvurulabilecektir²⁷⁹.

III. SÖZLEŞMENİN DÜZENLENME BİÇİMLERİ

TBK m.26'daki "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*" hükmü gereği, taraflar, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, çeşitli kapsam ve türlerde kararlaştırabilirler. Sözleşmenin içeriğini belirlerken de, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmama veya sözleşmenin konusunun imkânsız olmaması gibi kanunda öngörülen sınırlara dikkat etmek zorundadırlar.

²⁷⁹ Akbulut, a.g.e., s.319-320.

Sözleşmenin içeriğinde, inşaatın süresi, inşaat süresince yapılacak resmi işlemleri hangi tarafın yapacağı, taraflara düşecek bağımsız bölüm sayısı, inşaatta kullanılacak malzemeler, cezai şart gibi birçok önemli husus kararlaştırılacak olmasına rağmen, en önemli husus, arsa sahibi tarafından, müteahhide düşecek bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının devredileceği zaman dilimi olduğundan, sözleşmenin türlerini belirlemede bu husus dikkate alınacaktır²⁸⁰. Bu sözleşmenin, uygulamada en çok karşılaşılan düzenlenme biçimleri aşağıdaki şekilde sıralanabilir²⁸¹.

A. Arsa Paylarının Tamamının veya Bir Kısımının Müteahhide Devri

Bu yöntemle arsa sahibi, arsa paylarının tamamını veya sözleşmede kararlaştırılan ve oranları belirtilen belli paylarının mülkiyetini, sözleşmenin kurulmasının ardından tapuda müteahhide devretmektedir²⁸².

Arsa paylarının tamamının inşaatın başlamasından önce müteahhide devredildiği ihtimalde, taraflar noterde düzenledikleri bir sözleşme ile inşaatın süresi, bağımsız bölümlerin paylaşılması, cezai şart, yapının teknik nitelikleri gibi hususları kararlaştırmakta ve arsa sahibi, arsanın mülkiyetinin tamamını, resmi şekilde düzenlenen bir taşınmaz satış sözleşmesi²⁸³ ile müteahhide devretmektedir. Ancak müteahhidin görünüşteki satış bedeli ödeme borcuna karşılık, taşınmaz üzerinde arsa sahibi lehine teminat ipoteği konulmaktadır. Sonrasında da, sözleşme gereğince tarafların anlaşmasıyla tesis edilen ipotek, inşaatın geldiği aşamaya bağlı olarak arsa sahibi tarafından kademeli olarak kaldırılacaktır²⁸⁴. Ancak belirtmek gerekir ki, bu

²⁸⁰ Kırmızı, a.g.e., s.617.

²⁸¹ Sözleşmenin düzenlenme biçimleri için yapılan sınıflandırmalar hakkında bkz. Erman, (**Arsa Payı**), s.11-15; Yavuz, a.g.e., s.1074-1077; Kırmızı, a.g.e., s.617-618.

²⁸² Erman, (**Arsa Payı**), s.11-12; Yavuz, a.g.e., s.1074-1077; Kırmızı, a.g.e., s.618.

²⁸³ Tapuda her ne kadar taşınmaz satışı olarak gösterilse de aslında kurulan sözleşme, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Yavuz, a.g.e., s.1075; Erman, (**Arsa Payı**), s.13.

²⁸⁴ Gümüş, (**Kısa Ders Kitabı**), s.400-401; Erman, (**Arsa Payı**), s.12; Yavuz, a.g.e., s.1075; Y. 15. HD, 30.11.2006 T., 2005/7631 E., 2006/6983 K.: “Yanlar arasındaki 21.10.1999 tarihli ve 13036 yevmiye numaralı Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi zorunlu şekil kurallarına uygun olarak düzenlenmiş olup; sözleşmenin koşullarına yönelik olarak taraflar arasında uyumsuzluk bulunmamaktadır. Sözleşmenin 13. maddesi gereğince; kural olarak, yükleniciler inşaatın temel ruhsatını aldıktan ve

durum, müteahhidin ipotek bedelini ödeyerek ipoteği kaldırma riski nedeniyle arsa sahibine yeterli korumayı sağlayamamaktadır²⁸⁵.

Uygulamada genellikle kooperatiflerin, bu sözleşmeyi yaparken kamu kredilerinden ve vergi avantajlarından yararlanabilmek amacıyla arsa sahibince arsa paylarının tamamının mülkiyetinin kooperatife devredildiği görülmektedir²⁸⁶.

Belirli arsa paylarının inşaatın başlamasından önce müteahhide devredildiği ihtimalde, arsa sahibi, sahip olduğu arsa paylarından sözleşmede müteahhide ait olacağı kararlaştırılan payları, henüz başlangıçta müteahhide devretmektedir. Bu devir işlemiyle arsa sahibi, arsa paylarını devir borcunu da henüz başlangıçta ifa etmiş olmaktadır²⁸⁷. Bu devirlerin yapılması için kat irtifakı kurulmuşsa, arsa sahibi, ileride bağımsız bölümlere bağlanacak belli payları tapuda müteahhide devredebilir²⁸⁸. Ancak bazı durumlarda çeşitli sebeplerle kat irtifakı kurulamamış ise arsa paylarına özgülenecek bağımsız bölümler hakkındaki anlaşma kişisel nitelikte bir bağlılık oluşturmakta olup bu durum yüklenicinin hak kaybına neden olabilmektedir²⁸⁹.

kaba kısmını ve karkasını bitirip çatısını kapattıktan sonra yasa ve sözleşme koşullarına uygun olarak yapılması gereken inşaatteki kendilerine verilmesi gereken bağımsız bölümlerin toplam payı olan arsanın tamamı (3) pay kabul edilerek 2/3 payının adlarına tescilini isteyebilirler. Ancak, sözleşmenin 16. maddesi hükmünde ise; sözleşmenin ve inşaatın teminatı olmak üzere; 1. derece ve 1. sırada inşaat teminat ipoteği arsa sahipleri lehine tesis edileceği; yüklenicilere de verilecek 160/240 (2/3 hisse) pay üzerine arsa sahipleri lehine tesis edilecek 3.000.000.000 TL. bedelli teminat ipoteğinin inşaatın ilerlemesine orantılı olarak peyder pey çözüleceği ve geriye kalan dükkân ve daireler üzerine aktarılacağı, inşaatın karkas ve kaba inşaatı tamamlanıp, çatısı tamamen kapatıldığında inşaat teminat ipoteğinden yüklenicilerin seçeceği (3) dairenin ipotek harici tutulacağı, ince sıvası tamamen bittiğinde ve doğramalar tamamen ısı camları ile birlikte takıldığında da diğer (3) daire üzerindeki ipoteğin kaldırılacağı ve nihayet iskan raporu alındıktan, cins tashihi ve kat mülkiyeti kurulduktan sonra ise, geriye kalan daireler ve dükkân üzerindeki ipotek kaydının terkin olunacağı kararlaştırılmıştır. Arsa sahiplerinin teminat ipoteği tesisi ile ilgili haklarının, yanlar arasındaki sözleşmenin değiştirilmesi sebebiyle veya bu haktan feragat etmiş olmaları sonucu ortadan kalktığı, davacılarca yasal delillerle kanıtlanmadığına göre; yanlar arasındaki sözleşmenin 16. maddesi hükmünde öngörüldüğü üzere, arsa sahipleri yararına teminat ipoteği tesis edilmeden davacıların paylarının ve bu kapsamdaki bağımsız bölümlerin tesciline karar verilemez” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 09.06.2019).

²⁸⁵ Ayan, a.g.e., 40; Yavuz, a.g.e., s.1074.

²⁸⁶ Erman, (Arsa Payı), s.12; Karadaş, a.g.e., s.45.

²⁸⁷ Erman, (Arsa Payı), s.12.

²⁸⁸ Erman, (Arsa Payı), s.12.

²⁸⁹ Coşkun, a.g.e., s.29.

Belirli arsa paylarının devredildiği durumda da, aynı tamamının devrinde olduğu gibi, arsa payını devreden tarafın haklarını güvence almak için müteahhide devredilen paylar üzerinde arsa sahibi yararına teminat ipoteği kurulabilmektedir. Yine aynı şekilde inşaatın geldiği aşamaya göre ipotek kademeli olarak kaldırılacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bu türüne, müteahhit açısından bakıldığında, müteahhidin bu türde en avantajlı konumda olduğu görülmektedir. Zira Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere²⁹⁰, arsa paylarının devriyle, müteahhit, avans niteliğinde finansman ve satış imkânı sağlamış olmakta ve ancak borcunu ifa etmesiyle elde edebileceği menfaati henüz sözleşmenin başında elde etmektedir. Böylece ileride yapacağı bağımsız bölümleri şimdiden üçüncü kişilere satarak finansman elde etmiş olacak ve arsa sahibinden alacağını tahsil edecek olmakla birlikte, Yargıtay içtihatlarına göre, müteahhidin bu menfaatlere tam olarak hak kazanabilmesi için edimlerini tam olarak ifa etmesi gerekecektir²⁹¹. Arsa sahibi açısından bakıldığında da, arsa sahibi, inşaatın tamamlanıp tamamlanmayacağı henüz belli olmayan bir aşamada, kendi pay devri borcunu ifa ettiğinden dolayı ve müteahhidin üçüncü kişilere devirler yapıp inşaatı tamamlamaması durumunda

²⁹⁰ Y. 15. HD., 27.09.2010 T., 2009/4222 E., 2010/4818 K.: “(...)Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, arsa sahibi tarafından yükleniciye ya da onun istemiyle üçüncü kişi ve kişilere yapılan taşınmaz ya da taşınmaz payı temliki, "avans" niteliğinde olup; yüklenici yüklendiği karşı edimini ifa ettiği oranda "şahsi hak" elde edebilir ve ancak kazandığı şahsi hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Yüklenici, tüm edimlerini ifa ettiği takdirde ve sözleşmede ifa ile sonuçlanması durumunda şahsi hakkı, aynı hakka dönüştür(...)”; Y. 14. HD., 04.12.2006 T., 2006/13714 E., 2006/14348 K.: “...Diğer taraftan; arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde, başlangıçta yükleniciye kolaylık sağlamak amacıyla geçirilen tapu kaydı bir bakıma avans niteliğindedir. Geçirilmiş olsa bile, tapu veya verilen şerh yükleniciye yada onun halefi durumundaki üçüncü kişilere mülkiyet hakkı sağlamaz. Çünkü, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bir bakıma eserin bedeli olan arsa payı devrine yüklenici ancak eseri fen, sanat kurallarına ve sözleşme hükümlerine uygun meydana getirerek tesliminde hak kazanır(...)” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 09.06.2019).

