

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

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT**  
**SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN**  
**SÖZLEŞMEDEN HAK KAZANAN ÜÇÜNCÜ**  
**KİŞİLERE ETKİSİ**

**Ayşe KARAKOÇ KARAİBRAHİM**

**2501140699**

**TEZ DANIŞMANI**

**Prof.Dr. M. Serkan ERGÜNE**

**İSTANBUL – 2019**



T.C.  
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS  
TEZ SAVUNMA TUTANAĞI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : AYŞE KARAKOÇ KARABRAHİM Numarası : 250140699  
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF.DR.MEHMET SERKAN ERGÜNE  
Tez Savunma Tarihi : 06.09.2019 Saati : 11:30  
Tez Başlığı : ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN SÖZLEŞMEDEN HAK KAZANAN 3.KİŞİLERE ETKİSİ

A) DÜZELTME VE RED DURUMLARINDA JÜRİ ÜYELERİNİN ORTAK ÖNERİ VE GÖRÜŞLERİ:

KABUL ☒ DÜZELTME [ ] RED [ ]

| JÜRİ ÜYESİ                         | İMZA | KARAR | ORTAK KANAAT * |
|------------------------------------|------|-------|----------------|
| 1-PROF.DR.MEHMET SERKAN ERGÜNE     |      | Kabul | Kabul          |
| 2-DR.ÖĞR.ÜYESİ NURİ AZİZ MİDYAT    |      | Kabul |                |
| 3- DR.ÖĞR.ÜYESİ CÜNEYT BELLİCAN    |      | Kabul |                |
| YEDEK JÜRİ ÜYESİ                   | İMZA | KARAR |                |
| 1-DR.ÖĞR.ÜYESİ MUSTAFA CAHİT GÜNEL |      |       |                |
| 2-DR.ÖĞR.ÜYESİ ÖZLEM ACAR ÜNAL     |      |       |                |

B) JÜRİ ÜYELERİNİN KİŞİSEL OLUMSUZ ÖNERİ VE GÖRÜŞLERİ: \*\*

| JÜRİ ÜYESİ                          | İMZA | KİŞİSEL GÖRÜŞ |
|-------------------------------------|------|---------------|
| 1- PROF.DR.MEHMET SERKAN ERGÜNE     |      |               |
| 2 DR.ÖĞR.ÜYESİ NURİ AZİZ MİDYAT     |      |               |
| 3- DR.ÖĞR.ÜYESİ CÜNEYT BELLİCAN     |      |               |
| YEDEK JÜRİ ÜYESİ                    | İMZA |               |
| 1- DR.ÖĞR.ÜYESİ MUSTAFA CAHİT GÜNEL |      |               |
| 2- DR.ÖĞR.ÜYESİ ÖZLEM ACAR ÜNAL     |      |               |

\* Oybirliği durumunda "düzeltme" veya "red" kararı veren jüri üyeleri ittifak ettikleri öneri ve görüşlerini burada kendilerine ayrılan yere yazarlar.  
\*\* Oyçokluğu veya oybirliği durumunda "düzeltme" veya "red" kararı veren jüri üyeleri ittifak hali dışında kişisel öneri ve görüşlerini burada kendilerine ayrılan yere yazarlar.

Belirtilecek açıklamalar için ayrılan yerlerin yeterli olmaması durumunda formun arka yüzü veya ek bir kağıt da kullanılabilir.

Versiyon: 1.0.0.2-81559050-302.14.06

## ÖZ

### **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sözleşmeden Hak Kazanan 3. Kişilere Etkisi**

**Ayşe KARAKOÇ KARAİBRAHİM**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona ermesinin üçüncü kişilere etkisi yüksek lisans tezi kapsam ve sınırları içerisinde incelenmiştir. Konunun ortaya konması için arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı, unsurları, hukuki niteliği, düzenlenme biçimleri, şekli, hükümleri, sona ermesi hakkında genel bilgiler verilmiştir. Üçüncü kişilerin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden hak kazanma biçimleri, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkın şerhi, aynı taşınmaza ilişkin birden fazla alacağın temliki sözleşmesi yapılması veya satış vaadine konu edilmesi halinde ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifa dışında sona ermesi halinde üçüncü kişinin hukuki durumu incelenmiş, üçüncü kişilerin karşılaştığı sorunlar , doktrindeki görüşler ve Yargıtay uygulaması karşılaştırılarak çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Tüketici kavramı çerçevesinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine Tüketicinin korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanma imkanı ve bu durumun üçüncü kişilerin hukuki durumuna etkisi değerlendirilmiştir. Son olarak tez konusuna ilişkin varılan sonuca yönelik değerlendirmede bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Arsa Payı Karşılığı, İnşaat Sözleşmesi, Üçüncü Kişilere Etki, Sözleşmenin Sona Ermesi.

## **ABSTRACT**

### **The Effect Of The Termination Of The Construction Contract On Third Parties Who Qualify From The Contract**

**Ayşe KARAKOÇ KARAİBRAHİM**

The impact of the termination of the construction contract for land share to third parties was examined within the scope and limits of the master's thesis. General information about the definition, elements, legal status, arrangement forms, form, provisions and termination of the construction contract in exchange for the share of land for the presentation of the subject has been given. The manner in which third parties qualify from the construction contract in exchange for the land share, the personal right arising from the construction contract in exchange for the land share, the contract of transfer of multiple receivables related to the same property, or the subject of the promise of sale and in the event that the construction contract for land share ends outside of performance, the legal status of the third party is examined, the problems faced by third parties, the opinions in the doctrine and the application of the Supreme Court's appeals are resolved tried to reconcile it. Within the framework of the consumer concept, the possibility of applying the provisions of the Law on Consumer Protection to the construction contract in exchange for land share and its effect on the legal status of third parties have been evaluated. Finally, an evaluation was made regarding the conclusion reached on the thesis subject.

**Key Words:** Land Share Provision, Construction Contract, Effects On Third Parties, Termination Of Contract.

## ÖNSÖZ

Tipik bir sözleşme olmaması nedeniyle güçlü olan tarafın sözleşme hükümlerinin düzenlenmesinde rol oynadığı ve diğer tarafın mağduriyetine sebebiyet verebilecek durumlarla karşılaşılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesi ile taşınmaz satım sözleşmesinin unsurlarını içeren karma bir sözleşme olduğundan taraflar ile yapmış olduğu hukuki işlem sonucu hak elde eden üçüncü kişinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin özellikle sona ermesi hallerinde ileri sürebileceği haklar hususunda belirsizlikler oluşturmakta ve çözümü için çoğunlukla yargı yoluna gidilmektedir.

Uygulamada da içtihat birliği oluşmadığından bu konuyla ilgili ayrıntılı bir çalışma yapmanın gerekli olduğunun düşüncesiyle ilgili konu seçilmiştir. Kaynak araştırması yapıldığında bir kısım kitaplara ve tezlere konu edilmişse de bu eserlerde ağırlıklı olarak üçüncü kişinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden hak kazanma biçimleri ile sözleşmenin feshi hali incelenmiş olup, içindekiler kısmında saydığımız diğer hususlar kapsam içine alınmamıştır. Çalışma konusunun kapsamı bazı sınırlamalara tabi tutularak incelenecek hususlar daraltılmıştır. Üçüncü kişinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğine kazanabileceği ipotek gibi ayni teminatlar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifa ile sona ermesi halinde üçüncü kişinin hakları çalışma kapsamı dışında tutulmuştur.

Konunun açıklığa kavuşması için arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin özelliği, hükümleri ve sona ermesi üzerinde durulmuş, Yargıtay uygulaması, doktrindeki görüşler ille Türk Borçlar Hukuku genel ve özel hükümler ile Türk Medeni kanunu hükümleri çerçevesinde doğacak uyuşmazlıklara çözüm üretilmeye çalışılmıştır.

Yüksek lisans tezimin yazım aşamasında nezaketli yardımlarını sunan tez danışmanım saygıdeğer hocam Prof.Dr. Mehmet Serkan ERGÜNE'ye ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi Başkanı, değerli meslek büyüğüm sayın Zafer SAYILIR'a teşekkürlerimi sunarım. Çalışmam esnasında desteğini her daim hissettiren eşime de teşekkürlerimi bir borç bilirim.

Ayşe KARAKOÇ KARAİBRAHİM

İstanbul, 2019



## İÇİNDEKİLER

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| ÖZ.....                  | iii |
| ABSTRACT.....            | iv  |
| ÖNSÖZ.....               | v   |
| İÇİNDEKİLER.....         | vii |
| KISALTMALAR LİSTESİ..... | xii |
| GİRİŞ.....               | 1   |

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ, DÜZENLENME BİÇİMLERİ

|                                                                                                      |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1.1. TANIMI VE UNSURLARI.....                                                                        | 4  |
| 1.1.1. Tanımı.....                                                                                   | 4  |
| 1.1.2. Unsurları Ve Hükümleri.....                                                                   | 6  |
| 1.1.2.1. Arsa Sahibi İle Yüklenici Arasında Anlaşma.....                                             | 6  |
| 1.1.2.2. Yüklenicinin İnşaat Yapma Ve Belirli Bağımsız<br>Bölümleri Teslim Borcu Altına Girmesi..... | 7  |
| 1.1.2.3. Arsa Sahibinin Belirli Arsa Paylarının Mülkiyetini<br>Devir Borcu Altına Girmesi.....       | 10 |
| 1.2. HUKUKİ NİTELİĞİ.....                                                                            | 11 |
| 1.2.1. Tam İki Taraflı Bir Sözleşmedir.....                                                          | 11 |
| 1.2.2. İki Tipli Karma Bir Sözleşmedir.....                                                          | 11 |
| 1.2.3. Sürekli-Geçici Karmaşığı Bir Borç İlişkisidir.....                                            | 13 |
| 1.2.3.1. Ani Edimli Sözleşme Görüşünü Benimseyenler.....                                             | 13 |
| 1.2.3.2. Sürekli Edimli Sözleşme Görüşü.....                                                         | 15 |
| 1.2.4. Götürü Bedelli Bir Sözleşmedir.....                                                           | 17 |
| 1.3. KAT İRTİFAKI İLE KARŞILAŞTIRILMASI.....                                                         | 18 |
| 1.4.DÜZENLENME BİÇİMLERİ .....                                                                       | 19 |
| 1.4.1. Arsanın Tamamının Müteahhide Devri.....                                                       | 19 |
| 1.4.2. Belli Arsa Paylarının Yükleniciye Devri.....                                                  | 20 |
| 1.4.3. Arsa Paylarının İnşaatın Ulaştığı Seviyeye Göre Kısım                                         |    |

|                                                                                                                            |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Kısım Devri.....                                                                                                           | 21 |
| 1.4.4. Arsa Paylarının Satışının Arsa Sahibince Vaadi Ve<br>Müteahhidin De Arsa Üzerine İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi..... | 22 |
| 1.5. UYGULANACAK HÜKÜMLER.....                                                                                             | 23 |

## İKİNCİ BÖLÜM

### ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN HAK KAZANMA BİÇİMLERİ

|                                                                                                                 |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.1. ARSA SAHİBİNİN ARSA PAYLARINI BAŞLANGIÇTA<br>YÜKLENİCİYE DEVRETMIŞ OLMASI HALİ.....                        | 26 |
| 2.1.1. Yüklenicinin Arsa Payının Mülkiyetini Üçüncü Kişiyeye<br>Devretmesi (Arsa Payı Satım Sözleşmesi).....    | 26 |
| 2.1.2. Yüklenicinin Arsa Payının Satışını Üçüncü Kişiyeye Vaad<br>Etmesi (Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi)..... | 28 |
| 2.2. ARSA SAHİBİNİN ARSA PAYLARINI BAŞLANGIÇTA<br>MÜTEAHHİDE DEVRETMEMİŞ OLMASI HALİ.....                       | 29 |
| 2.2.1. Satış Vaadi/Alacağın Temliki Sözleşmesi.....                                                             | 29 |
| 2.3. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN<br>HAKKIN ŞERHİ.....                                       | 35 |
| 2.3.1. Sözleşme Gereğince Şerh Edilecek Kişisel Hakkın Niteliği.....                                            | 35 |
| 2.3.2. Şerhin Şartları Ve Gerçekleşme Usulü.....                                                                | 36 |
| 2.3.3. Şerhin Süresi.....                                                                                       | 37 |
| 2.3.4. Şerhin Etkisi.....                                                                                       | 38 |

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN İFA DIŞINDA SONA ERMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

|                                                                                                            |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3.1. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ NEDENİYLE SÖZLEŞMENİN<br>SONA ERMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU..... | 39 |
| 3.1.1. Feshin İleriye Etkili Sona Ereceğine İlişkin Görüşler.....                                          | 42 |
| 3.1.2. Feshin Geriye Etkili (Sözleşmeden Dönme) Sona Ereceğine                                             |    |

|                                                                                                                         |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| İlişkin Görüşler.....                                                                                                   | 45 |
| 3.1.3. Tapu Siciline Güvenin Korunması(TMK. Md. 1023).....                                                              | 50 |
| 3.2. İFA İMKANSIZLIĞI NEDENİYLE SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ<br>HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU.....                    | 53 |
| 3.2.1. Eserin Yok Olması (Maddi İmkansızlık).....                                                                       | 53 |
| 3.2.2. Müteahhidin Ölümü Veya Aczi.....                                                                                 | 55 |
| 3.2.3. Arsa Sahibinin Şahsından Doğan İmkansızlıklar.....                                                               | 55 |
| 3.3. TAM TAZMİNAT ÖDEYEREK SÖZLEŞMENİN FESHİ<br>HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU.....                               | 56 |
| 3.4. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLE<br>AYKIRI DÜZENLENMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ<br>DURUMU..... | 58 |

#### **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

### **KONUSU AYNI OLAN KİŞİSEL HAKKIN BİRDEN FAZLA KİŞİYE TEMLİKİ, AYNI TAŞINMAZIN BİRDEN FAZLA SATIŞ VAADİNE KONU EDİLMESİ, AYNI HAK İLE KİŞİSEL HAKKIN YARIŞMASI**

|                                                                                    |    |
|------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 4.1. KONUSU AYNI OLAN KİŞİSEL HAKKIN BİRDEN FAZLA<br>KİŞİYE TEMLİKİ.....           | 61 |
| 4.1.1. Öncelik İlkesi.....                                                         | 61 |
| 4.2. AYNI TAŞINMAZIN BİRDEN FAZLA SATIŞVAADİNE KONU<br>EDİLMESİ.....               | 68 |
| 4.2.1. Şerh Müessesesi.....                                                        | 70 |
| 4.3. AYNI HAK İLE KİŞİSEL HAKKIN YARIŞMASI.....                                    | 72 |
| 4.3.1. Şahsi Hak Sahibinin Aynı Hak Sahibine Karşı Dava<br>Açabileceği Haller..... | 77 |
| 4.3.1.1. Tapuda Malik Olan Üçüncü Kişinin Kötü<br>Niyetli Olması.....              | 77 |
| 4.3.1.2. Muvazaa Nedenine Dayalı Tapu İptal Ve Tescil.....                         | 81 |
| 4.3.1.3. Şerh.....                                                                 | 85 |
| 4.3.1.3.1. Satış Vaadi Sözleşmesinin Tapu                                          |    |

|                                                    |    |
|----------------------------------------------------|----|
| Siciline Şerh Edilmiş Olması .....                 | 85 |
| 4.3.1.3.2. Şerh Edilmemesinin Sonuçları.....       | 86 |
| 4.3.1.3.3. Vaat Alacaklısının Tazminat Talebi..... | 87 |

## **BEŞİNCİ BÖLÜM**

### **TİCARİ VE MESLEKİ FAALİYET AMACI DIŞINDA İNŞAATTAN KONUT VEYA TATİL AMAÇLI TAŞINMAZ SATIN ALAN ÜÇÜNCÜ KİŞİ AÇISINDAN 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNUN UYGULAMA ALANI**

|                                                                                                                         |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 5.1. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNUN AMAÇ,<br>KAPSAM VE TANIMLARI.....                                           | 88 |
| 5.1.1. TKHK'nun Amacı.....                                                                                              | 88 |
| 5.1.2. TKHK'nun Kapsamı.....                                                                                            | 88 |
| 5.1.3. Kanunda Geçen Bazı Tanımlar.....                                                                                 | 88 |
| 5.1.3.1. Tüketici Kavramı.....                                                                                          | 89 |
| 5.1.3.2. Satıcı-Sağlayıcı.....                                                                                          | 91 |
| 5.1.3.3. Tüketici İşlemi.....                                                                                           | 91 |
| 5.1.3.4. Tüketici Sözleşmesi.....                                                                                       | 92 |
| 5.2. TAŞINMAZA İLİŞKİN OLUP TÜKETİCİNİN KORUNMASI<br>HAKKINDA KANUN'UN UYGULAMA ALANINA GİREBİLECEK<br>SÖZLEŞMELER..... | 93 |
| 5.2.1. Taşınmaza İlişkin Bir Sözleşmeye TKHK Hükümlerinin<br>Uygulanabilmesi İçin Gerekli Şartlar.....                  | 93 |
| 5.2.1.1. Sözleşme Konusu Taşınmazın Konut Veya Tatil<br>Amaçlı Olması (TKHK 3/h).....                                   | 93 |
| 5.2.1.2. Taşınmaza İlişkin Sözleşmenin Satıcının Meslekî<br>Ve Ticarî Faaliyeti Kapsamında Olması.....                  | 94 |
| 5.2.1.3. Satıcının Karşı Tarafının Ticari Veya Mesleki<br>Olmayan Amaçlarla Hareket Etmesi.....                         | 94 |
| 5.3. KANUNUN ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT<br>SÖZLEŞMELERİNDE UYGULAMA ALANI VE GÖREVLİ MAHKEME.....                       | 95 |

|                                                   |     |
|---------------------------------------------------|-----|
| 5.4. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KANUN KAPSAMINDA HAKLARI..... | 101 |
| 5.4.1. Ayıplı Mal Ve Eksik Yapılan İmalatlar..... | 101 |
| 5.4.1.1. Tüketicinin Seçimlik Hakları.....        | 104 |
| 5.4.1.2. Ayıp Sorumluluğunda Zamanaşımı.....      | 106 |
| 5.4.2. Sözleşmelerdeki Haksız Şartlar.....        | 106 |
| 5.4.2.1. Haksız Şart Ve GİŞ.....                  | 107 |
| 5.4.2.2. Haksız Şartın Hükümleri.....             | 108 |
| 5.4.2.3. Diğer Hükümler.....                      | 108 |
| SONUÇ.....                                        | 110 |
| KAYNAKÇA.....                                     | 121 |

## KISALTMALAR LİSTESİ

|               |                                                       |
|---------------|-------------------------------------------------------|
| <b>BK</b>     | : Borçlar Kanunu                                      |
| <b>GİŞ</b>    | : Genel İşlem Şartları                                |
| <b>HD</b>     | : Hukuk Dairesi                                       |
| <b>HMK</b>    | : Hukuk Muhakemeleri Kanunu                           |
| <b>HSYK</b>   | : Hakimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu                  |
| <b>KMK</b>    | : Kat Mülkiyeti Kanunu                                |
| <b>MK</b>     | : Medeni Kanun                                        |
| <b>TBK</b>    | : Türk Borçlar Kanunu                                 |
| <b>TK</b>     | : Tapu Kanunu                                         |
| <b>TKHK</b>   | : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun                |
| <b>TMK</b>    | : Türk Medeni Kanunu                                  |
| <b>UYAP</b>   | : Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi                    |
| <b>YHGK</b>   | : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu                         |
| <b>YİBBGK</b> | : Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu |

## GİRİŞ

Ülkemizde genelde nüfusun yoğun olduğu metropollerde konut ve işyeri ihtiyacı artmakta olup, tek katlı müstakil binaların yerini çok katlı bloklar halinde siteler almaktadır. Gerek arsa fiyatlarının ve inşaat malzemelerinin pahalı oluşu, gerekse uygun arsa temini gibi sorunlarla karşılaşan müteahhidlerin arsa sahipleriyle anlaşması neticesinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ortaya çıkmıştır. Bu sayede arsa sahibi para harcamaksızın birden fazla daire sahibi olmakta, müteahhid ise inşaat yapacakları arsa için masraf yapmamakta ve inşaatın devamı süresince 3. kişilerle alacağın temlik, satış vaadi sözleşmesi veya tapunun başlangıçta devri halinde satış sözleşmesi yapmak suretiyle finansman elde etmekte ve kar beklentisini karşılamaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, “arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında, müteahhide devretmeyi taahhüt etmesidir<sup>1</sup>”. Sözleşmede hangi bağımsız bölümün arsa sahibine, hangi bağımsız bölümün yükleniciye kalacağı kararlaştırılmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sözleşme serbestisi çerçevesinde hükümlerinin taraflarca kararlaştırılması, kendine has özellikler barındırması sebebiyle sözleşme uygulamada bir çok uyumlaştırmaya kaynaklık etmektedir. Müteahhid bu sözleşme ile kendisine isabet edecek bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarını uygulamada temelden inşaat olarak adlandırıldığı şekilde inşaat tamamlanmadan 3. kişilere satmakta veya satmayı taahhüt etmektedir ya da inşaat tamamlanmasının ardından 3. kişiler ile satış veya satış vaadi sözleşmesi yaparak söz konusu taşınmaz üzerinde 3. kişiler hak elde etmektedirler. Henüz inşaat tamamlanmadan yani müteahhid edimini ifa etmeden yapılan bu hukuki işlemler, arsa paylarının arsa sahibi tarafından önceden müteahhide devredilmiş olup olmamasına bağlı olarak farklı hukuki sonuçlar doğurmakta, böylelikle 3. kişilerin de dahil olduğu hukuki ihtilafın temeli atılmaktadır.

---

<sup>1</sup> Hasan ERMAN, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. bs., İstanbul, Der, 2010, s. 1.

Tez çalışmamızın konusu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona ermesinin üçüncü kişilere etkisi, 3. kişinin hukuki durumu ve karşılaştıkları sorunlar olsa da konunun ortaya konması için arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin özelliği, hüküm ve sonuçları üzerinde durmakta fayda görülmüştür. Bu kapsamda çalışmamızın ilk bölümünde sözleşmenin tanımı, unsurları, hukuki niteliği ve düzenlenme biçimleri ile çift tipli karma sözleşme olması sebebiyle sözleşmeye uygulanacak hükümler açıklanmaya çalışılmıştır. Devamla 3. kişilerin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden hak kazanma biçimleri arsa sahibinin başlangıçta arsa paylarını müteahhide devredip devretmemesi ayırımına göre incelenmiş, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkın şerhi, şartları, süresi ve etkisi üzerinde durulmuştur. Tezimin ana konusunu oluşturan üçüncü bölümde; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifa dışında sona ermesi halinde üçüncü kişinin hukuki durumu irdelenmiş, özellikle müteahhidin temerrüde düşmesi nedeniyle arsa sahibi tarafından sözleşmenin feshedilmesi sonucu feshin ileriye veya geriye etkili olarak sona ermesi halinde 3. kişinin aynı veya şahsi iktisaplarının değişen hukuki durum karşısında nasıl etkileyeceği hususunda doktrindeki görüşler ile Yargıtay uygulaması çerçevesinde değerlendirilmiştir. Üçüncü kişinin iyi niyetinin sonuca etkisine de değinilmiştir. Ayrıca sözleşmenin diğer sona ermesi halleri; şekil eksikliği, hukuki veya fiili imkansızlık, müteahhidin aczi veya ölümü, arsa sahibinin tam tazminat ödeyerek sözleşmeyi fesih imkanını kullanması hallerinde de müteahhid ile arsa sahibi arasındaki sözleşmenin, sözleşmenin tarafı olmayan 3. kişinin hukuki durumunu ne ölçüde etkilediği ve 3. kişinin haklarının neler olduğunun belirlenmesine çalışılmıştır. Dördüncü bölümde, 3. kişinin sıklıkla karşılaştığı diğer bir sorun olan konusu aynı olan kişisel hakkın birden fazla kişiye temlik, aynı taşınmazın birden fazla satış vaadine konu edilmesi halinde bu kişiler arasında öncelik hakkının kime ait olacağı ve şerhin etkisine yer verilmiştir. Aynı hak ile şahsi hakkın yarışması halinde 3. kişinin aynı hak sahibine karşı dava açabileceği haller üzerinde durulmuştur. Son bölümde ise, Ticari ve mesleki faaliyet amacı dışında inşaatlardan konut satın alınması halinde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulama alanının, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini kapsayıp kapsamadığı ve uygulama koşulları ile özellikle 3. kişinin kanun kapsamında tüketici kavramı içinde değerlendirerek uyuşmazlıklarda bu kanun

hükümlerinin uygulanması imkanı değerlendirilmiştir. Son olarak, çalışma konumuza dair genel değerlendirmeleri içerir sonuç bölümü yer almaktadır.



## BİRİNCİ BÖLÜM

### ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ, DÜZENLENME BİÇİMLERİ

#### 1.1. TANIMI VE UNSURLARI

##### 1.1.1. Tanımı

Doktrin ve uygulamada bu sözleşmenin, "inşaat sözleşmesi", "kat yapımı sözleşmesi", "arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi"<sup>1</sup>, "kat karşılığı inşaat sözleşmesi"<sup>2</sup>, "taşınmaz satışı ve inşaat sözleşmesi" gibi muhtelif isimlerle adlandırıldığı görülmektedir<sup>3</sup>. İsim farklılıklarına rağmen bu sözleşmelerde güdülen amaç aynıdır. Medeni Kanun m.1009'da tapuya şerh edilebilecek nisbi haklar arasında "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" de sayılmıştır. Sözleşmeyi daha iyi ortaya koyduğuna inandığımızdan bu ifadeyi kullanmayı tercih etmekteyiz.

Uygulamada ortaya çıkmış bir sözleşme olup, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenmediğinden tanımını yapabilmemiz için sözleşme taraflarının karşılıklı edimlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, yüklenici ve arsa sahibidir. Eser sözleşmesi ile taşınmaz satış sözleşmesinin unsurlarını taşıması nedeniyle Borçlar Kanununda yer alan bu sözleşme tiplerine ilişkin tanımlar doğrultusunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini tanımlamak gerekirse; "arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, yüklenicinin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında, yükleniciye devretmeyi taahhüt etmesidir"<sup>4</sup>. Bu

<sup>1</sup> Özgür Katip Kaya, **Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk, 1993, s.5

<sup>2</sup> YİBK. 30.09.1988 T. ve 1982/2 E., 1988/2 K., UYAP, çevrimiçi: 05.11.2016: "1965 yılında Kat Mülkiyeti Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra ülkemiz inşaat sektöründe hızlı bir ilerleme kaydedilmiş, eskiden hiç görülmeyen "kat karşılığı inşaat sözleşmesi" olarak adlandırılan yaygın bir sözleşme türü doğmuştur."

<sup>3</sup> Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler**, 15. bs., İstanbul, Beta, 2018, s. 482; Nezh Sütçü, **Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, C:II, No:1, 6. bs., Ankara, Yetkin, 2018, s. 27.

"1965 yılında Kat Mülkiyeti Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra ülkemiz inşaat sektöründe hızlı bir ilerleme kaydedilmiş, eskiden hiç görülmeyen "kat karşılığı inşaat sözleşmesi" olarak adlandırılan yaygın bir sözleşme türü doğmuştur."

<sup>4</sup> Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3.bs., İstanbul, Der, 2010, s.1.

tanımlamaya ek olarak sözleşme kurulurken dikkat edilmesi gereken diğer hususları belirtmek gerekirse;

- Üzerinde bina inşa edilecek arsa, paylı mülkiyet konusu ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine arsanın tüm maliklerinin katılması gerekir aksi halde sözleşmenin ifa olanağı bulunmamaktadır<sup>5 6</sup>.

- Arsa üzerine inşa edilecek sözleşme konusunu oluşturan yapıların taşınmaz niteliği taşıması gerekir. Bu anlamda TMK m.728 hükmü uyarınca taşınır yapı niteliği taşıyan yapılar (baraka, büfe, çardak vb.) arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olamaz<sup>7</sup>.

- Yüklenicinin arsa sahibine vereceği bağımsız bölüm/bölmeler, arsa sahibince tahsis edilecek arsa üzerinde ileride inşa edilecek taşınmazdan olabileceği gibi, yüklenicinin bir başka yerdeki inşaatından da olabilir<sup>8</sup>.

- Sözleşme konusu inşaatın yapılacağı arsa dışında arsa sahibine ait başka bir taşınmazdaki arsa payının da inşaat karşılığı yükleniciye verilmesine karar verilebilir<sup>9</sup>.

- Taşınmazın tapuya kayıtlı olması da gerekmemektedir. Sözleşmede belirtilen ve taraflarca üzerinde anlaşılan amacın gerçekleşmesine hukuken ve fiilen elverişli olması yeterlidir<sup>10</sup>.

- Arsa sahibi yeni bir inşaat yapımı dışında yenileme, tadilat, onarım, güçlendirme gibi inşaat işleri için de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapabilir. Burada önemli olan inşa edilecek yapının taşınmaz niteliğinde olması ve arsa

---

<sup>5</sup> Y. 15. HD. 18.03.2008 T. 2007/2188E., 2008/1738 K. (Karar için bkz. İzzet Karataş, **Eser (İnşaat) Yapım Sözleşmeleri: Kurulması Uygulanması Sona Ermesi Sona Ermenin Sonuçları**, 2. bs., Ankara, Adalet, 2009, s. 33).

<sup>6</sup> Y.15. HD. 19.12.2008 T. 2007/6417 E.,2008/7500 K. UYAP, çevrimiçi: 05.11.2016: " TMK 692 maddesi hükmü gereğince birlikte mülkiyet şeklindeki taşınmaza olağan kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girilmesi "olağanüstü tasarruf" niteliğinde olduğundan aksi kararlaştırılmış olmadıkça bütün paydaşların kabulüne bağlıdır. Bu yasal nedenle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tüm paydaşlarının katılımıyla yapılmadıkça veya bazı paydaşlar tarafından yapılan sözleşmeye diğer paydaşların onayları olmadıkça geçerli ve bağlayıcı olmaz."

<sup>7</sup> Ali Avcı, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları**, Ankara, Adalet, 2015, s. 5.

<sup>8</sup> Cengiz Kostakoğlu, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 10. bs., İstanbul, Beta, 2017, s. 75.

<sup>9</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 5

<sup>10</sup> Kaya, **a.g.e.**, s.6. Aksi görüş için bkz. Avcı, **a.g.e.**, s. 4. ve Sütçü, **a.g.e.**, s. 29.

sahibinin yüklenicinin edimi karşılığında borcunu para ile değil arsa payı devri ile ifa etmesidir.<sup>11</sup>.

### 1.1.2. Unsurları Ve Hükümleri

Yukarıda belirttiğimiz tanımdan hareket etmek suretiyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarını şu şekilde saptamak mümkündür:

#### 1.1.2.1. Arsa Sahibi İle Yüklenici Arasında Anlaşma

Tüm sözleşmelerde olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de meydana gelmesi için tarafların sözleşmenin esaslı unsurları hakkında uyuşmuş olmaları gerekli ve yeterlidir. *"İlişkideki yüklenicinin ana edimi, sözleşmeye, fen kurallarına ve imar mevzuatına uygun inşaat yapmak, arsa sahibinin edimi ise yapılacak bu inşaata karşılık (bedel olarak) yükleniciye arsa payı devretmekten ibarettir<sup>12</sup>."* Tarafların irade beyanlarının yorumlanması<sup>13</sup> sonucunda sözleşmede düzenlenmediği anlaşılan ikinci derecedeki unsurlar hakkında tarafların uyuşmazlığa düşmeleri halinde TBK m.2/II gereği hakim işin gereğine göre uyuşmazlığı karara bağlar<sup>14</sup>. Taraflar uygulamada, arsa maliki ile yükleniciye düşecek arsa paylarını ve bağımsız bölümlerin sayısını ve paylaşma şeklini, meydana getirilecek yapının

<sup>11</sup> Avcı, **a.g.e**, s. 5; Sütçü, **a.g.e**, s. 28.

<sup>12</sup> Y. 15. HD. 6.5.2003 T., 2002/6192 E., 2003/2460 K. (Karar için bkz. Gürkan Coşkun **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü kişilerin Hukuki Durumu**, Ankara, Yetkin, 2010, s. 25.

<sup>13</sup> TBK m.19 hükmü gereği sözleşmenin yorumlanması ile tarafların karşılıklı irade beyanlarının gerçek ortak anlamı tespit edilir. Y. 23. HD., 04.12.2012 T. ve 2012/4437 E., 2012/7145 K. UYAP, çevrimiçi: 07.12.2016 : "Her ne kadar mahkemece, sözleşmenin 21. maddesine göre, ilave bölümlerle ilgili olarak sadece daire sayısının artırılması halinde arsa sahibinin istemde bulunabileceği kabul edilerek dava reddedilmiş ise de ... tarafların hakiki maksatlarının, özellikle genişletilen alanların hacmi karşısında maddedeki "daire" ifadesinin "bağımsız bölüm" olarak anlaşılmasında zorunluluk vardır. Bu durumda, sözleşmenin 21. maddesi uyarınca davacının asma kattan( asma kat ek bağımsız bölümdür ve buralara işyerleri de yapılmıştır) kazanılan alandan dolayı tazminat talep hakkı bulunduğu kabul edilerek..."

<sup>14</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 14. bs., İstanbul, Vedat, 2018, s. 150 vd.: Hakim sözleşmedeki boşluğu doldurmak için bu hususta kanunda bir yedek hukuk kuralı bulunup bulunmadığına bakar, yoksa veya başlı başına boşluğu doldurmaya yetmezse örf adet hukukunda uygulanabilir bir kural varsa hakim boşluğu bu kuralla doldurur. Bu kurallar da yetmezse hakim işin mahiyetine bakarak boşluğu dolduracaktır. İşin mahiyetinden kasıt sözleşmenin özelliğidir. Örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi götürü bedelli olarak kabul edildiğinden sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça arsa sahibince tapuda yapılacak pay devri dışında bir bedelin yükleniciye ödenmeyeceği benimsenmektedir. Y. 15. HD. 10.10.2002 T. ve 2002/2609 E., 2002/4538 K., UYAP, 07.02.2017. Sözleşmenin tamamlanması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Sanem Aksoy Dursun, **Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, İstanbul, Legal, 2008, s.7-222.

teknik şartlarını, inşaat başlama ve bitirme sürelerini, gecikme halinde ödenecek cezai şart miktarını vs. aralarında yapmış oldukları sözleşmede belirtmektedirler.

#### **1.1.2.2. Yüklenicinin İnşaat Yapma Ve Belirli Bağımsız Bölümleri Teslim Borcu Altına Girmesi**

Yüklenici sözleşme ile birbirine bağlı iki edimi borçlanmaktadır: Kendine verilen arsa payına karşılık arsa üzerine inşaat yapmak ve bağımsız bölümlerden arsa sahibine ait olanları teslim etmek. Konumuz olan sözleşmede inşaat yapma edimi eser sözleşmesindeki eser meydana getirme ediminin karşılığını oluşturmaktadır.

Kanunumuzda kat veya inşaat kelimelerinin tanımı yapılmamıştır. Ancak 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. Maddesine göre *"Yapı; karada ve suda daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler. Bina; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar."* olduğu belirtilmiştir. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m.2'de *"... ana gayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümlerine bağımsız bölüm..."* deneceği belirtilmiştir. Sözleşmeye konu olan ve yüklenici tarafından yapımı üstlenilen kısımların kat değil, daire, dükkan gibi arsa paylarına bağlı bağımsız bölümler olduğunu ve yapı ve binayı içine alan üst bir kavram olduğunu kabulü gerekir ki bu nedenle sözleşmede "kat" yerine "bağımsız bölüm" ifadesinin kullanılması yerinde olacaktır<sup>15</sup>.

Sözleşmede tarafların amaçları, arsa üzerine sözleşmede belirlenen vasıfta bina inşa edilerek kat mülkiyetine geçirilmesi ve tarafların kendilerine düşecek bağımsız bölümlerin mülkiyetini elde etmesidir. Bu sebeple yüklenici sadece arsa sahibine düşecek bağımsız bölümleri yapmakla borcunu ifa etmiş olmaz, aynı zamanda ana yapıyı da tamamlaması gerekir<sup>16</sup>. Ancak kanaatimizce, arsa sahibi, kendisine kalması gereken kısımların eksiksiz olması halinde yükleniciye düşecek

<sup>15</sup> Bilal Kartal, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Matsa, 1993, s. 18; Avcı, **a.g.e.**, s. 8.

<sup>16</sup> Erman, **a.g.e.**, s.3

bağımsız bölümlerde, ana yapının kat mülkiyetine çevrilmesini engellemeyecek derecede cüzi eksikler olması nedeniyle ifayı kabulden kaçınma imkanına sahip değildir. Örnek vermek gerekirse; yükleniciye ait olacak dairelerin oda kapılarının takılmamış olması, mutfak tezgahının takılmamış olması, vs.<sup>17</sup>.

Yüklenici, arsa sahibine kalması gereken bağımsız bölümleri sözleşmeye uygun şekilde teslim etmelidir<sup>18</sup>. Teslim, bir yüklenici borcu olduğundan dolayı yapının sözleşme ve imar kurallarına uygun olarak arsa sahibine teslim edildiğini ispat yükleniciye düşer<sup>19</sup>. Sözleşmede teslim ilişkine ilişkin anahtar teslimi, iskan izninin alınması gibi özel bir şart öngörüldüğü hallerde bu HMK anlamında delil sözleşmesi niteliğinde<sup>20</sup> olup bu şartlar gerçekleşmediği sürece hukuki anlamda teslim gerçekleşmiş olmaz ve şartın gerçekleştiğinin tanıkla ispatı mümkün değildir<sup>21</sup>. İskan ruhsatı alınmış olması teslimin yapıldığına ilişkin karine teşkil eder<sup>22</sup>. Taşınmazların

<sup>17</sup> Erman, **a.g.e.**, s.3.

<sup>18</sup> Ayıp, teslim edilen yapıda tarafların sözleşmede kararlaştırdığı özelliklerin olmaması, olmaması gereken niteliklerin olması veya sözleşmede öngörülen yapının tahsis amacı bakımından gerekli niteliklerin bulunmamasıdır. (sözleşmede yapının hangi özellikleri taşıyacağı belirtilmemişse, yüklenici dürüstlük kuralı ve ticari teamül gereği orta kalitede bir yapı yapmakla yükümlüdür. Yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğuna gidebilmek için şartlar:

1- Sözleşme konusu binanın tamamlanıp arsa sahibine teslim edilmesi gerekir.

2- Yapının ayıplı olması gerekir. Burada teslimin gerçekleşmesi nedeniyle borçlu temerrüdü değil, edimin gereği ifa edilmemesi/ kötü ifa söz konusudur.

3- Arsa sahibinin TBK m. 474 gereği ihbar ve muayene yükümünü yerine getirmiş olması arsa sahibi şartların gerçekleşmesi halinde TBK m. 475'deki haklardan birini seçebilir, tazminat hakkı diğer haklarla beraber istenebileceği gibi ayrı olarak da talep edilebilir

<sup>19</sup> Sendi Yakuppur, **Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eser Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları Yüksek Lisans Tezi** İstanbul 2009, s. 61-76. Yargıtay teslimi maddi olay olarak nitelendirmekte olup, bu hususta Y.15.HD., T. 21.06.2004, E. 6321, K. 3464, UYAP, çevrimiçi: 14.07.2019, : "Kural olarak, eserin arsa sahibine teslim edildiğini ispat yükleniciye düşer. Maddi bir olay olması bakımından teslim taraflar arasında düzenlenecek bir teslim tutanağı ile ispatlanabileceği gibi diğer yazılı deliller veya tanık sözleri ile de ispatlanabilir".

<sup>20</sup> Y. 15. HD.'nin 08.06.2004 T. ve 2003/6242 E., 2004/3206 K., UYAP, çevrimiçi: 08.11.2016: "...Sözleşmenin teslim olgusunu iskan koşuluna bağlayan 21. maddesi HUMK'un 287. maddesi hükmünce delil sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda yüklenicinin teslim savunmasını iskan izni belgesi ile kanıtlaması gerekir.". Delil sözleşmesi(HMK m. 193), taraflar arasında davadan önce veya yargılama esnasında yapılan, sözleşme konusu vakanın sadece kararlaştırılan belirli bir delil/deliller ile (münhasır delil sözleşmesi) veya kanunen mümkün olan deliller yanında kendi belirledikleri deliller ile (münhasır olmayan delil sözleşmesi) de ispat edilebileceğini düzenleyen usuli bir sözleşmedir. Bu hususta dava fazla bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes,**Medeni Usul Hukuku**, 12. bs., Ankara, Yetkin, 2011,s.474 vd.

<sup>21</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 58.

<sup>22</sup>Y. 15. HD. 31.10.2008 T. ve 2008/172 E., 2008/6453 K., ., UYAP, çevrimiçi: 08.03.2017: "Yüklenici kural olarak ve haklı bir gecikme nedeni olmadıkça eseri sözleşmede kararlaştırılan tarihte teslim etmekle yükümlü olup, aksi takdirde gecikmeden doğan alacağı ödemek zorundadır. Mahkemece 11.09.2003 tarihine kadar kira alacağına hükmedilmiştir. Oysa dosya kapsamına göre genel iskan ruhsatı 12.12.1996 tarihinde alınmıştır. Öyle olunca aksi ispatlanmadıkça ruhsatın alındığı

teslimi taşınır tesliminden farklı olarak sadece zilyetliğin devri ile gerçekleşmemekte olup, yüklenicinin eseri tamamlandığını açık veya örtülü olarak belirtmesi gerekir. Örtülü belirtme yüklenicinin yapıyı arsa sahibinin görebileceği ve üzerinde tasarruf edebileceği şekilde tamamlaması halinde mümkün iken, açıkça bildirimle teslimin gerçekleşmesi için ise yapının arsa sahibinin fiili egemenliğinin gereği gibi icrasını sağlayacak şekilde hazır edilmesi örneğin, biten eserin kullanımını sağlayacak anahtar vs. gereçlerin tesliminin yapılması gerekir<sup>23</sup>.