²⁹¹ Y. 15. HD., 31.05.2011 T., 2011/1819 E., 2011/3203 K.: “(...)Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan tapu kaydı ya da bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi için inşaatı sözleşme ve ekleri, tasdikli ruhsat ve projesine, imar ile fen ve tekniğine uygun olarak tamamlayıp teslim etmesi gerekir. Uygulamada, yüklenici tapuya hak kazanmamasına rağmen finans temini olanağı sağlamak üzere sözleşmenin başlangıcında ya da aşamalı olarak tapu devri yapılacağı kabul edilmekte ve yapılmaktadır. Ancak yapılan bu devirler avans niteliğinde olup tapu payı devredilmiş olsa dahi yüklenici edimini tamamen yerine getirmediği sürece aynı hakkı kazanması mümkün değildir(...)” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 09.06.2019).

yaşanılacak muhtemel hukuki ve ekonomik sorunlar nedeniyle diğer türlere göre daha güvencesiz bir durumdadır²⁹².

B. Arsa Paylarının İnşaatın Ulaştığı Seviyeye Göre Kısım Kısım Devri

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bu türünde, müteahhide ait olacağı kararlaştırılan arsa paylarının inşaatın gelmiş olduğu seviyeye göre devredileceği veya bu konuda üçüncü kişilere satış yapabilmesi için müteahhide yetki(vekâlet)²⁹³ verilmesi kararlaştırılabilmektedir²⁹⁴.

Üçüncü kişilere satış yapabilmesi için müteahhide yetki verilen durumlarda, müteahhit, her ne kadar üçüncü kişi ile yapılan satış sözleşmesinde arsa sahibinin vekili olarak görünse de, satış bedelini kendisi almakta ve gerçekte satıcı da kendisi olmaktadır²⁹⁵.

²⁹² Semih Yünlü, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp**, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2014, s.24.

²⁹³ Müteahhide verilen temsil yetkisinin ifa uğruna edim sayılması gerektiği yönünde bkz. Gümüş, **(Yeni Şerhler)**, s.118-119.

²⁹⁴ Erman, **(Arsa Payı)**, s.14; Yavuz, a.g.e., s.1075; Karadaş, a.g.e., s.45; Coşkun, a.g.e., s.31; Y. 15. HD, 30.05.1994 T., 1993/5125 E., 1994/3380 K.: “Sözleşmede bir yandan yüklenicinin edimini yerine getirmesi, diğer anlatımla eserin bitirilip teslimi beklenilmeksizin bağımsız bölümlerin arsa paylarının tespiti ve yüklenici paylarının devri öngörülmüş, öte yandan bu devir inşaatın belli bir seviyeye getirilmesi (çatının kapanması) ve eserin teslimiyle kabul edilmesine değin ipotek tesisi koşuluna bağlanmıştır. Ferağın verilmesi için, yüklenicinin ihtarına karşın inşaatın o aşamaya ulaşmadığı ileri sürülmemiştir. Bilirkişi raporunda da, çatının kapatıldığı belli olmuştur. O halde, ihtarla rağmen ferağa dair edimini yerine getirmeyen arsa sahiplerinin mütemerrit duruma düştüğü gerçektir. Mahkemece yapılacak iş; sözleşme uyarınca ipotek karşılığı yüklenici payının adına tesciline karar vermek, ferağ için arsa sahiplerinin temerrüde düştüğü tarihte inşaatın bulunduğu seviyeye göre ferağ verilmiş olsaydı, eserin bitirilip teslim edilebilme tarihini saptamak, bu tarih sözleşmedeki teslim tarihini aşmıyorsa cezai şart isteminin reddine, aksi takdirde teslim tarihi ile işin bitirilebileceği tarih arasında geçen süreye hasren cezai şartın tahsiline karar vermekten ibarettir.”; Y. 1. HD, 26.11.2007 T., 2007/5385 E., 2007/7545 K.: “(...) ek 2. maddesinde tapu devrinin nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre kaba inşaatın ikmalinde % 25 payın, ince işlerin ikmalinde % 20 payın, inşaat iskan aşamasına geldiğinde ise kesin kabul yapılmak şartıyla kalan payın yüklenici kooperatife devir ve temlik gerekmektedir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 09.06.2019).

²⁹⁵ Erman, **(Arsa Payı)**, s.14; Usta, a.g.e., s.39; Y. HGK., 30.03.1979 T., 1977/842 E., 1979/359 K.: “Her ne kadar satış sözleşmesi müteahhit ile davacı arasında arsa sahibine vekaleten 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 kişiler intikalini sağlamak için müteahhide vekalet vermektedir. Bu suretle yapılan intikalde arsa sahibi satıcı olarak görülmekte ise de, müteahhide kalan daireler açısından gerçekte satıcı müteahhittir.” (Lexpera, Erişim Tarihi: 11.06.2019); Y. 15.

Sözleşmenin bu türü, müteahhidin daha hızlı çalışmaya teşvik edilmesinin yanında, arsa sahibinin arsa paylarını başlangıçta devretmeyip kendisinde tutması yönlerinden bakıldığında, arsa sahibinin daha çok korunduğu, daha güvenceli olduğu bir türdür²⁹⁶. Sözleşmenin bu türde yapılması durumunda satış veya satış vaadinden söz edilemeyecek olup hangi pay veya bölümlerin müteahhide, hangilerinin arsa sahibine ait olacağı belirlenmektedir²⁹⁷.

C. Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaat Etmesi ile Müteahhidin Arsa Üzerine İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi

Uygulamada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri en çok bu yöntemle kurulmaktadır²⁹⁸. Arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu diğer türlere göre biraz daha ötelenmiş olan bu türde, arsa sahibi, devir borcu altına girdiği arsa paylarının satışını vaat etmekte, müteahhit de, arsa üzerine bağımsız bölümlerden oluşan inşaat yapımını taahhüt etmektedir. Müteahhit, sözleşmeye uygun şekilde inşaatı tamamladığında, arsa sahibi de vaat ettiği arsa paylarının mülkiyetini devredecektir²⁹⁹. Bu türde, taşınmaz satış vaadi ile inşaat yapımı, tek bir sözleşmede bir arada düzenlenmektedir³⁰⁰.

HD, 29.05.1989 T., 1988/3482 E., 1989/2549 K.: “Taraflar arasındaki 08.09.1986 Tarihli sözleşmede, davacının yapacağı inşaat karşılık, kendisine 55/100 arsa payının verileceği öngörülmüş ise de, daha sonra taraflar arasında yapılan 11.09.1987 tarihli protokolün 2/a Maddesi’nde, inşaatın 5. normal katında tavan betonunun tamamen dökülmesinden sonra tahsis edilen dairelerden dördünün, (b) bendinde ise inşaatın dış sıvalarının tamamen bitirilmesi, astar sıvalarının tamamlanması, kapı ve pencere doğramalarının takılmasından sonra geri kalan 7 daireden ikisinin ipotekten ari olarak davacıya verileceği belirtilmiştir... Yapılan incelemede, inşaatın % 67’sinin tamamlandığı anlaşılmaktadır. Sözleşmenin taraflarca aynen ifası talep edilmiş olup, feshi yolunda herhangi bir girişim yapılmamıştır... İnşaatın bulunduğu aşamaya göre, davacı yükleniciye protokolde belirtildiği üzere hangi bağımsız bölümlerin verilmesi gerektiği saptanmalı ve sonucuna uygun bir karar verilmelidir. Mahkemenin taraflar arasındaki sözleşmenin sanki fesih ve tasfiye edilmiş gibi hüküm kurması yanlıştır.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 11.06.2019).

²⁹⁶ Erman, (Arsa Payı), s.14-15; Avcı, a.g.e., s.10; Usta, a.g.e., s.40.

²⁹⁷ Yavuz, a.g.e., s.1075; Gümüş, (Kısa Ders Kitabı), s.401.

²⁹⁸ Erman, (Arsa Payı), s.15; Yavuz, a.g.e., s.1076; Gümüş, (Kısa Ders Kitabı), s.400; Usta, a.g.e., s.39.

²⁹⁹ Erman, (Arsa Payı), s.15; Yavuz, a.g.e., s.1076; Avcı, a.g.e., s.10.

³⁰⁰ Erman, (Arsa Payı), s.15; İnal, (Arsa Payı), s.1202; Coşkun, a.g.e., s.31.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin bu türünde, arsa sahibi, müteahhidin borçlarını ifa etmesinden sonra arsa paylarını devredeceğinden ve sözleşme sürecini izleyip yönetme fırsatı olduğundan, arsa sahibi yönünden diğer türlere göre daha güvenceli bir türdür³⁰¹.



³⁰¹ Yünlü, a.g.e., s.26.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN KURULMASIYLA DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLER

I. GENEL OLARAK

Borçlar, taraf iradelerinin arzu ettiği sonucun meydana gelmesiyle yani sözleşmenin kurulmasıyla veya sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile doğrudan doğruya kanunun yüklediği bir yükümlülük şeklinde doğabilir³⁰².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, tarafların irade açıklamalarının karşılıklı ve birbirine uygun olması ve sözleşmenin geçerlilik şartlarının sağlanması durumunda, geçerli bir şekilde sözleşme kurulur ve tarafların uymaları gereken bazı yükümlülükleri doğar. Bunun yanında sözleşmede kararlaştırılmasalar dahi doğrudan kanundan doğan bazı yükümlülükler de mevcuttur. Dolayısıyla, çalışmamızın bu bölümünde, arsa sahibi ve müteahhidin yükümlülükleri hakkında bilgi verilerek her yükümlülüğün sonunda, o yükümlülüğün sözleşmeyle kararlaştırılmasının zorunlu olup olmadığı ve varsa özellik arz eden durumlar izah edilecektir.

II. ARSA SAHİBİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Arsayı İnşaat Yapmaya Elverişli Şekilde Teslim Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin öncelikle yerine getirmesi gereken edim³⁰³, üzerinde inşaat yapılması için arsayı müteahhide teslim etmesidir³⁰⁴. Arsa müteahhide üzerinde inşaat yapılmasına uygun bir şekilde ve ayıpsız olarak teslim edilmelidir.

³⁰² Oğuzman, Öz, a.g.e., s.33-34.

³⁰³ İnal, a.g.e., s.237.