Yüklenicinin ücrete (bağımsız bölümlere) hak kazanabilmesi için binayı ayıpsız bir şekilde yapması ve zamanında arsa sahibine teslim etmesi gerekir. Teslim edilen bina, sözleşmede belirlenmiş nitelikleri (kararlaştırılan husus yoksa dürüstlük kuralı ve ticari doğruluk gereği eserde bulunması lüzumlu nitelikleri) taşıyor ya da eserde arsa sahibinin ifa menfaatini engelleyen başkaca ayıpları içeriyorsa ayıp nedeniyle yüklenicinin sorumluluğuna gidilebilir. Zamanında teslim etmezse temerrüde ilişkin hükümler uygulama alanı bulur.

"Teslim ile birlikte çeşitli hukuki sonuçlar ortaya çıkar:

- Yarar ve hasar arsa sahibine geçer (TBK m.483)(Ancak arsa sahibinin binayı teslim almada temerrüde düşmesi halinde temerrüdün başladığı andan itibaren hasara arsa sahibi katlanır).
- Ayıptan doğan zararın ve eksikliklerin tazmini, ayıptan doğan hakların kullanımı ile yüklenicinin alacağı bakımından zamanaşımı işlemeye başlar (TBK m.478).
- Ayıp nedeniyle yüklenicinin sorumluluğuna gidilebilmesi için gerekli şartlardan muayene ve ihbar süreleri işlemeye başlar (TBK m.477).

---

tarif itibarıyla eserin tamamlandığının kabulü gerekir...mahkemece genel iskan ruhsatından sonra teslim almaya engel bir halin olup olmadığı araştırılıp, teslim almaya engel bir durum yoksa kira alacağı 11.09.1996 tarihi ile 12.12.1996 tarihleri arasındaki dönem için hesaplanmalıdır.";

<sup>23</sup> Yakuppur, **a.g.e.**, s. 58.

- Taraflarca sözleşmede aksine bir düzenleme yapılmamışsa yüklenicinin tamamlanan yapıyı teslimi ile ücret (sözleşmede belirlenen arsa paylarına özgülenen bağımsız bölümlerin devri) alacağı muaccel olur (TBK m.479)."<sup>24</sup>

### **1.1.2.3. Arsa Sahibinin Belirli Arsa Paylarının Mülkiyetini Devir Borcu Altına Girmesi**

Bu unsur, eser sözleşmesinde iş sahibinin ücret ödeme borcunun karşılığını teşkil etmektedir. Arsa sahibinin borcuna esas teşkil edecek arsanın, sözleşme konusu inşaatın yapımına elverişli olması gerekir. Taraflarca sözleşmenin imzalanmasından sonra taşınmazda oluşan hukuki veya fiili imkânsızlık<sup>25</sup> nedeniyle sözleşmede öngörülen inşaatın yapımı mümkün olmuyorsa, arsa sahibinin sözleşmeye uygun olarak edimini ifa ettiği söylenemez<sup>26</sup>.

Sözleşmede arsa paylarının yükleniciye devri bakımından bir tarih, sıra belirlenmiş ve inşaat öngörülen seviyeye gelmesine rağmen, arsa sahibinin arsa paylarının belirlenen bölümlerini yükleniciye devretmekten kaçınması halinde, arsa sahibi temerrüde düşebilir ve bu durumda yüklenici bu kısım için tescil davası açabilir<sup>27</sup>. Böyle bir tarih ve sıranın kararlaştırılmaması halinde TBK m. 479/I hükmü karşımıza çıkar ki arsa paylarını devir borcu, yüklenicinin sözleşmeye göre belirlenen edimi (inşaatı) yerine getirmesi ile muaccel olur ve yüklenici kendi edimini yerine getirmedikçe karşı edimin ifasını talep edemez<sup>28 29</sup>.

Arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu ile inşaatın sözleşme uyarınca yapılması için arsa sahibinin sözleşme konusu arsayı yükleniciye teslim etmesi

<sup>24</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s. 566; Ayhan Uçar, "**İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları**", A.Ü.Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.V, No:1-4, 2001, s.542-552

<sup>25</sup> Y. 15. HD. 15.25.2001 T., 2599/4820( Karar için bkz. Erman, **a.g.e.**, s. 56, dn. 75)

<sup>26</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 2. Eğer sözleşme konusu inşaatın yapımı sözleşmenin kurulduğu esnadaki objektif nedenlerle imkansız ise bu durumda TBK m.112 ve m.136. gereği sonraki imkansızlığa ilişkin hükümler değil, TBK m.27 hükmü uygulanarak sözleşmenin geçersiz olacağı sonucuna varılmalıdır.

<sup>27</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 53.

<sup>28</sup> Y. 15. HD. 3.10.2006 T., 11039/10309, ., UYAP, çevrimçi: 12.01.2016:"Eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde de sözleşmede aksine hüküm yoksa bir bakıma eser bedeli olan arsa payı devri Borçlar Kanunu'nun 364. maddesi gereğince eserin tesliminde istenebilir."

<sup>29</sup> Teslim iskan ruhsatı alınması koşuluna bağlanmış ancak yüklenici iskan ruhsatı almamışsa tapu devrini isteyemez. Örnek yargı kararı: Y. 15. HD. 19.12.2008 T., 2007/6255 E., 2008/7488 K. (Karar için bkz. Karataş, **a.g.e.**, s. 299)

birbirinden farklı kavramlardır. İkinci halde arsa paylarının yükleniciye devri söz konusu olmayıp, arsanın inşaata elverişli ve ayıpsız olarak teslimi<sup>30</sup> söz konusudur.

## 1.2. HUKUKİ NİTELİĞİ

### 1.2.1. Tam İki Taraflı Bir Sözleşmedir

Yüklenicinin binayı tamamlayarak kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmek borcunun karşılığında, arsa sahibi de belirli arsa paylarını devir borcu altına girmekte, sözleşme tarafları karşılıklı borç ve alacak ilişkisi içinde olmaktadır. Bu nedenle Borçlar Kanununun tam iki tarafa borç yükleyen (synallagmatique, karşılıklı taahhütleri havi) sözleşmelerle ilgili maddeleri uygulama alanı bulur (Örneğin TBK m.97-98-123-124-125).

### 1.2.2. İki Tipli Karma Bir Sözleşmedir

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, taşınmaz satışı ve eser sözleşmesi unsurları bir araya geldiğinden karma bir nitelik taşımaktadır<sup>31</sup>. Burada sözleşme taraflarından arsa sahibinin borcu, taşınmaz satışının bir unsuru olan taşınmaz (sözleşme konusu arsa payının) mülkiyetini geçirme ile yüklenicinin borcu, eser sözleşmesinin bir unsuru olan eser (inşaat) yapma edimleri birbirleri ile mübadele ilişkisi içinde bulunmaktadır. Yani kanunla düzenlenmiş iki sözleşme tipine ait

<sup>30</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s. 251. Bu arsa sahibinin öncelikli borcudur, aksi halde arsa sahibinin teslim etmemesi nedeniyle temerrüde ilişkin sonuçlar doğar. Sözleşmeye konu arsanın inşaata elverişli bir şekilde teslimi zorunlu olduğundan üzerinde yıkılması gereken bina olması halinde binanın yıkılması inşaat yapma borcunun gereği olduğundan yükleniciye düşerken, binada da kiracının bulunması halinde, sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa kiracının tahliyesini sağlamak arsa sahibine düşer. Ayrıca yıkım için gerekli hukuki işlemler için vekalet vermesi gerekiyorsa arsa sahibinin buna aykırı davranışı halinde mütemerrit olur. Y. 15. HD. 22.04.2008 T. ve 2007/3118 E., 2008/2682 K., (çevrimiçi) [www.emsal.yargitay.gov.tr](http://www.emsal.yargitay.gov.tr), 10.11.2015: " ...inşaata başlanabilmesi için öncelikle inşaat yapılması kararlaştırılan arsanın, arsa sahibince inşaata elverişli ve ayıpsız olarak yükleniciye teslimi gerekir...Yüklenici... 30.04.2004 tarihli ihtarla inşaata başlayabilme için arsa üzerindeki gecekondunun yıkılmasını talep etmiş, gecekondunun yıkılmadığı gibi 04.05.2004 tarihinde arsa sahibi, yüklenici ve temsilcisini vekaletten azletmiştir. Belediye yazısında da, elektrik ve su abonelikleri iptal edilmeden gecekondunun yıkım ruhsatının ve gecekondunun yıkılmadan da inşaat yapım ruhsatının verilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davalı yüklenici plan ve projeleri tasdik ettirmesine ve noterden keşide ettiği ihtarnamesi ile talep etmesine rağmen, elektrik ve su aboneliklerini iptal ettirip gecekonduyu yıkmayarak ya da yıkıma hazır hale getirmeyerek davacı arsa sahibi arsayı inşaata elverişli ve boş olarak teslim şeklindeki öncelikli edimini yerine getirmediğinden, BK'nın 90. Maddesi uyarınca temerrüde düştüğü ve bu suretle ruhsat alınıp inşaata başlanmamasında arsa sahibi kusurlu olduğundan..."

<sup>31</sup> Fikren Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Yetkin, 2014, s. 25.

edimler, kanunun öngörmediği bir tarzda sözleşme serbestisi uyarınca karşılıklılık ilişkisi içinde bulunmaktadır<sup>32</sup>. Öyleyse, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çift tipli bir karma sözleşmedir.

Borçlar Kanunu özel borç ilişkileri başlığı altında, sosyal ve ekonomik hayatta sık karşılaşılan sözleşme tiplerini düzenlemiştir ancak bu düzenleme bir "numerus clausus" teşkil etmemekte ve akit serbestisi prensibi uyarınca taraflar sözleşme yapabilmektedir. Herhangi bir sözleşme tipine uymak zorunluluğu yoktur (tip serbestisi). İsterlerse düzenleme yaparken kanunda yer alan bu tip sözleşme hükümlerini tamamen benimseyebilecekleri gibi taraf iradelerinin bu hususta uyduğuna belirterek kanuna yollama yapabilirler. Ayrıca kanunda öngörülen bazı akitlerin unsurlarını birleştirerek veya karıştırarak veyahut kanunda hiç düzenlenmemiş yeni bir akit yapmaları da mümkündür<sup>33</sup>. Akit serbestisi sınırları içinde kalmak kaydıyla diledikleri tipte, içerikte sözleşme yapabilirler. Bu sebeple kanunda düzenlenmiş akitlerin (tipik sözleşmeler) yanında kanunda düzenlenmemiş sözleşmeler de vardır ki isimsiz sözleşmeler olarak adlandırılmaktadırlar. İsimsiz sözleşmeler de kendi içinde üçlü bir ayrıma tabi tutulmaktadırlar:

- Atipik/ kendine özgü olan/ sui generis akit; tipik akitlerin hiçbirine ait olmayan unsurlardan meydana gelmesi nedeniyle tamamen yeni bir akitir.
- Karma/karışık muhtevalı akit; unsurlarının tamamı kanunda düzenlenmiş tipik akitlere ait olmasına karşın bunların kanuna yabancı bir biçimde düzenlenmesiyle oluşan sözleşmedir<sup>34</sup>. Unsurlarının bir kısmı kanunda düzenlenmiş bir kısmı da düzenlenmemiş akitlerden oluşa bilmektedir<sup>35</sup>.
- Birleşik (mürekkep) sözleşme; geçerlilikleri ve varlıkları birbirlerine bağlı olan sözleşmelerin bağımsızlıklarını koruyarak bir araya gelmesi ile kurulan sözleşmedir<sup>36</sup>.

İsimsiz sözleşmeler grubuna dahil olan karma sözleşmenin üç unsuru vardır:

---

<sup>32</sup> Yavuz, **a.g.e.**, s. 485.

<sup>33</sup> Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 20.

<sup>34</sup> Erden Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1971, s. 10-11-12.

<sup>35</sup> Karışık muhtevalı sözleşmelerde elemanların yasada düzenlenmiş sözleşme tiplerinden veya yasada düzenlenmemiş sözleşme tiplerinden oluşmasının fark edeceğine ilişkin bkz. Kuntalp, **a.g.e.**, s. 12-13.

<sup>36</sup> Saibe Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması**, İHFM, C. LV, 1996, s. 275.

- Tek bir sözleşme vardır. Burada birleşik sözleşmelerdeki gibi birden çok akit tipinin, bu niteliklerine bir hâle gelmeksizin, birbirlerine bağlanması söz konusu değildir.
- Bu akdin kısmen veya tamamen kanuni akit tiplerinin unsurlarını bütünlük içinde birleştirmiş olması gerekir.
- Edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı akitlerin esaslı unsurlarını kanunun öngörmediği bir biçimde birleştirilmiş olması gerekir<sup>37</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bir karma sözleşme olduğundan sözleşmenin unsurlarını oluşturan iki sözleşmeden yalnız birine ait unsurların varlığı ile tarafların istediği amaca ulaşılması mümkün değildir. Sözleşmenin bir bütün olarak ele alınması gerekir ki tarafların sözleşmeyi yaparken niyeti iki sözleşmeyi birleştirmek değil, tek bir sözleşme meydana getirmektir. Şöyle ki, sözleşme kurulurken ne sadece taşınmaz satışı ne de sadece inşaatın bağımsız olarak yapımı düşünülmendiğinden, sözleşmenin inşaat yapımına ilişkin bölümüne eser sözleşmesi ile ilgili hükümler, arsa paylarının devrine ait bölümüne de taşınmaz satışına ilişkin hükümler uygulanmak suretiyle hukuki sorunların çözülmesi mümkün değildir<sup>38</sup>.

### 1.2.3. Sürekli-Geçici Karmaşığı Bir Borç İlişkisidir

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi bir sözleşme olduğuna ilişkin doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

#### 1.2.3.1. Ani Edimli Sözleşme Görüşünü Benimseyenler

Tandoğan, eser sözleşmelerinde sonuca ulaşma sürecinin değil sonucun elde edilmesinin önemli olduğunu ve karşı edim borcu olan ücrete ancak sonucun elde edilmesiyle hak kazanılabileceğini ve bunun sonucu olarak eser sözleşmesinin

---

<sup>37</sup> Kuntalp, **a.g.e.**, s. 153.

<sup>38</sup> Karşıt görüş için bkz. Mustafa Reşit Karahasan, **İnşaat İmar İhale Hukuku**, C:III, No:1, İstanbul, Beta, 1997, s. 628: Kural olarak, çift tipli karma sözleşmeye, her bir edime ilişkili olduğu sözleşmenin kuralları doğrudan uygulanır. Değişik sözleşme tiplerine ilişkin kurallar çatışır, karşılıklı çıkar dengesi gözetilerek hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşılması gerekir.

sürekli borç doğuran sözleşme olmadığını ancak hakkaniyetin gerektirdiği hallerde bu kuralların değerlendirilebileceğini belirtmektedir<sup>39</sup>.

Oğuzman-Öz, alacaklının edimin ifasındaki menfaatinin bir an içinde gerçekleştiği ya da borçlunun edimi ifası sürece yayılan davranış yükümü içermesine rağmen, ifanın alacaklı açısından her şeyin tamamlandığı son bir eylem/işlemle gerçekleştiği hallerde borç ilişkisinin ani edimli olduğunu belirtmektedir. Sürekli edimlerin ise, borçlunun borcunu sürekli bir davranışla ifa edebildiği hallerde söz konusu olacağını ve asli edimlerden birinin sürekli olması halinde o sözleşmenin sürekli nitelik taşıdığını kabul etmektedir. Baskın görüş uyarınca, ifanın ani mi sürekli mi olduğu saptanırken borçlunun faaliyetine değil, alacaklının edimin ifasındaki menfaatinin gerçekleşmesinin bir an içinde mi olduğu yoksa bir süreye mi yayıldığına bakılması gerektiğini, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin iş görme faaliyeti ile binayı meydana getirmesinin ayrı bir borç doğurmadığını, inşaatı tamamlayıp teslim etme borcunun, borçlu bakımından bir süreye yayılmasına rağmen, alacaklı açısından teslim ile ifa değeri taşıyacağından<sup>40</sup> iki istisnai hal dışında eser sözleşmesinin ani edimli borç ilişkisi doğuracağını altını çizmektedir. Bu haller;

- Ard arda teslimin kararlaştırılmış olması,
- Var olan tek bir eserin maddi varlığının zaman içerisinde genişletilmesi.

Ancak bu istisnai haller arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden bahsedilmemektedir<sup>41</sup>.

Sürekli borç ilişkisi kavramını ilk kez Otto von Gierke bir makalesi ile ortaya atmış ve bu kavramı, borcun muhtevasını bir süreye yayılmış edim borcunun teşkil

---

<sup>39</sup> Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, 5. Baskı, İstanbul, 2010, s.150; Haluk Tandoğan, "Arsa Üzerinde İnşaat Yapmadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler", **BATİDER**, C.XI, No:1, Haziran 1981, s.28 vd.; Ayça Akkayan Yıldırım, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Ermesi ve Sona Ermenin Etkileri", **Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, İstanbul, Vedat, 2004, s.57

<sup>40</sup> Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 9-10.

<sup>41</sup> M. Turgut ÖZ, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi: Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte**, İstanbul, 1989, s. 21-22.

ettiği ilişkiler olarak tanımlamıştır<sup>42</sup>. Edimin bir süre içinde icra edilmesi halinde sürekli borç ilişkisi, edimin belirli bir anda/vadede yerine getirilerek sonuçlanması halinde ise geçici borç ilişkisi olacağını belirtmektedir. Gierke'nin ayrımında kıstas edimin yerine getirilme süresidir.

Sözleşmeye özel karakterini vererek diğer sözleşme türlerinden ayrılmasını sağlayan asli edim borcunun niteliği, sözleşmenin ani ya da sürekli olmasını sağlar, yan borçlar sürekli nitelikte olsalar bile bu sözleşmeye sürekli borç niteliği kazandırmaz.

Seliçi'ye göre, "borç ilişkisini sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirmek için alacaklının edimin ifasındaki menfaatinin gerçekleşmesinin bir anda aniden mi yoksa zaman içinde bir süre mi kapsadığına bakmak gerekir<sup>43</sup>. Ani edimli borç ilişkilerinde edimin yerine getirilmesi ile borcun sona ermesi aynı anda olmakta ve alacaklının edimin ifasındaki menfaati gerçekleşmektedir. Sürekli borç ilişkisinde taraflar arasındaki ilişki devam ettiği müddetçe, edim borcu ifa edilmekle amaç her an gerçekleşmektedir<sup>44</sup>. Bu çerçevede eser sözleşmesini ani edimli olarak kabul etmekte ancak kanun koyucunun yüklenici açısından edim sonucunun hazırlanması sürecini dikkate alarak sürekli borç ilişkilerine ilişkin düzenlemeye gittiğini vurgulamıştır<sup>45</sup>.

Yavuz; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli sözleşme niteliğinde olduğunu ve bu nitelendirmenin yapılmasında belirleyici olan hususun borçlunun edime yönelik hareketlerinin uzun sürmesinin değil, alacaklının menfaatinin eserin teslimi ile bir anda gerçekleşmesinin olduğu görüşündedir<sup>46</sup>.

### 1.2.3.2. Sürekli Edimli Sözleşme Görüşü

Serozan; sadece arsa sahibi yönünden bakıldığında ani edimli gibi görülmesine rağmen yüklenici açısından bakıldığında, yüklenicinin bağımsız bölüm inşa etme sürecinin, sadece bir hazırlık aşaması olarak değerlendirilmemesi

---

<sup>42</sup> Otto von Gierke , Dauernde Schuldverhältnisse, Jh. Jb.64, 1914, s.356'dan aktaran Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 4.

<sup>43</sup> Seliçi, **a.g.e.**, s. 6-7.

<sup>44</sup> Seliçi, **a.g.e.**, s. 8.

<sup>45</sup> Seliçi, **a.g.e.**, s. 26.

<sup>46</sup> Yavuz, **a.g.e.**, s. 486.

gerektiğini ve bu iş görme faaliyetinin süreklilik arz eden bir çalışma süreci içerdiğini bu nedenle eser sözleşmesinin çoğu kez sürekli sözleşme niteliğinde olduğu görüşündedir<sup>47</sup>.

Sungurbey, yüklenicinin uzun zamana yayılan bağımsız bölüm inşa etme faaliyetlerinin ve binanın meydana gelmesi sonucunun bütün olduğunu, bu sebeple eser sözleşmesine sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme hükümlerinin uygulanmasının doğru olduğunu belirtmektedir<sup>48</sup>.

Erman, yüklenicinin bina meydana getirilirken uzun süreye yayılan iş görme faaliyetlerini edimin dışında sayarak sadece hazırlayıcı süreci olarak sayılmasının doğru olmadığını, edim sonucu ile bu sürecin bir bütünlük arz ettiğini ve sonucun meydana gelmesinden önce de sözleşme uyarınca edimler ifa edilmektedir. Uygulamada genellikle inşaatın belli aşamalara gelmesiyle arsa payları peyderpey yükleniciye geçirilmekte ya da arsa payları üzerine arsa sahibi lehine teminat ipoteği tesis edilerek sözleşmenin kurulmasıyla yükleniciye devredilmekte ve ipotek kısım kısım kaldırılmaktadır. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri sürekli niteliktedir<sup>49</sup>.

Kartal'a göre, bir sözleşmenin niteliği belirlenirken özellikle borçlu açısından edimlerin ifa biçimine bakılması gerektiğini belirtmekte, bu doğrultuda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bütünlük arz eden sonucun meydana gelmesi için edimlerin bir zaman süreci içinde ve kısımlar halinde ifa edilmesi nedeniyle sürekli borç ilişkisi doğurduğunun kabulü gerektiğini ileri sürmektedir. Yapılan iş görme faaliyetinin sadece bir hazırlık işlemi olmadığı, yapının inşası borcu ile bir bütün teşkil ettiğini ve karşı edim borcu olan ücret/bağımsız bölümlerin devrinin, binanın bitmiş hali ile hazırlanmasındaki eylemlerin bütününe karşılığı olduğunu belirtmektedir<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, 2. bs., İstanbul, Vedat, 2007, s.173-174.

<sup>48</sup> İsmet Sungurbey, **Medeni Hukuk Sorunları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi yayınları, 1994, C.IV, s.477.

<sup>49</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 9.

<sup>50</sup> Kartal, **a.g.e.**, s. 25-156.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun bir kararında;" ... *istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin emeğe ve masrafa dayanan edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir...o halde... inşaat sözleşmeleri geçici sürekli karmaşığı bir özellik" taşıdığını kabul etmiştir*<sup>51</sup>.

Yüklenicinin bağımsız bölüm inşa etme sürecinin sadece bir hazırlık süreci olarak görülmesinin yanlış olacağını ve edim sonucunun/binanın ifaya yönelik faaliyetlerle beraber bir bütün teşkil ettiğini, ayrıca uygulamada genellikle yüklenicinin yapımı taahhüt edilen binayı inşa ettikçe arsa sahibinin arsa paylarını devrettiği hususları dikkate alındığında yüklenicinin eseri inşa etme borcu açısından sürekli, "yüklenicinin eseri teslim ve arsa sahibinin pay geçirim borcu bakımından ani edimli borcun söz konusu olduğunu kabul ederek <sup>52</sup>", bu sözleşmenin sürekli borç ilişkisi niteliği de taşıdığı değerlendirilmektedir. Kanuni düzenleme ve Yargıtay kararları da bu yöndedir. Bu nitelendirme ilerde değineceğimiz üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi halinde inşaatın bitirme oranı göz önüne alınarak feshin ileri ya da geriye etkili olmasına ilişkin uyuşmazlığın çözümünde hakkaniyetli bir sonuca ulaşmayı sağlayacaktır.

#### **1.2.4. Götürü Bedelli Bir Sözleşmedir**

Edimler yani yükleniciye devredilecek ve arsa sahibine kalacak taşınmazlar başlangıçta sözleşme ile belirlenmiş olduğundan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi TBK m. 480 kapsamında götürü bedelli bir sözleşmedir. Sözleşmede kararlaştırılan arsa payı dışında yapılacak bina tahmin edilenden fazla emek ve masrafı gerektirse bile yüklenici başka bir bedel talep edemeyeceği gibi, sözleşmede aksi

---

<sup>51</sup> Hakan Acar, Cevdet Yavuz'a Armağan, "FIDIC Sözleşmelerinde Müteahhidin Sözleşmeyi Fesih Hakkı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, C. 22, S. 3, s.49, dn. 16; YİBK. 25.01.1984 T. ve 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı Kararı, UYAP çevrimiçi: 11.11.2015

<sup>52</sup> Sütçü, a.g.e., s. 1199.

kararlaştırılmadıkça KDV'den de yüklenici sorumludur<sup>53</sup>. Yargıtay kararları istikrarlı olarak bu sözleşmeyi götürü bedelli olarak kabul etmektedir<sup>54</sup>.

### 1.3. KAT İRTİFAKI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Kat irtifakı; yapımına başlanmış henüz tamamlanmamış veya yapımına henüz başlanmamış yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde, yapı tamamlandıktan sonra geçilecek kat mülkiyetine esas olmak üzere, arsa maliki veya arsanın ortak malikleri tarafından tesis edilen arsa payına bağılı öyle bir haktır ki, bu hakka sahip paydaşa, diğerk paydaşlardan sözleşmeye ve plana uygun olarak o arsa üzerinde kat mülkiyetine özgülenecek yapı inşa etmelerini isteme ve inşa edilecek yapıyı kat mülkiyetine çevirtme yetkisi verir. Bu aynı zamanda diğerk paydaşları yapı inşa etme borcu altına sokar(KMK m.1/II, m.2/I-c ,m. 3, m.17/I, m.26/I)<sup>55</sup>. Arsa payına bağılı bir irtifak çeşidi(KMK m.3/III) olması nedeniyle hak sahibi yönünden arsa payına bağılı bir hak oluşturur ve yükümlü yönünden paya bağılı bir yapma borcu doğurur ki, payın devri halinde irtifak hakkı da devredilmiş olur ve yeni malik inşaat borcunun yükümlüsü halini alır<sup>56</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ise yüklenici ileride kat mülkiyetine çevrilmek üzere arsa üzerinde yapı inşa etmeyi, arsa sahibi ise sözleşmede belirlenen kat irtifakı kurulmuşsa ileride inşa edilecek bağımsız bölümlere özgülenen arsa paylarının, kurulmamışsa belli payların devrini taahhüt etmektedir. Yapı tamamlanıp kat mülkiyetine geçilmezse bu sözleşmeye aykırılık teşkil eder ki gereğı gibi ifa edilmemenin sonuçları doğar. Bazen de arsa sahibi yapı inşa edilmeden arsa paylarının bir kısmını yükleniciye tapuda devretmekte ve bu devir esnasında ana taşınmaz üzerinde kat irtifakı tesis edilmekte ve arsa sahibi ile yükleniciye düşen arsa paylarına özgülenen bağımsız bölümler belirtilmektedir. Kat irtifakının kurulması halinde Kat Mülkiyeti Kanunu ve Medeni

<sup>53</sup> Y. 23. HD. 20.03.2013 T. ve 2012/6491 E., 2013/2007 K., UYAP, çevrimiçi: 07.11.2016.

<sup>54</sup> Y.23 HD., 29.11.2013 T. ve 2013/5450 E., 2013/7583 K.;Y. 14.HD. 10.10.2002 T. ve 2609/4538;Y. 15. HD. 08.10.2003 T. ve 1249/4611, UYAP, çevrimiçi: 07.11.2016.

<sup>55</sup> M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, 21. bs., İstanbul, Filiz, 2018, s. 508.

<sup>56</sup> Oğuzman,Seliçi,Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.510; Serap Helvacı, "Kat İrtifakı ile Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımının Karşılaştırılması", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan**, Kitap 1, İstanbul, Mitos,1995, s. 288.

Kanun hükümleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır. Eğer kat irtifakı tesis edilmemişse çeşitli farklılıklar doğacaktır<sup>57</sup>:

- Arsa payı karşılığı satış sözleşmesinde taraflar taşınmaz satış vaadi ve eser sözleşmesi yaparak taahhüt altına girmişlerse, kat irtifakı tesis edilmemesi halinde, kat irtifakının eşyaya bağlı borç doğurması nedeni ile arsa payına kim malikse onun borçla yükümlü olması durumu burada uygulanamayacak ve sözleşme hükümleri taraflar arasında şahsi talep hakkı doğuracağından arsa sahibinin mülkiyeti nakil borcu sonraki maliklere karşı ileri sürülemeyecektir. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu siciline şerhi halinde, yüklenicinin kişisel hakkı tapuya şerh ile aynı etki kazanacağından, yüklenici, arsa sahibinden pay devralan üçüncü kişiye karşı, kendisine düşen bağımsız bölümlerin devrini isteyebilir<sup>58</sup>.

- Arsa üzerinde kat irtifakı kurulmaması halinde paydaşların arsa üzerinde yapı inşa etme borcu yoktur, bu borç sadece arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan yükleniciye aittir.

- Kat irtifakı tesis edilmesi halinde tüm paydaşlar sözleşmeye uygun inşaatın yapılmasını isteme hakkına sahip olurken her paydaş da inşaatın yapılması borcu altındadır ki, arsa payı inşaat sözleşmesinde kat irtifakı tesis edilmemesi halinde, yüklenicinin borcu paya bağlı değildir, sözleşmeden doğan kişisel bir borçtur.

## **1.4. DÜZENLENME BİÇİMLERİ**

### **1.4.1. Arsanın Tamamının Müteahhide Devri**

Üzerinde kat irtifakı tesis edilmemiş arsa, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasından önce veya sonra arsa sahibi tarafından yükleniciye tapuda devredilir. Arsa sahibinin arsası üzerinde ileride yapılacak bağımsız bölümlere düşecek arsa paylarının güvence altına alınması için arsa sahibi lehine ipotek tesis edilir. Bu ipoteye "teminat ipotegi" de denilmektedir. Tapuda yapılan gayrimenkul satış işleminin sebebi, taraflara düşecek bağımsız bölümler, bunların nitelikleri, inşaatın başlama ve bitiş süresi ve diğer hususları içeren taraflar arasında

---

<sup>57</sup>Helvacı, **a.g.e.**, s. 292.

<sup>58</sup> Safa Reisoglu, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar**, BATİDER, C.XXIV, S.2, Ankara, 2007, s.16; Coşkun, **a.g.e.**, s. 40.

yapılmış/yapılacak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Bu nedenle tapuda arsanın yükleniciye devri her ne kadar satış olarak gösterilmişse de gerçek illetin bağımsız bölüm yapmak olduğu ve devir ile inşaat sözleşmesinin bir arada ve bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır. *"Yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinden sonra arsanın tapuda satış olarak devri, sözleşmenin edimi olup, davadaki istemin buna göre sonuçlandırılması gerekir."*<sup>59</sup>. *"... Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre, daire karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasından sonra tapuda yapılan devir işlemleri, arsa sahiplerinin edimlerini yerine getirmesi olarak kabul edilmektedir. Davalı yüklenici şirket tarafından aksi kanıtlanamadığından, tapuda bu işlemlerin satış olarak gösterilmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Davalı yüklenici şirketin dava konusu 2661 parsel sayılı taşınmaza hak kazanabilmesi için daire karşılığı inşaat sözleşmesindeki edimleri yerine getirmesi gerekir..."*<sup>60</sup>

#### **1.4.2. Belli Arsa Paylarının Yükleniciye Devri**

Arsa sahibi kat irtifakı kurulmuş olan arsasından ileride bağımsız bölümlere özgülenecek arsa paylarından yükleniciye düşecek olanların mülkiyetini tapuda yükleniciye geçirmektedir, ayrıca taraflar imzaladıkları eser sözleşmesi ile inşaatın başlama ve bitiş tarihlerini, arsa sahibine ve yükleniciye düşecek arsa paylarını ve sözleşmenin diğer hususlarını düzenlemektedir<sup>61</sup>. Böylelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca arsa sahibi kendisine düşen edim borcunu başlangıçta ifa etmiş olmaktadır<sup>62</sup>. Arsa sahibinin, yükleniciden olan haklarının teminat altına alınması için, devredilen bu arsa payları üzerine arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmekte ve inşaatın ulaştığı seviyeye göre kısım kısım kaldırılmaktadır<sup>63</sup>. Ancak bu teminat, yüklenicinin ipotek bedelini ödeyerek ipoteği çözme yoluna gitmesi nedeniyle çoğu

<sup>59</sup> Y. 15. HD. 7.7.1987 T. ve 1986/3788 E., 1987/2903 K. (Karar için bkz. Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 231-232)

<sup>60</sup> Y.15. HD., 07.03.2008 T. ve 2007/1709 E., 2008/1486 K. (Karar için bkz. Mustafa Kırmızı, **Açıklamalı İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 2. Baskı, Ankara, Bilge, 2018, s. 632).

<sup>61</sup> Yavuz, **a.g.e.**, s. 487.

<sup>62</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 12; Coşkun, **a.g.e.**, s.29; Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 219.

<sup>63</sup> Kartal, **a.g.e.**, s. 29; Kırmızı, **a.g.e.**, s. 633; Pervin Ayazlı, "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi: Unsurları-Hukuki Özellikleri-Şekil Sorunu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, C.2, No:1, 1987, s. 44.

kez arsa sahibinin haklarını koruyamamaktadır<sup>64</sup>. Sözleşmenin yapılmasından önce tapuda pay devrinin satış işlemi olarak gösterilmek suretiyle yapılmış olması, daha sonradan aynı taşınmazla ilgili olarak tarafların arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapması halinde tapudaki devir ile bu sözleşmenin bağlantılı olabileceğinin değerlendirilmesi gerektir<sup>65</sup>.

#### 1.4.3. Arsa Paylarının İnşaatın Ulaştığı Seviyeye Göre Kısım Kısım Devri

Taraflar sözleşmede, ya inşaat ilerledikçe arsa paylarının kısım kısım yükleniciye devrini öngörmektedir ya da arsa sahibi, inşaatın belli aşamaya gelmesi halinde belirlenen arsa paylarının 3. kişilere devri için yükleniciye temsil yetkisi vermeyi taahhüt etmektedir<sup>66</sup>. Örneğin, "Her dört blok iç ve dış duvar ince sıvaları tamamlandığında; asansör, mutfak, dolap ve tezgahlarının montajlarından sonra; yapı kullanma izin belgesinin(iskan raporu) alınmasından sonra ... arsa payı ya da projeye göre ...no'lu bağımsız bölüm yükleniciye devredilecektir" şeklinde ifadeler uygulamada karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmede kademeli devir kararlaştırılmışsa şartlar gerçekleştiğinde yüklenici söz konusu bağımsız bölüme düşen arsa payının devrini talep edebilir, arsa sahibi devre yanaşmazsa tapu iptal ve tescil davası açılabilir, mahkemece yapılan keşif sonucu söz konusu şartların gerçekleştiği veya inşaatın öngörülen seviyeye ulaştığının belirlenmesi halinde mahkemece yüklenici adına tescile karar verilir<sup>67</sup>. Bu husustaki Yargıtay kararlarından bazıları şu şekildedir:

- *"...yanlar arasında imzalanan sözleşmeye göre davacı yüklenici 664 adadaki kaba inşaatı bitirdiğinde bu adadan 19-20-21-22 ve 23 no'lu parsellerin, 666,667 ve 668 no'lu adalardan ise tüm tapu paylarının iptalini isteyebilecektir."*<sup>68</sup>

- *"...Yanlar arasında imzalanan sözleşmeye göre inşaatın su basmanın yapılmasında %10, kaba inşaatın tamamlanmasında %20 oranında tapunun yüklenici kooperatife devredilmesi kararlaştırılmıştır. Mahkemece alınan bilirkişiler kurulu raporunda inşaatın bu aşamaların tamamlandığı anlaşılmaktadır. Ancak*

<sup>64</sup> Yavuz, **a.g.e.**, s.487; Kartal, **a.g.e.**, s. 29.

<sup>65</sup> Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 219.

<sup>66</sup> Kaya, **a.g.e.**, s.26; Yavuz, **a.g.e.**, s. 488; Erman, **a.g.e.**, s.14

<sup>67</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 48.

<sup>68</sup> Y. 15. HD. 15.03.2011 T. ve 2010/1597 E., 2011/1540 K. ., UYAP, çevrimçi: 08.04.2017

*sözleşme uyarınca inşaatın tümünün bitirilmesi halinde kooperatife devri gereken pay oranı %52 olup, inşaat tamamlanmadığı ve esasen davadaki talep yüklenici payına düşecek olan %52 payın %30'unun iptali olmasına rağmen, mahkemece talep de aşularak %52'nin %30'una isabet eden payın iptali yerine, arsa sahipleri üzerindeki %52 payın tümünün iptali doğru olmamıştır<sup>69</sup>."*

Yapılan sözleşmede arsa paylarının 3. kişilere devri için yükleniciye vekalet verilmesi halinde, yüklenici ile 3. kişinin yapmış olduğu satış sözleşmesinde yüklenici arsa sahibinin temsilcisi olarak gözüke de, satış bedeli kendi tasarrufuna geçtiğinden asıl satıcı yüklenici olmaktadır<sup>70</sup>.

Satış ve satış vaadinden söz edilmeksizin, taraflara düşecek arsa payları belirlenmekte ise de, sözleşmenin şekle uygun olarak yapılması halinde tarafların amaçladıkları hukuki sonuç dikkate alınarak sözleşme yorumlanmak(TBK m.19) suretiyle sözleşmenin satış vaadi olduğunun kabulü gerekir<sup>71</sup>.

#### **1.4.4. Arsa Paylarının Satışının Arsa Sahibince Vaadi Ve Müteahhidin De Arsa Üzerine İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi**

Yüklenicinin bağımsız bölüm yapma ve belirlenen arsa paylarını teslim etmeyi taahhüdü karşılığında, arsa sahibi, kat irtifakı kurulmuşsa, belli arsa paylarının, kurulmamışsa belli payların satışını vadetmektedir<sup>72</sup>. Tek bir sözleşme ile hem taşınmaz satış vaadi hem eser/inşaat sözleşmesi bir arada düzenlenmektedir. Gayrimenkul satış vaadini düzenleme yetkisi noterlere verilmiştir (1512 sayılı Noterlik Kanunu m.60)<sup>73</sup>. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması

<sup>69</sup> Y. 15. HD. 20.07.2011 T. Ve 2010/2046 E., 2010/74789 K., UYAP, çevrimçi: 18.05.2017

<sup>70</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 14.

<sup>71</sup> Kaya, **a.g.e.**, s.26; Yavuz, **a.g.e.**, s. 488.

<sup>72</sup> Kartal, **a.g.e.**, s. 34.

<sup>73</sup> Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, Türk doktrinde hakim olan görüşe göre bir önsözleşme (İsmet Sungurbey, **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi(şerh)**, İstanbul, Sermet, 1963, s.9 vd.'da satış vaadi ile satış sözleşmesi arasında bir fark olmadığını ileri sürmektedir) olduğundan TBK m. 29/II gereği taşınmaz satış sözleşmesinin şekline tabi olarak tapu memurlarınca resmi senetle düzenlenmesi gerekirdi fakat Noterlik kanunundaki düzenleme bu hususta bir istisna getirmiştir. Bununla birlikte, tapu sicil memurlarının bu konudaki yetkileri de devam etmektedir.(Oğuzman, Seliçi,Oktay-Özdemir, **a.g.e.**,s. 321)Satış vaadi sözleşmesi taraflara asıl sözleşmenin yapılmasını isteme yönünde kişisel bir hak verir. Satış vaadinden doğan hakkın kullanılması ile satış sözleşmesini yapma borcu doğar ki borcun ifa edilmemesi halinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde sözleşmenin karşı tarafını teşkil eden yüklenicinin açacağı davada mahkemenin vereceği hükmün niteliği doktrinde tartışmalıdır. Çoğunluk görüş ve uygulama(Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul, Sulhi

nedeniyle, taraflardan hangisinin edim borcunu öncelikle ifa edeceği sorusu karşımıza çıkar ki eser sözleşmesine ilişkin TBK m. 479/I hükmü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde uygulama imkanı bulur. Taraflarca sözleşmede aksi öngörülmemişse, arsa sahibinin arsa payını devir borcu, yüklenicinin inşaatı tamamlayıp söz konusu bağımsız bölümleri teslimi ile muaccel olacaktır<sup>74</sup>. Bu tür arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini diğer düzenleme şekillerinden ayıran unsur sözleşmede kademeli devir öngörülse bile, tapuda devrin yüklenicinin borcunu ifası ile olmasıdır<sup>75</sup>. Uygulamada en çok karşımıza çıkan düzenlenme şekli bu tiptedir<sup>76</sup>.

### 1.5. UYGULANACAK HÜKÜMLER

Karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı hususunda doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüştür. Teoride ileri sürülen görüşler şunlardır:

- Çeşitli tiplerin birbirini götürmesi teorisi<sup>77</sup>,
- Soğurma teorisi<sup>78</sup>,
- Birleşme Teorisi<sup>79</sup>,
- Yaratma teorisi<sup>80</sup>.

---

Garan, 1959, s.170 vd.), mahkemece TMK m.716'ya göre söz konusu taşınmazın mülkiyetinin alıcı(yüklenici)ya geçtiğine karar verileceği ve iki ayrı davanın bulunmadığı yönündedir. Bu görüşe bazı yazarlar satış sözleşmesi ile satış vaadi sözleşmesi farklılığı ortadan kaldırması nedeniyle eleştiri getirmekte, olması gerekenin mahkemece verilen kararın satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin taraf beyanının yerine geçip, alıcının ilamı tapuya ibraz ederek resmi sözleşmeyi düzenletebileceğini, buna rağmen satıcı taşınmazı tapuda devretmezse, alıcının TMK m.716 gereği ayrıca tescil davası açması gerektiği görüşündedirler.(Oğuzman, Seliçi,Saibe Oktay, **a.g.e.**, s. 325'te) Kanaatimce, çoğunluk görüş, açılan tek dava ile mahkeme hükmünün satıcının iradesi yerine geçerek taşınmazın alıcı adına tescili sonucu doğurması nedeniyle verilen hükmün satış ile satış vaadi arasında farklılığı ortadan kaldırması yönünden eleştirilebilirse de usul ekonomisi yönünden diğer görüşlere üstün tutulmalıdır.(Aynı görüş için bkz. Fikret Eren,**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Yetkin, 2014, s.224)

<sup>74</sup> Kaya, **a.g.e.**, s. 109.

<sup>75</sup> Coşkun, **a.g.e.**, s. 32.

<sup>76</sup> Erman, **a.g.e.**, s.15; Yavuz, **a.g.e.**, s. 489

<sup>77</sup> Karma sözleşmeyi oluşturan tip sözleşmeler kıyas yoluyla dahi uygulanamaz, uyumsuzluk genel hükümlerin uygulanmasıyla çözülebilir.

<sup>78</sup> Karma sözleşmeyi oluşturan tip sözleşmelerden hangisine ait unsuru daha önemli kabul ediyorsa o sözleşme hükümleri bütün sözleşmeye uygulanmalıdır.

<sup>79</sup> Karma sözleşme, birden fazla sözleşme tipine ait asli edimlerden oluşur ve hangi edim hangi sözleşmeye aitse ona ilişkin hükümler doğrudan uygulanır.

<sup>80</sup> Hakim TMK m.1 gereği uyumsuzlukla ilgili karar verirken karma sözleşmeyi değerlendirip, uygulanabilecek bir örf adet kuralı yoksa kendisi kanun koyucu gibi hareket ederek o hukuk kuralını yaratıp karar vermelidir.

Doktrinde ağırlık kazanan görüş yaratma (kıyas) teorisi olup, bu görüşe göre eksiklikler şu şekilde giderilecektir:

- Öncelikle sözleşme yorumlanarak tarafların ne gibi bir düzenleme getirmek istedikleri araştırılmalıdır.

- Sözleşmenin ikincil hususlarında eksiklik olması halinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çift tipli karma sözleşme olduğundan, taşınmaz satış sözleşmesi ile eser sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanarak boşluk doldurulmalıdır. Ancak bunun söz konusu olması için, uygulanması düşünülen hükümler, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle öngörülen amaca uygun olmalı ve tatbiki düşünülen menfaatler çatışmasını meydana getirmesi gerekir. Tip sözleşmelerin uygulanmasında çatışma olması halinde yani bir tarafa avantaj sağlanması halinde hakim, sözleşmenin ve tarafların amacını dikkate alarak, tarafların karşılıklı menfaatleri hakkaniyetli bir şekilde nasıl bağdaştırabileceğini düşünerek hareket etmelidir.

- Gerekirse Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanması yoluna gidilmelidir.

- Böylece bir sonuca varılamıyorsa, kanunen düzenlenmemiş, isimsiz bir sözleşme olması nedeniyle, TMK m.1/II hükmüne uygun olarak, bu konuda bir örf adet kuralı olup olmadığı araştırılmalıdır.

- Amaçlanandan farklı bir çıkar çatışmasına vücut verirse, bu durumda, hakim ilgili tiplerin hükümlerini kıyasen uygulamaktan kaçınıp, TMK m.1/II'e göre kanun koyucu gibi hareket ederek kendisi bir hüküm tesis etmelidir<sup>81</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi önceden de belirtmiş olduğumuz üzere çift tipli karma sözleşmedir ve kendisini oluşturan eser sözleşmesi ile taşınmaz satış sözleşmesi birbirinin karşılığı olacak şekilde bağımsızlıklarını yitirerek tek bir sözleşmede karışmaktadırlar. Bu nedenle her asli edime kendine ait sözleşme hükümleri uygulanarak karma sözleşmenin amacına ulaşamamaktadır. Örneğin, eser sözleşmesi şekle tabi olmadığından eser sözleşmesine ilişkin unsurlar, inşaat süresinin kısaltılması gibi hususlar şekle tabi olmadan değiştirilemeyecektir ya da taşınmaz satışı ani edimli olmasına karşın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin

---

<sup>81</sup> Kuntalp, **a.g.e.**, s. 155; Erman, **a.g.e.**, s. 7-8; Yavuz, **a.g.e.**, s. 493; Kartal, **a.g.e.**, s. 28.

feshi halinde inşaatın ulaştığı seviyeye göre feshin ileri veya geriye etkili olarak sonuç doğuracağı neticesine varılacaktır<sup>82</sup>.



---

<sup>82</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s. 32-33.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN HAK KAZANMA BİÇİMLERİ

#### 2.1. ARSA SAHİBİNİN ARSA PAYLARINI BAŞLANGIÇTA YÜKLENİCİYE DEVRETMEŞ OLMASI HALİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye kalacak arsa payları; kural olarak, inşaatın sözleşme hükümlerine, fen ve sanat kurallarına uygun olarak bitirilip, arsa sahibine düşen bağımsız bölümlerin teslim edilmesi üzerine yüklenici adına tescil edilir (TBK m.479). Uygulamada, çoğunlukla, yükleniciye kredi sağlamak amacıyla arsa payları, inşaat başlamadan önce tamamen veya inşaatın geldiği seviyeye göre kademeli olarak, arsa sahibi tarafından, yükleniciye tapuda devredilmektedir<sup>1</sup>.

##### 2.1.1. Yüklenicinin Arsa Payının Mülkiyetini Üçüncü Kişiye Devretmesi (Arsa Payı Satım Sözleşmesi)

Erman'a göre; yüklenici ile 3. kişi arasındaki arsa payı satım sözleşmesi birleşik sözleşme niteliğinde olup, 3. kişinin ödediği bedel, satış bedelinin yanında yüklenicinin devrettiği arsa payına karşılık gelen taşınmazı tamamlamak ve teslim etmeyi de içermektedir<sup>2</sup>. Alıcının (3. kişi) bedel ödeme borcunun karşılığını taşınmaz satımında satıcı ve eser sözleşmesinde yüklenicinin edim borcu oluşturmaktadır<sup>3</sup>. 3. kişi ile yüklenici arasında muvazaalı işlem tesis edilmemiş olması kaydıyla arsa sahibinin ister ileriye, ister geriye etkili olarak sözleşmeyi sona erdirmesi halinde 3. kişinin mülkiyet hakkının etkilenmeyeceği görüşündedir<sup>4</sup>.

Yargıtay, yükleniciden tapuda arsa payı devralan 3. kişinin, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde tapuda tescilin yolsuz tescile dönüşeceğini, TMK'nun

<sup>1</sup> Yaşar Engin Selimoğlu, **İstisna (Eser) Sözleşmesi**, 4.bs., Adalet yay., Ankara, 2017, s.380; Karataş, **a.g.e.**, s. 306: yapılan ödemeyi "avans" olarak nitelendirmektedir.

<sup>2</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 176.

<sup>3</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 176, dn. 1; Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı, 1989, s. 168, dn. 71.

<sup>4</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 177.

1023.maddesinden yararlanamayacağını ve kazanımının korunmayacağını kabul etmektedir<sup>5</sup>. Hatta 3.kişiden tapuda arsa payı alan son kişiye karşı da arsa sahibinin dava açabileceğini kabul etmektedir<sup>6</sup>.

Yüklenici, 3. kişiye karşı yaptığı inşaatın noksan ve ayıplarından dolayı TBK'nun m. 246 yollamasıyla TBK'nun 219-227 maddeleri gereği sorumludur<sup>7</sup>.

Avcı'ya göre; 3. kişinin hakkı, yüklenici ile arsa sahibi arasında imzalanan sözleşmeye dayalı olup, sözleşmenin geriye etkili olarak sona ermesi halinde arsa sahibinin açtığı tapu iptal ve tescil davasında arsa payının iptali ve arsa sahibi adına tesciline karar verilir<sup>8</sup>. 3. kişi ancak yükleniciye karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanabilir.

Yargıtay, arsa sahibinin, kendisinden arsa payı alan üçüncü kişiye karşı, eksik ve ayıplı işlerden dolayı arsa payı oranında sorumlu olduğunu kabul etmektedir<sup>9</sup>. Ancak, üçüncü kişilerin, eksik ve ayıplı işler nedeniyle yükleniciye yönelebilmesi, arsa sahipleriyle birlikte dava açması halinde söz konusudur<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 178. YHGK 23.05.2001 T. ve 422/434; Erman, s. 178-179, dn. 5a: "...davalının henüz inşaatına başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun içerisinde bağımsız bölümle bağlantılı arsa payı aldığı olayların cereyan tarzından, tapudaki ipotek şeklinden ve yanlar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. Araya dava dışı üçüncü kişi girse dahi alıcının arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısıyla arsa maliki tarafından, arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir değişle yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığı bilincindedir. Medeni Yasa'nın 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanması söz konusu olamaz."

<sup>6</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 179.

<sup>7</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 111; Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 988.

<sup>8</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 112.

<sup>9</sup> Coşkun, **a.g.e.**, s. 40; Y. 15. HD. 20.01.2006 T. ve 2005/2179 e., 2006/122 K. ., UYAP, çevrimçi: 10.09.2017:" Ayrıca inşaat kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre yapıldığından ve bağımsız bölümlerin bir kısmı dava dışı yüklenici şirkete ait olduğundan, davalı arsa sahibi kendi payına düşen ve sattığı bağımsız bölümler ile ortak yerlerden bu bağımsız bölümlere düşen pay oranında eksik işler ile gizli ayıpların giderilmesinden sorumludur."

<sup>10</sup> Coşkun, **a.g.e.**, s. 40.; Y. 15. HD. 04.07.2005 T. ve 2005/1196 E., 2005/4006 K. UYAP, çevrimçi: 10.09.2017 : "...yükleniciden iktisap edenlerin doğrudan dava haklarının bulunduğu, arsa sahiplerinden iktisap edenlerin ise iktisap ettikleri arsa sahipleriyle birlikte dava açmaları durumunda halefiyet esasına göre dava haklarının bulunduğu kabul edilmelidir. Davacı sıfatıyla davada yer almayan arsa sahiplerinden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişiler ise yüklenici ile aralarında akdi ilişki bulunmadığından bu davayı açamazlar. Dairemizin yerleşik uygulaması bu yöndedir."

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu siciline şerhi halinde, yüklenicinin kişisel hakkı tapuya şerh ile aynı etki kazanacağından, yüklenici, arsa sahibinden pay devralan üçüncü kişiye karşı, kendisine düşen bağımsız bölümlerin devrini isteyebilir<sup>11</sup>.

### **2.1.2. Yüklenicinin Arsa Payının Satışını Üçüncü Kişiye Vaad Etmesi (Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi)**

Yüklenicinin başta kendisine devredilen arsa payını, noterde düzenlenen satış vaadi sözleşmesi ile 3. kişiye satışını vaadetmesi halinde, iki ihtimal bulunmaktadır: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmenin ifa ile sonuçlanması halinde 3. kişi yükleniciden kendisine vaat edilen bağımsız bölümün tapusunu isteyebilir, ifa ile sonuçlanmaz ve arsa sahibi temerrüt sebebiyle geriye etkili olarak sözleşmeden dönerse; aynı etkili dönme görüşünün benimsenmesi halinde yüklenicinin tapu kaydı hükümsüz hale geleceğinden 3. kişinin artık tapuyu talep etmesi imkansızlık nedeniyle mümkün değildir<sup>12</sup>. Kişisel hakkın TMK m.1009 gereği tapu siciline şerh edilmesi halinde TMK m.1023 gereği tapu siciline güvenerek yetkisiz kişiden iyi niyetle hak kazanan 3. kişinin kazanımının korunması söz konusu olabilecektir<sup>13</sup>. Aynı etki dışındaki görüşlerin benimsenmesi halinde, sözleşmeden dönüldüğünde sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından taraflara aynı hak sağlamayan satış vaadi sözleşmesi de hükümsüz sayılacak, kural olarak 3. kişi kişisel hakkını arsa sahibine karşı ileri süremeyecektir. Ancak kişisel hakkın tapu siciline şerh edilmesi halinde, yüklenici dönme anına kadar gerçek malik olduğundan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de gerçek malikle yapılmış olduğunun kabulü gerekmekte olup, 3. kişi kuvvetlendirilmiş nisbi hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilecektir<sup>14</sup>. Feshin ileriye etkili sonuç doğurması halinde ise yükleniciye

<sup>11</sup> Reisoğlu, **a.g.e.**, s.16; Coşkun, **a.g.e.**, s. 40.

<sup>12</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 113

<sup>13</sup> Mehmet Deniz Yener, **Arsa Payı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü Ve Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2011, s. 138; Sungurbey, **a.g.e.**, s. 131.

<sup>14</sup> Erman, **a.g.e.**, s.185-186; Yener, **a.g.e.**, s. 138.

bırakılan arsa payları üçüncü kişiye satışı vaat edilen bağımsız bölüme tekabül edecek oranda ise üçüncü kişi yükleniciye karşı cebri tescil davası açabilecektir<sup>15</sup>.

## **2.2. ARSA SAHİBİNİN ARSA PAYLARINI BAŞLANGIÇTA MÜTEAHHİDE DEVRETMEMİŞ OLMASI HALİ**

Arsa payları tapuda arsa sahibi üzerinde iken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde alacağın temlik yasaklanmamışsa, uygulamada "yap-sat" modeli olarak bilinen bir sistemle yüklenici, sözleşmede kendisine düşecek olan bağımsız bölümleri, inşaatın yapımı için finans temini amacıyla, ya adi yazılı şekilde ya da noterde düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile 3. kişilere satabilmektedir<sup>16</sup>.

### **2.2.1. Satış Vaadi/Alacağın Temlik Sözleşmesi**

Arsa paylarının başlangıçta yükleniciye devredilmemesi halinde, yüklenici, 3. kişiye, ileride kendisine düşecek bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının satışını vaat etmekte ya da adi yazılı şekilde yapılmak kaydıyla, alacağın temlik sözleşmesiyle kişisel hakkını temlik etmektedir<sup>17</sup>. Yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca arsa sahibinden talep edebileceği bağımsız bölüm ve arsa payının mülkiyetinin kendisine devrini isteme hakkını bir üçüncü kişiye temlik ettiğinden yüklenici ile 3. kişi arasında alacağın temlik sözleşmesi<sup>18</sup> bulunmaktadır. Yüklenicinin alacağını temlik değişik sebeplere dayanabilir; borcun ifası amacıyla, arsa sahibinden olan alacağının tahsili amacıyla, üçüncü kişiye olan borcunu teminat altına almak amacıyla veya üçüncü kişiye bağışlama amacıyla<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Erman, **a.g.e.**, s.184; Şahin, **a.g.e.**, s.293; Yener, **a.g.e.**, s.137; Mehmet Deniz Yener, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2015, s. 190.**

<sup>16</sup> Yaşar Engin Selimoğlu, **Eser Sözleşmesi**, Adalet yay., 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 389; Karataş, **a.g.e.**, s. 306.

<sup>17</sup> Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 389:"Bu satış, noterde satış vaadi şeklinde yapılsa dahi sonuç olarak alacağın temlik (TBK m. 183 vd.) niteliğindedir."

<sup>18</sup> Mustafa Arıkan, Kemal Erdoğan, **Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiye Devri**, Selçuk Ün. Sos. Bil. Ens. Der., S.34, 2015,s. 151; Erman, **a.g.e.**, s.21; Mustafa Arıkan, **Türk Özel Hukukunda Alacağın Temlik**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2005, s. 131; Coşkun, **a.g.e.**, s. 41.

<sup>19</sup> Bkz., Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 17. Baskı, Ankara 2013, s. 791-792; Mehmet Üçer, **Roma Hukuku'nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temlik**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 3, 2005, s. 407-408. *Alacağın teminat amacıyla*

Arsa sahibi, yüklenici ile 3. kişi arasındaki sözleşmede şekil şartına uyulmadığını kural olarak ileri süremez<sup>20</sup>. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olması halinde TBK'nun 188. maddesi uyarınca 3. kişiye karşı def'i olarak ileri sürebilir<sup>21</sup>. Alacağın temlikli ivazlı olduğundan yüklenici TBK'nun 191. maddesi gereği temlik tarihinde alacağın varlığını garanti etmiş sayılır ve 3. kişi TBK m.193 gereği menfi zararının karşılanması için yükleniciye başvurabilir<sup>22</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen sözleşme olması sebebiyle TBK'nun 97.maddesine göre yüklenici kendi edimlerini ifa etmeden arsa sahibinden ifa talebinde bulunamaz, aksi takdirde arsa sahibinin ödemezlik def'i ile karşılaşabilir<sup>23</sup>. 3. kişi, alacağın temlikli sözleşmesi ile inşaatın bitirilerek bağımsız bölümün teslimi ve adına tescilini yükleniciden talep hakkına sahip olur<sup>24</sup>. Yüklenicinin arsa payı inşaat sözleşmesi uyarınca inşaat yapma ve teslim borcunu eksiksiz yerine getirmesi halinde kişisel hakkı temlik alan 3. kişi kendisine vaat edilen taşınmazların mülkiyetinin devrini arsa sahibinden isteyebilir<sup>25</sup>.

Yargıtay uygulamasında, yüklenicinin sözleşmeye, amaca, fen ve sanat kurallarına uygun bina inşa etme ve teslim ana borcu ile sözleşmede kararlaştırılan yan borçlarının tamamını ifa etmesi halinde 3. kişinin bağımsız bölümün devrine ilişkin kişisel hak kazanacağı benimsenmiştir<sup>26</sup>.

---

*temlik* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Şirin Aydınçık, **Bir İnancılı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 64, S. 1, 2006, s. 131-194.

<sup>20</sup> Alacağın temlikinin mücerret ve illi olmasına göre bu husus değişmekte olup, kabul ettiğimiz görüşe göre (Bkz. Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s. 548-550) alacağın temlikli sebepten mücerret olduğundan arsa sahibi 3. kişiye karşı devrin geçersiz olduğu savunmasında bulunamaz.

<sup>21</sup> Erman, **a.g.e.**, s.190; Temlik borçlunun durumunu ağırlaştırmaz. Bu kural gereği arsa sahibi yükleniciye karşı ileri sürebileceği def'ileri 3. kişiye karşı da ileri sürebilir; Oğuzman-Öz, **a.g.e.**, s. 574; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 801-802.

<sup>22</sup> Şeref Ertaş, **Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsell'e Armağan, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri"**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi yay., 2001, s. 81.; Erman, **a.g.e.**, s. 190-191

<sup>23</sup> Ertaş, **a.g.e.**, s. 81.

<sup>24</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 188.

<sup>25</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 190; Ali Avcı, **a.g.e.**, s. 125; **Yener**, Devir, s. 375-376.

<sup>26</sup> Y.14.HD. 15.10.2008 T. ve 2008/6588 E., 2008/11713 K. UYAP, çevrimçi: 10.09.2017

Sözleşmede inşaatın teslimi, yapı kullanma izin belgesinin alınması, kamu kurumlarındaki harç, vergi ve benzer ödemelerin yapılması, kamusal iş ve işlemlerin sonuçlanması ya da başka bir edimin yerine getirilmesi şartına bağlanmışsa, bunlar yüklenici veya temlik alan 3. kişi tarafından yerine getirilmedikçe 3. kişi bağımsız bölümün devrini talep edemez<sup>27</sup>. Ancak arsa sahibi tarafından taşınmazın başkasına devri halinde temellük eden kişisel hakkını yeni malike karşı ileri süremez, meğerki, arsa sahibi ile yeni malik arasındaki satış, 3. kişinin kişisel hakkını sonuçsuz bırakmak için muvazaalı olarak yapılmış olsun<sup>28</sup>.Yüklenicinin edimini ifa etmemesi halinde, 3. kişi yükleniciye ödemiş olduğu satış bedelinin iadesini adalet ilkesi gözetilerek sebepsiz zenginleşme hükümlerince talep edebilir<sup>29</sup>. Noksansız işler, arsa sahibi bakımından tahammül edilebilir ölçüde<sup>30</sup> ise, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan 3.kişi/kişilere noksanın giderilmesi veya bedelinin para olarak ödenmesi suretiyle noksanın karşılanması için TBK'nun 97. maddesi gereği süre verilmeli, verilen süre içerisinde giderilmesi halinde 3. kişinin tescili talep hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekir<sup>31</sup>. Üçüncü kişinin açtığı tapu iptal ve tescil davasında, arsa sahibi tarafından yüklenici aleyhine ayıp-noksansız işler<sup>32</sup> bedelinin, gecikme cezası veya tazminatının, iskan izni alınması için gerekli masrafların vs. tahsiline ilişkin açılan davanın bekletici mesele yapılması gerekir<sup>33</sup>. Yargıtay bu duruma "birlikte ifa kuralı"<sup>34</sup> adını vermektedir. Üçüncü kişinin depo edeceği eksiklik bedeli, devraldığı arsa payı oranında değil; inşaatın tamamındaki

<sup>27</sup> Y. 14. HD. 12.02.2008 T. ve 2007/13334 E., 2008/1513 K. UYAP, çevrimçi: 10.09.2017; Ali Avcı, **a.g.e.**, s. 125; İlker Hasan Duman, **İnşaat Hukuku Açıklamalı İçtihatlı**, Seçkin yay., 5. bs., Ankara, 2013, s. 1117.

<sup>28</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 196-197; Coşkun, **a.g.e.**, s. 41; YHGK 16.02.2005 T. ve 62/72 sayılı kararı UYAP, çevrimçi: 10.11.2017

<sup>29</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 192.

<sup>30</sup> Yargıtay'ın verdiği son kararlarda söz konusu oranı %95 ve üzeri olarak belirlediği görülmektedir. Y. 14. HD. 18.10.2001 T. ve 2001/5681 E., 2001/6884 K. UYAP, çevrimçi: 10.11.2017

<sup>31</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 194; Yaşar, s. 301; YHGK. 03.11.2004 T. ve 2004/14-551E., 2004/571 K. UYAP, çevrimçi: 10.12.2017; Coşkun, **a.g.e.**, s. 64; Nezih Sütçü, **a.g.e.**, s. 1387.

<sup>32</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sanem Aksoy Dursun, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkları**, Legal Hukuk Dergisi, S. 101, Mayıs 2011, s. 1845-1860.

<sup>33</sup> Y. 14. HD. 13.3.2011 T. ve 2928/3698 UYAP, çevrimçi: 13.12.2017

<sup>34</sup> Coşkun, **a.g.e.**, s. 204; Y. 15. HD. 18.04.2007 T. ve 2007/535 E., 2007/2542 K. UYAP, çevrimçi: 10.09.2017:"...Eksik ve kusurlu işler bedelinin inşaatın bütününe göre fazla olmaması halinde birlikte ifa kuralı uyarınca bunların bedelinin depo edilmesi koşuluyla tescile karar verilebilir. Birlikte ifa halinde de depo edilecek miktarın açıkça gösterilmesi zorunludur. Asıl davada hükmün ikinci bendinde belirtilen ödemenin yerine getirilmiş olması kaydı ile tescile karar verilmiş ise de ödenecek miktar açıkça belirtilmediğinden bu hüküm infazda tereddüde neden olacak niteliktedir."

eksikliklidir<sup>35</sup>. Yargıtay yükleniciden arsa payı devralan 3. kişiye kaçak inşaatı<sup>36</sup> imar mevzuatına uygun hale getirmek için uygun bir süre verilmesi gerektiği görüşündedir. Ancak kaçak yapının imar mevzuatına uygun hale getirilmesi mümkün değil ve yıkımı zorunlu ise ekonomik değer taşımayacağından 3. kişilere yapılan temlik geçersiz olup, açılan tapu iptal ve tescil davasının reddi gerekir<sup>37</sup>. Bu halde temlik alan 3. kişi, TBK'nun 191. maddesi uyarınca yüklenicinin garanti sorumluluğu kapsamında TBK m.193'de sayılan kalemleri isteyebilir<sup>38</sup>.

Sözleşmeye dayanan temlikin koşulları:

- Geçerli bir sözleşme: Yüklenici ile 3. kişi arasında TBK'nun 1. maddesi uyarınca karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanı ile sözleşme kurulur. Arsa sahibinin bu sözleşmeye katılması ve hatta devir yasağı olmaması halinde sözleşmeden haberdar olmasına ve iznine gerek yoktur<sup>39</sup>.
- Doğmuş ve doğacak bir alacağın varlığı<sup>40</sup>: Bir görüşe göre<sup>41</sup>, yüklenici henüz doğmamış olan alacak hakkını devredebilir ancak, devir, alacağın geçerli şekilde doğması üzerine hüküm ifade eder. Buna karşılık, diğer bir görüş ise<sup>42</sup>, yüklenicinin ileride doğacak alacaklarını ikiye ayırmakta olup, eğer yüklenicinin alacak hakkı devir anında mevcut olan bir hukukî ilişkiye dayanıyorsa, alacağın devrini "beklenen hakkın devri" olarak nitelendirmekte, böylelikle hak geçerli bir şekilde doğduğu zaman, üçüncü kişi alacağın ifasını isteme hakkını kazanmış olacaktır. Buna karşılık, devir anında yüklenicinin beklenen hakkı yoksa, alacağın devri, devir anında geçerli

<sup>35</sup> Aydemir, Efrail: **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2016, s.342; Y. 14. HD. 20.04.2007 T. ve 2007/427 E., 2007/4637 K UYAP, çevrimçi: 13.12.2017.: "...eksik ve ayıplı işlerin tüm bedelinden davacıların sorumlu tutulması yerine, arsa payları oranında sorumlu kılınarak 2.346.00.- YTL'nin tahsiline karar verilmesi doğru olmamıştır."

<sup>36</sup> Y. 14. HD. 14.12.2007 T. ve 2007/14807 E., 2007/16019 K. UYAP, çevrimçi: 14.12.2017 : "...Yapıya ruhsat alınmadan başlanmışsa veya ruhsat alınmakla birlikte yapı ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılmışsa uygulamadaki adı ile bu tür inşaat "kaçak inşaat" denir..."; Coşkun, **a.g.e.**, s. 69-70.

<sup>37</sup> İzzet Karataş, **Taşınmaz Satış Vaadi sözleşmesi ve Yüklenicinin Temlik İşleminde Kaynaklanan Davalar**, Ankara, Adalet Yay, 2009, s.186; Y. 14. HD. 28.02.2013 T. ve 2013/857 E., 2013/2934 K. UYAP, çevrimçi: 14.12.2017; Ali Avcı, s.126-127-150.

<sup>38</sup> Arıkan, Erdoğan, **a.g.e.**, s.158.

<sup>39</sup> Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 552.

<sup>40</sup> YHGK'nun 03.11.2004 T. ve 2004/14-551, 2004/571 K. UYAP, 07.11.2016 ; Coşkun, **a.g.e.**, s. 46.

<sup>41</sup> Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz, 1993, s. 248, 249; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Ankara, 2018, s. 1234; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 794.

<sup>42</sup> Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 554.

bir alacak hakkı bulunmadığı gerekçesiyle geçerli olmayacaktır<sup>43</sup>. Kural olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçersiz olması sonucunda, yüklenicinin alacak hakkı doğmadığından 3. kişiye yapılan devir geçerli bir alacak hakkına dayanmadığından hüküm ifade etmeyecektir. TBK.m.19/II'de muvazaalı alacakların devri bakımından bir istisna getirilmiştir. Söz konusu maddede, *“borçlu, yazılı bir borç tanımına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasına bulunamaz”*. şeklinde belirtilmiş olup, bu düzenleme ile, 3. kişinin alacağın varlığını gösteren ve arsa sahibi tarafından imzalanan yazılı bir metne güvenerek alacağı devralması halinde kazanımı korunur. Ancak üçüncü kişi, arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğunu biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, yazılı metne olan güveni korunmaz.<sup>44</sup>

- Temlikin yasaklanmamış olması<sup>45</sup>: Alacağın temlik işlemini engelleyen bu yasak genel olabileceği gibi, belli kişi veya kişilere ya da belli bir süre ile sınırlı olabilir<sup>46</sup>. TBK m.183/I: *"Yükleniciden şahsi hakkını temellük eden üçüncü kişi de, sözleşmede aksine hüküm yoksa veya halin gidişinden temlikin yasaklanmadığı anlaşılırsa, temellük aldığı hakka dayanarak arsa sahiplerini tescile zorlayabilir."* Temlik yasağına rağmen yüklenici alacağını 3. kişiye devrederse, arsa sahibi, kendisine başvuran üçüncü kişinin ifa talebini reddedebilecektir. TBK.m.183/II'de yer alan düzenlemeye göre, *“borçlu devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanımına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremez”*. Arsa sahibi, üçüncü kişiye karşı itirazda bulunamamışsa, uğradığı zararların tazmini için aralarındaki temlik yasağını ihlal eden yükleniciye başvurabilir<sup>47</sup>.

- Temlikin yazılı olması: TBK m. 183/I gereği adi yazılı şekilde yapılmış olması gerekli ve yeterlidir<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 554, 555. Tekinay, Akman, vd., **a.g.e.**, s.249.

<sup>44</sup> Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 554.

<sup>45</sup> Y. 14. HD. 14.06.2007 T. ve 2007/5813 E., 2007/7560 K. UYAP, çevrimçi: 10.05.2017; Coşkun, **a.g.e.**, s. 46

<sup>46</sup> Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. bs., İstanbul, Beta Yay., 2011, s. 405.

<sup>47</sup> Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 562; Eren, **a.g.e.**, s. 1237; Tekinay, Akman, vd., **a.g.e.**, s. 247.

<sup>48</sup> Y. 14. HD. 14.04.2008 T. ve 2008/4578 E., 2008/5038 K. UYAP, çevrimçi: 10.05.2017; Coşkun, **a.g.e.**, s. 48

- Arsa sahibinin kabulü aranmaz: Yüklenici, kendi payına düşen bağımsız bölümü arsa sahibinin rızası aranmaksızın devredebilir<sup>49</sup>. Bunun sonucu olarak TBK'nun 186. maddesi gereği arsa sahibi iyiniyetle (TMK m.4 anlamında subjektif iyiniyet) yükleniciye ifa ile borcundan kurtulur<sup>50</sup>. Devrin bildirilmesi ile arsa sahibinin iyiniyeti ortadan kalkar, iyiniyet asıldır<sup>51</sup>. Arka arkaya devirlerde de TBK'nun 186. maddesinin uygulanması mümkün olup, yüklenicinin(Y) arsa payını devrettiği 3. kişi(B) bir başka 3. kişiye(D) devreder ve arsa sahibi(A) son devirden haberdar olmazsa önceki devralana(B) iyiniyetle ifa ile borcundan kurtulur.

- Yüklenicinin şahsi hakkı kazanması<sup>52</sup>: Temlik eden sahip olduğu haktan fazlasını temlik edemez<sup>53</sup>. Ya yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan tüm borçlarını ifa etmesi ya da ileriye etkili fesih neticesinde yapılan tasfiyede 3. kişiye temlik edilen bağımsız bölümün yükleniciye bırakılmış olması gerekir<sup>54</sup>. Arsa sahibi tescile yanaşmazsa üçüncü kişi hem arsa sahibi hem de yükleniciyi birlikte davalı göstererek TMK m. 716 gereği tapu iptal ve tescil davası<sup>55</sup> açabilir. Bu durumda yüklenici ile arsa sahibi arasında zorunlu dava arkadaşlığı söz konusudur<sup>56</sup>.

Yüklenici alacağın temlik sözleşmesini inşaatın başlangıcında yapabileceği gibi bitişinde de yapabilir<sup>57</sup>.

---

<sup>49</sup> Aydemir, **a.g.e.**, s. 337.

<sup>50</sup> Mustafa Reşit Karahasan, **a.g.e.**, s. 681.

<sup>51</sup> Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 570.

<sup>52</sup> Aydemir, **a.g.e.**, s. 338; Y. 15. HD. 12.20.2006 T. ve 2006/8825-10878 UYAP, çevrimçi: 18.10.2017:" Yüklenici kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre kazandığı şahsi hakka dayanarak arsa sahibinden doğrudan doğruya talepte bulunabileceği gibi, kazandığı şahsi hakkı yazılı olmak koşuluyla üçüncü kişiye temlik etmişse üçüncü kişi de yüklenicinin halefi olarak tescil isteminde bulunabilir. Ancak kazanılmamış hak temlik konusu olmayacağından pay temlik de geçerli olamaz. Davaya konu somut olayda inşaatın fiziki gerçekleşme oranı %77 olup, arsa sahibinden bunun kabulü beklenemez. O bakımdan buna ilişkin üçüncü kişinin iptal ve tescil isteminin reddinde yanılğı yoktur."

<sup>53</sup> Turgut Uygur, **İnşaat Hukuku, Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Adalet, 1993, s.840.

<sup>54</sup> Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 372.

<sup>55</sup> Uygulamada "ferağa icbar suretiyle tescil davası" denilmektedir; Ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Tokat, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilceği Çeşitli İhtimaller**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S.1, 2016,s. 181-245.; Y. 23. HD. 09.10.2013 T. ve 2013/4085 E., 2013/6232 K., UYAP , çevrimiçi: 15.12.2016; Avcı, **a.g.e.**, s.147; Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 384.

<sup>56</sup> Y. 14. HD., 06.06.2005 T., 2005/2009 E., 2005/5196 K., UYAP ,çevrimiçi: 15.12.2016; Avcı, **a.g.e.**, s. 151; Duman, **a.g.e.**, s. 1123.

<sup>57</sup> Coşkun, **a.g.e.**, s. 45-46; Y. 14. HD. 18.02.2008 T. ve 2008/518 E., 2008/1796 K. UYAP, çevrimçi: 05.03.2017:"...Görülüyor ki Borçlar Kanununun 162 ve 163 maddeleri gereğince yüklenicinin yaptığı

## 2.3. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAKKIN ŞERHİ

Şerh, öyle bir tapu sicili işlemidir ki, taşınmazlara ilişkin kişisel hakkın etkisini artırarak kişisel hakkı, umuma açık ve 3. kişilere ileri sürülebilir hale getirir<sup>58</sup>. TMK'nun 1009. maddesi uyarınca, " *Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi,... tapu kütüğüne şerh edilebilir. Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir*" ve *Tapu Kanunu'nun 26. Maddesine, 5831 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile getirilen düzenleme ile " ...noterler tarafından tanzim edilen ...arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir"* hükümleri gereğince arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tapu kütüğüne şerh edilebilir.

### 2.3.1. Sözleşme Gereğince Şerh Edilecek Kişisel Hakkın Niteliği

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin inşaat yapma ve teslim borcu, yüklenici yönünden, arsa sahibinin sözleşmede yükleniciye düşen arsa pay/paylarının devri borcu, arsa sahibi yönünden birer kişisel hak niteliğindedir<sup>59</sup>. Şerh edilerek etkisi güçlendirilmek istenen kişisel hak, tapuda aynı hak değişikliğine yol açabilecek olan yüklenicinin arsa sahibinden arsa payının devrine esas alacak hakkıdır<sup>60</sup>. Arsa sahibinin inşaatın yapılmasına dair hakkı, taşınmazda aynı hak değişikliğine yol açmaması nedeniyle, şerhle etkisi kuvvetlendirilen bir hak olarak görülmemektedir<sup>61</sup>. Ancak arsa payının başlangıçta yükleniciye devredildiği halde arsa sahibi borcunu baştan ifa ettiğinden artık yüklenicinin etkisi güçlendirilecek bir şahsi hakkı kalmamıştır<sup>62</sup>. Şerh, sözleşmenin kurulması ile aynen ifa arasında geçen

---

temlik işlemi ile birlikte temlike konu bağımsız bölümün ayrıca teslimi gerekmez. Çünkü, temlik işlemi; inşaatın başında yapılabileceği gibi inşaat tamamlanmış iken dahi yapılabilir."; "...Borçlar Kanunu'nun 162 ve 163. Maddeleri gereğince yüklenicinin yaptığı temlik işlemi ile birlikte temlike konu bağımsız bölümün ayrıca teslimi gerekmez. Çünkü, temlik işlemi; inşaatın başında yapılabileceği gibi, inşaat tamamlanmış iken dahi yapılabilir."(Y. 14. HD. 18.02.2008 T. ve 518-1796 s. Kararı UYAP, çevrimçi: 10.12.2016)

<sup>58</sup> Murat Doğan, **Tapu Sicilinde Tasarruf Kısıtlamasının Şerhi**, Ankara, Seçkin, 2004, s.12

<sup>59</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 158.

<sup>60</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 159; Sungurbey, **a.g.e.**, s. 41-42; Akipek, Akıntürk, **a.g.e.**, s. 314; Sarı, **a.g.e.**, s. 277.

<sup>61</sup> Sarı, **a.g.e.**, s. 278; Güler Gümüşsoy Karakurt: "**Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şerhi**", Prof. Dr. Merih Kemal Omağ'a Armağan, C. I, İKÜHFD, C. 16, S. 2, Temmuz 2017 (Özel sayı), Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 773.

<sup>62</sup> Sarı, s. 285; Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s. 773;

sürede edimin ifasını engelleyecek olumsuzlukları bertaraf etmek için aynı hak değişikliğine yönelmiş kişisel haklar için tanınmıştır<sup>63</sup>.

### 2.3.2. Şerhin Şartları ve Gerçekleşme Usulü

- Kişisel hakkın şerh edilebileceğine ilişkin yasal düzenleme: TMK'nun 1009. maddesi ve Tapu Kanunu'nun 26. maddesi dikkate alınarak, kişisel hakların şerhinde "numerus clausus" ilkesi geçerli olup, sadece kanunda belirtilen kişisel hakların şerhi yani etkisinin artırılması olanağı tanınmıştır<sup>64</sup>.

- Şerh anlaşması: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerh edilebilmesi için şerh anlaşması aranıp aranmadığı hususunda doktrinde yazarlar iki görüş etrafında toplanmış olup, birinci görüşe göre, kişisel hakka dayanak hukuki ilişkinin taraflarının, yani arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi ile yüklenicinin şerh hususunda anlaşması gerekir. Şerh anlaşması, şerh verilecek kişisel hakkın doğumunu sağlayan borç sözleşmesinin şekline bağlıdır<sup>65</sup>. Şerh anlaşması arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde olabileceği gibi ayrı bir anlaşma ile tapuda veya TMK m.706 gereği noterde düzenleme biçiminde de yapılabilir<sup>66</sup>. İkinci görüşe göre, TK m.26/7 gereği şerh anlaşmasının aranmadığı savunmaktadır<sup>67</sup>. Ancak, kanaatimce TK m.26/7 maddesinde yapılan değişiklikte birinci görüşün savunulması artık mümkün değildir.

- Şerh talebi: TK m. 26/7; *“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”* şeklinde düzenlenmiş olup, ilgili maddede 2009 yılında yapılan

---

<sup>63</sup> Sungurbey, *Şerh*, s. 7; Suat Sarı, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası*, C. LXIV, S. 2, 2006, s. 284-285; Avcı, s. 159; Gümüşsoy Karakurt, *a.g.e.*, s. 773.

<sup>64</sup> Sungurbey, *Şerh*, İsmet, *a.g.e.*, s 4; Nejat Aday, *Kişisel Hakların Şerhi*, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1992, S. 7-8-9, s. 610; Mustafa Alper Gümüş: *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 101.

<sup>65</sup> Sarı, *a.g.e.*, s. 288; Sungurbey, *a.g.e.*, s. 49-50; Aday, *a.g.e.*, s. 622-623.

<sup>66</sup> Avcı, *a.g.e.*, s. 160; İlker Hasan Duman, *Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku*, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yay., 2010, s. 1020; Sarı, *a.g.e.*, s. 289; Aday, *a.g.e.*, s. 620.

<sup>67</sup> Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I*, 13. Baskı, Ankara, Seçkin, 2016., s. 412; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin, 2018., s. 210; Gümüşsoy Karakurt, Güler, *a.g.e.*, s. 779; Haluk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku (Zilyetlik ve Tapu Sicili)*, İstanbul On İki Levha Yayıncılık, 2014., s. 122.

değişiklik ile bu husus yasal düzenlemeye kavuştuğundan şerh talebinin kim tarafından yapılması gerektiğine ilişkin artık bir tereddüt kalmamıştır.

### 2.3.3. Şerhin Süresi

Doktrinde bu hususta farklı görüşler olup; bir kısım yazarlar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, satış vaadi sözleşmesinden farklı olması ve yüklenicinin bina inşa etme ve teslim borcunun süreye yayılmış olması sebebiyle Tapu Kanunu'nun 26. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenen 5 yıllık azami sürenin uygulanamayacağını<sup>68</sup>, bir kısım yazarlar da şerhin yüklenicinin hakkı sona erene dek geçerli olacağını ve hatta hak zamanaşımına uğrasa bile zamanaşımı def'i ileri sürülmedikçe yükümlülüğünün devam ettiğini ileri sürmektedir<sup>69</sup>. Ancak Yargıtay'ın süregelen kararlarında, azami 5 yıllık sürenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan şahsi hakkın şerhinde de uygulanması gerektiği içtihat edilmiştir. Doktrinde katıldığım görüşe göre<sup>70</sup>, Yargıtay kararlarına paralel olarak TK m.26/7'de yapılan değişiklik ilgili maddenin 8. fıkrasına da sirayet etmekte ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerhinde olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından da azami 5 yıllık şerh bulunmaktadır. Şerhin tapuya işlenmesi ile süre başlamakta olup, bu süre içinde inşaat tamamlanmaz ve şerh yenilenmezse şerhin etkisi sona erer ve şerh tapu müdürü tarafından re'sen terkin edilir<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Suat Sarı, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", İstanbul Üniversitesi Hukuk fakültesi Mecmuası, C.LXIV, S. 2, 2006, s. 298-299.