³⁰⁴ Sütçü, (Kat Karşılığı-C.1), s.341; Erman, (Arsa Payı), s.55; Y.23.HD., 14.5.2019 T., 2016/5985 E., 2019/1952 K.: "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, bünyesinde gayrimenkul satış vaadi ve eser sözleşmesini barındıran bir sözleşmedir. Bu sözleşmede arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek; yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde ise yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmek ile yükümlüdür."; Y.15.HD., 05.05.2004 T.,

Arsanın inşaat yapılmasına uygun olmama hallerine örnek olarak; imar mevzuatına göre inşaat elverişli olmaması, üzerinde hâlihazırda bir yapı olması ve hatta bu yapı içinde kiracıların yaşıyor olması gibi durumlar sayılabilir³⁰⁵. Arsanın üzerinde inşaat yapılmasına dair imar mevzuatından kaynaklanan engellerin bulunması hukuki anlamda bir engel, başka bir yapının bulunması ise fiili engel sayılmaktadır³⁰⁶. Eğer arsa üzerinde böyle bir fiili ya da hukuki engel varsa, arsa sahibinin arsayı üzerindeki bu engelleri kaldırarak müteahhide teslim etmesi gerekir³⁰⁷.

Söz konusu engellerin arsa üzerinde inşaatın yapılmasını objektif olarak imkânsız kılması halinde bu imkânsızlığın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması sırasında var olması durumunda, sözleşme, TBK m.27 gereğince sözleşmenin konusunun imkânsız olması sebebiyle kesin olarak hükümsüz olacaktır³⁰⁸.

Buna karşılık imkânsızlığın sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkması durumunda ise, örneğin imar planının sonradan değişmesi sonucu arsada inşaat yapılamıyorsa; sonraki imkânsızlık sonucunda TBK m.112 veya m.136'nın uygulanması söz konusu olur³⁰⁹.

Arsanın inşaat ruhsatı alınmasına engel olan ayıplarının yanında üzerinde mülkiyet iddiası, ipotek, intifa hakkı veya haciz bulunması gibi ayıplara sahip olması, arsayı teslim borcunun gereği gibi yerine getirilmesine engeldir³¹⁰.

2003/5372 E., 2004/2508 K.; “karşılıklı edimleri içeren inşaat sözleşmelerinde, yer teslimi iş sahibinin öncelikli edim borcudur” (Lexpera, Erişim Tarihi: 11.06.2019).

³⁰⁵ Kaplan, a.g.e., s.105.

³⁰⁶ Oy, Haşal, a.g.e., s.45.

³⁰⁷ Atamulu, a.g.e., s.82; Erman, (**Arsa Payı**), s.55.

³⁰⁸ Erman, (**Arsa Payı**), s.55; Y.15.HD. 30.10.2001 T., 2001/2953 E., 2001/4871 K.: “..kamu düzeninden olan imar mevzuatına aykırı bulunduğundan anılan sözleşme B.K.nun 20.maddesi uyarınca batıldır. Batıl olan sözleşme esasen hiç meydana gelmemiş sayılır.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 08.06.2019).

³⁰⁹ Atamulu, a.g.e., s. 84–86; Erman, (**Arsa Payı**), s.56.

³¹⁰ Kartal, a.g.e., s.105,106; Avcı, a.g.e., s.45-46; Oy, Haşal, a.g.e., s.44.

Arsanın müteahhide teslim edildiğine dair ispat yükü, arsa sahibi üzerindedir. Arsanın müteahhide teslim edildiğine dair tutanağın hazırlanıp imzalanmış olması her ne kadar kesin bir şekilde teslimin ispatını sağlamasa da bu konuda karine oluşturacaktır³¹¹. Bunun yanında her ne kadar teslim tutanağı tutulmuş olsa da arsa inşaat yapmaya elverişli değilse veya çeşitli ayıpları varsa arsayı teslim borcu yerine getirilmemiş sayılacaktır³¹².

Arsa sahibi, arsayı teslim borcunu yerine getirmezse TMK m.97 gereği³¹³ müteahhitten inşaaata başlamasını isteyemez. Hatta arsa sahibi, TBK m.106/1'de belirtildiği üzere³¹⁴ borçlunun yani müteahhidin borcunu ifa edebilmesi yani inşaatı yapabilmesi için yapması gereken arsa teslimi eylemini yerine getirmediği için alacaklı temerrüdüne düşer³¹⁵. Dolayısıyla, taraflar, sözleşmede, arsayı inşaat yapmaya elverişli şekilde teslim borcunu kararlaştırmaları dahi kanun hükmü gereği bu yükümlülük mevcuttur.

B. İnşaatın Yapımı Konusunda İş Birliği Yapma ve Vekâlet Verme Borcu

Müteahhidin inşaat yapma borcunu yerine getirebilmesi için arsa sahibinin müteahhitle iş birliği içinde olması gerekir. Özellikle yapı ruhsatının alınması, sözleşmeye uygun olarak plan ve projelerin çizilmesi, tapudaki gerekli işlemlerin yapılması, kat irtifakının kurulması gibi işlemleri kural olarak arsa sahibinin yapması gerekir³¹⁶. Sözleşmeyle bu işlemlerin müteahhit tarafından yapılacağı kararlaştırılabilir. Sözleşmeyle kararlaştırılmamış olsa bile müteahhit bu işlemleri

³¹¹ Erman, (Arsa Payı), s.57.

³¹² Duman, (Arsa Payı), s.44.

³¹³ TBK m.97: “Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.”

³¹⁴ TBK m.106/1: “Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur.”

³¹⁵ Y. 15. HD. 05.05.2004 T. 2003/5372 E. 2004/2508 K.: “Çünkü, karşılıklı edimleri içeren inşaat sözleşmelerinde, yer teslimi iş sahibinin öncelikli edim borcudur (BK.md.81,90). Bu yasal nedenle, arsanın ayıpsız ve inşaaata elverişli şekilde teslimine kadar yükleniciden inşaaata başlaması istenemez.... arsa sahibi davalının belirtilen öncelikli ediminin ifasında temerrüde düşmüş olduğunun kabulü gerekir (BK.md.90).” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 08.06.2019).

³¹⁶ Atamalı, a.g.e., s.86; Karadaş, a.g.e., s.304–305; Demir, a.g.e., s.46

yapmayı üstlenebilir. Böyle bir durumda arsa sahibinin, müteahhide, resmi makamlara başvurması ve gerekli izinleri alması konusunda vekâlet vermesi gerekir³¹⁷.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi arsanın inşaaata hazır hale gelmesinden, örneğin üzerinde bir yapı varsa bu yapının yıkılmasından kural olarak arsa sahibi sorumludur. Ancak taraflar, aralarındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsanın inşaaata hazır hale gelmesi için gerekli olan işlemleri müteahhide yüklemişlerse, arsa sahibinin bu hususlarda müteahhide vekâlet vermesi gerekir.

Arsa sahibi yukarıda sayılan yükümlölüklerini yerine getirmediği gibi müteahhide bu işlemlere yönelik vekâlet de vermezse, inşaatın süresinde bitirilmemesine ilişkin tazminat talebinde bu husus mahkemece dikkate alınarak hüküm kurulacaktır³¹⁸.

Arsa sahibi inşaatın başlaması ve devam etmesi için gerekli işlemleri yapmaz veya müteahhide bu konuda vekalet vermezse, TBK m.97 gereği müteahhitten edimini ifa etmesini isteyemez ve müteahhit, arsa sahibinin gerekli işlemleri yapmasını veya kendisine vekalet vermesini mahkemeden talep edebilir³¹⁹.

³¹⁷ Y. 15.HD., 17.02.1994 T., 1993/3539 E., 1994/830 K.: “Ancak, tapu kaydı davalı üzerinde olduğu için, inşaaata başlamak; devam etmek ve bitirmek için resmi mercilere başvurmak ve gerekli izinleri almak için davalı arsa sahibinin davacı yükleniciye yardımcı olması veya yetki vermesi gerekmektedir” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 08.06.2019).

³¹⁸ Sütçü, (**Kat Karşılığı-C.1**), s.350; Y. 23.HD., 13.7.2012 T., 2012/2382 E., 2012/4936 K.: “mahkemece yapılması gereken iş: davacı yanın davalı tarafa verdiği ileri sürdüğü vekaletnamenin istenerek: ibrazı halinde davalının savunmasında ileri sürdüğü hususlara dair yetkili olup olmadığının belirlenmesi, keza aynı savunmada ifade edilen hususların gecikmeye neden olup olmayacağının, inşaat konularında uzman bir bilirkişiden görüş alınarak tespit edilmesi, vekaletnamede gerekli yetkilerin bulunduğu anlaşılmaması halinde arsa sahibinin gecikmede herhangi bir kusurunun bulunmadığının kabulü, vekaletnamede gerekli yetkilerin bulunmaması ve aynı zamanda yapılacak işlerin de iskan izni alınmasını geciktirebileceği saptandığı takdirde ise bunun ne kadarlık bir süre gecikmeye neden olacağı hususunun saptanarak, sonucuna göre gecikme tazminatı istemi hakkında bir sonuca ulaşılmamasından ibarettir.”; Y. 15. HD. 28.1.2002 T., 2001/4506 E., 2002/384 K.: “Bilirkişi raporlarında belirtilen eksiklikler, eserin teslimine ve iskan ruhsatı alınmasına engel değildir. Davalı yüklenici 31.12.1998 tarihinde keşide ettiği ihtarnamesinde, cins tashihiinin yapılabilmesi ve iskanın alınabilmesi için vekaletname talep ettiği halde; davacılar, B.K’nın 81. maddesi uyarınca yerine getirmeleri gereken öncelikli edimlerini ifa etmediklerinden, eserin teslim alınması yönünden temerrüde düşmüş sayılırlar. Bu itibarla, kira kaybı zararına eserin teslimi için sözleşmede kararlaştırılan 31.12.1997 tarihinden, anılan ihtarnamenin tebliğ edildiği tarihe eklenecek makul sürenin sonuna kadar olan zaman dilimi için hükmedilmesi gerekirken, dava tarihine kadar hesaplanması da doğru olmamıştır. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 09.06.2019).

³¹⁹ Erman, (**Arsa Payı**), s.58-59; Y.15.HD., 11.7.2012 T., 2011/3692 E., 2012/5297 K.: “İnşaat ruhsatının alınma tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde inşaat bitirilmediği ve sözleşme arsa sahipleri

Dolayısıyla, taraflar arasındaki sözleşmede bu yükümlülük kararlaştırılmamışsa, kural olarak arsa sahibi üzerindedir. Ancak, sözleşme ile bu yükümlülük, gerekli işlemler için müteahhide vekâlet verilerek müteahhit üzerine bırakılabilir.