<sup>69</sup> M. Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, Vedat, 2012, s. 112

<sup>70</sup> Sirmen, **a.g.e.**, s.210; Gümüşsoy Karakurt, Güler, **a.g.e.**, s.780; Derya G Bütün Yılmaz, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi**, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 38 (Nisan 2019), s. 124-125.

<sup>71</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 163.; Y. 23. HD., 17.10.2012 T. ve 2012/3237 E., 2012/6116 K. UYAP, çevrimçi: 10.05.2017: "...Somut olayda, taraflar arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat ve gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin konusu olan taşınmaz üzerine 29.12.199 tarih ve 3843 yevmiye numarası ile şerh konulmuştur. Dava tarihi itibarıyla, iş bu şerhin konulmasının üzerinden 5 yıl geçmiş olup, bu sürenin uzatılması yönünde taraflar arasında bir anlaşma bulunduğu dair iddia da bulunmadığına göre, şerhin tapu sicil görevlileri tarafından resen terkin olunması ve ayrıca davacıların tapu idaresine müracaatla dahi şerhi terkin ettirmeleri mümkünken iş bu davayı açmalarında hukuki yarar bulunmadığından..."; Y. 15. HD., 13.02.2004 T. ve 2003/3769 E., 2004/719 K. UYAP, çevrimçi: 10.05.2017: "...Dava konusu sözleşme bir taraf inşaat yapımını, diğer taraf satış vaadini içeren iki taraflı bir sözleşme olup Tapu Kanunun değişik 26/5 maddesi uyarınca tapuya tescil edilebileceği gibi, sözleşmenin 29. Maddesindeki şerhe ilişkin anlaşma uyarınca da tescili istenebilir. Kaldı ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1009. Maddesinde, "arsa payı karşılığı inşaat" sözleşmesinden doğan

#### 2.3.4. Şerhin Etkisi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi ile yüklenicinin arsa payının devrine ilişkin kişisel hakkı kuvvetlenmiş olur, ancak şerh edilen hak aynı hakka dönüşmez, sadece etkisi kuvvetlenir. Böylelikle nisbi hak, sözleşmenin tarafı olmayan ancak sonradan arsaya ilişkin hak kazanan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir<sup>72</sup>.

Yüklenicinin üçüncü kişilere payları devrettiği ve arsa sahibinin de sözleşmeden geriye etkili olarak dönme hakkını kullandığı durumda, şerhin varlığı ile tescillerin yolsuz hale geleceği, şerh nedeniyle üçüncü kişilerin (TMK m. 1023) iyi niyet iddialarının dinlenmeyeceği savunan yazarlar bulunmaktadır<sup>73</sup>. Sarı ise arsanın yükleniciye devredildiği durumlarda, yüklenicinin payları üçüncü kişilere devretmesine rağmen, şerh ile arsa sahibinin hakkının güçlenmeyeceğini belirtmektedir<sup>74</sup>. Kanımızca, arsa payı sahibinin sözleşmeden doğan alacak hakkı taşınmazda aynı hak değişikliğine ilişkin değildir. Bu nedenle arsa sahibinin hakkının, şerhten etkilenmesi isabetli olmayacaktır<sup>75</sup>.

---

hakların tapu kütüğüne şerh edilebileceği de kabul edilmiştir. Diğer yandan şerhin tapudan silinebileceğine ilişkin 5 yıllık süre ise şerhin tapuya kaydından itibaren başlamaktadır."

<sup>72</sup> Bütün Yılmaz, **a.g.e.**, s. 126.

<sup>73</sup> Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.774; Erman, **a.g.e.**, s. 10-11.

<sup>74</sup> Sarı, **a.g.e.**, s. 278.

<sup>75</sup> Bütün Yılmaz, **a.g.e.**, s. 119.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN İFA DIŞINDA SONA ERMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

#### 3.1. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ NEDENİYLE SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdünün şartları, borçlar kanunundaki borçlunun temerrüdü için gerekli genel koşullar oluşturmakta olup, bunlar; borcun muaccel olması, edimin yerine getirilmesinin mümkün olması, edimin yerine getirilmemiş olması ve ihtardır. Yüklenicinin asli edimi sözleşmede belirlenen inşaatı sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde tamamlamak ve arsa sahibine kalacak bağımsız bölümleri teslim etmektir. Sözleşmede edimin ifası için vade belirlenmişse vadenin gelmesiyle, vade belirlenmemişse işin mahiyeti gereği makul bir sürenin geçmesi ve muacceliyet ihtarı ile borç muaccel olur<sup>1</sup>. Diğer bir unsur, edimin ifasının sözleşmenin kuruluşundan sonra hukuki veya fiili olarak imkansız hale gelmemesi oluşturur<sup>2</sup>. Edimin yerine getirilmemiş olması; yapıda önemsiz ayıpların varlığı halinde arsa sahibi ifayı kabulden kaçınamaz<sup>3</sup>. Bu halde sözleşmenin feshini istemesi TMK'nın 2. maddesindeki dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin yerleşik içtihadına göre, resmi yapılarla ilgili sözleşmelerin eki Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'ndeki geçici kabul koşulları için öngörülen %95 oranında yapılmış inşaatın teslim teklifinin reddedilmezliği kuralını, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için de öngörmüştür<sup>4</sup>. İnşaatteki eksikliklerin rayiç fiyatlarla bedelinin yükleniciye ödettirilmesi yoluna gidilmektedir<sup>5</sup>. İhtar koşuluna

<sup>1</sup> Erman, **a.g.e.**, s.62; Öz, **a.g.e.**, s. 155.

<sup>2</sup> Bkz. Zekeriya Kürşat, "İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri", **Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, İstanbul, 2014, s. 751-778.

<sup>3</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 72.

<sup>4</sup> Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 714; Örneğin; Y. 15. HD'nin 30.01.2002 T. ve 2001/4235 E., 2002/409K uyap, çevrimiçi: 11.09.2017.

<sup>5</sup> Yargıtay 15. H.D., 07.12.2011 T. ve 2011/ 752 E., 2011/7242 K., Uyap, çevrimiçi: 11.05.2017: "Eksik işler bedeli kuralı olarak eserin teslimini takip eden 5 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde teslim tarihindeki rayiç bedelle istenebilir. Bu konuda herhangi bir ihtirazi kayda gerek yoktur. İş sahibi

gelirsek, kural olarak temerrüt ihtar ile taraflar temerrüde düşer, meğer ki TBK'nun 117. maddesi gereği ihtar yapılmaksızın borçlunun mütemerrit sayılacağı haller gerçekleşmiş<sup>6</sup> veya ihtar yararsız olsun<sup>7</sup>. TBK'nun 473. maddesinde sayılan," yüklenici işe zamanında başlamazsa<sup>8</sup> veya işe zamanında başlamasına karşın sözleşme şartlarına aykırı olarak işi geciktirirse veya bütün ihtimallere göre inşaatı sözleşmede kararlaştırılan sürede bitirmesi mümkün değilse", koşullarından birinin varlığı halinde, arsa sahibi teslim tarihini beklemezsizin yükleniciyi temerrüde düşürebilir. Bu koşullardan birinin varlığı halinde arsa sahibinin yüklenicinin işe başlaması veya devam etmesi için ihtar da bulunması ve uygun bir süre vermesi gerekir<sup>9</sup>. Arsa sahibinin aynen ifayı ve gecikme tazminatını talep etmesi halinde yükleniciye ayrıca uygun bir süre vermesine gerek yoktur. Aynen ifadan vazgeçerek ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle müspet zararın tazminin talep edilmesi halinde asıl edimin yerini tazminat borcu alır. Tazminatın hesaplanmasında mübadele ve fark teorisi karşımıza çıkmaktadır<sup>10</sup>. Fark teorisine göre, arsa sahibi kendi edimini yerine getirmekten kaçınabilir ve yüklenicinin ifa etmediği karşı edimin değeri ile kendi edimi arasındaki farkı talep edebilir<sup>11</sup>. Mübadele teorisine göre hesaplama yapılması

---

yapılan iş kendisine teslim edilir edilmez işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz işi muayeneye ve kusurları varsa bunları yükleniciye bildirmeye mecburdur (BK.md.359 ). Aksi halde iş sahibi kendisine teslim edilen işi zımnen kabul etmiş sayılır (BK.362/2 ). Eserdeki açık ayıpların bedeli de az yukarıdaki kurallara uymak koşuluyla teslim tarihindeki piyasa rayicine göre hesaplanacak fiyatlarla 5 yıllık zamanaşımı süresinde istenebilir. BK'nın 359. maddesindeki ayıp ihbarı herhangi bir şekilde bağlı olmayıp sözlü olarak da yapılabilir."

<sup>6</sup> Tarafların ifa gününü belirli ve açık olarak kararlaştırmaları halinde ifa gününde veya sözleşmede taraflardan birine ifa gününü belirleme yetkisi tanınmış ise, bildirilen ifa tarihinde edimin yerine getirilmemesi halinde borçlu mütemerrit sayılacaktır. Haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hususları bu aşamada konu dışı olduğundan değinilmemiştir.

<sup>7</sup> Örneğin, yüklenici inşaatı belirlenen tarihte tamamlamamış ve inşaatı terk ederek adresinden ayrılmışsa, , borçlu edimini vadesinde ifa edemeyeceğini bildirmişse veya borçlu iflas etmişse ayrıca ihtar gerekecektir (Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.478.).

<sup>8</sup> Sözleşmede işe başlama tarihi kararlaştırılmamışsa, bu yükleniciye dilediği kadar süre verildiği anlamına gelmez, yüklenici "makul bir süre" içinde işe başlamak zorundadır (Y.15.HD'nin 11.11.2002 T. ve 3551/5068 E.K. sayılı kararı).

<sup>9</sup> Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s.80 vd.; Erman, **a.g.e.**, s. 81.

<sup>10</sup> Mübadele ve fark teorileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Ankara, 2018, s. 1117-1118. Ayan, aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep eden arsa sahibinin, müspet zararının hesaplanmasında seçimlik hakkı bulunduğunu kabul etmektedir( Serkan Ayan, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, Seçkin, 2008, s. 231)

<sup>11</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 101; Faruk Tekdemir, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin

halinde, yüklenicinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan bağımsız bölümlerin devrini arsa sahibinden isteyebileceği, arsa sahibinin ise, inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için gereken masrafları ve gecikme tazminatını yükleniciden isteyebileceği ifade edilmektedir<sup>12</sup>. Erman'a göre bu durumda fark teorisi uygulanmalıdır, yani arsa sahibi arsa payını devretme borcundan kurtulacak, müspet zarar<sup>13</sup>dan bunların değerini düşerek aradaki farkı yükleniciden isteyecektir<sup>14</sup>. Bu halde, yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan bağımsız bölümlerin devrini talep edemez. Öz ise, fark teorisinin tazminat hesabında uygulanması halinde, işin bitirme maliyeti, arsa sahibinin diğer zararları toplamı ve yükleniciye verilecek arsa payının değerinin farkının bulunmasındaki güçlük ile hesaplama yapılırken çıplak arsa payını mı yoksa inşaat tamamlandığı zaman bu payla birlikte yükleniciye düşecek bağımsız bölümlerin müstakbel değerinin mi dikkate alınması gerekeceği hususunun belirgin olmaması sebebiyle problem yaratacağı gerekçesiyle "fark teorisini" eleştirmektedir<sup>15</sup>. Kanaatimce, inşaatın büyük oranda tamamlanması veya arsa sahibinin kısmi ifayı kabul etmesi halinde mübadele teorisi uygulanmalı, diğer hallerde arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan karşı edimi elde etmeksizin kendi edimini yerine getirmek mecburiyetinde olması hakkaniyetli olmadığından fark teorisinin uygulanması daha uygun bir çözüm olacaktır<sup>16</sup>. Ancak arsa sahibinden kaynaklanan bir sebeple yüklenici inşaatı yapmada gecikirse artık bu maddeden yararlanmaz. Örneğin; arsanın üzerindeki binayı boşaltmaması, arsa paylarını sözleşmede kararlaştırılan sürede yükleniciye

---

Temerrüdü ve Sonuçları, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniv., İstanbul, 2018, s. 90; Onur Altınkan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniv., İzmir, 2015. s. 232-233.

<sup>12</sup> Ayan, **a.g.e.**, s. 236-237; Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, 3.bs, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 167-168. Öz, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bedelin yerini arsa payı aldığından, yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde arsa sahibin tazminat alacağı karşılığında sözleşmede kararlaştırılan arsa payını tam olarak yükleniciye devretmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Erman, arsa sahibinin teslimi gereken dairelerin aynen ifadan vazgeçme tarihindeki rayiç değeri, inşaatın tamamlanması için gereken bedel ve gecikme tazminatının talep edilebileceğini ileri sürmektedir (bkz. Erman, **a.g.e.**, s. 103). Ayan ise, arsa sahibine bağımsız bölümlerin değeri ile tamamlama masraflarının aynı anda verilmesini, bir kuzudan iki post çıkarılması şeklinde yorumlayarak eleştirmektedir (bkz., Ayan, **a.g.e.**, s. 237, dn. 293).

<sup>13</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 101-102. Müspet zarar; fiili zarar ile yoksun kalınan kar ve gecikme dolayısıyla uğranılan zarardan oluşmaktadır.

<sup>14</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 101.

<sup>15</sup> Öz, **Mevzuat**, s. 168-169

<sup>16</sup> Altınkan, **a.g.e.**, s. 160; Yener, **a.g.e.**, s. 72.

devretmemesi gibi. Arsa sahibi tarafından yükleniciye süre verilmesi ve sürenin faydasız kalması halinde diğer tanınan imkan sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazmini talebidir.

### 3.1.1. Feshin İleriye Etkili Sona Ereceğine İlişkin Görüşler

Erman'a göre, arsa sahibinin, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesi halinde sözleşmenin feshi, kural olarak, ileriye etkili olarak sözleşmeyi sona erdirir<sup>17</sup>. Bunun sonucunda fesih tarihine kadar yerine getirilmiş edimler geçerli sayılır ve arsa sahibi mülkiyet hakkı iktisap etmiş 3. kişiye karşı herhangi bir hak ileri süremez, 3. kişi de arsa sahibine karşı bağımsız bölümün tamamlanmasına yönelik talepte bulunamaz<sup>18</sup>. Sözleşmenin feshi ister ileriye ister geriye etkili sonuç doğursun, 3. kişinin mülkiyet hakkı etkilenmez meğer ki, arsa sahibinin iade davasını sonuçsuz bırakmak amacıyla yapılmış olsun<sup>19</sup>. Ancak arsa sahibi yükleniciye karşı tazminat talebinde bulunabilecek olup, yüklenicinin sorumlu olacağı tazminat miktarı, sözleşmenin feshi sonucu iadesi gereken arsa paylarının fesih tarihindeki değeri kadardır<sup>20</sup>.

Sungurbey ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme olduğunu, TMK'nun 2. maddesi ve TBK'nun 475. maddesi dikkate alarak sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağı görüşündedir<sup>21</sup>. Bu halde yüklenicinin kusuruyla vermiş olduğu tüm zararlardan arsa sahibine karşı sorumlu olduğunu, arsa sahibinin inşaatın zamanında bitmemesi sebebiyle yapacağı fazla masrafları talep edebileceğini ileri sürmektedir.

YİBBGK'nın 2.01.20194 T. ve 1983/3 E., 1984/1 K. Sayılı ilamında; *"istisna sözleşmelerin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin kendi kusuru ile işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle, sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak BK 106-108. Maddeleri*

<sup>17</sup> Erman, **a.g.e.**, s.111.

<sup>18</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 176.

<sup>19</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 177.

<sup>20</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 182-183.

<sup>21</sup> Sungurbey, **a.g.e.**, s.477; İsmet Sungurbey, "Müteahhidin, Teslim Gününde Yapıyı Bitirmeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir" (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Zorunlu Bir Yanıt), **Yargıtay Huk. Der.**, C. V, S.2, Şubat 1982, s. 190.

*hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, MK 2. Maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshi, ileriye etkili sonuç doğurur."* şeklinde belirtilmiş olup, inşaatın geldiği seviye<sup>22</sup> feshin ileriye etkili sonuç doğurmasında en önemli unsurdur. Yargıtayın yerleşik içtihadına göre inşaatın en azından %90'lık bir tamamlama oranına ulaşması halinde Medeni kanunun 2. maddesi gereği feshin ileriye etkili sonuç doğuracağı belirtilmektedir<sup>23</sup>. "Olayın niteliği ve özelliğinin haklı göstermesi" dört unsurun bir arada bulunması halinde mümkün olup, unsurları şu şekilde sıralayabiliriz: işin kararlaştırılan süre içerisinde yüklenicinin kusuru ile tamamlanmamış olması, arsa sahibi tarafından TBK'nun 117/1 veya 123. maddesinde belirtilen şekilde ihtarla yüklenicinin temerrüde düşürülmesi veya TBK'nun 124. maddesinde belirtilen derhal fesih koşullarının bulunması, arsa sahibince TBK'nun 124 ve 125. maddelerine göre fesih hakkının kullanılması, inşaatın seviyesi ve durumun özelliğinin dürüstlük kuralına göre sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğurmasını gerekli kılması<sup>24</sup>.

Yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi halinde, yükleniciye yapmış olduğu kısım ile orantılı bağımsız bölüm mü verileceği yoksa bedel mi verileceği hususu öğretide tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar, yüklenicinin yapılan kısım ile orantılı olarak bağımsız bölüm talep hakkı olmadığını belirtmektedir<sup>25</sup>. Görüşüne katıldığım diğer yazarlar ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin borcunun, bedel yerine sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümlerin devri olduğundan, yüklenicinin yapmış olduğu kısım ile orantılı olarak bağımsız bölüm talep edebileceğini ifade etmektedir<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> İnşaatın tamamlanma oranı ve bu hususta Yargıtay kararlarına ilişkin eleştiri için bkz. Ayça Akkayan Yıldırım, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri", **Prof.Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 78 vd.

<sup>23</sup> Y.15. HD.'nin 18.04.2019 T. ve 2019/40 E., 2019/1897 K.: "Burada yüklenicinin ileriye etkili fesih sonuçlarından yararlanabilmesi için inşaatın en az %90 ve üzeri seviyeye getirilmiş olması zorunludur."; Y. 15. HD.'nin 21.01.2015 T. ve 2014/5121 E., 2015/286 K.sayıli ilamında; "Somut olayda, mahkemece inşaatın tamamlandığı %96 oranına göre, ileriye etkili feshi karar verilmesi yerindedir." Uyap, çevrimiçi: 01.08.2019

<sup>24</sup> Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 709.

<sup>25</sup> Haluk Tandoğan, **a.g.e.**, s. 160; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 1095.

<sup>26</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 115; Öz, **a.g.e.**, s.99.

Yargıtay, feshin ileriye etkili sona ermesi halinde, tasfiyenin fark teorisine göre gerçekleşeceğini belirtmekte<sup>27</sup>, inşaatın noksanlığı oranında sözleşmede yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan paydan düşülerek belirlenen arsa payı arsa sahibine verilir<sup>28</sup>. Fiziki oranlamaya esas inşaatın, onaylanmış plan ve projesine ve ruhsatına uygun yapılmış olması gerekir, inşaatı noksan ve ayıplı işler bulunması halinde oranlamada bu hususlar yüklenicinin aleyhine paydan düşülmelidir<sup>29</sup>. Örneğin; tüm dairelerin arsa payı eşit 50 daireden oluşacağı planlanan inşaatın, 20 dairesi arsa sahibine, 30 dairesi de yükleniciye kalacaktır. Arsa sahibi, yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmeyi feshettiğinde inşaatın gerçekleşme oranı, inşaatı noksan ve ayıplı işler dikkate alındığında %90 olarak tespit edilmişse, yükleniciye kalacak 30 daireden 27 (30x%90) dairenin arsa payı yüklenici adına tescil edilecektir. Bu halde, yükleniciden aynı hak kazanan üçüncü kişiler de gerçek malikten hak iktisap etmiş kabul edilmelidir<sup>30</sup>. Ancak fesih talebi aynı zamanda tasfiyeyi de içerdiğinden fiziki oran, sözleşme ve ekleri dikkate alınarak, hangi bağımsız bölümün kime ait olduğu hususunda öncelikle tarafların anlaşması, anlaşamamaları halinde sözleşmenin yorumu yoluyla infazı mümkün paylaşım yapılmalıdır<sup>31</sup>.

Yargıtay, yüklenicinin iki parsel üzerinde iki ayrı blok şeklinde inşaat yapmayı üstlendiği halde, inşaatın işyerleri ve daireler olmak üzere bir bütün olduğu ve tüm inşaatın ortalama seviyesi alınarak hesaplama yapılması gerektiğini içtihat etmektedir<sup>32</sup>. Yükleniciye düşecek bağımsız bölümlerin tamamlanmış olması ve ancak arsa sahibine düşecek kısmın kısmen tamamlanması ve inşaatın tamamının ortalaması alındığında %90 ve üzeri orana ulaşamaması halinde, eğer yapılan inşaatı çok sayıda kişinin yükleniciden bağımsız bölüm satın almaları ve/veya ikamet etmeleri karşısında, üçüncü kişilere inşaatı tamamlamak üzere mehil verilmesi ve

---

<sup>27</sup> Yener, **a.g.e.**, s. 133.

<sup>28</sup> Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 709.

<sup>29</sup> Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 709-712.

<sup>30</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 117.

<sup>31</sup> Y. 15. HD'nin 22.10.1998 T. ve 2788/3967 E.K. sayılı kararı, Uyap, çevrimiçi: 10.02.2017

<sup>32</sup> Y. 15. HD'nin 07.05.2001 T. ve 548/2453 E.K. sayılı kararı; Y. 15. HD'nin 19.07.2010 T. ve 706/4189 E.K. sayılı kararı, Uyap, çevrimiçi: 05.02.2017.

sonucuna göre feshin ileriye/geriye etkili sona ermesinin düşünülmesi gerekir<sup>33</sup>. Sütçü, paylaştırmada yükleniciye bırakılacak arsa payının belirlenmesinde eksik ve ayıplı işin yanında arsa sahibi lehine doğan gecikme tazminatı, cezai şartlar gibi tüm taleplerin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir<sup>34</sup>.

Sözleşme serbestisi gereği taraflar, sözleşmede inşaatın belli aşamaya geldiğinde geriye, belli aşamaya geldiğinde de ileriye etkili sona ereceğini kararlaştıracabilecekleri gibi, inşaatın seviyesi kriteri getirmeksizin her koşulda akdin feshedilmesi halinde feshin ileri ya da geriye etkili sonuç doğurabileceğini kararlaştırabilirler.

Yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmenin ileriye etkili feshi halinde arsa sahibi; inşaatın bitmesi gereken tarihten feshin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu tarihe kadarki kira kaybını<sup>35</sup>, müspet zararı<sup>36</sup>, TBK'nun 179/2 maddesi gereği sözleşmede kararlaştırılan ifaya ekli cezai şartı<sup>37</sup> isteyebilir. Ancak yukarıda bahsolunduğu gibi paylaşımda eksik ve noksan işler bedeli düştüğünden artık arsa sahibinin bu bedelleri talep etmesi mümkün değildir.

### **3.1.2. Feshin Geriye Etkili (Sözleşmeden Dönme) Sona Ereceğine İlişkin Görüşler**

Arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullandığında hakkın kullanımında TMK'nun 2. maddesinin gözetilmesi gerekir<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Y. 15. HD'nin 09.02.2006 T. ve 2005/6533 E.K. sayılı kararı; Y. 15. HD'nin 10.03.2005 T. ve 2004/4339 E.K. sayılı kararı, Uyap, çevrimiçi: 06.05.2017

<sup>34</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s. 1240.

<sup>35</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s. 1254; Karataş, **a.g.e.**, s. 385; Erman, **a.g.e.**, s. 106

<sup>36</sup> Serozan, **a.g.e.**, s. 121; Seliçi, **a.g.e.**, s.125-126, Erman, **a.g.e.**, s.101-102. Hasan Erman, arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçmesi halinde sözleşmenin sona ereceği, arsa sahibinin tazminat olarak ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle müspet zararı isteyebileceği, fark teorisinin uygulanacağı, arsa sahibinin kendisine düşen arsa payını devretme yükümlülüğünden kurtulacağı ve arsa sahibine kalacak dairelerin aynen ifadan vazgeçtiği tarihteki rayiç değerinden karşı edim olan arsa payı düştükten sonra kalan miktar ile inşaatın tamamlanması için gereken miktarı ve gecikme nedeniyle uğradığı zararı talep edebileceğini belirtmektedir.

<sup>37</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s. 1256-1257, Karataş, **a.g.e.**, s.384; Erman, **a.g.e.**, s. 87; Karataş, **a.g.e.**, s. 466; Y.15. HD'nin 04.06.1998 T. ve 2081/2403 E.K. sayılı kararı, Uyap, çevrimiçi: 06.05.2017

<sup>38</sup> İlker Hasan Duman, **İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralının Önemi**, 2. Baskı, İstanbul, Seçkin, 2014, s.140.

Sözleşmeden dönme halinde tasfiyeye uygulanacak hükümler hususunda doktrinde fikir birliği olmayıp, klasik dönme görüşü, kanuni borç ilişkisi görüşü, dönüşüm veya yeni dönme görüşü, aynı etkili dönme görüşü olmak üzere dört görüş ileri sürülmektedir<sup>39</sup>. Aynı etkili dönme görüşü dışındaki görüşlerde, sözleşmeden dönmenin üçüncü kişilerle yapılan tasarrufu etkilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>40</sup>. Kazanılmış aynı haklar geçerliliğini korumakta ancak sebep ortadan kalktığından arsa sahibinin, sebepsiz zenginleşmeye dayanan tescile zorlama davası açabileceği kabul edilmektedir<sup>41</sup>. Bu halde arsa sahibi yükleniciden menfi zararın tazminini talep edebilecektir<sup>42</sup>. Aynı etkili dönme görüşünü ileri süren yazarlara göre ise<sup>43</sup>, taşınmazlardaki tasarruf işlemlerinin sebebe bağlılığı ilkesi gereğince, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak, dönülen sözleşmenin ifası amacıyla yapılan tasarruf işlemleri geçersiz hale gelecektir. Dayanak hukuki ilişki kalmadığından, yükleniciye arsa payının sözleşmenin başında devri veya kademeli devir halinde yapılan tescil yolsuz tescil halini alır ve yükleniciden pay devralan 3. kişi mülkiyet hakkını kazanamaz<sup>44</sup>. Arsa sahibi bu durumda mülkiyeti hiç kaybetmemiş sayılacağından, sebepsiz zenginleşme davası yerine, arsa payının kendine ait olduğunu belirlemek için istihkak davası niteliğinde "yolsuz tescilin düzeltilmesi davası" açabilmeli ve bu talebini 3. kişilere ileri sürebilmelidir<sup>45</sup>. Ergüne'ye göre, aynı etkili dönme görüşü doğrultusunda arsa sahibinin (sözleşmeye güvenen taraf) sözleşmeden geriye etkili olarak dönmesi halinde, yerine getirmiş olduğu edim henüz malvarlığından çıkmadığı ve edimi TMK. m.683 hükmü uyarınca aynı hakka dayanarak istihkak davası ile geri isteme

<sup>39</sup> Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Deniz Yener, **a.g.e.**, s.109 vd.; İsmail Atamulu, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi**, Ankara, Yetkin Yay., 2014, s. 185 vd.; Gürkan Coşkun, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Durumu**, Ankara, Yetkin Yay., 2010, s. 126 vd.

<sup>40</sup> Zeynep Ayar Birkin, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri**, Ankara, Seçkin Yay., Mayıs 2019, s. 159.

<sup>41</sup> Yener, **a.g.e.**, s. 110.

<sup>42</sup> Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Yay., Şubat 2008, s. 296.

<sup>43</sup> M. Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi(Dönme)**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1989, s. 241,242; Atamulu, **a.g.e.**, s. 187; Yaşar Engin Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 444, 447; Yener, **a.g.e.**, s. 113,118.

<sup>44</sup> Yener, **a.g.e.**, s. 113; Birkin, **a.g.e.**, s.160.

<sup>45</sup> Öz, **Dönme**, s. 241; Yener, **a.g.e.**, s. 114, 118; Atamulu, **a.g.e.**, s. 187; Birkan, **a.g.e.**, s. 161.

imkanına sahip olduğundan verdiği edimi menfi zarar veya sebepsiz zenginleşme davası ile geri alamaz<sup>46</sup>.

Yargıtay'ın istikrar kazanan görüşüne göre; arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde yukarıda bahsolunan "olayın niteliğinin ve özelliğinin haklı göstermesi" koşullarının bulunmaması halinde fesih geriye etkili sonuç doğurur. Sözleşme kurulduğu ana geri döner, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin tapu kaydı arsa sahibine geri döner. 3. kişi, TMK'nun 3. maddesi gereğince iyiniyet iddiasında bulunamaz. Zira Yargıtay, arsa sahibince yükleniciye yapılan arsa pay devrini, yükleniciye sermaye sağlanması için "avans"<sup>47</sup> niteliğinde olduğunu, 3. kişinin ancak yüklenicinin edimini yerine getirip tapuya hak kazanması halinde hak sahibi olabileceğini kabul etmektedir<sup>48</sup>. Sonuç olarak, Yargıtay uygulamasında, arsa sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmenin geriye etkili olarak sona ermesi halinde, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan veya yüklenicinin satış vaadinde bulunduğu 3. kişinin tescil talebinde bulunamayacağı ve arsa sahibinin 3. kişiye devredilen tapunun iadesini isteyebileceği kabul etmektedir<sup>49</sup>.

Öz'ün de katıldığı görüşe<sup>50</sup> göre; feshin geriye etkili olarak sona ermesi halinde, başlangıçta arsa payları yükleniciye devredildiğinden, yüklenici adına olan

<sup>46</sup> Ergüne, **a.g.e.**, s. 293, dn. 20. Aksi görüşte, Yalman'a göre ise, zarar gören, ister sebepsiz zenginleşme isterse de istihkak davası yoluyla iade talebinde bulunabilir. Süleyman Yalman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 126-127.

<sup>47</sup> Bu kavrama ilişkin eleştiriler için bkz. Saba Özmen, E. Müge Ürem, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan "Avans Tapu" Kavramına Yönelik Eleştiriler", **Maltepe Üniv. Huk. Fak. Der.**, 2016/1, s.18.; Saba Özmen, "2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararı'nın Eleştirisi", **Türkiye Barolar Birliği Der.**, Yıl:30, S.135, Mart-Nisan 2018, s.423. vd.; Pelin Çavdar, "Anayasa Mahkemesi'nin 2014/12321 Başvuru Numaralı ve 20.07.2017 Tarihli Tari Kararı'nın Değerlendirilmesi", **Marmara Üniv. Huk. Fak. Huk. Araş. Der.**, C. 24, S. 1, Haziran 2018, s. 415-439.

<sup>48</sup> Y. 15. HD'nin 26.06.2019 T. ve 2018/4559 E., 2019/2998 K.: "Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde arsa sahibi ya da arsa sahiplerince yüklenici veya yüklenicinin talimatıyla üçüncü kişilere borcunun tapu payı ya da bağımsız bölümün devri, arsa sahibinin üstlendiği arsa payı devri ödenmesi borcu ile ilgili avans niteliğinde olup bu yolla yapılan temlik sonucu oluşturulan tapu kayıtları ile adına tescil yapılanlar, gerçek mülkiyet hakkını kazanmaz. Yüklenici, sözleşme ve ekleri, tasdikli ruhsat ve projesi ile imar mevzuatına uygun olarak edimini yerine getirmiş olması halinde kararlaştırılan bağımsız bölüm ya da tapu paylarına hak kazanır ve avans niteliğinde yapılan tapu devirleri de gerçek mülkiyetin devri niteliğine dönüşür." Uyap, çevrimiçi: 25.07.2019

<sup>49</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 484.

<sup>50</sup> Öz ve Tandoğan, inşaat sözleşmelerinin ani edimli sözleşmeler olduğunu, sözleşmenin geriye etkili olarak sona ereceğini ve kusurlu yüklenicinin yaptığı kısmın değerini sebepsiz sözleşme hükümlerince

tapu kaydı baştan itibaren yolsuz tescil sayılır<sup>51</sup>. Yükleniciden noterde satış vaadi sözleşmesi ile taşınmaz satın alan 3. kişiler açısından da satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh verilmesi halinde dahi tapunun arsa sahibine döneceği belirtilmektedir<sup>52</sup>.

Erman ise, klasik dönme görüşü<sup>53</sup>nü benimsemekte olup, eserin kaldırılması yüklenici için ağır bir zararı gerektirmeyen hallerde sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağını<sup>54</sup>, bu halde, fesih anına kadar yüklenicinin gerçek malik sıfatını taşıdığını, tapuya şerh edilmiş taşınmaz satış vaadinin gerçek malik ile yapıldığını, dolayısıyla arsa sahibinin açmış olduğu tapu iptal tescil davasında, 3. kişinin taşınmaz satış vaadinden doğan mülkiyetin devrine ilişkin kuvvetlendirilmiş şahsi hakkını arsa sahibine karşı da ileri sürebileceğini ileri sürmektedir<sup>55</sup>. Arsa paylarının yükleniciye devredilmemiş olması ihtimalinde, yüklenicinin, kendisine düşecek arsa paylarının satışını vaadetmesi alacağın temlik niteliğinde olup, 3. kişi sözleşmenin tarafı olmayan arsa sahibine karşı da temlik alacaklısı sıfatıyla hakkını ileri sürebilir<sup>56</sup>. Ancak bunun için, yüklenicinin kendi edimini yerine getirerek arsa sahibinden arsa paylarının devrini talep hakkı doğmuş olmalıdır. Noksan bırakılan işler cüzi oranda ise mahkemece 3. kişilere inşaatı tamamlaması veya bedelin ödenmesine ilişkin mehil verilmelidir<sup>57</sup>. Ancak, arsa sahibi taşınmazı başka bir 3. kişiye devretmişse, artık yükleniciden temlik alan 3. kişi kişisel hakkını yeni malike karşı ileri süremez, meğer ki, arsa sahibi ile yeni malik arasında kişisel hakkın sonuçsuz kalmasına ilişkin muvazaalı satış işlemi yapılmış olsun<sup>58</sup>. Sözleşmenin geriye etkili olarak feshi halinde 3. kişi, yükleniciden aralarındaki ivazlı alacağın temlik niteliğindeki sözleşmeye dayanarak garanti sorumluluğu kapsamında

---

isteyebileceğini, arsa sahibinin ise menfi zararını isteyebileceği görüşündedir (Öz, **a.g.e.**, s. 211-218-228; Tandoğan, **a.g.e.**, s.147, vd.)

<sup>51</sup> Öz, **a.g.e.**, s. 262.

<sup>52</sup> Y. 14. HD'nin 05.12.1989 T. ve 5705/10388 E.K., kazancı, çevrimiçi: 12.10.2015

<sup>53</sup> Yener, **a.g.e.**, s. 109-111.

<sup>54</sup> Hasan Erman, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü", **İstanbul Barosu Der.**, C. 50, S. 4 – 6, 1984, s. 216.

<sup>55</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 186

<sup>56</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 188-189-190-191. Ancak adi yazılı şekil şartına uyulması gerekir, aksi halde arsa sahibi yükleniciye karşı ileri sürebileceği şekil eksikliğini 3. kişiye karşı da ileri sürebilir.

<sup>57</sup> YHGK'nun 05.11.1997 T. ve 671/879 E. K. Sayılı kararı, Kazancı mevzuat programı, çevrimiçi: 17.12.2015

<sup>58</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 196-197. Bu ihtimal yüklenicinin aynı taşınmazı bir başka kişiye satıp, mülkiyeti devretmesi halinde de söz konusudur. YHGK'nun 26.02.1997 T. ve 708/105 E. K. Sayılı kararı, Kazancı mevzuat programı, çevrimiçi: 17.12.2015

TBK'nun 191. maddesi gereği tazminat<sup>59</sup> isteyebileceği gibi, arsa sahibinden de taşınmaza yaptığı faydalı ve zaruri masraflar ile yüklenicin yaptığı işten o taşınmaza isabet eden değeri de talep edebilir<sup>60</sup>. Öz karşı görüşte olup, sözleşmeden dönme ile borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından, temlik işleminin baştan itibaren hükümsüz sayılacağını ve 3. kişinin buna dayanarak arsa sahibine karşı herhangi bir talep hakkının bulunmadığı görüşündedir<sup>61</sup>.

Arsa sahibinden doğrudan daire alan veya satış vaadinde bulunulan 3. kişiler ise sözleşmeden dönülmesi halinde etkilenmez<sup>62</sup>. Çünkü arsa sahibi tapuda adına kayıtlı arsa payını 3. kişiye devretmekte veya satışını vaat etmektedir. Ancak 3. kişi sözleşmeden dönülmesi halinde sözleşmenin tarafı olmayan yükleniciden eksik ve ayıplı işlerden dolayı bir talepte bulunamaz, sözleşme hükümlerince arsa sahibine karşı taleplerini ileri sürebilir.

Kanaatimce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflarca feshin ileriye etkili veya geriye etkili sona ereceği kararlaştırılmamışsa, somut olaya göre inşaatın bitirme oranı, ekonomik değeri, inşaatta çok sayıda kişinin bağımsız bölüm alması ve ikamet etmesi dikkate alınarak sonuca gidilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin geriye etkili olarak sona ermesi(sözleşmeden dönme) halinde katıldığım klasik dönme görüşüne göre, borçlandırııcı işlem yapıldığı esnada geçerli iken yapılan geçerli tasarruf işleminin varlığı karşısında sözleşmenin geriye etkili olarak feshi halinde borçlandırııcı işlem sonradan geçersiz hale gelirse sözleşmeden dönme sadece akdi borç ilişkisini ortadan kaldıracak, ancak daha önceden yapılan tasarruf işlemlerinin aynı sonuçlarını etkilemeyecektir<sup>63</sup>. Sebep ortadan kalktığından, taraflar birbirlerinden aldıklarını TBK 77 vd. maddeleri gereğince sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri verecektir. Arsa sahibinin iade talebi kişisel hak niteliğinde olup,

<sup>59</sup> Tazminat davasında 3. kişi yükleniciden taşınmazın dava tarihindeki değerini talep edebilir. Bkz. Y. 13. HD'nin 22.06.2004 . ve 1065/9807 E.K. sayılı kararı., Kazancı mevzuat programı, çevrimiçi: 17.12.2015

<sup>60</sup> YHGK'nun 02.02.2000 T. ve 51/54 sayılı kararı, Kazancı mevzuat programı, çevrimiçi: 15.12.2015

<sup>61</sup> Öz, **a.g.e.**, s. 263

<sup>62</sup> Darende, **a.g.e.**, s. 2; Karataş, **a.g.e.**, s. 480; Semih Ünlü, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Sonucu Dönme Hakkının Kullanılması ve Etkileri", **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, İstanbul, Der Yay., 2015, s.923.

<sup>63</sup> Özmen, **Tari**, s.431; Yener, **a.g.e.**, s. 11; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara, 1984, s.566

sadece yükleniciye karşı ileri sürebileceğinden başlangıçta arsa payının yükleniciye devri ve yüklenicinin 3.kişiye arsa payını satması halinde 3. kişinin kazanımı korunacaktır. Ancak, arsa payının başlangıçta yükleniciye devredilmemesi ihtimalinde, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, yüklenici ile 3. kişi arasında yapılan satış vaadi sözleşmesi 3. kişiye aynı hak sağlamadığından, 3. kişinin satış vaadinden doğan şahsi hakkına dayanarak arsa sahibinden bir talepte bulunması mümkün değildir<sup>64</sup>, meğerki satış vaadi sözleşmesi tapu siciline şerh edilmemiş olsun<sup>65</sup>.

### 3.1.3. Tapu Siciline Güvenin Korunması(TMK. Md. 1023)

TMK'nun 1023. maddesinde tapuda aynı hak elde eden iyiniyetli 3. kişinin yolsuz tescile dayanarak elde ettiği hakkının korunması imkanı düzenlenmiş olup, yolsuz tescile dayanan kazanımlarda sadece aynı hak kazanımları korunur, kişisel hak korunmaz<sup>66</sup>.

Yargıtay'a göre, yükleniciden tapuda arsa payı satın alan aynı hak sahibi ile satış vaadi sözleşmesi veya alacağın temlik yoluyla kişisel hak elde eden kişi arasında fark olmayıp, sözleşmenin geriye doğru feshi halinde 3. kişi bu hakkını arsa sahibine karşı ileri süremez<sup>67</sup>. Aynı şekilde yüklenicinin kendisine düşen arsa payını gerek asaleten gerekse arsa sahibinden aldığı vekaletnameye dayanarak 3. kişiye devretmesi arasında da fark bulunmadığı görüşündedir<sup>68</sup>. Yani 3. kişinin TMK'nun 1023. maddesinden yararlanamayacağını benimsemekte ve hatta 3. kişinin arsa payını başka bir kişiye devretmesi halinde de arsa sahibinin bu kişiye karşı dava

---

<sup>64</sup> Erman, a.g.e., s. 184.