C. Arsa Paylarını Devir Borcu

Eser sözleşmelerinde iş sahibinin asli borcu, TBK m.479 ila 481 arasında düzenlenen bedel ödeme borcudur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise arsa sahibinin asli borcu olan bu borç, sözleşmede belirlenen payların müteahhide ya da müteahhidin göstereceği üçüncü kişilere devri şeklindedir³²⁰. Yani müteahhide yapılan arsa paylarının devri, inşaat yapımı karşılığında ücret ödenmesi mahiyetindedir³²¹. Taraflar sözleşmede, müteahhide arsanın tamamının ya da bir kısmının devredileceğini kararlaştırabilirler.

Arsa paylarının devrinin ne zaman yapılacağı sözleşmede yapılan düzenlemeye bağlıdır³²². Taraflar arsa paylarının, belirli bir tarihte devrini kararlaştıracakları gibi inşaatın ulaştığı aşamalara göre devrini de kararlaştırabilirler³²³. Örneğin, payların kaba inşaatın bitimi sonrasında devredileceği ya da kaba inşaat tamamlanınca bir kısmının, inşaat tamamen sona erince geriye kalan kısmının devredileceği kararlaştırılabilir. Bunun yanında arsa sahibi pay devrini en başta da yapabilir. Uygulamada da görülen böyle bir durumda arsa sahibi devrettiği arsa ya da arsa payı üzerine kendi lehine ipotek tesis ettirerek inşaatın

tarafından da feshedilmediğine göre, belediye yazısı ve bilirkişi kurulu raporlarının içeriği dikkate alınarak, davacı yüklenici kooperatife inşaatın yasal hale getirilmesi ve tamamlanması için gerekli yapı ruhsatlarını alması yönünde yetki ve yeterli sürenin verilmesi zorunludur. Mahkemeye, davacı yüklenici kooperatifin bu isteminin kabul edilmesi gerekirken, diğer istemleri yanında gerekli yapı ruhsatlarını alması için yetki verilmesi isteminin de reddi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.06.2019).

³²⁰ Atamulu, a.g.e., s. 82; Y.15.HD., 07.03.2008 T., 2007/1709 E., 2008/1486 K.: “Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre, daire karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasından sonra tapuda yapılan devir işlemleri arsa sahiplerinin edimlerini yerine getirmesi olarak kabul edilmektedir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.06.2019).

³²¹ Kaplan, a.g.e., s.272.

³²² Devir anına göre sözleşmenin düzenlenme biçimleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s.66 vd.

³²³ Erman, (Arsa Payı), s.52 ; Kırmızı, a.g.e., s.645; Sütçü, (Kat Karşılığı-C.1), s.376.

teslimi üzerine ipoteği tamamen kaldırır ya da inşaatın aşamalarına bağlı olarak kademeli bir şekilde kaldırabilir³²⁴.

Taraflar arsa payının devrinin ne zaman yapılacağını kararlaştırmamışlarsa, TBK m. 479 gereği arsa sahibinin arsa payını devir borcu, inşaatın tamamlanıp sözleşmede belirlenen bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimi ile muaccel olacaktır³²⁵.

Sözleşmede arsa payı devri şeklinde kararlaştırılan bedelin, götürü bedel olduğu kabul edilmektedir³²⁶. Bunun sonucu olarak, TBK m.480/1'e göre müteahhit, inşaatın yapılması öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile, sözleşmeyle devredileceği belirlenen kadar arsa payından fazlasını isteyemez³²⁷. Ancak, müteahhit TBK m.480/2³²⁸,de yer alan şartların gerçekleşmesi halinde hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir, sözleşmeden dönebilir ya da dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda fesih hakkını kullanabilir³²⁹. Arsa sahibi de aynı kanun maddesinin üçüncü fıkrası³³⁰ gereği

³²⁴ Kartal, a.g.e., s.29; Sütçü, (Kat Karşılığı-C.1), s.376.

³²⁵ Öz, (İnşaat), s. 98; Erman, (Arsa Payı), s. 54.

³²⁶ Tandoğan, (C.2), s.234; Kartal, a.g.e., s.105; Sütçü, (Kat Karşılığı-C.1), s.39; Duman, (Arsa Payı), s.96; Kırmızı, a.g.e., s.667; Demir, a.g.e., s.27; Y.HGK., 9.3.2016 T., 2014/23-740 E., 2016/283 K.: "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tam iki tarafa karşılıklı borç yükleyen (synallagmatik) sözleşmelerden olup bu sözleşme ile arsa sahibi edim olarak, belirlenen arsa payının devrini gerçekleştirmeyi üstlenirken, yüklenici de bu taşınmaz üzerinde taraflar arasında anlaşılmış bulunan vasıflarda ve imar mevzuatına uygun bir bina yapmayı üstlenir. Yapısı gereği bu sözleşme türü "götürü bedelli" olup..."; Y.HGK., 5.3.2003 T., 2003/15-125 E., 2003/141 K.: "Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflara isabet edecek bağımsız bölümler, başka bir anlatımla, taraflara isabet edecek arsa payları belli olduğu için, bu tür sözleşmelerde işin bedeli götürüdür." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.06.2019).

³²⁷ Y.23.HD. 18.3.2016 T., 2015/1947 E., 2016/1711 K.: "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türü olup, kural olarak, arsa sahibi bu sözleşme ile yüklenicinin yapacağı inşaat karşılığı arsa veya arsa payı devrini, yüklenici de sözleşmeye göre üstlendiği işi tamamlayıp teslim etmeyi taahhüt eder. Bu haliyle bu sözleşmeler "götürü bedelli" nitelik taşımaktadır. Borçlar Kanunu'nun 365. maddesi (TBK m.480)uyarınca, yine kural olarak, yüklenici üstlendiği işi, kararlaştırılan fiyata yapmaya mecbur olup, tahmin edilenden daha fazla emek ve masrafı gerektirse dahi, fiyatın artırılmasını isteyemez." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.06.2019).

³²⁸ TBK m.480/2: "Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilen de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir."

³²⁹ Y.HGK. 05.03.2003 T., 2003/15-125 E., 2003/141 K.: "Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflara isabet edecek bağımsız bölümler, başka bir anlatımla, taraflara isabet edecek arsa payları belli olduğu için, bu tür sözleşmelerde işin bedeli götürüdür. BK' nın 365/2 maddesi uyarınca önceden tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller, işin yapılmasına

inşaatın öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmesi durumunda belirlenen miktarın altında bağımsız bölüm ya da diğer bir deyişle arsa payı devri yapamaz.

Arsa sahibinin arsa payı devri borcunu ifa etmemesi durumunda müteahhit, TBK m.123-126 arasında düzenlenen borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler çerçevesinde hareket edilebilecektir³³¹. Bu doğrultuda, arsa sahibi arsa paylarının devrini sözleşmeyle kararlaştırılan zamanda gerçekleştirmemişse, müteahhit mahkemeden bu paylara ilişkin tapu iptali ve kendi adına tescilini isteyebilir³³². Ayrıca Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekle uygun olarak yapılmamasına rağmen, arsa paylarının müteahhide tapuda devri üzerine geçerlilik kazanacağını da kabul etmektedir³³³.

Son olarak belirtmek gerekir ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu, sözleşmenin objektif esaslı unsurlarından olduğundan, sözleşmede kararlaştırılması zorunludur. Devredilecek arsa payının belirli olması gerekir. Ancak devir zamanı kararlaştırılmasa bile TBK m.479 gereği inşaatın tamamlanıp arsa sahibine teslimiyle devir borcu muaccel olacaktır.

engel olur veya yapılmasını son derecede zora sokarsa hakim, haiz olduğu takdir hakkını kullanarak, ya sözleşmede yükleniciye ait olan bedeli (somut olayda arsa payı) arttırır veya sözleşmeyi fesheder.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.06.2019).

³³⁰ TBK m.480/3: “Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile işsahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür”

³³¹ Atamulu, a.g.e., s.84; Oy, Haşal, a.g.e., s.44.

³³² Erman, (**Arsa Payı**), s.53.

³³³ Y.15.HD E. 2002/1622 K. 2002/2149 T. 29.4.2002: “Dairemizin istikrarlı uygulamalarına göre, adi sözleşmeden sonra yapılan tapu devrinin eser sözleşmesine yürürlük kazandırmak amacıyla yapıldığı kabul edilmektedir. Bu durumda mahkemece başlangıçta yapılan geçersiz sözleşmeye sonradan tapuda pay devredilmek suretiyle geçerlilik kazandırıldığı ve tapudaki pay devrinin bu amaçla yapıldığının kabulü ile uyumsuzluğun kat karşılığı eser sözleşmesi hükümleri doğrultusunda incelenerek çözümlenmesi gerekirken, davanın red edilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması uygun bulunmuştur.”; Y.15.HD. E. 2010/7418 K. 2011/6873 T. 28.11.2011: “Sözleşmelerin noterde düzenleme şeklinde yapılmaması halinde, tapu devri yapılmışsa veya inşaat tamamlanmışsa sözleşmelerin tarafları bağlayıcı olacağı kabul edilmelidir. Somut olayda, arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmeleri noterde düzenleme şeklinde yapılmadığından geçersizdir. Sözleşmelerin yapılmasından sonra, arsa sahipleri tarafından dava dışı yüklenici şirkete tapu devri yapılmadığından ve şirket tarafından inşaat da sözleşmelere göre tamamlanmadığından, bu sözleşmeler tarafları bağlayıcı nitelik de kazanmamıştır.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.06.2019).

III. MÜTEAHHİDİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. İnşaatı Teslim Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin başlıca borcu sözleşmeye konu olan inşaatı tamamlamak ve arsa sahibine sözleşmede belirlenen bağımsız bölümleri teslim etmektir³³⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın teslimi kural olarak, inşaatın tamamlandığının arsa sahibine bildirilmesi ile olur³³⁵. Bu bildirim, inşaatın arsa sahibinin görebileceği şekilde tamamlanıp üzerinde tasarruf edebileceği şekle getirilmesi halinde örtülü olarak yapılmış sayılır³³⁶. Bunun yanında, arsa sahibinin, kendisine bırakılacak olan bağımsız bölümler üzerinde fiili hâkimiyetini kullanamayacağı veya fiili hâkimiyetini engelleyici unsurların var olmasına rağmen arsa sahibine bildirimde bulunulması teslim borcunun ifa edildiği anlamına gelmez³³⁷.

Sadece arsa sahibine verilecek bağımsız bölümlerin tamamlanıp teslim edilmesi yeterli olmayıp taşınmazın tamamının inşa edilmiş olması gerekir. Ancak müteahhide ait olan bağımsız bölümlerdeki eksiklikler, ana taşınmazın kat mülkiyetine geçişine engel teşkil etmiyorsa, bu durum, müteahhidin edimlerini yerine getirmediği anlamına gelmez³³⁸. Dolayısıyla, teslim borcunun yerine getirildiğinin kabul edilebilmesi için inşaatın kat mülkiyetine geçmeye uygun hale getirilmiş olması da aranmaktadır³³⁹.

Arsa sahibinin bağımsız bölümü kullanmaya başlaması ya da kiracısını yerleştirmesi de teslimin gerçekleştiğini gösterir. Teslim borcunun yerine getirilmiş sayılması için, müteahhidin üstlendiği bütün işleri tamamlamış olması gerekir³⁴⁰. Bu sebeple inşaatın bütün işleri tamamlanmadan arsa sahibinin bağımsız bölümü

³³⁴ Kırmızı, a.g.e., s.634; Erman, (Arsa Payı), s.33.

³³⁵ Tandoğan, (C.1/1), s.125; Erman, (Arsa Payı), s.34; Kartal, a.g.e., s.74.

³³⁶ Tandoğan, (C.1/1), s.125; Erman, (Arsa Payı), s.34; Şahin, a.g.e., s.106; Kırmızı, a.g.e., s.635.

³³⁷ Tandoğan, (C.1/1), s.126; Kırmızı, a.g.e., s.635.

³³⁸ Erman, (Arsa Payı), s.3.

³³⁹ Erman, (Arsa Payı), s.3; Demir, a.g.e., s.24.

³⁴⁰ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.476; Şenocak, a.g.e., s.88; Şahin, a.g.e., s.63.

kullanmaya başlaması, teslim borcunun yerine getirildiğinin kesin göstergesi sayılamaz, fakat teslim borcunun yerine getirildiğine karine teşkil eder³⁴¹.

Müteahhidin teslim borcunu nasıl yerine getireceği sözleşmede belirlenmişse teslim borcunun ifası ancak o şekilde mümkün olabilir. Yani örneğin, teslim borcunun anahtar teslimiyle, teslim tutanağının birlikte imzalanması ya da iskân ruhsatının alınması yoluyla gerçekleşeceği kararlaştırılmış ise borcun ifası ancak bu şekillerde gerçekleşir; inşaatın tamamlandığının bildirilmesi yeterli olmaz³⁴².

Arsa sahibi, haklı bir sebebi olmaksızın tamamlanmış olan inşaatı teslim almaktan kaçınırsa, alacaklı temerrüdüne düşer³⁴³. Bunun yanında arsa sahibinin inşaatı teslim alması, inşaatı kabul ettiği anlamına gelmez. Teslim alma ile kabul birbirinden farklı kavramlardır³⁴⁴. Zira inşaatın kabulüne ilişkin irade açıklaması, inşaatın sözleşmeye uygun ve ayıpsız olarak tamamlandığının kabulünü belirtir ve böylelikle kabul sonrasında ayıp iddiasında bulunulamaz³⁴⁵.

Inşaatın tesliminin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda uyuşmazlık olması durumunda bu hususun ispat yükü müteahhit üzerindedir³⁴⁶.

Müteahhit, inşaatı sözleşmede belirtilen zamanda teslim etmezse, arsa sahibi TBK m.123-126 arasında düzenlenen borçlu temerrüdüne dayanarak TBK m.125'teki seçimlik haklarını kullanabilir³⁴⁷.

³⁴¹ Erman, (Arsa Payı), s.34.

³⁴² Tandoğan, a.g.e., s.127; Erman, (Arsa Payı), s.35; Ayar Birkin, a.g.e., s.79; Kırmızı, a.g.e., s.636; Atamulu, a.g.e., s.67; Y. 15. HD. 06.12.2007 T., 2006/6821 E., 2007/7876 K.: “Sözleşmede inşaatın sözleşme şartlarına uygun şekilde 24 ay içinde teslimi öngörülmüş ve iskan ruhsatı alınması mükellefiyeti de yüklenici üzerinde bırakılmıştır. Henüz iskan ruhsatı alınmadığına göre sözleşme şartlarına uygun bir teslimin varlığından söz edilemez.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 08.06.2019).

³⁴³ Büyükay, a.g.e., s. 79; Atamulu, a.g.e., s.68.

³⁴⁴ Y.15. HD. E. 1992/3006 K. 1992/3087 T. 15.6.1992: “..”eserin teslimi” ile ”eserin kabulü ” de eş anlamlı değildir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 08.06.2019).

³⁴⁵ Erman, (Arsa Payı), s.36.

³⁴⁶ Atamulu, a.g.e., s. 68; Sütçü, a.g.e., s.609; Y.HGK., E. 2013/15-1976, K. 2015/1184, T. 8.4.2015: “Kural olarak, eser sözleşmelerinde işin yapıldığını ve teslim edildiğini kanıtlama külfeti yükleniciye, eserin ayıplı olduğunu kanıtlama külfeti ise iş sahibine aittir.”; Y.15.HD., 31.01.2013 T., 2012/6437 E., 2013/536 K. “Eser sözleşmesine dayanan ilişkilerde eserin teslim edildiğini kanıtlama yükümlülüğü yükleniciye aittir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.06.2019).

³⁴⁷ Ayar Birkin, a.g.e., s.81.

Son olarak belirtmek gerekir ki, müteahhidin inşaatı teslim borcu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından olduğundan, sözleşmede kararlaştırılması zorunludur.

B. Sadakat ve Özen Borcu

1. Sadakat Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin bir diğer borcu, sadakat borcudur³⁴⁸. Bu borç mülga 818 sayılı BK'da düzenlenen borçlar arasında olmamasına rağmen, 6098 sayılı TBK'da müteahhidin borçları arasında sayılmıştır. TBK m.471/1'de, bu borç, aynen, *“Yüklenici üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır”* şeklinde düzenlenmiş olup eser sözleşmesine ilişkin sadakat borcu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de uygulama alanı bulacaktır³⁴⁹.

Sadakat borcundan kasıt, müteahhidin arsa sahibinin yararına olan şeyleri yapıp zararına olan şeylerden kaçınmasıdır³⁵⁰. TBK'da sadakat borcunun iki özel görünümü bulunmaktadır³⁵¹.

İlk görünümü TBK m.472/2'de, *“Malzeme işsahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür.”* şeklinde hüküm altına alınan müteahhidin arsa sahibinin malzemesini özenli kullanma ve hesap ve artanı geri verme yükümlülüğüdür. Ancak inşaat için gerekli malzemeyi uygulamada çoğunlukla müteahhit sağladığından, bu maddenin uygulama alanı neredeyse yoktur³⁵².

³⁴⁸ Y. 14. HD., 11.10.2011 T., 2011/9418 E., 2011/11817 K.: *“(…)Gerçekten, yüklenicinin yapımını üstlendiği eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve o hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi, yüklenicinin hem sadakat ve hem de özen borcunu kapsar. Çünkü, iş görme niteliği icabı başkasının menfaatine hareketi gerektirir. Dolayısıyla, yüklenici sadakat ve özen borcu gereği eseri sözleşmesine, amacına ve fenne uygun şekilde meydana getirmek zorundadır.”* (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.06.2019).

³⁴⁹ Usta, a.g.e., s.55

³⁵⁰ Usta, a.g.e., s.55; Kaya, a.g.e., s.47.

³⁵¹ Erman, (Arsa Payı), s.37; Tandoğan, (C.2), s.49.

³⁵² Erman, (Arsa Payı), s.37; Usta, a.g.e., s.57.

Sadakat borcunun diğer görünümü de, TBK m.472/3’de, “*Eser meydana getirilirken, işsahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen işsahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.*” şeklinde hüküm altına alınan, müteahhidin, arsa sahibinin sağladığı malzeme veya gösterilen yerin ayıplı olduğunu veya inşaatın tamamlanmasını engelleyici durumları arsa sahibine bildirme yükümlülüğüdür. Eğer müteahhit, bu yükümlülüğe aykırı davranırsa, ortaya çıkan zararlardan sorumlu olacaktır. Örnek vermek gerekirse, inşaat sırasında su çıkması veya kayaya rastlanması halinde, bu tarz durumlar, inşaatın kararlaştırılan zamanda tamamlanmasını tehlikeye atan durumlar olduğundan, müteahhidin bu tarz durumları hemen arsa sahibine bildirmesi gerekmektedir³⁵³.

Netice itibariyle, sadakat borcu kapsamında, müteahhit, arsa sahibinin menfaatine hareket etme mecburiyetinde olup buna aykırı davranış ve işlemlerden kaçınması gerekmektedir³⁵⁴. Ayrıca, belirtmek gerekir ki, sadakat borcu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona ermesinden sonra dahi varlığını sürdürmektedir³⁵⁵.

2. Özen Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin bir diğer borcu da özen borcudur. Sorumluluğun ölçüsü açısından bakıldığında, özen borcu, mülga 818 sayılı BK’da, hizmet sözleşmesindeki bir işçinin göstermesi gereken özenle belirlenmekteyken; 6098 sayılı TBK’da benzer alandaki bir işi üstlenen basiretli bir müteahhitte kıyaslanarak belirlenmektedir.

³⁵³ Erman, (Arsa Payı), s.38.

³⁵⁴ Tandoğan, (C.2), s.49.

³⁵⁵ Öz, (İnşaat), s.21.

Özen borcu, müteahhidin, inşaatın yapım sürecinde, inşaatı imar ve projeye uygun yapma konusunda ve yardımcı kişi ile alt müteahhit seçiminde özenle davranma borcu olarak karşımıza çıkar. Özen borcuna aykırılık, sözleşmeye aykırılık teşkil eder ve müteahhidin TBK m.112 vd. göre sorumluluğunu gerektirir³⁵⁶.

Müteahhidin özen borcunun kapsamı, sözleşme ile genişletilip hafifletilebileceği için öncelikle sözleşme hükümlerine bakılıp hüküm yoksa kanuni düzenlemeler gözetilecektir³⁵⁷. Sözleşmede ayrı hüküm yoksa, müteahhitten beklenen özenin derecesi, objektif özen yükümlülüğü olarak da adlandırılan TBK m.471/2 gereği, *“benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranış”*tır.