<sup>65</sup> bkz. s.85

<sup>66</sup> M.Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, K. Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku (Zilyetlik-Tapu Sicili,Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti,Sınırlı Aynı Haklar)**, 21. Baskı, İstanbul, 2018, s.193.

<sup>67</sup> YHGK'nun 15.05.2002 T. ve 1-329/405, Kazancı mevzuat programı, çevrimiçi: 12.15.201

<sup>68</sup> Zafer Kahraman; yüklenici, arsa sahibinin verdiği vekalet kapsamı içinde arsa payını devretmiş ise devrin geçerli olacağını, 3. kişinin mülkiyeti iktisap edeceğini, yüklenicinin vekaletsiz arsa payını devretmesi veya vekaletin kapsamını aşması halinde 3. kişi adına yapılan tescilin yolsuz olduğunu belirtmektedir (Zafer Kahraman,"Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu", **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, İstanbul, Der Yay., 2015, s.449) ; YHGK'nun 25.10.2000 T. ve 2000/1-1280 E., 2000/1554 K., Kazancı mevzuat programı, çevrimiçi: 12.01.2016

açabileceğini benimsemektedir<sup>69</sup>. 3. kişinin inşaattan bağımsız bölüm satın alması sebebiyle riski üstlendiği, iyiniyetli sayılamayacağı ve dolayısıyla tapu siciline güven ilkesinden yararlanamayacağı belirtilmektedir<sup>70</sup>.

Öz, üçüncü kişinin kazanım anında sözleşmenin geriye etkili olarak sona ereceğini bilmesinin beklenemeyeceğini, 3. kişinin kural olarak iyiniyetli olduğu kabul edilerek TMK'nun 1023. maddesinin uygulanacağını, 3. kişinin ancak yüklenici ile muvazaalı olarak arsa sahibinin sözleşmeden dönme imkanını kullanmamasına yönelik tapuda arsa payını devralması gibi istisnai hallerde iyiniyetli olamayacağını kabul etmektedir<sup>71</sup>.

Erman, arsa sahibinin arsa paylarını başlangıçta yükleniciye devretmesi ve yüklenicinin de belli arsa paylarını 3. kişiye devretmesi halinde, 3. kişi gerçek malikten aynı hak elde ettiğinden sözleşmenin feshi halinde bu hakkının korunacağını, tescilin yolsuz tescil haline gelmeyeceğini, bu sebeple arsa sahibinin açacağı tapu iptal tescil davasının yolsuz tescil sebebiyle açılan mülkiyet hakkına dayanan istihkak davası olmayıp, hukuki sebebin geçersiz hale gelmesine dayanan istirdat davası olduğu görüşündedir<sup>72</sup>.

Darende, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanarak arsa sahibinin borcunu başta ifa etmesi ve arsa payını yükleniciye tapuda devretmesi halinde, ferağ sırasında dayanılan sözleşmenin geçerli ve bağlayıcı olduğu, ferağın açık ve geçerli bir sebebi bulunduğunu, yüklenicinin temerrüde düşmesi ve arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde TBK'nun 173. maddesi gereği bu hususun tescili yolsuz hale getirmeyeceği, zira TMK m.1024 gereği yolsuz tescilin, bağlayıcı

---

<sup>69</sup> Kahraman, **a.g.e.**, s. 442-443; Y.H.G.K.'nın 23.05.2001 T. ve 422/434 E.K. sayılı kararı; Y. 15. H.D.'nin 19.10.1998 T. ve 3274/3915 E.K. sayılı kararında; "inşaattan daire alan üçüncü kişilerin durumuna gelince; yüklenici dışında davacı safında yer alan bu kişiler, davalı yükleniciden pay satın almışlardır, bir kısmı ise yüklenicinin sattığı kişilerin devrettiği şahıslardır. Tüm bu satın alan davalıların amacının arsanın satımı olmayıp, arsa üzerine yapılacak inşaattan bağımsız bölümler edinmek olduğunda kuşku yoktur. Bu nedenle işlemin geçerliliğinin arsa sahibine karşı üstlenilen edimin tamamen yerine getirilip dairelerin teslimi şartına bağlı olduğunu bilmeleri hayatın olağan akışının icabındandır. Davacılar satın alma işlemini gerçekleştirirlerken gerekli özeni göstermelidirler. Bu sebeple, MK'nun 931 maddesi hükmünden yararlanmaları düşünülemez. "

<sup>70</sup> Bkz. Yargıtay 14. H.D.'nin 28. 09. 2010 T. ve 2009/3593 E., 2010/4847 K. sayılı kararı, Uyap, çevrimiçi: 10.11.2017

<sup>71</sup> Öz, **a.g.e.**, s. 259-261.

<sup>72</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 176-177.

olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil olduğunu kabul etmektedir<sup>73</sup>. Kısacası sözleşmeden dönme, mülkiyete dayalı istihkak hakkı vermez, sebepsiz zenginleşmeye dayalı istirdat(geri alma) hakkı verir<sup>74</sup>. 3. kişiye karşı ileri sürülebilmesi, şahsi hakkın kuvvetlendirilmesi halinde veya üçüncü şahsın, sırf arsa sahibinin dönme hakkını engellemek maksadıyla hareket etmesi ihtimalinde mümkündür<sup>75</sup>.

Kanaatimce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanarak arsa sahibinin yükleniciye borcunu ifa ederek arsa paylarını devretmesi ve yüklenicinin borcunu ifada temerrüde düşmesi neticesinde arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, klasik dönme görüşü doğrultusunda, devir anında geçerli bir hukuki sebebe dayanarak 3. kişi adına tescil yapıldığından, sözleşmeden dönme 3. kişiye yapılan tescili yolsuz hale getirmez. Dönme hakkının kullanılması ile tarafların borçları sona erer ve arsa sahibinin TBK'nun 77 vd. maddesi uyarınca sebepsiz zenginleşme hükümlerince istirdat(geri alma) hakkı bulunmaktadır. Yargıtay kararlarında benimsenen aynı etkili dönme görüşünün kabul edilmesi halinde ise, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde yüklenici adına yapılan tescil yolsuz hale gelir. Yargıtay kararlarının aksine "tapu siciline güven ilkesi" gereği yükleniciden arsa payı devralan 3. kişinin karine olarak iyiniyetli olduğunun kabulü gerekmekte olup, kazanımı TMK m.1023 gereği korunmalı, 3. kişi aynı hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilmelidir. Aksi halde arsa sahibi devir anında gerçek malikten aynı hak iktisap eden 3. kişiden yıllar sonra bağımsız bölümü geri alabilecektir. Yargıtay'ın her şartta arsa sahibini korumaya yönelik verdiği kararlar satış bedelini ödeyen ve hatta bağımsız bölümü teslim alan 3. kişilerin mağduriyetine yol açabilmektedir.

---

<sup>73</sup> İhsan Darende, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmenin Üçüncü Şahıslar Üzerindeki Etkisi**, s. 6-7, <https://www.sinerjias.com.tr/pg/pdf/10.pdf>, çevrimiçi: 05.09.2017

<sup>74</sup> Darende, **a.g.e.**, s.7-8-9.

<sup>75</sup> Darende, **a.g.e.**, s.9.

## 3.2. İFA İMKANSIZLIĞI NEDENİYLE SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

### 3.2.1. Eserin Yok Olması (Maddi İmkansızlık)

İfa imkansızlığı, TBK'nun 483. maddesinde “eserin yok olması” şeklinde düzenlenmiş olup, inşaat, teslimden önce ve sözleşmenin kurulmasından sonra<sup>76</sup>, beklenmedik bir olay sonucu (arsa sahibinin kusurunun bulunmadığı) yok olursa, arsa sahibi teslim almada temerrüde düşmediği takdirde yüklenici çalışması ve masrafları için ücret isteyemez<sup>77</sup>. Buna göre eser teslim edilinceye dek veya alacaklı teslimde temerrüde düşene kadar, hasara yüklenici katlanır<sup>78</sup>. Kim tarafından malzeme temin edilmişse malzemenin hasarına da o katlanacaktır<sup>79</sup>. TBK'nun 136. maddesi uyarınca tarafların karşılıklı edimleri sona erer. Yükleniciye düşen arsa paylarının tamamı veya bir kısmı yükleniciye devredilmişse, yüklenici geri vermekle yükümlüdür<sup>80</sup>. Yüklenicinin imkânsızlıktan sorumlu olup olmaması farketmeksizin ifanın imkânsız hale gelmesiyle, aynen ifa yükümü sona erer<sup>81</sup>. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun (yüklenici) ediminin, borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması halinde, karşı tarafın(arsa sahibinin) edim yükümü de kanun gereği sona erer. Bu nedenle yüklenici karşı edime ilişkin talep hakkını kaybettiği gibi, önceden aldıklarını da sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre (TBK m.77-82) iade etmek zorundadır (TBK m.136/II)<sup>82</sup>. Yüklenicinin aynen ifa yükümlülüğü yerine herhangi bir tazminat yükümlülüğü de doğmaz (TBK m.136/I). İmkânsızlıktan arsa sahibinin sorumlu olması halinde, yüklenici, karşı edimi elde

<sup>76</sup> Sözleşmenin başlangıcındaki imkansızlık halinde TBK'nun 20. maddesi uyarınca sözleşme yapıldığı andan itibaren geçersizdir. Örneğin arsa üzerine inşaat yapılması imar mevzuatına göre mümkün değilse (Erman, **a.g.e.**, s. 64).

<sup>77</sup> Erman, **a.g.e.**, s.67; Kürşat, **İmkansızlık**, s. 769.

<sup>78</sup> Zekeriya Kürşat, **İmkansızlık**, s. 769.

<sup>79</sup> Cevdet Yavuz, **a.g.e.**, s. 495; Yasemin Durak, "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi" , **İñönü Üniv. Huk. Fak. Der.**, Özel Sayı, Cilt:1, 2015, s. 236; Coşkun, **a.g.e.**, s. 168.

<sup>80</sup> Yener, **a.g.e.**, s. 19.

<sup>81</sup> Ş. Barış Özçelik, "Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları", **AÜHFD**, 2014, s.582.

<sup>82</sup> Özçelik, **İmkansızlık**, s. 592; Rona Serozan, "Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Ankara, 2004, s. 201.

edememesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini arsa sahibinden talep edebilir (TBK m.112)<sup>83</sup>. İmkânsızlıktan yüklenicinin sorumlu olduğu hallerde arsa sahibi, artık elde edemeyeceği edim yerine müspet zararın<sup>84</sup> tazminini talep etme imkânına sahip olur (TBK 112). Arsa sahibi ifanın imkansızlaşmasından kaynaklanan zararını ispat edemedikçe tazminat alamayacaktır<sup>85</sup>. Arsa sahibinin ikame değeri(yüklenicinin 3.kişi ile alacağın temlik sözleşmesi yapması halinde elde ettiği bedeli) kabul etme zorunluluğu bulunmamakla birlikte, ikame değeri talep ederse, kendi edimini de yerine getirmek zorundadır(TBK 136/II maddesinin istisnası)<sup>86</sup>. İnşaatın tamamen veya kısmen yok olması halinde, yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde belirlenen şartlara uygun olarak inşaatı yeniden yapmayı veya kalan kısmı tamamlamayı teklif etmişse, arsa sahibinin sözleşmenin sona erdiğinden bahisle bu teklifi reddetmesi dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmelidir<sup>87</sup>. Maddi imkansızlık yanında hukuki imkansızlık halinde de aynı sonuç doğar. Örneğin, sözleşmenin kurulmasından sonra imar mevzuatında yapılan değişiklikte artık binanın sözleşmede kararlaştırılan şekilde yapılamaması<sup>88</sup>. Ancak bu halde yüklenici, mevzuat değişikliği sonrası arsa sahibine sözleşmede kararlaştırılan şekilde edimini ifa etmeyi teklif ederse artık dürüstlük kuralına göre arsa sahibinin imkansızlığı ileri sürerek sözleşmeyi sona erdirmesi mümkün olmayacaktır<sup>89</sup>.

Kanaatimce, maddi/hukuki imkansızlık halinde, yükleniciye sözleşmenin başında arsa payı devredilmiş ve yüklenici arsa payını 3. kişiye devretmişse, arsa sahibi sebepsiz zenginleşmeye dayanan kişisel hakkını 3.kişiye yöneltmeyecektir. Arsa payının yükleniciye devredilmediği halde, yükleniciden alacağı temlik alan 3. kişi, şahsi hakkını arsa sahibine karşı ileri süremeyecek, ivazlı alacağın temlik sözleşmesi sebebiyle yüklenicinin TBK m.191 gereği sorumluluğuna gidebilecektir.

---

<sup>83</sup> Özçelik, **a.g.e.**, s. 576.

<sup>84</sup> Kürşat, **İmkansızlık**, s.767; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 328.

<sup>85</sup> Kürşat, **İmkansızlık**, s.767.

<sup>86</sup> Eren, **Genel**, s. 1305; Özçelik, **a.g.e.**, s. 594.

<sup>87</sup> Yener, **a.g.e.**, s. 19; Erman, **a.g.e.**, 61.

<sup>88</sup> Y. 15. HD'nin 27.12.2011 T. ve 2011/616 E., 2011/7961K., Uyap, çevrimiçi: 04.11.2016

<sup>89</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 69.

### 3.2.2. Müteahhidin  l m  Veya Aczi

İstisna sözleşmelerine ilişkin TBK'nun 486. maddesinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de uygulanması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir<sup>90</sup>. Sözleşmeden yüklenicinin kişiliğinin göz önüne alınarak yapılmadığı anlaşılabiliyorsa, örneğin sözleşmede yüklenicinin ölmesi halinde inşaata mirasçılarının devam edeceği kararlaştırılmışsa veya yüklenici bir tüzel kişiyse ve sözleşmenin yapılmasında etkisi bulunmayan bir ortak ölürse/ortaklıktan ayrılırsa belirtilen madde uygulanmayabilir. Yüklenicinin aczi ise, iş hayatından sürekli olarak çekilmesi, akıl hastalığına sebebiyle vesayet altına alınması, yüklenicinin suç işleyerek cezaevinde hükümlü olması şeklinde olabilmektedir<sup>91</sup>. Bu halde arsa sahibi tamamlanmamış olan inşaatın biten kısmının kullanılması mümkünse kabul etmek zorunda olup, yükleniciye veya külli haleflerine vereceği bedel; inşaatın tamamlanan kısmı ile tamamen tamamlansaydı taşıyacağı değerin oranıdır<sup>92</sup>. Bu halde, yüklenicinin ölümü veya aczinden önce arsa payı devralan 3. kişinin kazanımı yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmenin ileriye etkili feshinde belirttiğimiz esaslar çerçevesinde korunacaktır. Oranlama yapılmazsa işin mahiyeti ve masraflara göre TBK'nun 481. maddesi uyarınca belirlenmesi gerekir<sup>93</sup>. Yargıtay'a göre ise, bilirkişi marifetiyle inşaatın kaçta kaçının tamamlandığı tespit edilmeli, bulunan değer yüklenicinin ölüm veya acze düştüğü gündeki rayiç değerine uygulanmalıdır<sup>94</sup>. Kanaatimce, bu halde bedelin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırıldığı üzere, arsa payı olarak verilmesi gerekir<sup>95</sup>.

### 3.2.3. Arsa Sahibinin şahsından Doğan İmkansızlıklar

TBK'nun 485. maddesinde; *"Eserin tamamlanması, işsahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imk nsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu*

<sup>90</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 69; Yavuz, **a.g.e.**, s. 526; Nezih Sütçü aksi görüşte olup, yapılacak inşaat sermaye gerektirdiğinden yüklenicinin kişiliğinin kural olarak önemli olmadığını ileri sürmektedir, s.230 vd.

<sup>91</sup> Bilal Kartal, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi**, Ankara, Matsa Basımevi, 1993, s.170; Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 702.

<sup>92</sup> Erman, **a.g.e.**, s.71; Kürşat, **a.g.e.**, s. 774;Yener, **a.g.e.**, s.22

<sup>93</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 71; Yener, **a.g.e.**, s.22

<sup>94</sup> Y. 15. HD'nin 08.10.1986 T. ve 3540/3198 E. K. Sayılı kararı, Kazancı mevzuat programı,  evrimi i: 11.10.2015

<sup>95</sup> Yener, **a.g.e.**, s.23; Erman, **a.g.e.**, s.71.

*değere girmeyen giderlerini isteyebilir. İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında işsahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır."* şeklinde belirtilmiştir. Arsa sahibinin ölümü, arsa sahibinin önerdiği projeye izin verilmemesi, üzerine inşaat yapılacak arsanın kamulaştırılması, imar planında değişiklik gibi arsa sahibinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle ifanın objektif olarak imkansızlaşması halinde uygulama alanı bulur. Sözleşmenin bu sebeple sona ermesi halinde sona erme ileriye etkili sonuç doğurur<sup>96</sup>. Bu halde, arsa sahibinin ölümü veya arsa sahibinin şahsından doğan sebeplerle ifanın objektif olarak imkansızlaşmasından önce arsa payı devralan 3. kişinin kazanımı yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmenin ileriye etkili feshinde belirttiğimiz esaslar çerçevesinde korunacaktır.

### **3.3. TAM TAZMİNAT ÖDEYEREK SÖZLEŞMENİN FESHİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU**

Eser sözleşmeleri için düzenlenen TBK'nun 484. maddesi uyarınca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibi, henüz inşaat tamamlanmadan, yükleniciye yapmış olduğu kısmın bedelini öder ve yüklenicinin uğradığı zararı tazmin ederse, fesih beyanının yükleniciye ulaşması ile sözleşme hükümlerini ileriye etkili olarak<sup>97</sup> sona erdirir<sup>98</sup>. Arsa sahibi bu maddeden yararlanarak herhangi bir haklı sebebe dayanmadan sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirebilir. Arsa sahibi, yükleniciye kalacak arsa paylarının değerinden henüz tamamlanmamış kısma ilişkin masrafları düşükten sonra kalan kısmı arsa payı olarak veya tazminat olarak yükleniciye verebilir<sup>99</sup>. Ayıplı ifa varsa yapılan kısmın değerinden ayıplı kısmın değeri

<sup>96</sup> Kartal, **a.g.e.**, s. 122; Coşkun, **a.g.e.**, s. 171; Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 703.

<sup>97</sup> Coşkun, **a.g.e.**, s. 179. Sözleşmenin ileriye etkili feshinin kabul edildiği hallerde üçüncü kişi bakımından yaptığımız açıklamalar TBK'nun 474. Maddesi uyarınca sözleşmenin feshi halinde de geçerlidir.

<sup>98</sup> Durak, **a.g.e.**, s. 237-238; Ali Rıza Kahveci, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniv., İstanbul, 2017, s. 93; Baskın görüşe göre tam tazminat ödeyerek sözleşmenin feshi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulanabilir: Öz, **İnşaat**, s. 234.; Eren, **Özel Hükümler**, s. 683.; Köksal Kocaağa, **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yay., 2014, s. 251; Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 492.; Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, taraflar arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesi halinde iş sahibi tazminat karşılığında sözleşmeyi feshedebilmelidir. Karşıt görüş için bkz. Vedat Buz, "İş Sahibinin BK. m. 369' a Göre Eser Sözleşmesinin Feshi", **Banka ve Ticaret Huk. Der.**, C. XXI, S. 2, 2001, s. 223.; Umut Yeniocak, **Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi**, 2.Baskı, Ankara, Seçkin, 2014, s. 126.

<sup>99</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 216-217; Coşkun, **a.g.e.**, s. 180.

indirilmelidir<sup>100</sup>. Arsa sahibi fesih beyanının ulaşmasına kadar yapılan kısmi ifayı kabul etmek ve bedelini ödemek zorunda olup, fesih beyanının ulaşması ile sözleşme ileriye etkili olarak sona ereceğinden yüklenici kalan kısma ilişkin borcundan kurtulur. Bu halde yüklenici ücreti(arsa payını) başta almışsa arsa sahibine iade etmelidir<sup>101</sup>. Yargıtay, gerek arsa sahibinin tek taraflı fesih beyanı gerekse yüklenicinin rızası ile ikale sözleşmesi yapılması halinde sözleşmenin sona ereceği ve arsa sahibinin nakden tazminat ödeyeceğini benimsemiştir<sup>102</sup>. Yüklenici menfi zararını yani fiili zararı ile kar mahrumiyeti(yoksun kalınan kar) kalemlerini talep edebilir<sup>103</sup>. Fiili zararlar; sözleşme kurma için gerekli masraflar, sözleşmenin ifası için yapılan masraflar ile sözleşmenin kurulacağına güven ile yapılan masraflar, yüklenicinin yerine getirdiği edim ile yerine getirdiği edimden elde edecek olduğu yararlanmalar, hükümsüz sözleşmenin tasfiyesi nedeniyle uğranılan zararlar, usulü işlemlere ilişkin masraflar, üçüncü şahıslara ödenen tazminat ve cezai şartlar oluşturmaktadır<sup>104</sup>. Ergüne'ye göre "yoksun kalınan kar ise, güven uyandıran sözleşme görüşmeleri hiç yapılmıyaydı yüklenicinin içinde bulunacağı farazi durumu sağlamayı hedefler"<sup>105</sup>. Ancak bu kazancı elde etmek için yapılması gerekli gider ve harcamaların yoksun kalınan kardan çıkarılması gerekir<sup>106</sup>. Tazminatın hesabında iki tür yöntem bulunmaktadır<sup>107</sup>. "Toplama yöntemi"nde yüklenicinin fesih anına kadar kar hariç yapmış olduğu giderler ile inşaat tamamlansaydı elde edeceği brüt kar eklenir<sup>108</sup>. Ancak Yargıtay kararları ve toplama görüşünü savunanların aksine müspet zarar ve

<sup>100</sup> Durak, **a.g.e.**, s. 238.

<sup>101</sup> Tandoğan, **Özel**, s. 345; Kartal, **a.g.e.**, s. 124.

<sup>102</sup> Y. 15. HD'nin 13.10.1994 T. ve 414/5816 E.K. sayılı kararı, Kazancı mevzuat programı, çevrimiçi: 02.03.2016. Ancak kanun maddesinde hakkın kullanımı için tarafların anlaşması aranmamaktadır.

<sup>103</sup> Ergüne, **a.g.e.**, s.288.

<sup>104</sup> Ergüne, **a.g.e.**, s.288-298

<sup>105</sup> Ergüne, **a.g.e.**, s.299-300-301. Alternatif sözleşme fırsatından doğan kar mahrumiyeti buna örnek verilebilir.

<sup>106</sup> Ergüne, **a.g.e.**, s.306.

<sup>107</sup> Erman, **a.g.e.**, s.217.

<sup>108</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 500; Tandoğan, **Özel** s. 348.; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. II, 3. bs., İstanbul, Vedat Yay., 2014, s. 104.; Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. bs., Ankara, Yetkin Yay., 2015, s. 426.; Kocaağa, **a.g.e.**, 2014, s. 258.; İbrahim Kaplan, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yay., 2013, s. 246.; Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, Yetkin yay., 2018, s. 688.; Turgut Uygur, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, C. II, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2013, s. 2238.; Yavuz, **a.g.e.**, s. 1060.; Buz, **a.g.e.**, s. 235. Y. 15. HD'nin 02.04.1998 T. ve 833-1348 E.K. Sayılı kararı, Kazancı mevzuat programı, çevrimiçi:12.11.2015.

menfi zararın aynı anda talep edilmesi mümkün olmayıp, yukarıda bahsolunduğu üzere tam tazminat ödeyerek sözleşmenin feshinde yüklenici sadece menfi zararının tazmini talep edebilir. Menfi zarardaki kar mahrumiyeti müspet zarardan farklı olup, müspet zararda sözleşme gereği gibi ifa edilseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durum hesaplamada etkili olur<sup>109</sup>. Arsa sahibinin yüklenicinin kusuruna dayanarak ve fakat haksız olarak sözleşmeyi feshetmesi halinde TBK'nun 408. maddesi kıyasen uygulanır. "Kesinti yöntemi"nde; elde edeceği tam bedelden, işin tamamlanmaması sebebiyle yapmaktan kurtulduğu masraflar, bu sayede başka işlerden elde ettiği kazançlar veya kasten iş yapmaktan kaçınması halinde kaçırıldığı kazançlar düşülerek hesaplama yapılır<sup>110</sup>.

#### **3.4. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLE AYKIRI DÜZENLENMESİ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin eser sözleşmesi ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden oluşan iki tipli karma sözleşme olduğundan bahsetmiştik. Yargıtay ve doktrinde ağırlık kazanan görüş, iki sözleşmeye ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı ve taraflardan birinin edimi(arsa sahibinin edimi yükleniciye belirli arsa paylarının mülkiyetini geçirmek olduğundan) resmi şekle tabi olduğundan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de bu şekle uyularak yapılması gerektiği şeklindedir<sup>111</sup>. TBK'nun 237., TMK'nın 706., Tapu Kanunu'nun 26. ve Noterlik Kanunu'nun 98. maddesi uyarınca noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekir. Sözleşmenin sonradan değiştirilmesi veya şartlarının ağırlaştırılması da TBK'nun 13. maddesi gereği aynı şekle tabidir. Geçersizliği taraflar ileri sürebileceği gibi hakim

<sup>109</sup> Ergüne, **a.g.e.**, s.299.

<sup>110</sup> Buz, **a.g.e.**, s. 240; Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 18. Baskı, Ankara, Turhan Yay., 2018, s. 609; Kahveci, **a.g.e.**, s.181-182; Pelin Tümkaya Aşkar, Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi Veya Sözleşme Bedelinin Arttırılması (BK md. 365/II) Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniv., İstanbul, 2010, s. 70-71; Y. 15. HD'nin 20.05.2002 T. ve 1274/2629 E.K. sayılı kararı; Y. 15. HD'nin 20.04.2006 T. ve 2005/6316 E., 2006/2366 K. Sayılı kararı, Uyap, çevrimiçi: 11.02.2017

<sup>111</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 17; Coşkun, **a.g.e.**, s. 182; Özgür Katip Kaya, **Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yay., 1993, s. 34; Y. 15. HD'nin 12.09.2007 T. ve 2006/4576 E., 2007/5239 K.; Y. 15. HD'nin 11.07.2005 T. ve 2004/5895 E., 2005/4170 K., Kazancı Mevzuat Programı, çevrimiçi: 09.10.2016.

de re'sen bu hususu inceler<sup>112</sup>. Geçerlilik şartına uyulmaması halinde, sözleşme kural olarak kesin hükümsüz olup (klasik görüş<sup>113</sup>), taraflar verdiklerini TBK'nun 77 vd. maddelerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri isteyebilir<sup>114</sup>. Geçersiz sözleşme sebebiyle taraflar ifa isteyemeyeceği gibi, ifaya bağlı gecikme tazminatı, cezai şart, ayıplı veya eksik iş bedelini de isteyemez<sup>115</sup>. Ancak bazı hallerin varlığı halinde taraflardan birinin şekle uyulmaması sebebiyle bu hususu ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir:

- Sözleşmeden doğan karşılıklı edimler taraflarca yerine getirilmişse<sup>116</sup>,
- Taraflardan biri kendisine düşen edimi yerine getirmişse<sup>117</sup>, örneğin, arsa sahibi sözleşmede yükleniciye düşen arsa paylarını tapuda yükleniciye devretmişse<sup>118</sup> veya yüklenicinin inşaatı reddolunamayacak oranda tamamlaması halinde<sup>119</sup> artık karşı taraf şekil eksikliğini ileri süremez.
- Taraflardan biri sözleşmenin yapılmasından sonraki davranışları ile kendine düşen edimi ifa edeceğine ilişkin karşı tarafta tam bir güven uyandırmış ve karşı tarafın edimini büyük ölçüde yerine getirmesini sağlamışsa artık şekil eksikliğini ileri süremez<sup>120</sup>.
- Sözleşmedeki şekil eksikliğinin tehlikesine bilerek katlanan veya eksikliği kendi yararı için isteyen kişi sonradan şekil eksikliğini ileri süremez<sup>121</sup>.

<sup>112</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 22; Y. 15. HD'nin 20.06.2005 T. ve 2004/5863 E., 2005/3676 K., Kazancı Mevzuat Programı, çevriçi: 09.10.2016.

<sup>113</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz. Kartal, **a.g.e.**, s. 56 vd.

<sup>114</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 18; Coşkun, **a.g.e.**, s. 182; Avcı, **a.g.e.**, s. 30; Y. 23. HD'nin 02.04.2013 T. ve 2013/329 E., 2013/2078 K. Sayılı kararı. Kazancı Mevzuat Programı, çevriçi: 09.11.2016.

<sup>115</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 28; Y. 23. HD'nin 11.07.2013 T. ve 2013/4535 E., 2013/4877 K.sayılı kararı.

<sup>116</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 24; Coşkun, **a.g.e.**, s. 183; A.M. Kılıçoğlu, "Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Işığında Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması", **Yargıtay Der.**, Özel Sayı, S.1-4, Ocak-Ekim 1989, s. 310.

<sup>117</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 25; YİBK 30.09.1988 T. ve 987/2 E., 988/2 K. Sayılı.

<sup>118</sup> Duman, **a.g.e.**, s. 121; Y. 15 HD'nin 07.02.1995 T. ve 1995/3473 E., 1995/587 K; Y. 23. HD'nin 08.04.2013 T. ve 2013/549 E., 2013/2250 K. Sayılı kararı., Kazancı Mevzuat Programı, çevriçi: 09.10.2016.

<sup>119</sup> Y. 15. HD'nin 01.07.2008 T. ve 2008/3136 E., 2008/4431 K. Sayılı kararı;Y. 23. HD'nin 10.12.2012 T. ve 2012/5443 E., 2012/7269 K. Sayılı kararı, Kazancı Mevzuat Programı, çevriçi: 09.10.2016; Duman, **a.g.e.**, s. 122.

<sup>120</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 29; Coşkun, **a.g.e.**, s. 189; Y. 15. HD'nin 12.11.1981 T. ve 1981/2088 E., 1981/2240 K., Kazancı Mevzuat Programı, çevriçi: 09.10.2016.

<sup>121</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 30; Coşkun, **a.g.e.**, s. 190; Kaya, **a.g.e.**, s.40; Y. 13. HD'nin 22.11.1996 T. ve 1996/8841 E., 1996/10366 K.

Yüklenicinin kendisine düşecek arsa payının devrine ilişkin kişisel hakkının 3. kişiye devri sözleşme niteliği itibarıyla "alacağın temlik" olup, geçerli olması için adi yazılı şekilde yapılması gerekir<sup>122</sup>. Arsa sahibinin ise sözleşmede kendisine düşen arsa payını veya bağımsız bölümü resmi şekilde 3. kişiye tapuda satması veya noterde satışını vaat etmesi gerekir, aksi halde sözleşme geçersizdir<sup>123</sup>. Devredilmek istenen arsa paylarının mülkiyeti zaten arsa sahibinde olduğundan, alacağın temlikinde olduğu gibi sözleşmeden doğan kişisel hakkın devri değil, mülkiyet hakkının devri söz konusu olup, resmi şekle uyulmaması halinde 3. kişi alacak veya aynı hak elde edemez.

Yukarıda sayılan hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eden haller dışında sözleşmenin şekil eksikliği sebebiyle geçersizliğini, arsa sahibi, TBK'nun 188. maddesi uyarınca 3. kişiye karşı da ileri sürebilir<sup>124</sup>. 3. kişi temlikin dayanağı olan sözleşmenin şekil eksikliği sebebiyle geçersizliği halinde tescil talebinde bulunamaz<sup>125</sup>. Yüklenici, 3. kişi ile yapmış olduğu ivazlı alacağın temlik sözleşmesinde TBK'nun 191. maddesi gereği temlik anında alacağın varlığını garanti ettiğinden, sözleşmenin geçersizliği halinde yüklenici TBK'nun 193. maddesinde sayılan kalemleri karşılamak zorundadır<sup>126</sup>.

---

<sup>122</sup> Kaya, **a.g.e** s.37; Y. 14. H.D.'nin 25.06.2007 T. ve 1235/2176 E. K. Sayılı kararı,

<sup>123</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 94; Avcı, **a.g.e.**, s. 104; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.425.

<sup>124</sup> Erman, s. 21; Coşkun, **a.g.e.**, s. 192.

<sup>125</sup> İzzet Karataş, **Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicini Temlik İşleminde Kaynaklanan Davalar**, Ankara, Adalet Yay., 2009, s. 93; Duman, **a.g.e.**, s. 137.

<sup>126</sup> Mustafa Arıkan, Kemal Erdoğan, "Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiye Devri", **Selçuk Ün. Sos. Bil. Ens. Der.**, No:34, 2015, s.158.

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

### **KONUSU AYNI OLAN KİŞİSEL HAKKIN BİRDEN FAZLA KİŞİYE TEMLİKİ, AYNI TAŞINMAZIN BİRDEN FAZLA SATIŞ VAADİNE KONU EDİLMESİ, AYNI HAK İLE KİŞİSEL HAKKIN YARIŞMASI**

#### **4.1. KONUSU AYNI OLAN KİŞİSEL HAKKIN BİRDEN FAZLA KİŞİYE TEMLİKİ**

##### **4.1.1. Öncelik İlkesi**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yapılacak binanın tamamlanması halinde yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının adi yazılı sözleşme ile 3. kişiye devri, TBK'nun 184 ve izleyen maddeleri gereğince alacağın temlik hükmündedir. Bunun nedeni, yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kazandığı kişisel hakkını (o bağımsız bölümün mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteme hakkını) yani o bağımsız bölüm yönünden arsa sahibine karşı sahip olduğu alacağını 3. kişiye temlik etmektedir<sup>1</sup>.

Yüklenici, alacak hakkını bir üçüncü kişiye devredince malvarlığından alacak hakkı çıkacağından bu alacak hakkı üzerinde yüklenicinin tasarruf yetkisi sona erer. Dolayısıyla, aynı hak üzerinde ikinci bir devir sözleşmesi yapması halinde sözleşme geçersiz olacak, şahsi hak edinmede TMK'nun 1023. maddesinin uygulanması mümkün olmadığından 3. kişinin iyiniyetli olması bir değişiklik yapmayacaktır<sup>2</sup>.

Yüklenici tarafından aynı kişisel hakkın, değişik tarihlerde, adi yazılı şekilde, bir veya birden çok kişiye devri halinde, bir veya birden çok kişinin aynı bağımsız bölüm üzerinde hak iddia ettiği sıkça görülmektedir<sup>3</sup>. Temlik eden, aynı alacağı birden çok temlike konu ederse, ard arda temlikler halinde (birden fazla tasarruf

---

<sup>1</sup> Duman, **a.g.e.**, s. 1389.

<sup>2</sup> Mustafa Arıkan, Kemal Erdoğan, "Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiye Devri", **Selcuk Üniv. Sos. Bil. Ens. Der.**, No:34, 2015, s. 154.

<sup>3</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 309; Avcı, **a.g.e.**, s. 138.

işleminin varlığı halinde) ilke olarak "priorité temporelle"(zaman itibariyle önceki temlik) ilkesi uygulanır<sup>4</sup>. Bu nedenle değişik tarihli temlik sözleşmelerinden, zaman bakımından en eski tarihli olanına öncelik tanınarak, 3. kişilerin arsa payı taleplerinin değerlendirilmesi gerekir<sup>5</sup>. Hangi devrin önce yapıldığının tespitinde, icabın yapıldığı tarih değil, sözleşmenin yapıldığı an esas alınır<sup>6</sup>. Devirlerden hangisinin önce yapıldığı belirlenemiyorsa, her ikisi de geçersiz sayılır<sup>7</sup>. Çünkü yüklenicinin yaptığı ilk temlikten sonra artık bu alacağı malvarlığından çıkarak, ilk temlikte temlik alan 3. kişinin malvarlığına geçer<sup>8</sup>. Zira temlik sözleşmesi bir tasarruf muamelesi olduğundan, tamamlanır tamamlanmaz temellük edenin mamelekinde artış meydana getirir<sup>9</sup>. Yüklenicinin artık bu hak üzerinde tasarruf yetkisi kalmadığından<sup>10</sup>, aslında ikinci temlik alacaklısı, yükleniciye gerçekte ait olmayan bir alacağı almış olur ve bu durumda ikinci temlik geçersizdir<sup>11</sup>. Başka deyişle, ilk temlik işlemi hukuki sonuç doğurur ve bundan sonra yapılan temlikler, temlik edenin tasarruf yetkisinin bulunmaması sebebiyle "invalides"(ölü doğmuş) olurlar<sup>12</sup>. O halde, temlik sözleşmesi daha eski tarihli olan temlikin lehine tesis edilmiş olur<sup>13</sup>.

<sup>4</sup> Kemal Dayınlarlı, **Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki**, Gözden geçirilmiş 4. bs., Ankara, Dayınlarlı Yay., 2010, s.108; Baki İlkay Engin, "Aynı Alacağın Birden Fazla Kişiye Temlikinde Önceliğin Belirlenmesi Bakımından BK. 10 Hükümünün Bir İşlevi Var Mıdır?", **Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan**, İstanbul, Beta Yay., 2000, s.320; Eren, **Borçlar**, s. 1228

<sup>5</sup> Cengiz Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 1109; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. bs., İstanbul, Yetkin Yay., 2018, s. 1228.

<sup>6</sup> Reisoğlu, s. 405.

<sup>7</sup> Reisoğlu, s. 405

<sup>8</sup> Mehmet Deniz Yener, "Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları", **İstanbul Üniv. Huk. Fak. Mecmuası**, C. 65, No:2, 2007, s. 379; Şeref Ertaş, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri", **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniv. Yay., 2001, s. 85; Coşkun, **a.g.e.**, s. 57; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 932; Arıkan, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 166; Duman, **a.g.e.**, s. 1392.

<sup>9</sup> Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 291.

<sup>10</sup> Coşkun, **a.g.e.**, s. 57; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 932; Arıkan, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 166; Duman, **a.g.e.**, s. 1391.

<sup>11</sup> Nezih Sütçü, **a.g.e.**, s. 1456. Devirlerin hepsi noterden satış vaadi ile yapılmışsa, yine aynı kural geçerlidir. Örnek karar için bkz. Y. 14. HD 11.02.2008 T. ve 2007/15417 E., 2008/1415 K. Yargıtay uygulamasında, önceki satış, alacağın temlikine dayalı olarak adi yazılı, sonraki ise noterden satış vaadi sözleşmesi şeklinde olsa dahi, önceki tarihli temlike değer verilmelidir( Örnek karar için bkz. Y. 14. HD. 08.04.2008 T. ve 2008/3661 E., 2008/4795 K.). Sütçü, **a.g.e.**, s. 1460-1461:"Yargıtay'ın bu görüşü eleştiriye açıktır. Zira, tapulu taşınmazı, noterden satış vaadi sözleşmesi ile alan kişi ile geçersiz olan adi yazılı belge ile alan kişinin haklarını eşit kabul etmekte, satış vaadi ile alacağın temlikli işlemleri arasında farkı ortadan kaldırmaktadır."; Coşkun, **a.g.e.**, s. 57; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 932; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 932; Engin, **a.g.e.**, s. 320.

<sup>12</sup> Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 108.

<sup>13</sup> Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 291.

Aynı hakların devrinde TMK'nun 1023.maddesi uyarınca tasarruf yetkisi eksikliğine karşı iyi niyetin korunmuş olması alacağın temlikinde söz konusu olmayıp<sup>14</sup>, ikinci temlik alanın önceki temlik bilmemesi yani iyi niyeti durumu değiştirmez<sup>15</sup>.

Yargıtay uygulamasında aynı alacağın birden fazla temlikini "şahsi hakların yarışması olarak nitelendirip, kural olarak yarışan şahsi haklardan önceki olanına değer tanımakta meğer ki sözleşme geçersiz olsun veya feshedilsin<sup>16</sup>.

*"Uygulamada yüklenicinin aynı bağımsız bölümü değişik tarihlerde bir veya birden fazla üçüncü kişiye alacağın temlik yoluyla veya satış vaadi sözleşmesi yaparak temlik ettiği, temlik alan bir veya birden daha fazla kişinin aynı bağımsız bölümde hak iddiasında bulunduğu... Böylesine durumlarda şahsi hakların yarışması söz konusu olur. Kural olarak geçersiz olmadıkça veya sözleşme feshedilmedikçe yarışan şahsi haklardan önceki tarihli olanına değer tanınır. Yukarıda vurgulandığı üzere burada satış işleminin yüklenici tarafından üçüncü kişilerden birine veya birkaçına resmi biçimde (noterde satış vaadi sözleşmesi ile) diğerlerine adi yazılı sözleşme ile yapılmış olmasının önemi yoktur. Önem arz eden husus şahsi hak iddiasında bulunan üçüncü kişilere yapılan temlikin taşıdığı tarihtir.<sup>17</sup>"*

*"...yüklenicinin kişisel hakkını 24.8.2001 tarihinde devrettiği yazılı bir sözleşme ve yine kişisel hakkın devredildiği 5.6.2002 tarihli ayrı bir yazılı sözleşme bulunmaktadır... Dairemizin, bu gibi durumlarda kararlılık kazanan uygulamasına göre, bir taşınmaz şahsi hakkın devri suretiyle birden çok kişiye satılmış ise ve her ikisi de geçerli bulunmaktaysa eski tarihli sözleşmeye değer verilir.<sup>18</sup>"*

---

<sup>14</sup> Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 932.

<sup>15</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 139; Coşkun, **a.g.e.**, s. 57; Oğuzman,Öz, **a.g.e.**, s. 932; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 405; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 932.

<sup>16</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 138-139; İzzet Karataş, **Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicinin Temlik İşleminin Kaynaklanan Davalar(Satış Vaadi)**, Ankara, Adalet Yay., 2009, s. 205; Arıkan, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 166.