Ayrıca, inşaatın tesliminden sonra ortaya çıkan müteahhidin sadakat ve özen borcuna aykırılıkları, artık ayıba karşı tekeffül sorumluluğu olarak karşımıza çıkacaktır³⁵⁸.

Son olarak belirtmek gerekir ki, sadakat ve özen borçlarının, sözleşmede ayrıca kararlaştırılmasına gerek yoktur. Zira bu yükümlülükler, kanundan doğan yükümlülüklerdir.

C. İnşaatı Bizzat Kendisi Yapma veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcu

TBK m.471/3’de yer alan *“Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür.”* düzenlemesiyle müteahhide kural olarak işi kendisinin doğrudan doğruya yapması veya yönetimi altında yaptırma borcu yüklenmiştir³⁵⁹.

³⁵⁶ Usta, a.g.e., s.56.

³⁵⁷ Usta, a.g.e., s.56-57.

³⁵⁸ Karadaş, a.g.e., s.122; Usta, a.g.e., s.59.

³⁵⁹ Bu hüküm, TBK m.83’te yer alan *“Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.”* hükmünün bir istisnasıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, işin niteliği gereği inşaatın tamamını müteahhidin bizzat kendisinin yapması mümkün olmadığından, bu borcunu, genel olarak inşaatı kendi yönetimi altında yaptırarak ifa ettiği söylenebilir³⁶⁰.

Burada müteahhidin inşaatı kendi yönetimi altında yaptırmasından kasıt, yardımcı kişilerin seçimi, işlerin organizasyonu, inşaatın yapılmasında yardımcı olan kişileri denetleme ve verdiği talimatlar doğrultusunda işe devamlarını sağlama gibi hususlardır³⁶¹.

TBK m.471/3'ün devamında yer alan *“Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.”* hükmü ise, müteahhidin işi bizzat kendi yapma ya da yönetimi altında yaptırma borcuna bir istisna getirmektedir. Bu hükme göre, müteahhit, kişisel özellikleri gereği işi bizzat yapması gerekmeyen durumlarda, işi alt müteahhide yaptırabilecektir. Burada önemli olan husus, müteahhidin bireysel yetenek ve tecrübelerine karşılık, başka birisinin müteahhidin yönetimi altında dahi aynı eseri ortaya koyamaması durumudur. Ancak böyle bir durumda müteahhit, işi bizzat yapma zorunluluğu ile karşılaşacaktır³⁶².

Alt müteahhit, asıl müteahhide eser sözleşmesi ile bağlı olan ve kendi hesabına çalışan, taşeron olarak da adlandırılan yardımcı kişidir³⁶³. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de aynı şekilde, müteahhidin kişisel özelliklerinin önemli olmadığı durumlarda, inşaat alt müteahhide yaptırılabilir. Burada önemli olan husus, inşaatın müteahhidin gözetim ve denetimi altında yapılmasıdır. Zira bu hususa dikkat edilmediği takdirde, müteahhidin işi başkasına yaptırması, devir niteliğindedir ve bu durum, sözleşme ile TBK m.471 hükmüne aykırılık teşkil edecektir³⁶⁴.

³⁶⁰ Öz, (İnşaat), s.123.

³⁶¹ Erman, (Arsa Payı), s.43.

³⁶² Tandoğan, a.g.e., s.71.

³⁶³ Tandoğan, a.g.e., s.77; Erman, (Arsa Payı), s.45.

³⁶⁴ Kostakoğlu, a.g.e., s. 324–325.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, müteahhit, inşaatın yapımı sırasında yardımcı kişilerden yararlanmışsa, yardımcı kişilerin arsa sahibine verdiği zararlardan, TBK m.116 uyarınca; yardımcı kişilerin fiilinden üçüncü kişilerin zarar görmesi halinde de TBK m.66 uyarınca sorumlu olacaktır³⁶⁵.

Alt müteahhitten yararlanılan durumlarda, arsa sahibi ile alt müteahhit arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından, arsa sahibi, asıl müteahhide karşı ileri sürebileceği talepleri, alt müteahhide karşı ileri süremez. Alt müteahhit de asıl müteahhide karşı ileri sürebileceği talepleri, arsa sahibine karşı ileri süremeyecektir³⁶⁶.

Alt müteahhidin, asıl müteahhitten olan ücret alacağı açısından TMK m.893/1-3'te, *“Bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkârlar”*ın, arsa sahibinin taşınmazı üzerinde kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilecekleri düzenlenmiştir.

Ayrıca, doktrinde alt müteahhide yaptırılacak işin, inşaat işinin tamamı değil de çeşitli kısımları olabileceği kabul edilmektedir³⁶⁷.

Son olarak belirtmek gerekir ki, inşaatı bizzat yapma veya kendi yönetimi altında yaptırma borcunun, sözleşmede kararlaştırılmasına gerek yoktur. Zira bu durum, kanundan doğan yükümlülüktür. Ancak, arsa sahibi, müteahhidin kişisel özelliklerinin önem taşıdığını düşünüyorsa, bu durumu sözleşmede belirterek müteahhidin inşaatı başkasına yaptırmasını engelleyebilir.

D. Malzeme ve Araç-Gereç Sağlama Borcu

TBK m. 471/4'de *“Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır.”* denilmektedir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere kural olarak araç-gereç

³⁶⁵ Kaya, a.g.e., s. 50; Usta, a.g.e., s.57.

³⁶⁶ Erman, (Arsa Payı), s.46; Kostakoğlu, a.g.e., s. 325.

³⁶⁷ Erman, (Arsa Payı), s.44-45; Usta, a.g.e., s.60; Ayar Birkin, a.g.e., s.83; Öz, (İnşaat), s.124.

sağlama borcu müteahhit üzerindedir. Ancak sözleşmede belirtilmesi ya da adetin araç-gerecin arsa sahibi tarafından sağlanacağı yönünde olması durumlarında, müteahhit araç-gereç sağlamakla yükümlü olmayacaktır.

Araç-gereç ile malzeme farklı kavramlar olup araç-gereç inşaatın yapımı sırasında kullanılan ve kullanılmakla tükenmeyen, işin bitiminde geri alınabilen şeylerdir³⁶⁸. Malzeme ise inşaatın yapımında kullanılmak suretiyle tüketilen, çimento, demir, tuğla, kiremit gibi inşaatla bırakılan şeylerdir³⁶⁹.

Yukarıda belirtildiği üzere kanunda araç gereç sağlama yükümlülüğünün müteahhitte olduğu belirtilmiş olmasına rağmen, malzemeyi kimin sağlayacağı açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte uygulamada genellikle malzeme sağlama yükümlülüğü müteahhit tarafından üstlenilmektedir³⁷⁰. TBK m.472/1 hükmünce malzemenin müteahhit tarafından sağlanması durumunda, malzemenin ayıplı olması halinde müteahhit arsa sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olacaktır. Bunun yanında müteahhit malzeme seçiminde özenli davranmalı, arsanın toprak yapısını da dikkate alarak inşaatın sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmesine elverişli malzeme temin etmelidir³⁷¹.

Son olarak belirtmek gerekir ki, araç-gereç sağlama borcu, sözleşmede kararlaştırılmamışsa müteahhidin yükümlülüğündedir. Malzeme sağlama borcu ise sözleşmede kararlaştırılmamışsa, kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa da doktrinde³⁷² ve Yargıtay içtihatlarında³⁷³ kabul edildiği üzere, müteahhit tarafından sağlanacaktır.

³⁶⁸ Tandoğan, a.g.e., s.102; Erman, (**Arsa Payı**), s.41.

³⁶⁹ Erman, (**Arsa Payı**), s.41.

³⁷⁰ Erman, (**Arsa Payı**), s.37.

³⁷¹ Aral, Ayrancı, a.g.e., s.332.

³⁷² Erman, (**Arsa Payı**), s.41; Selimoğlu, a.g.e., s.96-97.

³⁷³ Yargıtay 15.HD, T. 26.09.2013, E. 2012/7114, K. 2013/5213: “Uyuşmazlık malzemelerin kimin tarafından temin edildiği ve işin kapsamı noktalarında toplanmaktadır. Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarında akdi ilişkinin varlığı halinde kapsamının yazılı belge dışında diğer deliller ve tanık beyanları ile de kanıtlanabileceği kabul edilmektedir. İşin yapıldığı tarihle dava ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanun’un 357/I. maddesinde, yüklenici imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı sorumlu ve bu hususta satıcı gibi mütekeffil olur şeklindeki düzenleme karşısında, aksine sözleşme bulunmadığı ya da aksi karşı tarafça kanıtlanmadığı sürece malzemenin yüklenici tarafından temin edildiğinin kabulü zorunludur.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası- Erişim Tarihi: 10.09.2019).

E. İŖe Zamanında Başlama ve Yürütme Borcu

Müteahhidin inşaatı sözleşmede belirtilen zamanda başlatma ve teslim etme yükümlülüğü vardır³⁷⁴. Müteahhidin işe zamanında başlama ve yürütme borcu, özen borcunun bir tezahürüdür³⁷⁵.

Müteahhitin işe başlayacağı ve inşaatı teslim edeceği tarihler genelde sözleşmede belirleniyor olsa da, istisnaen belirlenmediğı durumlarda müteahhidin kural olarak derhal işe başlaması beklenir³⁷⁶. Fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin niteliğı gereğı, inşaata başlamadan önce inşaat ruhsatı alma gibi belli işlemlerin yapılması gerektiğinden, arsa sahibince makul bir süre beklenmesi gerekir³⁷⁷.

TBK m.473/1 gereğı, müteahhidin inşaata zamanında başlamaması, inşaat yapımını geciktirmesi ya da arsa sahibine yüklenemeyecek sebeplerden ortaya çıkan gecikme yüzünden tüm tahminlere göre inşaatı zamanında yetiştirmeyeceğinin kesin olarak anlaşılması durumunda, arsa sahibi teslim tarihini beklemeksizin sözleşmeden dönme hakkına sahiptir³⁷⁸. Ancak belirtmek gerekir ki, gecikmenin arsa sahibinden kaynaklanmaması gerekir. Örneğın, tapuda arsa paylarının devrinden sonra veya arsa üzerindeki binadaki kiracıların tahliyesinden sonra inşaata başlanacağı kararlaştırılmışsa, arsa sahibi, kendisine düşen yükümlölükleri yerine getirmeden, TBK m.473/1 uyarınca müteahhidin sorumluluğuna gidemeyecektir³⁷⁹.