<sup>17</sup> Y. 14. HD., 08.04.2008 T. ve 2008/3661 E., 2008/4795 K., Uyap, çevrimiçi: 12.05.2018

<sup>18</sup> Y. 14. HD. 27.10.2004 T. ve 2005/5252E., 2005/7424 K., kazancı mevzuat programı, çevrimiçi: 09.11.2015

Yüklenicinin temlike konu bağımsız bölümü temlik alanlardan birine teslim etmesi, öncelik kuralını bertaraf etmeyecek ve bu durum dikkate alınmadan temlik tarihine göre öncelikli olana değer verilecektir<sup>19</sup>.

*"...her iki davanın davacısı yüklenicinin temlik ettiği şahsi hak iddiasıyla mülkiyet aktarımı talebinde bulunmaktadır. Temlik sözleşmesinin konusu ise, aynı bağımsız bölüm yani binadaki 5 numaralı yerdir. Orta yerde şahsi hakların yarışması söz konusu olduğundan bağımsız bölümün kime teslim edilmiş olmasının önemi yoktur. Bu gibi durumlarda ilke, kadimlik esası başka bir ifadeyle temlik sözleşmelerinden eski tarihli olana değer tanınmasıdır."<sup>20</sup>*

Yüklenicinin önceki temlikleri ihbar etmemesi, ancak sonra yapmış olduğu temlik arsa sahibine ihbar etmiş olması halinde veya alacağın devredildiği borçlu arsa sahibine bildirilmeden önce, arsa sahibinin iyi niyetle hakkı öncelikli olan yerine sonraki alacaklı üzerine tescil işlemini yapması, TBK m. 186 açık hükmü gereği kendisini borçtan kurtaracaktır<sup>21</sup>. Bu durumda sonradan alacağı temellük eden lehine yapılan tescil geçerli olacak<sup>22</sup> ve önceki alacaklıların hakları yükleniciye karşı tazminat hakkına dönüşecektir( TBK m.191-193)<sup>23</sup>.

Temlik eden yüklenici, müteveli temlikler nedeniyle 3. kişinin alacağı elde edememesinden sorumlu olur (TBK m.191)<sup>24</sup>. Temlik eden yüklenicinin, alacağı devralan 3. kişiye karşı, alacağın varlığı ve/veya borçlunun ödeme gücü konularında hangi şartlarda garanti yükümlülüğü altına gireceği, temlikin ivazlı veya ivazsız olmasına göre TBK 191-193. maddelerinde düzenlenmiştir<sup>25</sup>. Yüklenici ile 3. kişi arasında yapılan alacağın temlik sözleşmesi çoğunlukla ivazlı olduğundan bu konu izah edilecektir. Alacağın doğmuş olduğu veya ileride doğma imkanı bulunduğu ve alacağın sona ermediği hususları ile özellikle konumuzla ilgili olarak birine temlik edilmiş bir alacağın sonradan bir başkasına temlik edilmemesi, alacağın varlığına

<sup>19</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 140.

<sup>20</sup> Y. 14. HD., 30.06.2008 T. ve 2008/7023 E., 2008/8659 K, Uyap, çevrimiçi: 12.05.2016

<sup>21</sup> Yener, **a.g.e.**, s. 379; Ertaş, **a.g.e.**, s. 85; Duman, **a.g.e.**, s. 1391.

<sup>22</sup> Arıkan, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 166-167.

<sup>23</sup> Ertaş, **a.g.e.**, s. 85; Yener, s. 379; Arıkan, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 167.

<sup>24</sup> Yener, **a.g.e.**, s. 379; Avcı, **a.g.e.**, s. 140; Ertaş, **a.g.e.**, s. 85.

<sup>25</sup> Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 948

ilişkin garanti kapsamındadır<sup>26</sup>. Devralan garanti ile yükümlü olan yükleniciden mütevellî temlikleri sonucu elde edemediği alacağı nedeniyle TBK m. 193'de sayılan kalemleri tazminat olarak talep edebilecektir. Buna göre, alacağı devralan 3. kişi garanti ile yükümlü olan yükleniciden şu istemlerde bulunabilir: İfa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini, devrin sebep olduğu giderleri, borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderler. 3. kişi saymış olduğumuz üç kalemi de kusursuz dahi olsa yükleniciden isteyebilir. Buna karşılık, 3. kişinin uğradığı diğer zararları yükleniciden isteyememesi için, yüklenicinin kusurlu olmadığını ispat etmesi gerekmektedir<sup>27</sup>.

Hangi temlikin önce yapıldığının tespitinde, icabın yapıldığı tarih değil, sözleşmenin tamamlandığı an dikkate alınır<sup>28</sup>. Von Tuhr'a göre; "aynı alacak iki kez temlik edildi ise, temlikin önceliği, sözleşmenin hangisinin daha önce yazıldığına göre değil, hangisi önce tamamlandı ise ona göre tayin edilir; yani temlikin, temellük eden tarafından kabul edilmek suretiyle işleme girmesine göre belirlenir"<sup>29</sup>. Temlik her şeyden önce bir sözleşme olduğundan, bunun tamamlanması TBK m.1'deki genel kural'a göre icabı temlik alanın kabulüne bağlıdır<sup>30</sup>, böylece temlikin kabulünde daha eski tarih öncelik kazanır<sup>31</sup>. O halde, aynı alacağı temlik eden yüklenicinin muhtelif temlikleri dolayısıyla, borçlu arsa sahibi, bu temlikleri eski tarihli olan temlikten başlamak suretiyle ödeme sırasına koyacaktır<sup>32</sup>.

Görüldüğü gibi, aynı konuda yapılan birden fazla tasarruf işlemi arasında önceliğin belirlenmesi açısından, tasarruf işlemlerinin yapıldığı an önem arz etmektedir<sup>33</sup>. TBK m.11 hükmü ise, hazır olmayanlar arasında kabul haberinin ulaşmasıyla kurulan sözleşmenin kabulün gönderildiği andan başlayarak, geriye

---

<sup>26</sup> Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 949

<sup>27</sup> Oğuzman/ Öz, II, s. 582.

<sup>28</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s. 1456; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 365; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C:II, İstanbul, 1976, s. 628; Engin, **a.g.e.**, s. 320-321; Avcı, s. 139; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 405.

<sup>29</sup> Andreas Von Tuhr, **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler(II)**, C:II, No:2, Ankara, y.y., 1983, s. 721.

<sup>30</sup> Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 291.

<sup>31</sup> Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 291.

<sup>32</sup> Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 292.

<sup>33</sup> Engin, **a.g.e.**, s. 320.

etkili olarak hükümlerini doğuracağını belirtmektedir<sup>34</sup>. Acaba aynı konudaki birden fazla tasarruf işlemi niteliğindeki temlik sözleşmesinden hangisinin geçerli olduğu meselesinin çözümünde, TBK m.11 hükmüne bir işlev tanınabilir mi?<sup>35</sup> Bir örnek üzerinde inceleyelim: "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını temlik etmesi yolunda kendisine 3. kişiler X ve Y tarafından ayrı ayrı teklifte bulunulan yüklenici, tekliflerin her ikisini de kabul ediyor. Kabul haberini 5 Nisan günü X'e, 6 Nisan günü de Y'ye gönderiyor. Kabul haberi Y'ye 8 Nisan günü, X'e 10 Nisan günü varıyor. Alacağı kim kazanmıştır?

TBK m.11 hükmü uygulanır ise, temlike ilişkin kabul beyanının gönderildiği ana üstünlük tanınacak ve ilk temlik beyanının gönderildiği kişi olması sebebiyle alacağı X kazanmış sayılacaktır. Öğretide bu çözümün savunulduğu görülmektedir<sup>36</sup>. Halbuki, X'e gönderilen kabul haberi daha ona varmadan, dolayısıyla yüklenici ile arasında temlik sözleşmesi kurulmadan, henüz bu süreçte alacak halen yüklenicinin malvarlığındadır ve Y'ye gönderilen kabul haberi ona ulaşmış olması neticesinde yüklenici ile arasında geçerli bir temlik sözleşmesi kurulmuştur. Kabul haberinin X'e vardığı anda ise, yüklenici ile Y arasındaki temlik sözleşmesi hali hazırda kurulmuş, dolayısıyla yüklenici alacağı üzerindeki tasarruf yetkisini kaybettiğinden sonraki temlikin geçerli olarak kurulmasına imkan yoktur. Oysa TBK m. 11 hükmüne göre sözleşmenin hükümlerini geçmişe etkili olarak doğurması için öncelikle geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme gerekir. Bu sebeple de, örneğimizde izah ettiğimiz sebeplerle alacağı Y'nin kazanmış olacağı sonucuna varmak gerekir<sup>37</sup>.

Burada çözümlenmesi gereken diğer bir sorun şudur: Acaba alacağını temlik eden, aynı anda iki veya daha çok kişiye temlik ederse, bu temliklerden hangisi geçerli olacaktır?<sup>38</sup> Burada iki çözüm şekli mevcuttur:

---

<sup>34</sup> Engin, **a.g.e.**, s. 320.

<sup>35</sup> Engin, **a.g.e.**, s. 320.

<sup>36</sup> Akyol, **a.g.e.**, s. 131; Eren, **a.g.e.**, s. 243.

<sup>37</sup> Engin, **a.g.e.**, s. 320-321

<sup>38</sup> Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 292.

- Her iki temlik aynı anda tamamlanmışsa veya onlardan birinin tamamlanma zamanını tespit etmek imkanı yoksa, her ikisini de geçersiz saymak gerekir ve bu takdirde böyle bir temlik hiçbir hüküm doğurmaz.
- Her iki temlik geçerli olup, her ikisine de bu alaktan eşit miktarda tahsis yapılır<sup>39</sup>.

Kanaatimize göre, yüklenicinin birden fazla üçüncü kişiye aynı alacağı temlik etmiş olması halinde, yaptığı temliklerden hangisinin önce yapıldığı tespit edilemiyorsa her iki temliki de geçersiz saymak<sup>40</sup> ve bu geçersizliğin gerekçesini TBK m. 27/I hükmü gereğince, tasarruf muamelesinin yapıldığı anda mevcut olan imkansızlık üzerine dayandırmak isabetli olur<sup>41</sup>.

Arsa payının devri, taahhüt edilen bağımsız bölümün devrini garantilemez<sup>42</sup>. Bağımsız bölümün hukuken kendisine devrini isteyen üçüncü kişi, aynı bağımsız bölümün birden fazla kişiye satılması sonucunda karşılaşılabileceği olumsuz sonuçları bertaraf etmek amacıyla, ya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu taşınmaz üzerinde Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uyarınca kat mülkiyeti tesis edilmesini talep etmelidir<sup>43</sup> ya da bağımsız bölümlerin kat irtifakını satın almalıdır<sup>44</sup>. Zira sözleşme konusu bağımsız bölüme ilişkin arsa payı üzerinde kat irtifakı tesis edilmiş olması halinde, tescil ile irtifakın bağlı olduğu arsa payı ve bu payın kime ait olduğu gösterildiğinden<sup>45</sup>, tapu sicilinin aleniyeti gereği aynı arsa payının başkasına satışı mümkün değildir (arsa payının devri ile o paya ilişkin irtifak da devredilmiş olur<sup>46</sup>).

---

<sup>39</sup> Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 721.

<sup>40</sup> Bkz dn 9-10; Coşkun, **a.g.e.**, s. 59; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 628; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 405.

<sup>41</sup> Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 292.

<sup>42</sup> Arıkan, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 167; Yener, **a.g.e.**, s. 380.

<sup>43</sup> Her kat maliki bağımsız bölümü üzerinde Türk Medeni Kanunu'nun maliklere tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahiptir (KMK m. 15)

<sup>44</sup> Arıkan, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 167; Yener, **a.g.e.**, s. 380.

<sup>45</sup> Serap Helvacı, "Kat İrtifakı ile Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımının Karşılaştırılması", **Prof. Dr. Hayri Domanic'e Armağan**, Kitap 1, İstanbul, Mitos Yay., 1995, s. 289.

<sup>46</sup> M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, 21. Baskı, İstanbul, Filiz, 2018, s. 510.

## 4.2. AYNI TAŞINMAZIN BİRDEN FAZLA SATIŞ VAADİNE KONU EDİLMESİ

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, vaat alacaklısına sözleşme konusu taşınmazın kendi adına tapuda devrine ilişkin talep hakkı tanır ki bu hak şahsi hak niteliğindedir. Arsa payının başlangıçta yükleniciye devredilmiş olması halinde adi yazılı şekilde arsa paylarının devredilmesi geçersizdir<sup>47</sup>. Ancak Yargıtay uygulanmasında satış vaadi ile alacağın temliki arasında fark bulunmadığı kabul edildiğinden yüklenici ile üçüncü kişiler arasında yapılan sözleşmenin niteliğinin yani alacağının temlikinin adi yazılı ya da satış vaadi şeklinde noterde yapılmasının şahsi haklarda önceliğin belirlenmesinde bir önemi yoktur<sup>48</sup>.

*"...Burada satış işleminin yüklenici tarafından üçüncü kişilerden birine veya birkaçına resmi biçimde (noterde satış vaadi sözleşmesi ile), diğerlerine adi yazılı sözleşme ile yapmış olmasının önemi yoktur. Önem arz eden husus, şahsi hak iddiasında bulunan üçüncü kişilere yapılan temlikin taşıdığı tarihtir<sup>49</sup>.*

Yargıtay, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kendisine devredileceği kararlaştırılan bağımsız bölüm/bölmeleri noterde taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin konusu yaparak, aynı taşınmazın birden çok kişiye satışını vaat etmesi halinde, bu durumu "şahsi hakların yarışması" olarak nitelendirmekte ve geçerli olan ve feshedilmeyen önceki tarihi taşıyan sözleşmeye değer tanımaktadır<sup>50</sup>. Önceki sözleşmeye itibar edilmesi ilkesi gereği, zaman itibarıyla yükleniciden önceki tarihli taşınmaz satış vaadi ile şahsi hak kazanan kişinin hakkı, sonraki tarihlerde

<sup>47</sup> Avcı, a.g.e., s. 104.

<sup>48</sup> Avcı, a.g.e., s. 139. Sütçü, tapulu taşınmazı, noterde satış vaadi ile alan kişi ile geçersiz adi yazılı belge ile alan kişinin haklarının aynı değerle kabul edilerek, genel kurala burada da işlerlik tanınmasının kabul edilmemesi gerektiği düşüncesiyle, Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımını eleştirmektedir (Sütçü, a.g.e., s. 1461).

<sup>49</sup> Y. 14. HD., 08.04.2008 T. ve 2008/3661 E., 2008/4795 K. Uyap, çevrimiçi: 12.05.2018

<sup>50</sup> Karataş, a.g.e., s. 138. Yargıtay'ın öncelik ilkesi doğrultusunda, aynı taşınmazla ilgili olarak birden çok yapılan satış vaadi sözleşmelerine ilişkin vermiş olduğu kararlara yönelik yapılan eleştiriler için bkz. Saba Özmen, Melek Yüce, "Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, C. II, İstanbul, Beta Yay., 2011, s. 952-998 ve Etem Saba Özmen, Tuba Akçura Karaman, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları", **İstanbul Barosu Der.**, Cilt: 87, Sayı 2013/1, Ocak-Şubat Sayısı, s. 59-62.

kazananların haklarından önce tutulması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>51</sup>. Yargıtay satış vaadini alacağın temlik gibi yorumlamakta ve ilk satış vaadi ile yüklenicinin tasarruf hakkının sona ereceğini, bu doğrultuda ilk satış vaadi sözleşmesi yapanın alacak hakkını kazandığını belirtmektedir<sup>52</sup>.

*"...Yüklenici olan davalı, noterde düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile aynı bağımsız bölümü 26.07.2002 tarihinde Neriman'a, 17.07.2001 tarihinde ise birleştirilen davanın davacısı Perihan'a satış vaadinde bulunmuş, başka bir anlatımla arsa sahibinden kazanacağı şahsi hakkını temlik etmiştir. Mahkemece doğru olarak saptandığı üzere, kural olarak şahsi hakların yarışması halinde önceki tarihli olana değer verilmesi gerekir<sup>53</sup>."*

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında satış vaadini alacağın temlik olarak nitelendirdiğinden<sup>54</sup> yüklenicinin arsa sahibi ile yaptığı sözleşme gereği kendisine düşecek bağımsız bölümlerden birine ilişkin önce üçüncü bir kişiyle satış vaadi sözleşmesi yapması, sonra aynı taşınmaza ilişkin alacağını başka bir üçüncü kişiye temlik etmesi ihtimalinde, ilk işlem olan satış vaadini de alacağın temlik olarak nitelendirmekte ve şahsi hakların yarışması halinde öncelik kuralı gereği ilk temlik alanın hakkı önde tutmaktadır<sup>55</sup>.

Satış vaadi sözleşmesi, arsa payının devrine ilişkin satım sözleşmesinin yapılmasına yönelik bir ön sözleşme<sup>56</sup> olup, yüklenici sözleşme ile satım sözleşmesi yapma borcu altına girer<sup>57</sup>. Alacağın temlik sözleşmesinin aksine borçlandırıcı işlem olması sebebiyle yüklenicinin aynı arsa payının devrine ilişkin birden fazla satış vaadi sözleşmesi yapmasına bir engel yoktur. Zira alacağın temlikinde ilk sözleşme

<sup>51</sup> Mustafa Kırmızı, **Açıklamalı İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 2. Baskı, Ankara, Bilge, 2018, s. 726; Coşkun, **a.g.e.**, s. 107.

<sup>52</sup> Coşkun, **a.g.e.**, s. 107; Kırmızı, **a.g.e.**, s. 726-727.

<sup>53</sup> Y. 14. HD., 11.02.2008 T. ve 2007/15417 E., 2008/1415 K. Uyap, çevrimiçi: 10.05.2018

<sup>54</sup> Y. 14.HD. 18.2.2008 T. ve 2008/518 E., 2008/1796 K.: "...alacağın temlikinde aranan yazılı şekil temlik sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasına engel değildir. Nitekim uygulamada yükleniciden şahsi hakkını temlik alan üçüncü kişilerin temlik sözleşmesini adi yazılı satış sözleşmesi veya noterde düzenleme şeklinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak yaptıkları görülmektedir. ...", Uyap, çevrimiçi: 10.05.2018

<sup>55</sup> Kırmızı, **a.g.e.**, s. 727

<sup>56</sup> Oğuzman, Seliçi, s. 292.

<sup>57</sup> Mustafa Alper Gümüş, **Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 110.

ile alacak hakkı yüklenicinin malvarlığından çıkacağından yapılan ikinci temlik geçersizdir.

#### 4.2.1. Şerh Müessesesi

Yüklenicinin aynı bağımsız bölümü birden çok kişiye noterde satış vaadi şeklinde satmasına engel bir durum yoktur<sup>58</sup>. Ancak bu durumda, arsa sahibine karşı açılan tapu iptal ve tescil davasında hangi üçüncü kişi yüklenicinin halefi olarak talepte bulunabilecek yani önceliği olacaktır? Müteveli devirler nedeniyle ortaya çıkan bu sorunun çözümünde şerh müessesesi önem arz etmektedir. Lehine TMK m. 1009'a göre şerh konulan alacaklı, aynı taşınmaz üzerinde sonradan hak iktisap edenlere karşı şahsi hakkını ileri sürebilir. Bu hükme göre, gayrimenkul payına ilişkin arsa maliki ile noterde satış vaadi sözleşmesi yapılması halinde, vaat alacaklıları, malikin muvafakatine gerek olmadan, doğrudan haklarını tapuya şerh edebilirler<sup>59</sup>. Halbuki bu sözleşme, uygulamada çoğunlukla yüklenici ile üçüncü kişiler arasında ve adi yazılı şekilde gerçekleştiğinden, TBK m. 183 anlamındaki temliklerde satış vaadi şerhi ancak arsa sahibin yükleniciye şerh konulmasına ilişkin özel yetki vermesi halinde mümkündür<sup>60</sup>. Ancak dikkat edilecek diğer bir nokta, tapu siciline ilk getirilen satış vaadi sözleşmenin şerhinin yapılacağı<sup>61</sup>, şerhten sonra getirilen sözleşmenin şerhinin ancak mahkeme kararı ile mümkün olduğu hususudur<sup>62</sup>.

Yargıtay'ın bir kararına da konu olduğu üzere, müteveli temliklerde, kesinleşmiş mahkeme kararı ile sonraki devralanın aynı hak kazanması, kesin hüküm verilen davada taraf sıfatı bulunmaması nedeniyle önceki tarihli sözleşme ile şahsi hak kazanan üçüncü kişiye karşı kesin hüküm teşkil etmez<sup>63</sup>. Bu durumda, genel

---

<sup>58</sup> Ertaş, **a.g.e.**, s. 84.

<sup>59</sup> Ertaş, **a.g.e.**, s. 84.

<sup>60</sup> Ertaş, **a.g.e.**, s. 85.

<sup>61</sup> Karataş, **Satış Vaadi**, s. 138.

<sup>62</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 138.

<sup>63</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s. 1457.

kural geçerli olup, önceki tarihli satış vaadine veya adi yazılı sözleşmeye değer verilecektir<sup>64</sup>.

*"... ayrıca bu sözleşmede yükleniciye bağımsız bölümlerin kooperatife yazılı olarak bildireceği kişilere devir yetkisi verildiği, bu yetkiye dayanarak yüklenicinin kooperatife gönderdiği 16.09.1998 tarihli dilekçesiyle çekişme konusu bağımsız bölümleri davacılarından Havva E., Olgun A. ve Mahmut A.'ya temlik ettiğini bildirdiği, kooperatif yönetim kurulunun da 25.09.1998 tarihinde adı geçen kişileri bağımsız bölüm tapuları ileride verilmek üzere davacıları üye kabul ettiği anlaşılmaktadır. Yine dosya arasında bulunan Antalya 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/249 Esasında kayıtlı dava dosyasından davalılardan Faruk Y.'ın davalı kooperatifi ikinci yüklenici E. İnşaat Limited Şirketine ve ilk yüklenici S.İ.'ı hasım göstererek çekişme konusu bağımsız bölümleri 19.08.1999 tarihli satış vaadi sözleşmesiyle S.İ.'dan satın aldığını iddia ederek ferağ icbar suretiyle tescil davası açtığı, açılan davanın kabul edildiği, Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği görülmektedir... Davacıların 16.09.1998 tarihli yüklenicinin kooperatife yaptığı başvuruya ve kooperatifin davacıları üye kayıt kabulüne dair işlemlere kısaca şahsi hakka dayandıkları, keza davalı Faruk Y.'ın da 19.08.1999 tarihli satış vaadine yine kısaca şahsi hakka dayandığı açık seçiktir. Dairemizin öteden beri uygulamasına göre şahsi hakların yarışması halinde değer verilecek olan kadim tarihli yani davacıların dayandıkları şahsi haktır.<sup>65</sup>"*

Mütevelli temliklerde, yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan ilk satış vaadi sözleşmesi tapuya şerh verilmemesine karşın, daha sonraki aynı taşınmaza ilişkin bir başka üçüncü kişi ile yapılan satış vaadi sözleşmesi tapuya şerh edilirse, şerhsiz alacaklının sözleşme önce yapıldı diye şerhli alacaklıya karşı önceliği olur mu? Yargıtay 14.HD. bir kararında<sup>66</sup>; MK m.1009/II'nin lafzından hareketle şerh edilmiş hakkın o taşınmaz üzerinde sonradan hak iktisap edenlere karşı ileri sürülebileceğini, önceden hak iktisap edenlere karşı ileri sürülemeyeceğini kabul

---

<sup>64</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s. 1457.

<sup>65</sup> Y. 14.HD., 27.04.2010 T. ve 2010/2332 E., 2010/4687 K., Uyap, çevrimiçi: 15.04.2018

<sup>66</sup> Y. 14. HD., 13.10.1989 T. ve 1987/4244 E., 1988/6494 K., Kazancı Mevzuat Programı, çevrimiçi: 05.03.2018

etmekte<sup>67</sup> ve doktrinde bir çok yazar da sonraki satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmiş olması halinde, şerhin etkisinin taşınmazı şerh tarihinden sonra devralanlara karşı etkili olduğunu, bu sebeple şerhin, önceden taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapan üçüncü kişiyi etkilemeyeceğini belirterek, Yargıtay'ın yerleşik uygulamasını desteklemektedirler<sup>68</sup>.

#### 4.3. AYNİ HAK İLE KİŞİSEL HAKKIN YARIŞMASI

Arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yapılacak binadaki hangi bağımsız bölümlerin yükleniciye ait olacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen, bu bağımsız bölümlere ilişkin arsa payları henüz yükleniciye devredilmemiş olması halinde, yüklenicinin kendisine isabet edecek dairelere ilişkin arsa paylarının satışını üçüncü kişilere vaad etmesinin alacağın temlik niteliğinde olduğundan bahsetmiştik<sup>69</sup>.

Yüklenicinin arsa sahibine karşı sahip olduğu şahsi hakkını adi yazılı şekilde veya satış vaadi sözleşmesi yaparak üçüncü kişiye temlik etmesine, yani sözleşme konusu taşınmazın mülkiyetini geçirme borcu üstlenilmesine karşın, aynı taşınmazı diğer bir üçüncü kişiye de tapuda satış yoluyla devretmesi, uygulamada sıkça karşılaşılan, çözülmesi gereken bir sorundur<sup>70</sup>. Çünkü, temlike konu taşınmazın yüklenici tarafından tapuda bir başka kimseye satışına engel teşkil edecek yasal bir düzenleme yoktur<sup>71</sup>.

Yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkını adi yazılı veya noterde satış vaadi şeklinde üçüncü kişiye devrederse, üçüncü kişi arsa

---

<sup>67</sup> Ertaş, **a.g.e.**, s. 85-86.

<sup>68</sup> Coşkun, **a.g.e.**, s. 109-110; Y. 14. HD., 21.05.1999 T. ve 1999/33266 E., 1999/3839 K.: "Davacının kendi sözleşmesini tapuya şerh ettirmesi bundan sonra taşınmazı alacak olanları uyarmaya yöneliktir. Yoksa bu şerh daha önce hak elde eden davalıyı etkilemez."; YHGK'nun 06.02.1991 T. ve 1990/14-632 E., 1991/41 K., Kazancı Mevzuat Programı, çevrimiçi: 05.03.2018; Sütçü, **a.g.e.**, s. 1457. Şeref Ertaş ise, aksi görüşte olup, şerh edilmemiş hakka, sırf sözleşme önce yapıldı diye öncelik tanımının, MK m. 1009 hükmünün sağladığı, şerh edilmiş hakkın şerhten sonra aynı taşınmaz üzerinde hak sahibi olanlara karşı ileri sürülme imkanını, yani şerh müessesini etkisiz hale getireceği, dolayısıyla bir şahsi hak şerh edilsin veya edilmesin aynı taşınmaz üzerinde sonradan doğan haklara karşı üstün hale geleceği eleştirisi getirmektedir (Ertaş, **a.g.e.**, s. 86).

<sup>69</sup> Hasan Erman, **a.g.e.**, s. 188-189.

<sup>70</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 134-208.

<sup>71</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 134.

sahibine karşı şahsi hak elde eder ki, temlik konusu aynı bağımsız bölümün daha sonra başka bir kişiye tapuda devri halinde, tapuda devralanın aynı hakkı ile şahsi hakkı çatışır, bu durumda bahse konu sorun nasıl çözülecektir? Satış vaadi veya alacağın temlik sözleşmeleri yüklenici ile işlem yapan 3. kişiye ancak kişisel hak sağladığından, bu hak, kural olarak tapu ile kendisinden sonra malik olan mülkiyet hakkı sahibine karşı ileri sürülemez<sup>72</sup>. Yani, aynı hak ile şahsi hakkın yarışması halinde aynı hakka üstünlük tanınır.

Şahsi hakkın temlikinden sonra, taşınmazda kat irtifakı kurulur da, temlik konusu aynı bağımsız bölümün kat irtifaklı arsa payı başka birine tapuda satılır ise genel kural gereği, bağımsız bölümün kat irtifaklı payını devralanın kazanımı, temlik suretiyle 3. kişinin kazandığı şahsi haktan önde tutulması gerekmektedir<sup>73</sup>. Bu halde, ileride değineceğimiz durumların varlığı dışında kural olarak, üçüncü kişinin tapuda mülkiyet hakkı iktisap etmesi, alacağın temlik işleminden sonra gerçekleşmiş olsa dahi, aynı hakkı korunacaktır<sup>74</sup>. Bir diğer ifade ile, üçüncü kişinin yükleniciden devraldığı alacağa ilişkin taşınmazın mülkiyetini geçirme talebini, söz konusu kişisel hak devrinden sonra aynı taşınmazı tapuda devralarak aynı hak iktisap eden bir başka üçüncü kişiye karşı ileri sürmesi mümkün değildir, meğer ki işlem dürüstlük kuralına aykırı veya muvazaalı olsun.<sup>75</sup>

Satış vaadine konu bağımsız bölümün, vaat alacaklısı dışında başka bir üçüncü kişiye tapuda satılması halinde sözleşme konusu taşınmazın ifası imkansız hale gelir. Bu halde, vaat alacaklısı, ilgili devir yükümlülüğünü yerine getirmemiş olan yüklenicinin TBK m. 112-114 gereği sorumluluğuna gidebilir<sup>76</sup>. Sonraki imkansızlık nedeniyle kabul ettiğimiz görüşe göre<sup>77</sup>, borçlunun kusuruna bakılmaksızın ifası imkansızlaşan borç sona erer ve kusurlu borçlu aleyhine kanundan doğan yeni bir tazminat borcu doğar(TBK m. 112)<sup>78</sup>. Sonraki hukuki

---

<sup>72</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 310.

<sup>73</sup> Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 1109.

<sup>74</sup> Coşkun, **a.g.e.**, s.59.

<sup>75</sup> Coşkun, **a.g.e.**, s.59; Erman, **a.g.e.**, s. 197.

<sup>76</sup> Aydemir, **a.g.e.**, s. 345.

<sup>77</sup> Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 311-312.

<sup>78</sup> Ş. Barış Özçelik, "Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları", **AÜHFD**, 63 (3), 2014, y.y., s. 572; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 181: Hakim görüşe göre ise; " Sözleşmenin

imkansızlıktan borçlu yüklenicinin kusuru nedeniyle sorumluluğuna gidilmesi halinde tazmini gereken zarar müspet zarardır. Alacağın devrine konu bağımsız bölümün, devralan dışında başka bir üçüncü kişiye satılması halinde ise, yüklenici ile 3. kişi arasında yapılan alacağın temlikli ivazlı olduğundan yüklenicinin TBK'nun 191. maddesi gereğince sorumluluğuna gidilebilir.

Borçlunun TBK'nun 112.maddesi uyarınca ödeyeceği tazminat, borçlu edimi sözleşme ile kararlaştırılan zaman ve şekilde ifa etmiş olsaydı alacaklının malvarlığının geleceği hal ile sözleşmenin ifa edilmemesi yüzünden geldiği hal arasındaki farktır<sup>79</sup>.

Yüklenicinin, alacaklı üçüncü kişiye şahsi hakkını devrinden sonra, söz konusu taşınmazın mülkiyetini başka bir üçüncü kişiye tapuda devretmesiyle meydana gelen hukuki imkansızlıkta, satış bedelini ödemiş olan alacaklı, en az yüklenici ile yapmış olduğu sözleşme uyarınca kendisine devri gereken bağımsız bölümün değeri tutarınca zarara uğradığı açıktır. Ancak, tazminat miktarının belirlenmesinde, alacaklının zararının tespitinde, satım konusu bağımsız bölümün hangi tarihteki değeri esas alınacaktır? Yüklenici ile diğer üçüncü kişi arasında tapuda sözleşmenin kurulması ile gerçekleşen ifa imkansızlığı nedeniyle uyumsuzluğa ilişkin açılan davada, dava veya karar tarihi arasında, satım konusu şeyin değerinde meydana gelebilecek olası değişiklikler alacaklının zararının tespitinde esas alınacak tarihin önemini ortaya koymaktadır<sup>80</sup>.

Alacağın hesaplanmasında değişim ve fark teorisi ileri sürülmüş olup, fark teorisinin uygulanması halinde, zarar, ifa edilmeyen borcun ifasının imkansızlaştığı tarih esas alınarak hesaplanmalı ve tazminat alacağına bu tarihten itibaren temerrüt faizi yürütülmelidir<sup>81</sup>. Birden fazla satışlarda, ilk sözleşmenin tarafı olan şahsi hak sahibi üçüncü kişinin edimi olan bedeli ifa ettikten sonra ifanın imkansızlaşması

---

kurulmasından sonra borcun ifasının imkânsız hale gelmesi durumunda, imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olup olmadığından bağımsız olarak, alacaklının borcun aynen ifasını talep hakkı sona erer. Sonraki imkânsızlığın borçluya yüklenebilen bir sebepten kaynaklanması halinde, borç sona ermez, sadece borcun içeriği değişime uğrar, aynen ifa talebi tazminat talebine dönüşür(TBK m.112), başka deyişle ifası imkansızlaşan edimin yerini alacaklının zararını tazmin yükümü alır."

<sup>79</sup> Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 339.

<sup>80</sup> Özçelik, **a.g.e.**, s. 598.

<sup>81</sup> Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 351.

nedeniyle, edimler arasındaki değer farkının istenmesi yanında, TBK m. 136/II hükmüne kıyasen sebepsiz zenginleşme kuralları uygulanarak yerine getirilen edimin iadesi gerekecektir<sup>82</sup>.

Yargıtay ifa imkansızlığı nedeniyle tazminat taleplerine ilişkin eski tarihli kararlarında, temlike konu taşınmazın ifasının imkansızlaştığı yani yüklenicinin bağımsız bölümü tapuda üçüncü şahsa sattığı tarih itibariyle rayiç bedeli üzerinden tazminine hükmetmiştir. Doktrinde de bu durumda sözleşme konusu bağımsız bölümün imkânsızlığın meydana geldiği ( yüklenicinin bağımsız bölümü tapuda sattığı tarihteki) andaki değerinin esas alınması gerektiğini ileri süren yazarlar vardır<sup>83</sup>.

*"Davalının, dava dışı arsa sahipleri Demir Ali ve Hüseyin ile yaptığı kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince payına düşen 8 no'lu daireyi 22.12.1992 günlü harici sözleşmeyle davacıya sattığı, 90.000.000 TL. olan bedelinin 83.500.000 TL.sını aldığı ve bu daireyi sonradan dava dışı bir kişiye sattığı toplanan delillerden anlaşılmaktadır...Davalı, davacıya sattığı daireyi bir üçüncü kişiye devretmek suretiyle sözleşmeye aykırı davranmış olduğundan dairenin devir tarihindeki rayiç bedelinden davacıya karşı sorumludur"<sup>84</sup>.*

Ancak Yargıtay, sonraki kararlarında, alacaklının zararının belirlenmesinde devir tarihinden vazgeçip, taşınmazın dava tarihindeki değerini esas aldığı görülmektedir.

*"Arsa sahibi (O) ile yüklenici (İ) arasındaki sözleşmede, yapılacak bölümlerden iki adet tripleksin yükleniciye ait olacağı kararlaştırılmıştır. Kaba inşaatın sonra yüklenici (İ), kalan inşaatının yapımını (B)'ye devretmiş ve karşılığında da bir tripleks dairenin verileceği öngörülmüştür. Davacı, 1988 yılında (İ)'den tripleks daireyi harici senetle satın almıştır. Ancak, bu taşınmaz 21.02.1990 tarihinde dava dışı (E)'ye satılmıştır. Davacı tazminat istemektedir. Her ne kadar*

---

<sup>82</sup> Oğuzman,Öz, **a.g.e.**, s. 348.

<sup>83</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s. 1477; Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 1110; Kırmızı, **a.g.e.**, s. 724.

<sup>84</sup> Y. 13. HD., 10.11.1997 T. ve 1997/6627 E., 1997/8983 K., kazancı mevzuat programı, çevrimiçi: 15.03.2015

*davacıya yapılan harici satış geçersiz olup, (E)'ye vaki satış ile harici satıştaki ifa imkansız hale gelmiş ise de, davalı (B) 08.02.1996 tarihli dilekçesiyle davacının iddiasında haklı olduğunu ifade ettiğine göre, bu kabul karşısında BK. 162. Md.den kaynaklanan temlik de geçerlidir. O bakımdan, tripleksin dava tarihindeki değerinin (İ)'den tahsiline karar verilmelidir<sup>85</sup>."*

Buna karşılık bazı yazarlar da, alacaklıya, zarar hesaplanırken kendisi için en uygun olan zamanı, yani borçlunun borcunu ifa etmiş olması gereken (mülkiyetin kendisine devredilmesi gereken) zaman veya dava veya karar tarihi arasında bir seçim hakkı tanınması gerektiği şeklinde görüş belirtmektedir <sup>86</sup>. Zira bu tarihler arasında sözleşme konusu bağımsız bölümün değerinde meydana gelebilecek bir artış ile imkansızlık nedeniyle borcun ifa edilmemesi neticesinde alacaklının malvarlığında meydana gelen eksiklik arasında uygun illiyet bağı vardır ve aksinin kabulü halinde, alacaklının uğradığı zarar tam olarak karşılanamamış olur<sup>87</sup>.

Eğer somut olayda, yukarıda anlattığımız örneklerin tam tersi şekilde olaylar cereyan ederse, yani yüklenici tapuda yaptığı satıştan sonra, aynı taşınmazın satışını üçüncü bir kişiye vaat ederse, vaat alacaklısı taşınmazı fiilen kullanıyor olsa bile bir hak iddia edemez. Vaat alacaklısı iyi niyetli sayılmayacağından, TMK'nun 995. maddesi gereği sadece taşınmaza yaptığı zorunlu masrafları malikten isteyebilir, faydalı ve lüks masrafları isteyemez<sup>88</sup>.

*"... çekişme konusu 4 no.lu bağımsız bölümün kayden 23.4.1994 tarihinden itibaren davacıya ait olduğu, davalıların anılan yerde kayda dayalı bir haklarının bulunmadığı ve bu yeri tasarrufunda bulundurdıkları görülmektedir. Belirtilen olgular gözetildiğinde, davalıların çekişmeli taşınmazı haklı ve geçerli neden olmaksızın tasarrufları altında bulundurdıkları tartışmasızdır. Öyle ise, elatmanın önlenmesi isteğinin kabul edilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur. Karşı dava*

---

<sup>85</sup> Y. 13. HD., 22.06.2004 T. ve 2004/1065 E., 2004/9807 K. kazancı mevzuat programı, çevrimiçi: 15.03.2015

<sup>86</sup> Rona Serozan vd., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler: İfa Engelleri Haksız Zenginleşme**, Gözden Geçirilmiş 7. bs., İstanbul, Filiz, 2016, Cilt: III, s. 209; Özçelik, **a.g.e.**, s. 599.

<sup>87</sup> Özçelik, **a.g.e.**, s. 599.

<sup>88</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s. 1459.

*bakımından hükme konu edilen tazminat isteğine gelince; davalı Özgül'ün kayıt maliki ile mülkiyete ve sözleşmeye dair bir ilişkisi mevcut değildir. Kayıtlı ilgisi olmayan kişi ile yapılan satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak çekişmeli yerin işgali iyiniyetli sayılamaz. Taşınmazda yaptığı giderler bakımından kayıt malikinden kötüniyetli zilyedin talep hakkına sahiptir. Diğer bir anlatıyla taşınmazda yaptığı zorunlu giderleri isteyebilir. Buna karşın mahkemece faydalı masraftan hüküm altına alınmış olması doğru değildir<sup>89</sup>."*

#### **4.3.1. Şahsi Hak Sahibinin Aynı Hak Sahibine Karşı Dava Açabileceği Haller**

Şahsi hak sahibi olan alacaklı üçüncü kişi, mülkiyet hakkı sahibi olan tapu maliki diğer üçüncü kişiye karşı bazı durumların varlığı halinde tescile zorlama davası açabilir.

##### **4.3.1.1. Tapuda Malik Olan Üçüncü Kişinin Kötü Niyetli Olması**

Hukukumuzda, kişilerin satın aldıkları şeylerin ileride kendilerinden alınacağı endişesi taşınmaması ve dolayısıyla toplum düzeninin sağlanması düşüncesiyle iyi niyetin korunması ilkesi kabul edilmiştir<sup>90</sup>. 08.11.1991 tarih ve 1990/4 E.,1991/3 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gerekçesinde, iyi niyeti, "hakkın doğumuna engel olacak hususun hak iktisap edilirken kusursuz olarak bilinmemesi" olarak açıklamıştır. Doktrinde farklı iyi niyet tanımları mevcuttur<sup>91</sup>. Oğuzman/Barlas iyi niyeti, "durumun gerektirdiği özeni gösterdiği halde, bir hakkın kazanılmasına veya başka bir hukuki sonucun gerçekleşmesine ait bir engeli bilmemek <sup>92</sup>"şeklinde, Akkanat ise iyi niyeti" başka bir kişinin beyanına veya dışarıdan bir olguya güvenerek bir şeyi doğru zannetme<sup>93</sup>" şeklinde, Serozan ise dar anlamda iyi niyeti,

<sup>89</sup> Y. 1. HD., 06.12.2005 T. ve 2005/12662 E., 2005/12949 K, kazancı mevzuat programı, çevrimiçi: 15.03.2015

<sup>90</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 134.

<sup>91</sup> Doktrinde yapılan farklı tanımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Halil Akkanat, **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, 1. Bsk., İstanbul, Filiz Yay., 2010, s. 31-33.

<sup>92</sup> M.Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 19. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 241

<sup>93</sup> Akkanat, İyiniyet, s. 36.

"hukuki eksikliği ve aksaklığı kusursuzca bilmeme"<sup>94</sup> olarak tanımlamıştır.

İyiniyetin korunması ilkesi kanunumuzda açıkça düzenlenmiş olup, Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinde; "tapu kütüğündeki sicile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur" şeklinde yer almış ve devam eden tamamlayıcı maddede (TMK m. 1024); "bir ayni hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz" biçiminde ilke vurgulanmıştır.

*"...Somut olayda; kayıt malikinin mülkiyeti satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan hakkın bertaraf edilmesi kastiyle kötüniiyetle kazandığı ileri sürülmüşse, malikin ayni hakkın yolsuz olarak tescil edildiğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi olup olmadığı yönü üzerinde durulmalıdır. Bu gibi davalarda önemli olan, mülkiyet hakkı sahibinin yüklenicinin temlik işlemini bilmesi gereken kişilerden olup olmadığının saptanmasıdır...Davada dayananın adi yazılı düzenlenmiş 07.01.2002 günlü sözleşme alacağın temlikine ilişkindir...Dosyada yer alan bilgi ve belgelere göre, davacının yapılan temlikten sonra çekişme konusu 9 numaralı bağımsız bölümde oturmaya devam ettiği anlaşılmaktadır. Davalılardan Kazım'a tapuda satış 02.07.2002 tarihinde yapılmış, kayıt maliki olan davalı davanın açıldığı tarihe kadar 9 numaralı bağımsız bölüm üzerinde muaraza çıkarmamıştır. Bu haliyle kayıt maliki olan Kazım, davacıya yapılan temlik işlemini bilen veya bilmesi gereken kişidir. Dolayısı ile, kendisine tapuda yapılan satışın davacının haklarını bertaraf etmek amacı güttüğü olayların akışından izlenmektedir. Kötüniiyetli malike yapılan satış işlemi kendisine bir hak sağlamayacağından"<sup>95</sup>*

*"...Davacı davaya konu taşınmazı yükleniciden 25.1.2001 tarihli harici sözleşme ile satın almış ve 20.12.2002 tarihinde eldeki tescil davasını açmıştır. Dahili davalı B.K. ise aynı daireyi yükleniciden 25.10.2002 tarihinde satış vaadi sözleşmesi ile satın almış ve bu sözleşmeye dayanarak eldeki davadan sonra 28.9.2006 tarihinde yüklenici ve arsa maliklerine karşı 12. Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmış ve bu davada davalı yüklenici ve arsa maliklerinin davayı*

<sup>94</sup> Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, 8. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 263

<sup>95</sup> Y. 14. HD., 11.03.2009 T. ve 2009/2038 E., 2009/2996 K., Aynı doğrultuda, Y. 14. HD., 26.10.2004 T. ve 2004/5268 E., 2004/7383 K., kazancı mevzuat programı, çevrimiçi: 25.03.2015

*kabulü üzerine davanın kabulüne karar verilmiş, temyiz edilmeden kesinleştirilmiş ve tapu 16.4.2009 tarihinde hükmen B. adına tescil edilmiştir. Davacı, dahili davalı B.'ye yapılan satışın ve kabulün muvazaalı olduğunu iddia etmektedir...davalıların ve dahili davalının el ve işbirliği içinde olup olmadığı, kısaca malikin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. Maddesinin korumasından yararlanıp yararlanamayacağı araştırılmalı ve deliller toplanarak sonucuna göre karar verilmelidir<sup>96</sup>."*

Yargıtay kararlarında, yükleniciden tapuda bağımsız bölümün mülkiyetini iktisap eden diğer üçüncü kişinin, şahsi hak sahibinin bu hakkını biliyor olması halinde, TMK m. 1024 hükmüne istinaden, kendisi adına yapılan tescilin yolsuz olduğunu bilen veya bilmesi gereken kişi olarak kabul edilerek, bu tescile dayanamayacağı, bu nedenle şahsi hak sahibinin davasının kabul edildiği görülmektedir<sup>97</sup>. Yargıtay'ın uygulaması doğrultusunda görüş belirten yazarlar bu durumu; TMK m. 1024/II gereği, bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tesciller yolsuz tescil sayılacağından, yolsuz tescil<sup>98</sup> nedeniyle hakkı zedelenen üçüncü kişinin, kötü niyetli malike karşı doğrudan şahsi hakkına dayanarak taşınmazın adına tescilini talep edebileceğini ileri sürmektedir<sup>99</sup>. Ancak kanaatimce TMK m. 1024 hükmünün uygulanması mümkün değildir<sup>100</sup>. Çünkü bu madde ile yükleniciden temlik suretiyle şahsi hak kazanan kişi korunmayıp, yolsuz tescil dolayısıyla mülkiyet veya ayni hakkı zarara uğrayan kişiye başvuru hakkı tanınmıştır<sup>101</sup>.

<sup>96</sup> Y. 14. HD., 15.6.2011, 2011/6816 E., 2011/7814 K., Kazancı mevzuat programı, çevrimiçi: 12.10.2015

<sup>97</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s.1471-1472; Karataş, **Satış Vaadi**, s. 134-135, 209 vd.; Mehmet Handan Surlu, **Tapu İptali Tescil Davaları: Kişisel Hak Kaynaklı**, Ankara, Seçkin Yay., 2008, s. 31; Örnek kararlar : Y. 14. HD. 18.03.2010 T. ve 2010/2103 E., 2010/2979 K.; Y. 14. HD., 17.04.2012 T. ve 2012/4796 E., 20125628 K., kazancı mevzuat programı, çevrimiçi: 05.04.2015

<sup>98</sup> Akipek/Akıntürk şu şekilde tanımlamıştır: "yolsuz tescil, sadece şeklen mevcut olan, maddi ve gerçek durumu yansıtmayan ve taraf olanları bağlamayan bir tescildir." (a.g.e., s. 483); "Tescil işleminin geçerli olarak hükümlerini doğurabilmesi için üç şart gereklidir: yazılı bir talep bulunmalı, bu talep tasarruf yetkisini haiz kişi tarafından yapılmalı ve tescil geçerli bir hukuki sebebe dayanmalıdır" (Sendi Yakuppur, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Ün. 2013, s. 34.).

<sup>99</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 135- 210-211- 311.

<sup>100</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 143.

<sup>101</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 143.

Kanaatimce, bağımsız bölüm/arsa payı borçlandırııcı işlem niteliğinde satış vaadi sözleşmesi konusu yapılarak 3. kişiye satılır ve fakat 3. kişi adına tapuda tescil yapılmaz, aynı bağımsız bölüm/arsa payının yüklenici tarafından şahsi hak sahibi 3. kişi dışında başka bir kişiye tapuda devredilirse kural olarak diğer kimse, öncesinde yapılan satış vaadi sözleşmesini ihlal etmiş olmaz<sup>102</sup>. 3. kişi hiçbir şekilde borç ilişkisinden doğan nisbî alacak hakkını diğer kişiye ileri süremeyecek, kural olarak sadece borç ilişkisinin ihlâlî sebebiyle yükleniciden TBK'nun 112 maddesi gereğince uğradığı zararın tazminini isteyebilecektir. Ama TBK m. 49/ II uyarınca diğer kimsenin, sırf sübjektif sebeplerle 3.kişinin taşınmaza kavuşmaması saikiyle kendi ihtiyacı olmaksızın ahlâka aykırı bir fiille taşınmazı yükleniciden devraldığı hallerde artık 3. kişi haksız fiilden doğan alacak hakkına dayalı tescile zorlama davasını haksız fiil faili olarak diğer kimseye karşı ileri sürebilecektir<sup>103</sup>. HMK'nın 111. maddesi hükmünce terditli açtığı davada aynen tazmin talebini TMK'nın 716. maddesine dayanarak taşınmazın adına tescilini talep edebilecek<sup>104</sup>, TBK m.51 gereği hakimın tazminatın türünü belirlemede takdir hakkını aynen tazmin yönünde kullanması halinde 3. kişi taşınmaza kavuşabilecektir<sup>105</sup>.

Kanaatimce, yükleniciden adi yazılı veya noterde satış vaadi sözleşmesi ile alacağı temlik alan kişinin tescil talebinin dayanağı, TMK 1023 veya 1024 maddeleri olmayıp, *"mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimsenin, malikin kaçınması halinde hakimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebileceğine"* dair TMK m. 716/1 hükmüdür<sup>106</sup>. Yüklenicinin tapuda muvazaalı olarak yaptığı devir TBK m.27 gereği geçersiz olduğundan, TMK m. 716 uyarınca açılan davada, kararın kesinleşmesi ile mülkiyet davacı şahsi hak sahibine geçmektedir<sup>107</sup>. O halde şahsi hak sahibi, mahkeme kararının kesinleşmesine dek,

---

<sup>102</sup> Etem Sabâ Özmen, Gülşah Sinem Aydın, **"Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/ Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)"**, İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S. 6, 2014, s. 196. Aksi yöndeki Yargıtay kararlarına ilişkin eleştiriler için Bkz. Özmen, Yüce, **a.g.e.**, s. 952- 998.

<sup>103</sup> Özmen, Aydın, **a.g.e.**, s. 197.

<sup>104</sup> Avcı, **a.g.e.**,s. 143.

<sup>105</sup> Özmen, Aydın, **a.g.e.**, s. 197.

<sup>106</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s.1471.

<sup>107</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s.1471.

ayni hak sahiplerine tanınan tescilin yolsuzluğuna ilişkin TMK m. 1023-1024 hükümlerine dayanarak dava açamaz<sup>108</sup>. Mücerret intikal halinde, yükleniciden tapuda bağımsız bölüm satın alan kişi, bu durumu biliyor ise sırf bunu bilmesi onu kötü niyetli kılmaz, vaat borçlusu ile tapudan devralanın kendisini MK m.2'ye aykırı olarak zararlandırma kastı ile hareket ettiğini ispat etmesi gerekir. Örneğin, şahsi hak sahibi tescile zorlama davası açtıktan sonra diğer üçüncü kişi taşınmazın tapuda maliki olmuş ise davanın varlığını bilmesi halinde artık zararlandırma kastı ile hareket ettiği kabul edilerek, artık ayni hakkına değer verilmemelidir<sup>109</sup>. Görüldüğü üzere, ayni hak yolsuz olarak tescil edilmedikçe veya muvazaanın olmaması halinde sırf harici satıştan haberdar olma şahsi hak sahibini zararlandırma kastının varlığını göstermez, aksi halde iyi niyetle tapuda mülkiyet iktisap eden üçüncü kişi yüklenici ile işbirliğinde olan kişilerin sürekli olarak kötü niyet iddiası ile karşı karşıya kalacak ve bu durum tapuya güven ilkesinin zedelenmesi sonucunu doğuracaktır<sup>110</sup>.

*"İlk bakışta anlaşılacağı üzere; kişisel hak ile ayni hak karşı karşıya bulunmaktadır. Kural olarak; bir taşınmazda kişisel hak sahibi olan kimse bu hakkını ancak borçlusu olan diğer tarafa karşı ileri sürebilir. Ancak, çekişmeli taşınmazın sırf kişisel hak sahibini zarara uğratmak amacıyla malikince danışıklı olarak tapudan temlik halinde, kişisel hak alacaklısının muvazaa nedeniyle tapunun iptalini istemesi olanaklıdır. Muvazaa iddiasına dayanan taraf temlik eden ve edilene göre üçüncü kişi durumunda olduğundan bu iddiasını her türlü delil ile ispat<sup>111</sup>."*

#### **4.3.1.2. Muvazaa Nedenine Dayalı Tapu İptal Ve Tescil**

Muvazaa, TBK m. 19'da düzenlenmiş olup, anılan hüküm; *"Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Borçlu, yazılı bir borç tanımaya güvenerek alacağı*

<sup>108</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s.1472; Surlu, **a.g.e.**, s. 194-494-495.

<sup>109</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s. 1472, Surlu, **a.g.e.**, s. 194-494-495.

<sup>110</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s. 1473; Erman, **a.g.e.**, s. 165, Surlu, s.31

<sup>111</sup> Y. 14. HD. 01.10.2002 T. ve 2002/5407 E., 2002/6311 K; Aynı doğrultuda, Y. 14.HD. 29.01.2001 T. ve 2001/142 E., 2001/419 K. , Kazancı mevzuat programı, çevrimiçi: 25.04.2015

*kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz."*şeklindedir.

Muvazaa iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Eğer taraflar, aslında bir işlem yapma iradeleri bulunmamasına rağmen, sırf üçüncü kişileri aldatma gayesiyle görünüşte bir işlem tesis ederse, buna "mutlak muvazaa" denir<sup>112</sup>. Şayet taraflar yaptıkları bir sözleşmeyi, üçüncü kişiler nezdinde iradelerine uymayan başka bir sözleşme yaparak gizler ise bu durumda "nisbi muvazaa" söz konusu olur. Mutlak muvazaada taraflar arasında sadece görünürdeki sözleşme mevcutken, nisbi muvazaada görünürdeki işlem ile ardında saklanan gizli işlem den oluşan iki sözleşme bulunur.

Görünürdeki işlem, TBK m.1 gereği sözleşmenin yapılmasına ilişkin tarafların ortak iradelerinin bulunmaması nedeniyle hukuki sonuç doğurmaz<sup>113</sup>. Nisbi muvazaada, taraflar görünürdeki işlemin arkasında gerçekleşmesini arzu ettikleri gizli sözleşmeyi saklarlar ki, bu sözleşme, şekle tabi ise, görünürdeki sözleşmenin şekline göre sözleşme yapıldığından, çoğunlukla gizli sözleşme, şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olmaktadır<sup>114</sup>.

Sözleşmenin muvazaalı olarak yapıldığı iddiasını ileri süren kişinin durumuna göre muvazaanın ispatı da değişecektir. Muvazaa iddiasında bulunan sözleşmenin tarafı ise; senede karşı bir iddia sayılacağından, HMK m. 201 hükmü kapsamında senetle ispat etmek mecburiyetindedir<sup>115</sup>. Fakat, muvazaa iddiasında bulunan sözleşmenin tarafı değilse (ilgili üçüncü kişi ise); bu senetle ispat mecburiyetinin istisnasını teşkil etmekte olup, muvazaayı tanık dahil her türlü delil ile ispatlayabilir (HMK m. 203)<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> Eren, **a.g.e.**, s. 428; Oğuzman/ Seliçi, **Eşya Hukuku, a.g.e.**, s. 328.

<sup>113</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 143.

<sup>114</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 144.

<sup>115</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 145. Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Yavaş, **Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ve Bu Kuralların İstisnaları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009; Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 22.bs., Ankara, Yetkin Yay., 2011.

<sup>116</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 145.

Yüklenici ile 3. kişi arasında arsa payının devrine ilişkin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılmış olması durumunda, satış vaadi borçlusu yüklenici daha sonradan sözleşmeye konu taşınmazı diğer bir kimseye satış sözleşmesi ile muvazaalı olarak devreder ve tapuda tescil ederse, satış vaadi alacaklısı 3.kişinin taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel hakkını sonuçsuz bırakma gayesiyle devir yapıldığından tarafların gerçek iradesi devir olmayıp, bu halde tarafların görünüşte yapmış oldukları taşınmaz satış sözleşmesi mutlak muvazaa sebebiyle hukuki sonuç doğurmaz<sup>117</sup>.

" ...davalılardan Hasan'ın yüklenici sıfatıyla dava dışı arsa maliki ile yaptığı kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca 37 parsel sayılı arsa üzerine inşa edeceği apartmanın 8. Katındaki 8 nolu bağımsız bölümü 9.3.1994 tarihli harici sözleşme ile davacı ve karşı davalıya 250.000.000 liraya satıp bedelini tamamen tahsil ettiği, yüklenicinin ana binayı kısmen yapmasından sonra davacı ve karşı davalının, bağımsız bölümün noksanlıklarını tamamlayıp içerisine oğlunu yerleştirdiği, bu arada davalı yüklenicinin ana yapıda kat irtifakını kurup, kendisine ait aynı daireyi bu kez 17.5.1996 tarihinde düzenlenen resmi sözleşme ile bedeli mukabili davalı ve karşı davacı Yaşar'a temlik ettiği, tüm dosya içeriği ve toplanan delillerle sabittir... **O halde, kişisel hak tapu siciline şerh verilmek suretiyle Medeni Kanunun 928. Maddesi uyarınca herkese karşı ileri sürülebilir bir hale gelmedikçe veya davalılar tarafından kişisel hakka dayanılarak dava açılmasını önlemek amacıyla aslında hiçbir devir işlemi yapmak niyetleri olmadığı halde görünüşteki bir işlemle, el ve işbirliği içerisinde muvazaalı bir temlik işlemin gerçekleştirildiği iddia ve ispat edilmediği sürece, kişisel hak sahibinin kötü niyetten bahisle açtığı iptal ve tescil davasına değer verilmez**<sup>118</sup>".

Yüklenicinin üçüncü kişiye şahsi hakkını temlik etmesinden sonra, kendisine kalan bağımsız bölümü arsa sahibinin üzerinde bırakması halinde de muvazaa söz

<sup>117</sup> Senem Bahadır, Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde Muvazaa Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2012, s. 44; Eraslan Özkaya, **Açıklamalı- İctihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2013, s. 220; Ali İhsan Özügür, **Açıklamalı-İctihatlı Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları**, 5. Baskı, Ankara, Adalet, 2015, s. 364; Karataş, **a.g.e.**, s. 141-142.

<sup>118</sup> YHGK, 19.04.2000 T. ve 2000/1-735 E., 2000/789 K. , kazancı mevzuat programı, çevrimiçi: 10.12.2015.

konusu olup, yüklenicinin tapuda devir hakkı doğduğu andan itibaren üçüncü kişi bağımsız bölümün adına tescilini talep edebilir<sup>119</sup>.

Sonuç olarak anlattıklarımızı toplamak gerekirse;

- Yükleniciden muvazaa/zararlandırma kastı olmaksızın tapuda bağımsız bölüm satın alan kişinin aynı hakkı, temlik sözleşmesi ile şahsi hak iktisap edenin hakkından üstün tutulmalıdır<sup>120</sup>.

- Şahsi hakkın varlığının bilinmesi aynı hakkı etkilemez, meğer ki yüklenici ile tapuda mülkiyet kazanan kişi sırf şahsi hak sahibinin kişisel hakkını sonuçsuz kalması için danışıklı şekilde hareket ederek sözleşme yapmış olsun<sup>121</sup>. Yani, zararlandırma kastı/muvazaanın varlığı halinde, temellük eden cebri tescil davasını yeni malike karşı her zaman açabilecektir<sup>122</sup>. Burada taşınmazı devralan kişinin sözleşme yapma amacı taşınmazın devri ise, bu halde aynı taşınmaza ilişkin 3. kişi ile yüklenici arasındaki satış vaadi sözleşmesinin yapıldığını bilmesi muvazaa için yeterli değildir.

- Şahsi hak sahibi bakımından, aynı hakkı zedelenen kişiye yolsuz tescile dayanarak dava açma olanağı tanıyan TMK'nın 1023 ve 1024 maddelerinin tatbiki mümkün olmayıp, istisnai durumda taşınmazı tapuda devralan diğer kişiye karşı, şahsi hak sahibinin tescile zorlama davası açma imkanı olup, 3.kişinin TBK'nun 49. maddesine dayanarak açmış olduğu davada aynen tazmin talebini TMK'nun 716. maddesine dayanarak taşınmazın adına tescilini talep etmesi ve hakim TBK m.51 gereği takdir hakkını aynen tazmin yönünde kullanması halinde mümkündür.

---

<sup>119</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s. 1476; Y.14. HD., 29.03.2013 T. ve 2013/2924 E., 2013/4841 K., kazancı mevzuat programı, çevrimiçi: 06.05.2015: "Dava, arsa sahibi ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciden bağımsız bölüm temlik alan davacının tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Davalı yüklenici, davacının satış bedelinin bir kısmını ödemediğini bu nedenle çekişmeli bağımsız bölümü sattığını, davanın reddini savunmuştur...mahkemece, davalı yüklenicinin çekişmeli bağımsız bölümü diğer davalı arsa malikine sattığı ve iyiniyetli üçüncü durumunda oldukları gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir...Davalı arsa malikleri 01.20.2009 tarihli sözleşmenin tarafı olup dava konusu bağımsız bölümün yükleniciye bırakıldığını bilmektedirler. Bu nedenle TMK'nun 1023. maddesinden yararlanma olanakları yoktur. Kaldı ki, davalı arsa malikleri dava konusu bağımsız bölümü satın almamışlar, kendilerine ait olan taşınmazda 21.03.2011 tarihinde kat irtifakı kurmuşlardır."

<sup>120</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s. 1475.

<sup>121</sup> Sütçü, **a.g.e.**, s. 1475.

<sup>122</sup> Kırmızı, **a.g.e.**, s. 724-725; Erman, **a.g.e.**, s. 197; Karataş, **a.g.e.**, s. 141.

#### 4.3.1.3. Şerh

Kanaatimce şahsi hakkın tapuya şerhinin iki etkisi vardır: İlk etkisi, tapuya şerh verilmesinden sonra mülkiyetin başkasına geçmesi halinde, her malikin kendi mülkiyeti esnasında doğacak borçla yükümlü olmasını ifade eder<sup>123</sup>. Şerhin bu etkisine "eşyaya bağlı borç etkisi" denilmektedir. İkinci etkisi ise "munzam etki" olarak adlandırılır ki şerhle kuvvetlendirilmiş şahsi hakkın, taşınmaz üzerinde şerhten sonra kurulan ve şerhle korunan hakkı zedeleyen aynı haklara tercih edileceğini belirtir<sup>124</sup>.

MK m. 1009/II'de yerini bulan düzenleme, şerhten sonra taşınmazda hak kazanmış olanlardan, şerhle koruma altına alınan kişisel hakkı zedeleyen ve onla bağdaşmayan hakların terkin edilmesini sağlayan, "şerhin munzam etkisi"dir.

##### 4.3.1.3.1. Satış Vaadi Sözleşmesinin Tapu Siciline Şerh Edilmiş Olması

Alacağın temlik işlemleri, noterde satış vaadi sözleşmesi şeklinde yapılır ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel hak, 2644 sayılı Tapu Kanunun 26/5. maddesi ve MK m. 1009'ndan yararlanılarak tapuya şerh verilmişse, şerhin etkisi ile üçüncü kişinin kişisel hakkı kuvvetlenir ve aynı taşınmaz üzerinde mülkiyet veya diğer aynı hak sahibi olanlara karşı ileri sürülebilir hale gelir<sup>125</sup>. Yani, satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmiş olması halinde, şerhten sonra mülkiyetin bir başka üçüncü kişiye geçmesi durumunda, şerhle hakkı kuvvetlenmiş olan üçüncü kişi şerhin munzam etkisinden yararlanarak, tapunun iptalini ve taşınmazın adına tescilini isteyebilir<sup>126</sup>.

Şerhin konulmasından sonra, taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanan kişinin kötü niyetli müktesip olduğu faraziye teşkil eder<sup>127</sup>. Şerhten sonra, yüklenicinin talimatıyla arsa malikinden veya arsa malikinden mülkiyeti devralmış

<sup>123</sup> Özmen, Karaman, **a.g.e.**, s. 69; M. Oğuzman, Seliçi, Özdemir, **a.g.e.**, s. 214

<sup>124</sup> Özmen, Karaman, **a.g.e.**, s. 69; Oğuzman, Seliçi, Özdemir, **a.g.e.**, s. 214

<sup>125</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 134-210; Avcı, **a.g.e.**, s. 142.

<sup>126</sup> Coşkun, **a.g.e.**, s. 109.

<sup>127</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 134-135.

olan yükleniciden, tapuda devir suretiyle bağımsız bölümü alan üçüncü kişinin şerhten haberi olmadığı iddiası dinlenmez<sup>128</sup>.

Vaat borçlunun ifaya yanaşmaması nedeniyle açılan tescil davasında, eğer vaat borçlusu dava konusu taşınmazı dava tarihinden sonra ve fakat karar verilmeden önce davacı dışında başka bir üçüncü kişiye tapuda devrederse, bu durumda HMK m.125 hükmü davacıya bir seçim hakkı tanımaktadır<sup>129</sup>. Tescil davasını, taşınmazı tapuda devralan sonraki üçüncü kişiye karşı devam ettirebilir veya devreden taraf hakkında davasını tazminat davasına dönüştürür<sup>130</sup>.

#### 4.3.1.3.2. Şerh Edilmemesinin Sonuçları

Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkını taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile devralmış olan vaat alacaklısı üçüncü kişi, satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilmemesi halinde, bu hakkını taşınmaz üzerinde mülkiyet iktisap eden sonraki üçüncü kişiye karşı ileri süremez<sup>131</sup>. Zira, kişisel hak ile aynı hakkın çatışması söz konusu olduğunda, kural olarak aynı hakka üstünlük tanınacaktır. Üçüncü kişi, yukarıda değindiğimiz sebeplerle, TMK m. 1023 hükmünde yer alan iyi niyet karinesini çürütemediği takdirde, tapu kütüğündeki tescile iyi niyete dayanarak mülkiyet veya başka bir aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur<sup>132</sup>.

İlk satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmemiş olması halinde, sonraki üçüncü kişi vaat borçlusu ile arasındaki satış vaadi sözleşmesine dayanarak mülkiyeti hükmen kazanmışsa veya taşınmazı doğrudan tapu siciline devralmış ise, bahsettiğimiz kural gereği artık ilk vaat alacaklısı üçüncü kişinin tescil imkanı kalmaz<sup>133</sup>. Bu halde, ilk vaat alacaklısı üçüncü kişi, vaat borçlusunun kusuru nedeniyle meydana gelen zararın TBK m.112 gereğince tazmin edilmesini isteyebilir.

---

<sup>128</sup> Avcı, **a.g.e.**, s. 142.

<sup>129</sup> Coşkun, **a.g.e.**, s. 109.

<sup>130</sup> Coşkun, **a.g.e.**, s. 109.

<sup>131</sup> Karataş, **Satış Vaadi**, s. 141.

<sup>132</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 135.

<sup>133</sup> Coşkun, **a.g.e.**, s.108-109.

#### 4.3.1.3.3. Vaat Alacaklısının Tazminat Talebi

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin herhangi bir nedenle ifa edilmemesi halinde, örneğin satış vaadine konu pay, vaat borçlusu tarafından mahkemece iyiniyetli oldukları kabul edilen kişiler adına tapuda tescil edilmişse, vaat alacaklısı, alacağını kısmen veya tamamen elde edemez<sup>134</sup>.

Vaat borçlusunun satış vaadi veya alacağın temlik sözleşmesinden doğan taahhüdünü ihlal etmesi nedeniyle, akdi sorumluluğu<sup>135</sup> doğar ki, TBK m. 112 gereği kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe zararı tazminle yükümlüdür<sup>136</sup>. Sözleşmeye dayandığından buna "akdi tazminat" denilmektedir<sup>137</sup>.

Satış vaadi sözleşmesinde, vaat borçlusun kusuru nedeniyle borcunu ifa edememesi sonucu tazmini gereken zarar, daima müspet zarardır<sup>138</sup>. Çünkü borç ifa edilmiş olsaydı, sözleşme konusu bağımsız bölümün mülkiyeti, vaat alacaklısının malvarlığına girmiş ve üçüncü kişi bundan başka kazançlar elde etmiş olacaktı<sup>139</sup>.

---

<sup>134</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 146.Y. 14. HD., 07.02.2008 T. ve 2007/16828 E.,2008/1263 K., Kazancı mevzuat programı, çevrimiçi: 10.05.2015.

<sup>135</sup> Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 170: Akdi sorumluluğun söz konusu olabilmesi için şu temel şartların varlığı gerekir: 1-Geçerli bir sözleşme olacak, 2- Bu borç ya hiç ifa edilmemiş ya da kısmen ifa edilmiş bulunacak,3- Borçlunun bundan bir zararı olacak, 4- Zarar ile borcun ifa edilmemesi arasında illiyet bağı olacak, 5- Borçlu borcu ifa etmemede kusurlu olacak.

<sup>136</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 146.

<sup>137</sup> Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 170.

<sup>138</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 146.

<sup>139</sup> Karataş, **a.g.e.**, s. 147.

## BEŞİNCİ BÖLÜM

### TİCARİ VE MESLEKİ FAALİYET AMACI DIŞINDA İNŞAATTAN KONUT VEYA TATİL AMAÇLI TAŞINMAZ SATIN ALAN ÜÇÜNCÜ KİŞİ AÇISINDAN 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNUN UYGULAMA ALANI

#### 5.1. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNUN AMAÇ, KAPSAM VE TANIMLARI

##### 5.1.1. TKHK'nun Amacı

Kanunun 1. maddesinde açıklandığı üzere "*kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir*". Kısacası, kanun ekonomik olarak güçlü olan sınıflar karşısında güçsüz olan tüketiciyi koruma gayesiyle getirilmiş düzenlemelerden oluşmaktadır.

##### 5.1.2. TKHK'nun Kapsamı

Kanunun 2. maddesinde, uygulama alanı olarak, "*Bu Kanun her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar*." şeklinde belirtilmiştir<sup>1</sup>.

##### 5.1.3. Kanunda Geçen Bazı Tanımlar

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüketici kanunu kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan tanımlar açıklanmakla yetinilecektir.

---

<sup>1</sup> Kostakoğlu, a.g.e., s. 1102.

### 5.1.3.1. Tüketici kavramı

Tüketici Kanunu'nun m.3/k bendinde **tüketici** , "*ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek ve tüzel kişi*" şeklinde tanımlanmış olup, tüketiciyi "*sözleşmeye konu işi, meslek edinmiş olmayan ya da kazanç amacı gütmeyen kişi*"<sup>2</sup> şeklinde ifade edebiliriz.

TKHK kapsamında kanun koyucu, işlevsel ölçütleri dikkate alarak tüketici kavramını tanımlama yoluna gitmiştir<sup>3</sup>. Bir kimsenin tüketici sayılması için ön koşul, yapılan işin ticari ve mesleki olmayan bir amaçla yapılmış olmasıdır<sup>4</sup>. Tanımdaki "ticari ve mesleki faaliyet" kavramlarını açıklamak gerekirse; öncelikle ticari faaliyetten bahsedebilmek için, faaliyetin belirli bir süre devam etmesi aranmakta, bunun yanında faaliyette bulunanın işletme rizikosunu üstlenerek kendi hesabına hareket etmesi, yani bağımsız olması gerekmektedir<sup>5</sup>. Baskın görüşe göre, burada kazanç elde etme amacı zorunlu olmamasına rağmen yürütülen faaliyet ivazlı olmalı(edimler arasında mübadele ilişkisi olmalı) ve piyasada faaliyet gösteren diğer müteşebbislerle rekabet ortamında planlı bir şekilde faaliyetini sürdürmelidir<sup>6</sup>.

Mesleki faaliyetten bahsedebilmek için, faaliyette devamlılık esas olup, bunun için belirli bir iş organizasyonu ve planlı çalışma gerekmekte, ayrıca mesleki faaliyetin bir ivaz karşılığında yürütülmesi gerekmektedir<sup>7</sup>.

Ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket etmek, kısacası işin nihai amaçla yapılması bu işi yapan gerçek veya tüzel kişinin tüketici sayılması için yeterli sayılır<sup>8</sup>.

---

<sup>2</sup> Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 1102.

<sup>3</sup> Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 673. Bu ölçütte, belirli bir grup mal ya da hizmeti sunan ve kazanan ya da sözleşmeden doğan edimin niteliği değil, sözleşmeden doğan edimin arkasında yatan amacın belirlenmesi esastır. İşleme taraf olan kişinin sıfatı değil, mal veya hizmeti hangi amaçla elde ettikleri önem taşımakta, bir ticari veya mesleki olmayan amaçlarla faaliyetin yürütülmesi veya kişisel, ailevi, özel kullanım gibi amaçlarla mal veya hizmeti elde etmelerine göre tüketiciyi koruyucu hükümlerden yararlanabilirler; Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 671.

<sup>4</sup> İlhan Kara, **Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 1. Basım., Ankara, Engin Yay., 2015, s. 57.

<sup>5</sup> Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 674.

<sup>6</sup> Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 674-682.

<sup>7</sup> Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 675.

<sup>8</sup> Kara, **a.g.e.**, s. 57.

Söz konusu kişi, hukuki işleme taraf olurken karma(çift nitelikli) bir amaç güderse, yani kısmen mesleki ve ticari amaçlarla, kısmen de özel amaçlarla kullanılmak üzere taşınmaz satın alıyorsa veya hem konut hem de işyeri olarak kullanmak üzere taşınmaz alıyorsa, bu durumda bu kişi tüketici sayılacak mıdır ve TKHK kapsamında tüketicilere ilişkin koruyucu düzenlemelerden yararlanabilecek midir<sup>9</sup>? Kural olarak bu gibi durumlarda sözleşmenin muhtevassından hareket ederek, hangi amacın ağır bastığına göre sorun çözülür<sup>10</sup>. Eğer, sözleşmenin dayandığı amaç ticari-mesleki olup, özel/şahsi veya ailevi amaç ikinci derecede kalıyorsa veya geçici nitelikte ise, bu halde sözleşme tarafının tüketici niteliğinde olmadığı sonucuna varmak, buna karşılık özel amaç ağır basıyorsa, kişiyi tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemelerden yararlandırmak gerekir<sup>11</sup>. Ancak, hangi amacın ağır bastığı hususunda şüphe varsa veya özel ve ticari-mesleki amaç eşit ağırlık taşıyorsa, bu durumda, kanaatimizce kişinin tüketici olarak kabulü hak kaybı olmaması açısından yerinde olacaktır<sup>12</sup>.

Eski kanun döneminde Yargıtay, istikrarlı bir şekilde verdiği kararlarında, kar amacı güden şirketler ile diğer tüzel kişiliği haiz kuruluşları kapsam dışında tutmuştur<sup>13</sup>. Yeni düzenleme ile tüzel kişiler de tüketici kavramı kapsamına dahil edilmiş olup, dar şekilde yorumlanacak olursa, tüzel kişi tacirin tüm faaliyetlerinin değil, sadece ticarethanesinin gereği vazgeçilmez olan rutin faaliyetlere ilişkin işlemlerinin ticari işlem olduğu, bunun dışındaki işlemlerde ise TKHK anlamında tüketici sayılmaları gerekir<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 675; Emrehan İnal, **Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi**, 2. Basım., İstanbul, On İki Levha Yay., 2011, s. 248.

<sup>10</sup> İnal, **a.g.e.**, s. 248.

<sup>11</sup> Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 675-682; İnal, **a.g.e.**, s. 248.

<sup>12</sup> İnal, **a.g.e.**, s. 248.

<sup>13</sup> Kara, **a.g.e.**, 57-58. HGK 2000 yılında vermiş olduğu bir kararında(HGK 11.10.2000 T. ve 2000/19-1255 E., 2000/1249 K.); "...tüzel kişiler ve şirketler tüketici olarak kabul edilemez.Sadece kar elde etme amacı bulunmayan dernek ve vakıflar tüketici sayılır<sup>13</sup>" şeklinde belirtmiş ve 2011 tarihli diğer bir kararında da(HGK 21.09.2011 T. ve 2011/19-500 E., 2011/550 K.); "...*Limited şirketin otomobil almak üzere kullandığı kredi tüketici kredisi sayılmaz. Limited şirket tüketici olarak kabul edilemez*<sup>13</sup>."denilerek tüketici kavramının kapsamını çizmişti.

<sup>14</sup> Atilla ALTOP, "Tüketici Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı", **İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3 S. 1-2, (Türk-Avusturya Hukuk Haftası Özel Sayısı" Avrupa Hukuku ve Ulusal Hukuklar Bağlamında Tüketicinin Korunması Hukuku" İstanbul 03-06 Nisan 2004 ) 2004, s.10.

Gerçek veya tüzel kişi tacirin ticari işletmesiyle ilgili olmayan konut veya yazlık konut edinme amacıyla taşınmaz satın alması halinde, TKHK'ndaki tanım uyarınca ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket ettiği ve bu nedenle tüketici olarak kabulü gerekir. Eski düzenleme döneminde Yargıtay HGK'nca verilmiş bir kararda " *gerçek veya tüzel kişi olan tacirin yaptığı hukuki işlemin veya aldığı hizmetin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını açıkça bildirdiği yahut yapılan işlemin ticari sayılmasına halin icabı müsait bulunmadığı takdirde, bu işlemin ve işleminden doğan borcun ticari sayılmayacağı*" belirtilmiş olup, tacirlerin belirtilen amaçlarla konut satın alması halinde, tüketici işlemi kabul edilerek TKHK kapsamında değerlendirilmesi gerekeceği belirtilmekteydi<sup>15</sup>.

#### 5.1.3.2. Satıcı-Sağlayıcı

Tüketici işlemiyle ilgili bir sözleşmede, sözleşmenin bir tarafı tüketici iken, diğer tarafının da, satıcı veya sağlayıcı olduğu görülmektedir. **sağlayıcı**; "kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi", **satıcı**; "kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi" olarak kanunda tanımlanmıştır.

#### 5.1.3.3. Tüketici İşlemi

TKHK m.3/1 hükmüne göre, "mal<sup>16</sup> veya hizmet<sup>17</sup> piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan her türlü sözleşme ve hukuki işlem"i ifade eder.

Kanun koyucu, mülga 4077 sayılı TKHK döneminde Yargıtay ve Tüketici Mahkemeleri'nce yapılan daraltıcı yorum ve uygulamaların önüne geçmek amacıyla,

---

<sup>15</sup> Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 1104.

<sup>16</sup> **Mal**; " alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları" ifade eder.

<sup>17</sup> **Hizmet** ise " bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu" oluşturduğu ifade edilmiştir.

aslında kanun yapma tekniğine aykırılık teşkil edecek şekilde, kapsam dışı bırakılan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık sözleşmelerini ismen saymak suretiyle 6502 sayılı TKHK'nda tüketici işlemini yeniden tanımlamış ve sadece anılan sözleşmeleri değil, bunların yanında benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi şartların varlığı halinde tüketici işlemi saymıştır<sup>18</sup>.

#### 5.1.3.4. Tüketici Sözleşmesi

Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında kurulan her türlü hukuki işlem tüketici sözleşmesi sayılır(TKHK m.3/1).

6502 sayılı TKHK'a göre, taraflardan birinin ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden "tüketici", diğer tarafın gelir elde etme amacıyla bu işi yapan "satıcı-sağlayıcı, imalatçı, ithalatçı, bayi, acente, kredi veren" olması halinde, tüketici sözleşmesi olarak kabul edildiği ve kanun koyucunun gerek kanunu düzenleyiş amacı gerekse tüketici işlemine ilişkin kanunda yapılan tanım dikkate alındığında, tüketici sözleşmeleri kapsamında sözleşmenin niteliği ve adı hususunda hiçbir sınırlama getirmediği açıkça anlaşılmaktadır<sup>19</sup>. Bu halde sözleşmenin yapısı, ani edimli mi, sürekli bir borç ilişkisi doğuran bir sözleşme mi olduğu vs hususları değil, sözleşmenin hangi amaçla kurulduğu TKHK uygulama alanının belirlenmesinde etkili olacaktır<sup>20</sup>.

Taraflar arasında yapılan bir sözleşmenin yeni düzenleme kapsamında tüketici sözleşmesi olup olmadığının tespitinde, sözleşmenin yorumlanması ve tarafların sözleşme yapmadaki gerçek arzuları ve amaçlarının saptanması gerekir. TBK m. 19'da yer alan "*bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek arzularını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri dikkate alınır.*"

---

<sup>18</sup> Kara, **a.g.e.**, s. 60-61.

<sup>19</sup> Kara, **a.g.e.**, 58-59-60.

<sup>20</sup> Kara, **a.g.e.**, s. 58-59; Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 60

şeklindeki düzenleme de dikkate alınarak, irade beyanları güven teorisi<sup>21</sup>nden hareket edilerek yorumlanmalıdır<sup>22</sup>.

## 5.2. TAŞINMAZA İLİŞKİN OLUP TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN UYGULAMA ALANINA GİREBİLECEK SÖZLEŞMELER

### 5.2.1. Taşınmaza İlişkin Bir Sözleşmeye TKHK Hükümlerinin Uygulanabilmesi İçin Gerekli Şartlar

#### 5.2.1.1. Sözleşme Konusu Taşınmazın Konut Veya Tatil Amaçlı Olması (TKHK 3/h)

Taşınmazı konu alan bir sözleşmenin TKHK kapsamında değerlendirilebilmesi için, kanunun m. 3/h bendinde tanımlanan “mal” kavramında ifade edilen "konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar" olması gerekir. Kanunda yer alan düzenlemede, taşınmazın amacının belirlenmesinde, taşınmazın objektif kullanım amacının mı, yoksa tüketicinin sübjektif kullanım amacının mı esas alınacağı hususunda açıklık bulunmamasına karşın<sup>23</sup>, Yargıtay vermiş olduğu bir çok kararında "konut/tatil amaçlı taşınmaz mal ifadesiyle tüketicinin kullanım amacının konut olması yeterli bulunmuştur<sup>24</sup>" şeklinde bu konuyu netliğe kavuşturmaya çalışmıştır. Başka deyişle, mesken olarak kullanılmak üzere veya devre tatil/devre mülk amaçlı olarak satın alınan taşınmazlarla ilgili uyumsuzluklar TKHK kapsamında

<sup>21</sup> <bugün kabul gören görüşe göre güven teorisi kaynağını dürüstlük kuralından almaktadır.Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 73 vd. ; Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden geçirilmiş 5.bs., İstanbul, Beta Yay., 2007, s. 18; Şener Akyol, **Medeni Hukukta Çelişki Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 27 vd. ; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 14. bs., İstanbul, Vedat, 2018, s. 70 vd. Sözleşmenin yorumlanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Sanem Aksoy Dursun, " Sözleşmenin İçeriği; Sözleşmelerin Yorumu, Muvazaalı İşlemler", **Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan: Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I: Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri- Borçların İfası-Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yay., 2012, s. 104-117.