Son olarak belirtmek gerekir ki, işe zamanında başlama ve yürütme borcunun, ayrıca sözleşmeyle kararlaştırılmasına gerek yoktur. Kanunen bu yükümlölük müteahhit üzerindedir.

³⁷⁴ Atamulu, a.g.e., s.57; Tandoğan, (C.2), s.124; Kostakoğlu, a.g.e., s.291-292.

³⁷⁵ Y.23.HD, E. 2012/2688, K. 2012/4766, T. 10.07.2012: “Sözleşme uyarınca işe zamanında başlama ve sürdürme borcu yüklenicinin eseri sadakat ve özenle meydana getirme borcunun sonucudur.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası- Erişim Tarihi: 10.06.2019).

³⁷⁶ Atamulu, a.g.e., s.56; Kostakoğlu, a.g.e., s. 292-293.

³⁷⁷ Usta, a.g.e., s.61.

³⁷⁸ Sözleşmeden dönme hakkının irade beyanıyla değıl de dava yoluyla kullanılması ve bu durumun eleştirisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s.28.

³⁷⁹ Usta, a.g.e., s.65.

F. Ayıp Nedeniyle Sorumluluk

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhit, eser sözleşmelerine ilişkin TBK m.474-478 maddeleri arasında düzenlenen ayıp sebebiyle sorumluluk çerçevesinde sorumludur³⁸⁰.

Müteahhidin inşaatteki ayıptan sorumlu olması için ilk şart, inşaatın tamamlanıp sözleşmeyle arsa sahibine devredileceği kararlaştırılan bağımsız bölümlerin teslim edilmiş olmasıdır³⁸¹.

İkinci olarak inşaatın ayıplı olması gerekir. Ayıp, inşaatın sözleşmede kararlaştırılan niteliklere sahip olmaması veya sözleşmede kararlaştırılan tahsis amacı bakımından taşınması gereken özellikleri taşınamaması şeklinde ortaya çıkabilir³⁸². Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatı ayıp, inşaatın, fenne, bilime ve tekniğe uygun olmayan şekilde yapılması durumunda ortaya çıkabilir³⁸³.

Inşaatın ayıplı olması halinde, arsa sahibi, inşaatı teslim aldıktan sonra, TBK m.474/1 gereği, *“işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde”* müteahhide bildirmek zorundadır. Bu durum, arsa sahibine yüklenen bir külfet olup arsa sahibi bu külfeti yerine getirmediği, ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanamaz. Zira TBK m.477/2 gereği, arsa sahibi, *“gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır”*. Yine TBK m.477/1 gereği, inşaatın, açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, müteahhit, *“her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder”*. Bu şekilde, inşaatı sonradan ortaya çıkan bir ayıp söz konusuysa, arsa sahibi, TBK m.477/3 gereği, gecikmeksizin durumu müteahhide bildirmek zorundadır, bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır.

³⁸⁰ Y.23.HD. 8.5.2019 T., 2016/5204 E., 2019/1779 K.; Y. 23. HD. 20.10.2016 T., 2016/1100 E., 2016/4633 K.; Y.15.HD. 20.07.2010 T., 2009/3561 E., 2010/4228 K.; Y.23.HD. 02.11.2012 T., 2012/3950 E., 2012/6370 K.; Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıpla ilgili olarak TBK m.474-478 hükümlerinin doğrudan uygulanmaması gerektiği yönünde bkz. Sütçü, **(Kat Karşılığı, C.1)**, s.808-809.

³⁸¹ Erman, **(Arsa Payı)**, s.121; Usta, a.g.e., s.66;

³⁸² Erman, **(Arsa Payı)**, s.121.

³⁸³ Kostakoğlu, s.447; Ayar Birkin, a.g.e., s.83.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde gözden geçirme külfeti, inşaatın sözleşmede kararlaştırılan veya kararlaştırılmamış olsa dahi inşaatla bulunması gereken niteliklere sahip olup olmadığı hususundaki inceleme olup bu incelemenin mutlaka uzman kişi tarafından yapılması zorunlu değildir³⁸⁴. Ancak TBK m.474/2 gereği, taraflardan her biri, giderini karşılayarak, inşaatın bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir.

İnşaatın ayıplı olarak teslim edilmiş olması, müteahhidin teslim borcunu yerine getirmediği anlamına gelmediğinden borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulamaz³⁸⁵. Ancak müteahhidin inşaatla ilgili ayıp sebebiyle sorumluluğuna gidilerek TBK m.475'te yer alan seçimlik haklardan birisi kullanılabilir.

TBK m.475 gereği, müteahhidin ayıp nedeniyle sorumlu olduğu hallerde, arsa sahibi; inşaatı kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme, ayıp oranında bedelden indirim isteme, aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde bütün masrafları müteahhide ait olmak üzere ücretsiz onarım isteme seçimlik haklarına sahiptir. Ancak, inşaat, arsa sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olduğundan, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa, arsa sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır. Ayrıca, arsa sahibi, TBK m.475/2'deki, *“İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır”* hükmünde belirtilen genel hükümlere göre tazminat talebini, tek başına kullanabileceği gibi diğer seçimlik haklarla birlikte de kullanabilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, ayıp nedeniyle sorumluluğun, ayrıca sözleşmeyle kararlaştırılmasına gerek yoktur. Kanunen bu yükümlülük müteahhit üzerindedir. Ancak, sözleşmede inşaatın nitelikleri belirtilir de bu niteliklere uyulmazsa, bildirilen vasıflara uyulmadığından bu durum, inşaatın ayıplı olup olmadığını belirleme noktasında önem arz edecektir.

³⁸⁴ Usta, a.g.e., s.72.

³⁸⁵ Usta, a.g.e., s.68.

IV. SÖZLEŞMEDE KARARLAŞTIRILABİLECEK ÖZELLİK ARZ EDEN DİĞER YÜKÜMLÜLÜKLER

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile taraflar, tek bir tarafın sorumlu olacağı veya her iki tarafın da sorumlu olacağı şekilde diğer bazı yükümlülüklerle de karar verebilirler³⁸⁶:

- Arsa sahibinin inşaat süresi boyunca konut olarak kullanacağı bir dairenin kira bedelini ödeme yükümlülüğü, müteahhide bırakılabilir veya müteahhit, maliki olduğu bir daireyi, arsa sahibine bedelsiz olarak kullandırabilir.
- Müteahhidin, arsa sahibine, bağımsız bölümlere ilaveten aylık veya yıllık bir bedel ödeyeceği kararlaştırılabilir.
- Arsa sahibinin maliki olduğu arsa paylarından bir kısmının yapılacak inşaat karşılığı, diğer bir kısmının da bedel karşılığı devredileceği kararlaştırılabilir.
- Arsa sahibinin, kendisine ait olan dairelere yaptığı masrafların müteahhit tarafından ödeneceği kararlaştırılabilir.
- Müteahhit, binanın enkaz bedelini ödemeyi taahhüt edebilir.
- Taraflardan birine, diğer tarafa kalacak bağımsız bölümleri değiştirme hakkı tanınabilir.
- Arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin bazılarının, kat irtifakı kurma aşamasında üçüncü kişiler adına tescil edileceği kararlaştırılabilir.
- Ortak alanlara yapılacak tesisler ve bunların paylaşımı kararlaştırılabilir. Ayrıca, ortak alan imalatlarına arsa sahibinin de katılacağı öngörülebilir.

³⁸⁶ Özellik arz eden durumların örnek olarak verildiği bu tarz yükümlülüklerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sütçü, (**Kat Karşılığı, C.1**), s.860-868.

- Müteahhit tarafından arsa sahiplerine bağımsız otopark yapılacağı taahhüt edilebilir.
- İnşaat sonucu ortaya çıkacak olan binanın adının ne olacağı ve bina adının nerelere asılacağı kararlaştırılabilir.
- İnşaatın tesliminden sonra bazı alanların, belirli bir süreyle, müteahhit tarafından işletilip arsa sahibine gelirden pay verileceğı kararlaştırılabilir.
- İnşaat sürecinde verilecek harç ve vergilerin, müteahhidin yükümlülüğünde olduğı kararlaştırılabilir.
- İnşaatın kararlaştırılan tarihten önce bitirilmesi durumunda, arsa sahibi tarafından müteahhide erken bitirme primi verileceğı kararlaştırılabilir.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, TBK’da düzenlenen sözleşme tiplerinden biri değildir. Dolayısıyla, bu sözleşmenin kanunda düzenlenen bir tanımı bulunmamakla birlikte doktrin görüşleri ve Yargıtay kararlarına bakılarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahiplerinin arsası üzerinde müteahhitlerin inşaat yapıp teslim etmeyi ve arsa sahiplerinin de bedel yerine belirli arsa payı ve bağımsız bölüm mülkiyetini müteahhide devretmeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanabilir.

İncelediğimiz sözleşmenin adıyla ilgili doktrinde, Yargıtay kararlarında, noter uygulamalarında bir kavram kargaşası yaşansa da, bu konuda TMK m.1009 ve Tapu Sicil Tüzüğü 43/1-c hükümleri ile tarafların “*inşaat*” yapma ve “*arsa payı*” devretme olan asli edimleri esas alınarak sözleşmenin adının “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*” olduğu yönünde bir kavram birliği sağlanmasını tercih etmekteyiz.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması için gerekli olan unsurlar; arsa sahibinin kararlaştırılan arsa paylarının mülkiyetini devretmesi, müteahhidin bağımsız bölümlerden oluşan binayı yapıp teslim etmesi ve tarafların bu hususlarda anlaşması olarak ifade edilebilir. Tarafların, sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşması, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulabilmesi için zorunludur.

Hukuki niteliği bakımından düşünüldüğünde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, kanunda düzenlenmemiş, atipik ve karma nitelikte, sürekli-ani edim karmaşığı bir borç ilişkisi doğuran, sözleşmeden doğan hakkın tapu kütüğüne şerh edilebildiği bir sözleşmedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kanunda sadece şerh edilebileceği belirtilip özel olarak hükümleri düzenlenmemiş bir sözleşme türü olduğundan, bu sözleşmenin şekline ilişkin de özel bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Taşınmaz satış veya satış vaadi ile eser sözleşmesinin unsurlarını barındıran karma nitelikteki bu sözleşme, taşınmaz mülkiyetini devir veya devir vaadini konu edindiğinden, TMK m.706 gereği taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerlilik şekli olarak resmi şekle tabi olması kuralı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine kıyas yoluyla uygulanacak ve bu sözleşmenin de resmi şekilde düzenlenmesi gerekecektir.

Yerleşik Yargıtay içtihatları gereği, içinde taşınmaz satış vaadi unsurunu da barındıran arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tapu sicil müdürlüğünün yanında noterlerde düzenleme şeklinde de yapılabilir. Resmi şekle uyulmazsa, sözleşme geçersiz bir sözleşme olacak ve kural olarak taraflar verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebileceklerdir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, arsa sahibi tarafından, müteahhide düşecek bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının devredileceği zaman dilimine göre farklılaşan ve uygulamada en çok karşılaşılan düzenlenme biçimleri; arsa paylarının tamamının veya bir kısmının müteahhide devri, arsa paylarının inşaatın ulaştığı seviyeye göre kısım kısım devri ve arsa sahibinin arsa paylarının satışını vaat etmesi ile müteahhidin arsa üzerine inşaat yapmayı taahhüt etmesi türleridir.

Son olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin yükümlülükleri, arsayı inşaat yapmaya elverişli şekilde müteahhide teslim borcu, inşaatın yapımı konusunda işbirliği yapma ve vekâlet verme borcu ve arsa paylarını devir borcu olarak karşımıza çıkarken; müteahhidin yükümlülükleri ise, inşaatı teslim borcu, sadakat ve özen borcu, inşaatı bizzat kendisi yapma veya kendi yönetimi altında yaptırma borcu, malzeme ve araç-gereç sağlama borcu, işe zamanında başlama ve yürütme borcu ve ayıptan doğan sorumluluk olarak ifade edilebilir.

KAYNAKÇA

Akbulut, Pakize Ezgi:

Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Akkanat, Halil:

“Tapu Tahsis Belgesinden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar”, **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu**, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Altaş, Hüseyin:

Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, (Eser).

Altaş, Hüseyin:

Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, (Şekle Aykırılık).

Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan:

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, 10.Baskı, Ankara 2014.

Aslan, Neslihan:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, 2016.

Atamulu, İsmail:

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Avcı, Ali,

“Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Tapuya Şerhi ve Hukuki Sonuçları”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.3, S.1, Temmuz 2015, s.41-66.

Avcı, Ali:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.

Ayan, Serkan:

İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.

Ayar Birkin, Zeynep:

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Ayazlı, Pervin:

“Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Unsurları- Hukukî Özellikleri- Şekil Sorunu)”, **MÜHFHAD**, S.4, Ocak-Nisan 1987, s. 43-51.

Aydemir, Efrail:

Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 3.Baskı, 2016.

Aydoğdu, Murat / Kahveci, Nalan:

Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara, Adalet Yayınları, 2.Baskı, 2014.

Bütün Yılmaz, Derya G.:

“Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 11, Sayı: 38, Nisan 2019, s.107-130.

Büyükkay, Yusuf:

Eser Sözleşmesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

Coşkun, Gürkan,

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin Durumu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.

Çelik, Hülya:

Arsa Payı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2010.

Çetiner, Bilgehan:

“Kentsel Dönüşüm Kapsamında Akdedilen Sözleşmelerin Kuruluşunun Tabi Olduğu Hukuki Rejim”, **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, Editörler: Emrehan İnal/Başak Baysal, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.161-180.

Dayınlarlı, Kemal:

İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara, 4. Bası, 2008.

Demir, Mustafa Duhan:

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.

Doğar, Mehmet:

Ön Ödemeli Konut Satışı, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Duman, İlker Hasan:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir?, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, 2018, (Arsa Payı).

Duman, İlker Hasan:

İnşaat Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, (İnşaat).

Durak, Yasemin:

“Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi”, **İÜHFD**, C. 1, S. Özel Sayı, Y. 2015.

Dural, Mustafa / Sarı, Suat:

Türk Özel Hukuku Cilt 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, 14.Baskı, 2019.

Eren, Fikret:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, 2017, (Borçlar Genel).

Eren, Fikret:

Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, **(Borçlar Özel)**.

Eren, Fikret:

“Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18- 29 Mart 1996)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 3. Tıpkı Basım, 2010, s.45-58, **(İnşaat)**.

Ergüne, M.Serkan / Kurşun, Ali
Suphi:

“TBK m.27”, **İstanbul Şerhi-Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu**, C.I, Editörler: Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, K. Emre Gökyayla, Hüseyin Murat Develioğlu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 3.Baskı, 2019.

Erman, Hasan:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, Der Yayınları, 3. Basım, 2010, **(Arsa Payı)**.

Erman, Hasan:

İnşaat (Arsa Payı Karşılığı) Sözleşmeleri ve Miras Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar, İstanbul, Der Yayınları, 2012, **(İnşaat ve Miras)**.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin:

Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1980, **(Borçlar Özel)**.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul, 2.Bası, 1976, **(Borçlar Genel)**.

Gökyayla, Emre:

Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

Gümüş, Mustafa Alper:

Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, 2014, **(Borçlar Özel C.2)**.

Gümüş, Mustafa Alper:

Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 3. Baskı, 2018, **(Kısa Ders Kitabı)**.

Gümüş, Mustafa Alper:

Türk Medeni Kanunu’nun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, 2007, **(Yeni Şerhler)**.

Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir:

Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

Helvacı, İlhan:

Hukuki Mütalaalar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

İlgezdi, Ali Rıza:

100 Soruda Tapu Tahsis Belgesi, Ankara, 2013.

İnal, Emrehan:

“Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Hukuki Çözümlerin Gözden

Geçirilmesi İhtiyacı”, **Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku**, C. II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 1201-1216, **(Arsa Payı)**.

İnal, Emrehan:

“Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinin Genel Esasları”, **Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı**, Derleyen: Emrehan İnal, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015, s.71-88, **(Gelir Paylaşımli)**.

İnal, Emrehan:

Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, **(Riskli Yapı)**.

İnal, Emrehan:

Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Kaplan, İbrahim:

İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Karadaş, İzzet:

Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, 2016.

Kartal, Bilal: “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi-I”, **Yargıtay Dergisi**, Ocak 1975, Y.9, S.33-34,(s.96-113).

Kartal, Bilal: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Matsa Basımevi, 1993.

Kaya, Özgür Kâtip: **Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1993.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 20. Baskı, 2016.

Kırca, Çiğdem: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, **XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Ankara, 2007.

Kırmızı, Mustafa: **Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Kocaağa, Köksal: **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip:

Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, Filiz Kitabevi, 4.Basıdan 5. Tıpkı Bası, 2010.

Kostakoğlu, Cengiz:

İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011.

Kuntalp, Erden:

Karışık Muhtevalı Akit, Doçentlik Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971, <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/808.pdf>, Erişim Tarihi:05.03.2019.

Kurt, Leyla Müjde:

Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012.

Kurşat, Zekeriya:

İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.

Maraşlıoğlu, Andaç:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi, 2017.

Nomer Ertan, N. Füsün:

“Borç Sözleşmelerinde Şekil Eksikliğinin Müeyyidesi ve Buna Dayalı Hükümsüzlüğün Dürüstlük Kuralı (MK. M.2/II) Dışındaki Yollardan Giderilmesi”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s.595-626.

- Nomer, Haluk Nami: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınevi, 14.Baskı, 2015.
- Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami: **Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 25.Bası, 2019.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C:1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 14.Baskı, 2016.
- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay Özdemir, Saibe: **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 19. Baskı, 2016.
- Oktay, Saibe: “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LV, Y. 1996, s.263-296.
- Oy, Osman / Haşal, Tahsin Emre: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014.
- Öz, M. Turgut: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şerhi ve Kat İrtifakı”, **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, Editörler: Emrehan İnal, Başak Baysal, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s.442-470, (**Şerh**).
- Öz, M. Turgut: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil Sorunları”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s.495-509, (**Şekil Sorunları**).

Öz, M. Turgut:

İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, (**İnşaat**).

Öz, M. Turgut:

İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1989, (**Dönme**).

Öz, M. Turgut:

“Yargıtay’ın Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı İçtihatlarının Eleştirisi”, **Fasikül Aylık Hukuk Dergisi**, Seçkin Yayıncılık, S.100, Mart 2018, s.21-39, (**İçtihat Eleştirisi**).

Özmen, Etem Saba / Akçura
Karaman, Tuba:

“Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”, **İBD**, C. 87, S. 1, Yıl 2013, s.47-74.

Öztürk, Muammer / Gözütok, Zeki:

Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.

Sarı, Suat:

“Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, **İÜHFM**, C. 64, Sa. 2, İstanbul, 2006, s. 273-299.

Seçer, Öz:

Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.

- Seliçi, Özer: **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978.
- Selimoğlu, Yaşar Engin: **Eser Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, 2016.
- Serozan, Rona: **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 6.Bası, 2015, **(Medeni Hukuk)**.
- Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, **(Dönme)**.
- Sirmen, Lale: **Eşya Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 5.Baskı, 2017.
- Sütçü, Nezih: **Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, C. 1, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, 2018, **(Kat Karşılığı-C.1)**.
- Sütçü, Nezih: **Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, C. 2, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, 2018, **(Kat Karşılığı-C.2)**.
- Şahin, Turan, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.

Şenocak, Zarife:

Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002.

Tandoğan, Haluk:

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/1, İstanbul, Vedat Yayıncılık, Beşinci Basım'dan Altıncı Tıpkı Basım, 2008,(C.1/1).

Tandoğan, Haluk:

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Tıpkı Basım, 2010, (C.2).

Tandoğan, Haluk:

“İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi”, **İmran Öktem'e Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 275, Sevinç Matbaası, 1970, (İstisna Akdi).

Tekdemir, Faruk:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi SBE, 2018.

Tekinay, Selahaddin S. / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 7.Bası, 1993.

Tunçomağ, Kenan:

Türk Borçlar Hukuku Cilt 2 Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 3.Bası, 1977.

Usta, Oğuz:

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.

Uyar, Serdar:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2016.

Uygur, Turgut,

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.2, Ankara, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, 2013.

von Tuhr, Andreas,

Borçlar Hukuku Umumi Kısım, Çeviren: Cevat Edege, İstanbul, Yargıtay Yayınları, 1952.

Yakuppur, Sendi:

Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2009.

Yavuz, Cevdet:

Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, İstanbul, Beta Basım Yayın, 10. Baskı, 2014.

Yener, Mehmet Deniz:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011.

Yeniocak, Umut:

Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

Yıldırım, Sümeyye Hilal:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2011.

Yünlü, Semih:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2014.

Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre,

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Turhan Kitabevi, 14.Bası, 2014.