<sup>22</sup> Kara, **a.g.e.**, s.58; Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı: Tüketici’nin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı”(Tüketici), **AÜHFD**, 2001, C. 1, S. 1, s.60; Saibe Oktay Özdemir, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1996, C: LV, s. 279.

<sup>23</sup> Ş. Barış Özçelik, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Taşınmazlarda Ayrıntı Sorumluluk ", (**Tüketici Taşınmazda Ayıp**)Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 64 (4) 2015: 1161-1188, çevrimiçi: 11.07.2016 <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2071/21484.pdf>, s.1163.

<sup>24</sup> Y.HGK 30.06.2010 T. ve 2010/14-358 E., 2010/353 K., İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 86, S:4, 2012, s. 302.

çözümüne kavuşturulacaktır<sup>25</sup>. Ancak, bu hususun belirlenmesinde Yargıtay 13. HD'nin vermiş olduğu kararda<sup>26</sup>, "somut olayda uyuşmazlık konusu taşınmaz tapuda mesken olarak kayıtlıdır. Ancak dosya kapsamından taşınmazın işhanı olup fiilen de işyeri olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Taşınmazın fiili duruma aykırı olarak tapuda mesken olarak gösterilmesi uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesini gerektirmez. Bu durumda dava konusu taşınmaz 4077 Sayılı Kanun kapsamına girmez ve davacı da tüketici sayılamaz. Uyuşmazlık genel mahkemelerde görülür.. " şeklinde belirtildiği üzere taşınmazın subjektif kullanım amacı yani fiili durum önemli olmakla birlikte tapu kaydı da dikkate alınmalıdır.

#### **5.2.1.2. Taşınmaza İlişkin Sözleşmenin Satıcının Meslekî Ve Ticarî Faaliyeti Kapsamında Olması**

TKHK 3/i bendine göre "satıcı" , "kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi" ifade eder. Bu tanımdan iki sonuç çıkarmak mümkündür: Söz konusu malın hangi sözleşme uyarınca sunulduğu önemli değildir, herkes satıcıdır ancak sözleşmenin satıcının mesleki veya ticari faaliyeti çerçevesinde kalması gerekir ki aksi halde o sözleşme ilişkisi TKHK'na değil, TBK hükümlerine tabi olur<sup>27</sup>.

#### **5.2.1.3. Satıcının Karşı Tarafının Ticari Veya Mesleki Olmayan Amaçlarla Hareket Etmesi**

Yukarıda ayrıntılı olarak değindiğimiz TKHK 3/k hükmünde yer alan tüketici tanımından yola çıkarak, sözleşme konusu taşınmaz "konut veya tatil amaçlı" satın alınmış olsa bile, meslekî veya ticari faaliyeti çerçevesinde bu taşınmazı almışsa artık tüketici sayılamayacağı sonucuna varabiliriz<sup>28</sup>. Konut niteliğinde bir taşınmazın

<sup>25</sup> Kamil Kadioğlu, "Tüketici Hakları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:55, 2004, s.296.

<sup>26</sup> Y. 13.HD. 30.3.2007 T. ve 2007/1559 E., 2007/4341 K., çevrimiçi: 13.07.2016 [www.tuketicihukuku.org](http://www.tuketicihukuku.org)

<sup>27</sup> Ş. Barış Özçelik, *Tüketici Taşınmazda Ayıp*, s. 1164.

<sup>28</sup> Ş. Barış Özçelik, *a.g.e.*, s. 1165.

yatırım amaçlı olarak satın aldığıın tespiti halinde, aynı şekilde bu kişi tüketici olarak kabul edilemez ve sözleşmeye TBK hükümleri uygulanır<sup>29</sup>.

### 5.3. KANUNUN ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE UYGULAMA ALANI VE GÖREVLİ MAHKEME

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, tarafların sıfatı ve uyumsuzluğun niteliği dikkate alındığında asliye ticaret, asliye hukuk ve tüketici mahkemelerinin görevli olması mümkündür<sup>30</sup>. Kural olarak, sözleşmenin tarafları arasında meydana gelen uyumsuzluklarda genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesi görevlidir<sup>31</sup>. Bununla beraber, eser sözleşmesinin TKHK'nda ismen sayılan sözleşmelerden olması ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, eser sözleşmesini içinde barındıran bir karma sözleşme<sup>32</sup> olması nedeniyle, sözleşme taraflarının kanunun aradığı nitelikleri haiz olması halinde sözleşmenin tüketici işleminin konusu kapsamında olduğu tartışmasızdır<sup>33</sup>.

Bu kapsamda, sözleşme tarafları değerlendirildiğinde, yüklenicinin tacir olması, inşaat yapmayı meslek edinmiş ve kazanç amacıyla işin yapımını üstlenmesi nedenleriyle, TKHK çerçevesinde "sağlayıcı ve satıcı" niteliğinde olduğu açık olmakla birlikte, arsa sahibinin ise somut olaya göre yapılacak değerlendirmeye göre TKHK kapsamında "tüketici" niteliğinde olduğu hallerde yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tüketici işlemi olarak kabul edilebilir<sup>34</sup>. Yani sözleşmenin T.K.H.K. kapsamında olup olmadığının tespitinde asıl üzerinde durulması gereken, arsa sahibinin tüketici sıfatını taşıyıp taşımadığının belirlenmesidir. Bu değerlendirme için öncelikle tüketicinin korunması ihtiyacı ve gerekliliğinin sebebine değinmek gerekir ki tüketicinin dahil olduğu hukuki ilişkide mal sunan ve

<sup>29</sup> M.A. Gümüş, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Genel Bakış", **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**, Kongre, Ed. Tokbaş, H./Üçışık, F., Ankara, 2015, s. 22;

<sup>30</sup> Halis Yaşar, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak Ve Sorumlulukları", **TBB Dergisi**, 2012, S: 102, s. 317; Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu Hukukî Müzakere Toplantıları Samsun – 31 Ekim-03 Kasım 2013(**HSYK Samsun**), s. 1-2, çevrimiçi: 11.07.2016 <http://hmt.hsyk.gov.tr/toplantilar/2013/adli-yargi/guz/samsun/raporlar/7.Grup.pdf>

<sup>31</sup> Halis Yaşar, **a.g.e.**, s. 317.

<sup>32</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hasan Seçkin OZANOĞLU, "Yargıtay Uygulamasında TKHK'nun Uygulanma Alanı Bakımından İsimli Sözleşmeler", **ABD**, 2000, S. 3, s. 58 vd.

<sup>33</sup> Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 1103.

<sup>34</sup> Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 1103; Halis Yaşar, **a.g.e.**, s. 317.

hizmet sağlayanlara göre zayıf ve tecrübesiz bir konumda olması, tüketiciyi korumaya yönelik politikaların odak noktasını teşkil eder. Bu sebeptendir ki, TKHK'nda belirtildiği üzere tüketici olarak nitelendirebilmemiz için hukuki işlem yapmaktaki amacının mesleki veya ticari olmaması gerekir. Daha açık bir ifadeyle, kişi nihaî amaç olarak özel kullanım ve yararlanma amacını izliyor ise kişinin tüketici olarak kabulü gerekirken, yaptığı işlemde kâr ve kazanç sağlamayı amaçlıyorsa bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekir.

Arsa sahibinin yapılan sözleşme uyarınca tüketici niteliğinde olmadığı belirlenmesinde; inşaat yaptırmayı işini meslek edinmiş olması, bu işin bir defadan fazla tekrarı ya da konutu bulunduğu halde, kazanç sağlamak amacıyla arsa satın alıp, üzerinde inşaat yaptırmak suretiyle hareket etmesi, konut sayısı gibi kriterleri esas alınmaktadır<sup>35</sup>. Bu hallerin varlığı halinde arsa sahibinin tüketici olarak kabulü mümkün olmayıp, bu durumda uyuşmazlık TBK m. 470 vd. maddelerince genel hükümler doğrultusunda çözümlenir. Ancak çoğunluk görüşü<sup>36</sup> ile Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda, arsa sahibinin bu hukuki ilişkideki konumu ve kendisine ait arsayı kişisel ihtiyaçları için kullanma amacını aşacak şekilde kazanç elde etmek amacıyla yükleniciye devretmesi, karşılığında değer kazanması beklentisiyle veya kiraya verme düşüncesiyle bağımsız bölümler iktisap etmesi nedeniyle arsa sahibinin "tüketici" olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir.

Özellikle, arsa sahibinin birden çok bağımsız bölüm elde etmek üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapması ve daha sonra kendi konut ihtiyacı için kullandığı bağımsız bölüm dışındakilerden kira geliri elde etmesi kazanç elde etme amacını gösterdiğinden, sözleşmenin TKHK kapsamında değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>37</sup>. Uygulamanın bu yaklaşımından, arsa sahibinin kendi barınma veya tatil ihtiyacını karşılamak üzere sadece bir tane konut elde etmek için yükleniciyle sözleşme yapması halinde söz konusu arsa payı karşılığı inşaat

<sup>35</sup> Kostakoğlu, a.g.e., s. 1103-1104.

<sup>36</sup> Çevrimiçi: 10.07.2016 [www.batur.av.tr/blog-post/arsa-payi-karsiligi-insaat-sozlesmesi](http://www.batur.av.tr/blog-post/arsa-payi-karsiligi-insaat-sozlesmesi); Gülen Sinem Tek, "Tüketici Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Tüketici Mahkemelerinde Yapılan Yargılamanın Usulü", **Hakemli Makale**, çevrimiçi: 11.07.2016 [www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423872239.pdf](http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423872239.pdf), s. 147.

<sup>37</sup> Bkz. Yarg. 13. HD, T. 18.3.2015, E. 2015/5235, K. 2015/8680; Yarg. 23. HD, T. 16.3.2015, E. 2015/96, K. 2015/1657. Buna karşılık, iki adet stüdyo tipi daire satışı işleminin de TKHK kapsamında olduğu yönünde bkz. Yarg. 13. HD, T. 23.6.2014, E. 2014/15653, K. 2014/20558

sözleşmesinin tüketici sözleşmesi sayılabileceği hususunda bir neticeye varmak söz konusudur.<sup>38"</sup>

Yargıtay 23. HD.'nin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin tüketici sayılamayacağı gerekçesiyle tüketici mahkemelerinin görevli olmayacağına ilişkin kararları: *"Her ne kadar dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6502 sayılı Yasa'nın 3/l bendiyle tüketici işlemi kapsamına eser sözleşmeleri alınmışsa da, somut olayda olduğu gibi arsasına karşılık bağımsız bölüm alacak olan arsa sahibinin ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket ettiğinden söz edilemeyeceği, amacının salt kişisel ihtiyaçları için kullanma, tüketme amacını aştığı, Yasa'nın 3/k maddesindeki "tüketici" tanımına uymadığı anlaşılmaktadır.. arsa sahibi açısından güdülen amaç arsasının değerlendirilmesini sağlayacak yapının arsa üzerine yapılmasıdır. Bu nedenle, arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü işbu saikin, 6502 sayılı Yasa'da tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır.. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin kapsamı, karmaşıklığı ve üst düzey teknolojisi gerektirmesi karşısında, bu davaların; dilekçelerin verilmesi, tahkikat ve hüküm aşamaları yönünden daha kısa ve basit şekilde sonuçlandırılmasında yarar görülen basit yargılama usulüne tabi tutulmasının sakıncaları da gözardı edilmemelidir<sup>39</sup>."*

*"...Kişisel ihtiyaçları dışında, belirli bir meslek icrası, belirli bir üretimde kullanma, yeniden satış, ticari olarak kullanma vs. gibi amaçlarla da alıcı olunabilir. Bir mal veya hizmeti, bu amaçlarla satın alanlar, tüketici sayılmaz...Her ne kadar 6502 sayılı Yasa'nın 3/l bendi ile tüketici işlemi kapsamına eser sözleşmeleri alınmışsa da, somut olayda olduğu gibi davalı arsa sahibinin arsasına karşılık alacağı dairelerinin sayısı ile niteliği dikkate alındığında ve ayrıca elde edeceği rant gözetildiğinde arsa sahibinin amacının salt kullanma olduğu kabul edilemez..Güdülen amaç, arsasının değerlendirilmesini sağlayacak yapının arsa üzerine yapılması ve edinilecek daireleri satma veyahut kiraya verme sureti ile değerlendirmektir. Bu nedenle, arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü işbu ticari saikin, 6502*

<sup>38</sup> Özçelik, **a.g.e.**, s. 1164.

<sup>39</sup> 23. HD. 28.05.2015 T. ve 2015/2827 E., 2015/3969 K; çevrimiçi:03.07.2016 www.ilkerduman.av.tr

sayılı Yasa'da tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır.<sup>40</sup>

Arsa malikinin kendi payına düşen bağımsız bölümlerin mülkiyetini üçüncü kişiye(tüketicie) devretmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, arsa maliki "satıcı-sağlayıcı" olmadığı için, tüketici mahkemelerinin görevli olmayacağına dikkat etmek gerekir<sup>41</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici kendisine düşen arsa paylarına ilişkin işyeri dışındaki konut nitelikli bağımsız bölümleri, üçüncü kişilere tapuda devrederse veya noterde satış vaadi ya da adi yazılı şekilde temlik ederse ve üçüncü kişi taşınmazı konut veya tatil amaçlı satın alıyorsa, yapılan bu sözleşme tarafların niteliği ve amacı dikkate alındığında tüketici işlemi olup, TKHK kapsamında uyuşmazlıklar çözülür. Kısaca yükleniciden kendisine düşecek arsa paylarına ilişkin "konut" amacıyla kullanılmak üzere bağımsız bölüm alan kişi, "tüketici mahkemesi"ne, "işyeri alan, "asliye hukuk mahkemesi"ne dava açmalıdır<sup>42</sup>.

Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkını temlik alan üçüncü kişilerin taşınmazı konut amaçlı edinmesi halinde tüketici sayılacağı ve yüklenici ile arsa sahibinin zorunlu dava arkadaşı gösterilerek uyuşmazlığın tüketici mahkemelerinde görüleceği hususunda Yargıtay kararlarında görüş birliği<sup>43</sup> bulunmakta olup, aşağıdaki şu kararı örnek verebiliriz<sup>44</sup>:

<sup>40</sup> Y. 23. HD. 10.09.2015 T. ve 2015 / 5024E., 2015 / 5777 K., çevrimiçi: 29.06.2016, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com)

<sup>41</sup> Naci Özdamar, "Tüketici Haklarına Genel Bir Bakış", **İBD Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı**, S: 6, Kasım 2007, s. 50; Tek, **a.g.e.**, s. 147. "...arsa sahibinin "konut" satması halinde, dava "genel" mahkemede görülecektir." 14 HD., 31.3.2006 T. ve 2006/2524 E., 2006/3781K.; çevrimiçi: 09.07.2016 <http://selahattincanbolat.av.tr/page15.html>

<sup>42</sup> Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 1104; Tek, **a.g.e.**, s.147; çevrimiçi: 11.07.2016 <http://selahattincanbolat.av.tr/page15.html>.

<sup>43</sup> "Oturmak amacı ile konut satın alan kişi ile yüklenici arasında düzenlenen sözleşme BY'nin 162. maddesi hükmüne göre alacağın temlik olup bu tür sözleşmelerin resmi biçimde yapılması zorunlu olmadığı ve somut olayda düzenlenen yazılı sözleşmenin de bu nitelikte olduğu ve konut satışının da 4077 sayılı tüketici yasasında düzenlendiği anlaşılmakla 4077 sayılı yasa kapsamında kalan uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülüp sonuçlanması gerekir (Y. 20. H.D. 25. 09. 2006 T. ve 2006/9187 E., 2006/11816 K.; İstanbul Barosu Dergisi Cilt:83, Sayı: 6, Yıl: 2009 s. 3397-3398)"; "Dava, satın alınan konutun inşasının zamanında bitirilip teslim edilmemesinden ve eksik işler bulunmasından kaynaklanan iş bedeli ve kira kaybı toplamı 12. 970, TL'nin tahsili istemine ilişkin bulunmakla davaya bakmakla görevli mahkeme 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Kanunu'nun 2. maddesi gereği Tüketici mahkemesidir( Y. 13. H.D. 14. 09. 2004 T. ve 2004/4425 E., 2004/11837 K.;

“Bir uyuşmazlığın 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun kapsamında kalması ve tüketici mahkemesinin görevli olması için tarafların yasanın 3. maddesinde tanımı verilen tüketici ve sağlayıcı olması gerekir. Mahkemece satışa konu dairenin davalının ticari veya mesleki faaliyetinden kaynaklanmadığı bu neden ile uyuşmazlığın 4077 sayılı yasa kapsamında kalmadığı kabul edilmiştir. Ne var ki davalıların murisine karşı dava dışı üçüncü kişiler tarafından açılan ve kesinleşen Bakırköy 4. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2001/633 Esas ve 2002/268 Karar sayılı ilamında muris Sayıt’ın yüklenici olduğu kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile inşaat yapıp sattığı belirlenmiştir. Satıcının yüklenici olması halinde uyuşmazlığın 4077 sayılı yasa kapsamında olduğu tüketici mahkemeleri’nin görevli olduğu kuşkusuzdur.

45 ”

“...bir mal veya hizmeti, kişisel ihtiyaçları dışında, belirli bir meslek icrası, belirli bir üretimde kullanma, yeniden satış, ticari olarak kullanma vs. Gibi mesleki veya ticari amaçlarla satın alanların tüketici kabul edilmeyecekleri kuşkusuzdur...somut olay irdelendiğinde: Davalılardan yüklenici H... A... İle diğer davalı arsa sahibi S... Ç... Arasında 24.5.2006 tarihli gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlendiği; davacı ile davalı yüklenici arasında düzenlenen Daire Satış Sözleşmesi ile de, davalı yükleniciye isabet edecek

---

İstanbul Barosu Dergisi Cilt:82, Sayı: 3, Yıl: 2008 s. 1442–1443)”; “Olayda taşınmazın konut olarak kullanılmak üzere yükleniciden satın alındığı anlaşılmaktadır. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un 3/c maddesinde sadece “Ticaret konusu taşınır mallar” kanun kapsamına alınmış iken 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 3/c maddesi ile “konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar” da Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamına alınmıştır. 4077 Sayılı Kanunun 23. maddesinde ise; bu kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü uyuşmazlıklara TÜKETİCİ MAHKEMELERİNDE bakılacağı hükme bağlanmıştır. (YHGK 05.10.2005 T. ve 2005/14-490 E., 2005/563 K., çevrimiçi: 11.07.2016 www.kazanci.com)”; “Somut uyuşmazlıkta, alışverişe konu olan konut amaçlı taşınmaz, satın alan davacı tüketici kavramına uygun gerçek kişi, satıcı olan davalı ise ticari ve mesleki faaliyeti kapsamında tacir olmayan gerçek kişiye mal sunan yüklenicidir. Tarafların sıfatlarına, alışverişe konu bağımsız bölümün konut olmasına göre açılmış olan davanın tüketici mahkemesinin görev alanına gireceğinden hiçbir duraksama olmamalıdır. Üzerinde uyuşmazlık çıkan satın alınan taşınmaz, satın alan tüketici tarafından doğrudan konut olarak kullanılmaması ve fakat konut amacı ile kullanmak üzere üçüncü kişiye kiralanmış olması bir tasarruf biçimi olup, alışverişe konu malın konut niteliğini etkilemez (YHGK 09. 04. 2008 T. ve 2008/14- 311 E., 2008/311 K.; Yargıtay Kararları Dergisi Cilt:35, Sayı:11 Yıl:2009 s.2039–2040)”;  
<sup>44</sup> <http://hmt.hsyk.gov.tr/konular/adli-yargi/ozel-hukuk/3-tasinmaz-hukuk/3.pdf>= Hâkimler ve Savcılar yüksek kurulu hukuki müzakere toplantıları 23-26 mayıs 2013 - izmir(HSYK İzmir), s. 4. Örnek karar için bkz. Yargıtay 14. H.D. 18/12/2012 T. ve 2012/12602 E., 2012/14496 K.

<sup>45</sup> Y. 13. HD. 30. 06. 2010 T. ve 2010/2481 E. ve 2010/9703 K.; İstanbul Barosu Dergisi Cilt:84, Sayı: 5, Yıl: 2010 s. 3375–3376.

dairelerden D Blok 3, 4, 7, 8, 11 ve 12 numaralı altı adet bağımsız bölüm ile blok altında bulunan ve garaj şeklinde düzenlenmiş bodrumun tamamının davacılara satımı konusunda anlaştıkları; 8,11 ve 12 nolu bölümlerin davacılara devredildiği; 3,4 ve 7 nolu bölümlerin ise devredilmediği dosya kapsamı ile bellidir... Ayrıca, davacı vekili bozma sonrası 11.2.2010 günlü celsede aynen; "...müvekkillerimin davalı taraftan satın aldıkları bağımsız bölümlerin birini, ikisini kendi ihtiyaçları olarak alsa bile diğerlerini yatırım maksatlı kira geliri elde etmek maksadıyla almıştır..." şeklinde beyanda bulunmuştur. Tüm bu olgular birlikte değerlendirildiğinde: davacı yanın anılan taşınmazları ticari amaçla edindiği; böyle bir edinmenin tüketici işlemi olmadığı gibi davacının da tüketici sıfatı taşımadığı anlaşıldığından; konunun Tüketici Mahkemesinin görev alanına girmediği, davanın Ticaret Mahkemesinde görülüp karara bağlanmasında isabetsizlik bulunmadığı sonucuna varılmıştır<sup>46</sup>. "

Ancak birden fazla daire alınması durumunda hangi mahkemenin görevli olacağı konusunda Yargıtay'ın 13. ve 14. daireleri ile Yargıtay Genel Kurulu arasında görüş farklılığı vardır ki, Y.H.G.K birden fazla daire satın alınmasını "ticari amaçlı" olduğu değerlendirmesinde bulunarak genel mahkemelerin görevli olduğu görüşündedir<sup>47</sup>. "Özetle:davacı tasarruf ve geleceğini garanti altına almak amacıyla 5 adet bağımsız bölümü yükleniciden aldığına göre sözleşme tüketici işlemi olamaz, görevli mahkeme asliye hukuktur."<sup>48</sup>

Kanaatimizce, somut olayın özelliklerine göre yükleniciden konut satın alan kişinin sıfatı değerlendirilmeli, ticari amaçla hareket edildiğinin belirlenmesinde sadece daire sayısı kriteri göz önüne alındığında kişilerin mağduriyete uğrayabileceği dikkate alınarak, bağımsız bölüm alanın örneğin, birinci derece yakınlarının konut ihtiyacının karşılanması ve daire sayısının bu ihtiyaçla uyumlu olması gibi istisnai

<sup>46</sup> HGK'nun 30.06.10 T. ve 2010/14-358 E., 2010/353 K.; çevrimiçi:09.07.2016 www.kararara.com

<sup>47</sup> HSYK İzmir, s. 4. Örnek karar için bkz. Yargıtay 14. H.D. 18/12/2012 T. ve 2012/12602 E., 2012/14496 K.

<sup>48</sup> Y. 13.H.D 17.02.2012 T. ve 2011/5055 E., 2012/354 K.; çevrimiçi:09.07.2016 www.kararara.com

hallerde tüketici mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna varılması mümkün olacaktır<sup>49</sup>.

#### 5.4. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KANUN KAPSAMINDA HAKLARI

Yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme birleşik sözleşme olup, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kendisine düşecek arsa payı devrinin yanında o arsa payının tekabül ettiği bağımsız bölümün tamamlanması ve teslimi üçüncü kişinin ödediği bedelin karşılığını oluşturmaktadır, dolayısıyla, sözleşmenin karşı tarafının edimi hem satıcının hem yüklenicinin edim borcunu içermektedir<sup>50</sup>. Bu sebeplerle yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara öncelikle şartların varlığı halinde TKHK'nun ayıp ve haksız şarta ilişkin özel hükümleri uygulanacak, sorun hakkında kanunda hüküm bulunmaması halinde genel hükümlere gidilecektir<sup>51</sup>.

Konumuz kapsamı dışında olduğundan TKHK'nun 17 ve devamı maddelerinde düzenlenen taksitle satış<sup>52</sup>, m.40 ve devamında düzenlenen ön ödemeli konut satışları ile isimsiz sözleşme çeşitlerinden olan gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi değerlendirmemiz dışında tutulmuştur.

##### 5.4.1. Ayıplı Mal Ve Eksik Yapılan İmalatlar

TKHK m.8'de ayıplı mal tanımlanmış olup, "ayıp, ifa şartlarına uygun olarak yapılan ifalarda söz konusu olur. Malın sözleşme ile kararlaştırılan yerden başka yerde teslimi, sayıca eksik teslimi, kararlaştırılan malın dışında başka bir malın teslimi ayıp sayılmaz; bu gibi durumlar sözleşmenin ihlâlidir<sup>53</sup>." TKHK'na göre ayıbın şartları şunlardır; 8. maddenin I. fıkrasında belirtildiği üzere mal tüketiciye

<sup>49</sup> HSYK İzmir, s. 4; HSYK Samsun, s. 1-2.

<sup>50</sup> Erman, **ag.e.**, s. 176; Turgut Öz, **ag.e.**, s. 168.

<sup>51</sup> Yılmaz Aslan, **Tüketici Hukuku Dersleri**, 4.bs., İstanbul, Ekin Yay., 2014, s. 37.

<sup>52</sup> Taşınmaz mallara ilişkin TKHK'nun taksitle satış sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilirliğine ilişkin görüşler olup ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Ünlütepe "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Taksitle Satış Sözleşmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2014, S.2., s. 304 vd.

<sup>53</sup> İhsan Erdoğan, "Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmet İfalarına Karşı Korunması", s.10, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1\\_2\\_5.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_2_5.pdf), s.10-11, naklen Zevkliler, s. 39

teslimi anında ayıplı olmalı ve ayıbın gizli olması yani tüketicinin ayıbı bilmemesi gerekir (TKHK m.10/II)<sup>54</sup>.

Uygulamada en çok karşımıza çıkan konu vaat edilen taahhütlerin yapılmamış olması, eksik iş mi yoksa ayıplı ifa mı olduğu konusudur. Tüketici mahkemelerinin uygulamaları ve Yargıtayın bu konudaki kararları genel olarak davalara göre değişiklik göstermektedir<sup>55</sup>. Eksik iş halinde, kural olarak, teslim gerçekleşmediğinden ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulmaz<sup>56</sup>. Ayıplı işte yapı meydana gelmiştir ancak sözleşme ve dürüstlük kuralına göre olması gereken vasfı inşaat taşımamakta olup, eksik iş yapılmayan işi ifade ettiğinden niteliğinin sözleşmeye veya dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı da tartışılmayacaktır<sup>57</sup>. Bu ayrımın önem arz eden husus, ayıplı işler bakımından tüketicinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanamaması ve bağımsız bölümü bu şekilde kabul etmiş sayılmasına karşılık<sup>58</sup>, eksik işlerde yüklenicinin ayrıca bir ihbar yükümlülüğü olmadığından 10 yıllık zamanaşımı süresinde eksik işler nedeniyle satıcıdan tazminat talep edebilmesidir<sup>59</sup>.

Teknik şartnamelerde belirtilen inşaatın teknik nitelikleri ve bağımsız bölümlerin hangi malzemeler kullanılarak yapılacağı hususları veya teknik şartnamede belirtilmiş olmasa dahi orta seviyedeki bir inşaatla bulunması gereken imalatın bir kısmının veya tamamının yapılmamış olması halinde "eksik iş" söz

<sup>54</sup> Erdoğan, **a.g.e.**, s.10.

<sup>55</sup> Kaya, **a.g.e.**, s. 126; Yarg. 15. HD. 14.02.2006 T., 2005/5103 E., 2006/727 K.: "Genel olarak eksik iş; yapılması gerektiği halde yapılmayan işleri, ayıp da; sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre eserde olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki aleyhe farkları ifade etmektedir."; çevrimiçi:10.10.2017 www.kararara.com

<sup>56</sup> Gümüş, **a.g.e.**, s. 48 vd; Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 448.

<sup>57</sup> Turgut Uygur, **Açıklamalı-İctihathı Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku**, C. 3, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2010, s. 7829; Haluk Burcuoğlu, "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları Ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, İstanbul, 1990, s. 286; Sanem Aksoy Dursun, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkı**, Legal Hukuk Dergisi, Y.;2011, C.; 9, S.; 101, s. 1847.

<sup>58</sup> Aşağıda izah ettiğimiz üzere, benimsediğimiz görüşe göre, yeni TKHK hükümlerinde ayıp nedeniyle bir ihbar ve muayene külfeti bulunmadığından artık aralarındaki fark sadece taleplerin ileri sürülebileceği zamanaşımı sürelerinin farklı olmasından ileri gelmektedir.

<sup>59</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 199; Kaya, **a.g.e.**, s. 127.

konusudur<sup>60</sup>. Vaat edilen niteliklere aykırı olarak bağımsız bölümün küçük yapıldığı iddiası<sup>61</sup> ile açılan davalarda, genel olarak belediyece onaylı projedeki ölçüler ile mevcut durum bilirkişilerce ölçüm yapılarak karşılaştırılmakta, buna göre teslim edilen bağımsız bölümün projeden küçük olduğu sonucuna varılırsa, mahkeme, Yargıtay tarafından benimsenen nispi sisteme göre yapılacak hesaplama sonucu ortaya çıkan değer düşüklüğünü tüketiciye tazminat olarak verecektir<sup>62</sup>.

Yargıtay kararlarına yansımış ayıplı işlere şu örnekler verilebilir: Bağımsız bölümde kullanılan malzeme veya tesisatın bozuk, eksik ya da sözleşmenin gerektirdiğinden düşük kalitede veya küçük olması<sup>63</sup>, asansörlü olacağı taahhüt edilen binanın asansörünün bulunmaması<sup>64</sup>, Bağımsız bölümün önünün projeye aykırı olarak bina yapılması nedeniyle kapanması<sup>65</sup>, Sitenin genel çevre duvarları ve demir parmaklıklarının olmaması, güvenlik sisteminin çalışmaması, peyzaj işlerinin modern teknoloji ile yapılmamış olması, çevresinde taahhüt edilen sayıda ağaç bulunmaması, havuzların vaat edilen standartta olmaması<sup>66</sup>, sosyal veya sportif tesisler, yeşil alanlar vb. ortak yerlerin hiç bulunmaması, sözleşmenin

<sup>60</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 199-201; Kaya, **a.g.e.**, s. 125-126.

<sup>61</sup> Yarg. 23. HD'nin 15.11.2017 T. ve 2015/9799 E., 2017/3239 K.: "*Davacı arsa sahibi, kendisine kalan bağımsız bölümlerin, yüklenici davalıya kalan bağımsız bölümlere nazaran m<sup>2</sup> olarak daha küçük yapıldığını iddia etmiş olup, mahkemece, eksik iş niteliğinde olan ve gizli ayıp sayılmayan eksik m<sup>2</sup> imalatının gizli ayıp olarak kabulü de doğru olmamıştır.*" çevrimiçi:10.10.2017 www.kazancı.com. Buna karşılık Yargıtay'ın

bazı kararlarında, taşınmazın yüzölçümünün sözleşmenin gerektirdiğinden küçük olması bir "ayıplı ifa" değil, eksik ifa olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Yarg. HGK, T. 9.12.1992, E.1992/649, K. 1992/732; Yarg. 15. HD, T. 17.06.2008, E. 2008/1942, K. 2008/4021; aynı yönde bkz. Kara, İ.: *Tüketici Hukuku*, Ankara 2015, s. 744; bağımsız bölümün yüzölçümü eksikliği bakımından aynı yönde bkz. Turgut Öz, "**Konusu Taşınmaz olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**", 4. Tüketici Hukuku Kongresi, Ed. Tokbaş, H./Üçışık, F., Ankara 2015, s. 147.

<sup>62</sup> Kaya, **a.g.e.**, s. 124.

<sup>63</sup> Yarg. 13. HD, 29.5.2014 T. ve 2014/12919E., 2014/16687 K. çevrimiçi:10.10.2017 www.kazancı.com

<sup>64</sup> Yarg. 13. HD, 6.11.2013 T. ve 2013/14926 E., 2013/27424 K. çevrimiçi:10.10.2017 www.kazancı.com

<sup>65</sup> Yarg. 13. HD, 22.4.2014 T. ve 2013/15540 E., 2014/12779 K. çevrimiçi:10.10.2017 www.kazancı.com

<sup>66</sup> Yarg. HGK, 25.2.2015 T. ve 2014/13-591 E., 2015/875 K. çevrimiçi:10.10.2017 www.kazancı.com

gerektirdiğinden küçük olması, kamu malı taşınmazlar veya üçüncü kişilerin mülkiyetindeki parseller üzerinde yer alması<sup>67</sup>.

Ayıplı maldan sorumlulukla ilgili kanunun 10. Maddesinde satışa konu taşınmazın teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların teslim anında var olduğuna ilişkin karine<sup>68</sup> kabul edilmekte, malın ayıplı olmadığına ilişkin ispat külfeti satıcıya yüklenmektedir.

#### 5.4.1.1. Tüketicinin Seçimlik Hakları

Kanunun 11. maddesinde, 3. kişiye ayıplı mala ilişkin seçimlik haklar tanınmış olup, bunlar:

- Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme<sup>69</sup>,
- b) Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme,
- c) Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme,
- ç) İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme,
- d) Ayrıca, tüketici, yukarıda sayılan seçimlik haklardan biri ile birlikte, 6098 sayılı TBK hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir<sup>70</sup>.

6502 sayılı TKHK incelendiğinde, Türk Borçlar Kanunu'nun aksine tüketicinin seçimlik haklardan faydalanabilmesi için malı belirli bir süre içinde

<sup>67</sup> Yarg. 13. HD, 13.4.2014 T. ve 2013/8150 E., 2014/7244 K.; Sözleşmede yapılacağı taahhüt edilen sosyal tesislerin hiç yapılmamış olmasının ayıplı ifa değil, eksik ifa teşkil ettiği yönünde bkz. Yarg. HGK, 23.11.2011 T. ve 2011/13-350 E., 2011/700 K. çevrimiçi:10.10.2017 www.kazancı.com; Ortak yerlerdeki tesislerin yapılmamasını ayıplı ifa olduğu yönünde Bkz. Turgut Öz, "**Konut ve Tatil Amaçlı Taşınmaz Satışında Ayıplı İfa- Eksik İfa Ayırımı**", 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Ankara 2013, s.544(Öz, Sempozyum)

<sup>68</sup> Turan Şahin, Mahmut Kizir, "**6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esaslar, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler**", (Terazi HD, Ocak 2014, S. 89, Tüketici Hukuku Özel Sayısı, s. 74-75.

<sup>69</sup> Yükleniciden taşınmazı satın alan kişinin taşınmazda hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıp bulunması, taşınmazın onarımla düzeltilmesinin maliyetli olması veya taşınmazın kullanılamayacak durumda olması halinde sözleşmeden dönme hakkı bulunduğunun kabulü gerekir.

<sup>70</sup> Eksikliklerin ayıplı ifa sayılması tüketicinin lehinedir, zira ayıp halinde belirttiğimiz seçimlik hakları tüketici dileği gibi kullanabilir. Ancak eksik ifade tüketici sadece kısmi imkansızlık ve kısmi temerrüitten doğan tazminat hakkına ve kısmi dönme hakkına sahiptir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Öz, Sempozyum, s.546.

muayene etmesi gereği açık olarak düzenlenmediği görülecektir<sup>71</sup>. Doktrinde yazarların bir kısmı bu gerekçe ile tüketici satışlarında muayene külfetini reddetmekte<sup>72</sup>, bir kısmı da kanun boşluğu söz konusu olduğunu ve eski kanun m.30(TKHK m.83) atfı ile TBK hükümleri ile bu boşluğun doldurulacağını ileri sürmektedir<sup>73</sup>.

Kanaatimizce, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenleme yapılmaması kanun boşluğu değil, kanun koyucunun bilerek bu hususta düzenleme yapmamayı istemesinden ileri gelmektedir. Dolayısıyla mehz düzenleme AB Yönergesi ile de paralellik gösterdiği üzere tüketicinin taraf olduğu satış sözleşmeleri açısından muayene külfetinin olmadığı kabul edilmelidir<sup>74</sup>.

Taşınmazı teslim alan tüketici konumunda olan üçüncü kişi kendisine, taşınmazda kullanılan malzemelerin vaat edilen nitelikte veya sözleşme ile kararlaştırılan özelliklere uygun olmadığını gördüğü takdirde bunu yükleniciye ihbar külfeti 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tümüyle kaldırılmıştır<sup>75</sup>.

Muayene ve ihbar külfetinin kalkmış olmasının satıcıyı mağdur edeceği düşünülmemelidir, zira tüketicinin ayıptan doğan haklarını kullanması için zamanaşımı süresi öngörülmüş olup, taşınmaz satışında 5 yıllık süre içinde satıcıya başvurulmalıdır(m.12). Taşınmazlarda ayıbın meydana geliş sebebi ve kimin kusurundan kaynaklandığının tespiti, mahkeme tarafından atanan uzman bilirkişilerce belirlenir. Dolayısıyla, alıcı üçüncü kişinin satıcı yükleniciye ayıbı fark etmesine rağmen başvurmadığı, hafif ayıplı olarak taşınmazı kullanmaya devam ettiği ve zamanaşımı süresinin dolmasına yakın satıcıya başvurarak seçimlik

---

<sup>71</sup> Yeşim M. Atamer, Ece Baş, " Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk", **İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel sayısı**, C:88, S.1, s. 31

<sup>72</sup> Aslan, **a.g.e.**, s.80-81.

<sup>73</sup> Aydın Zevkliler, Murat Aydoğdu, **Tüketicinin Korunması Hukuku: Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**, 3. Bs., Ankara, Seçkin Yay., 2004, s.121.

<sup>74</sup> Atamer, Baş, **a.g.e.**, s. 32; Ş. Barış Özçelik, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taşınmazlarda Ayıptan Sorumluluk, s. 1172.

<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/handle/123456789/49154>

<sup>75</sup> Atamer, Baş, **a.g.e.**, s. 32.

haklarını kullanmak istemesi gibi bir durumun varlığı halinde bu husus, MK m.2 çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilecektir<sup>76</sup>.

#### 5.4.1.2. Ayıp Sorumluluğunda Zamanaşımı

Kanunun 12. maddesinde; " kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, konut veya tatil amaçlı taşınmaz malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren beş yıldır. Bu Kanunun 10 uncu maddesinin üçüncü fıkrası saklı olmak üzere ikinci el konut veya tatil amaçlı taşınmaz mal satışında satıcının ayıplı maldan sorumluluğu üç yıldan az olamaz. Ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı hükümleri uygulanmaz."

Zamanaşımına ilişkin Yargıtay vermiş olduğu bir kararda; "Davacı,davalıdan 13.11.1995 tarihinde bir daire satın aldığı duvar ve tavanda oluşan su sızıntısı ve mevcut rutubet nedeniyle dairenin duvarları böceklenip boyalarının ve parkelerinin kabardığını eşyaların zarar gördüğünü ileri sürerek şimdilik 2.500.000.000.-TL maddi, 2.500.000.000.-TL da manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalı, beş yıllık zamanaşımı süresinin dolduğunu, dairede ayıp bulunmadığını, tespit raporunu kabul etmediklerini savunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, dairenin gizli ayıplı olduğu kabul edilmek ve bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle 2.000.000.000.-TL maddi tazminatın tahsiline, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiş, hüküm taraflarca temyiz edilmiştir... Bir hukuki işlemin 4077 sayılı yasa kapsamında kalıp kalmadığının belirlenmesi için, yasanın amacı içinde mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. Somut uyuşmazlıkta davalılar ile davacı arasında konut satımı hususunda sözleşme yapıldığı ve taraflar arasında 4077 Sayılı Yasa kapsamında kalan bir hukuki ilişkinin kurulduğu anlaşılmaktadır<sup>77</sup>." şeklinde belirtilmiştir.

#### 5.4.2. Haksız Şart Hükümlerinin Uygulanması<sup>78</sup>:

<sup>76</sup> Atamer, Baş, **a.g.e.**, s. 33.

<sup>77</sup> Y. 13. HD., 05.10.2004 T. ve 2004/6256 E., 2004/13662 K. çevrimiçi: 09.07.2016 www.kazanci.com

<sup>78</sup> 6502 sayılı Kanunda haksız şartlar hakkında bk. Tamer İnal, "Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar", Terazi Hukuk Dergisi, Ocak 2014, S:89, Tüketici Hukuku Özel Sayısı, s. 32 vd; Osman

#### 5.4.2.1. Haksız Şart ve GİŞ<sup>79</sup>

TKHK tüketici aleyhine sözleşmelere konan haksız şart hükümlerine karşı tüketiciyi koruyucu hükümler getirmiştir<sup>80</sup>. Tüketicilere ilişkin özel düzenlemenin yanında TBK'nun 20 ila 25. maddeleri benzer düzenleme ile tüketiciler dışında herkesi kapsayacak şekilde genel koruma hükümleri getirilmiştir<sup>81</sup>.

Genel işlem koşulları," *bir sözleşme yapılırken düzenleyenin ileride benzer şekilde çok sayıda sözleşmede kullanılmak amacı ile önceden tek başına hazırlayıp karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir*"(TBK m.20). GİŞ'ler belirli bir kişi dikkate alınmaksızın önceden hazırlanmış, genel ve soyut nitelikteki sözleşme hükümleri olup, sözleşmede veya ekinde yer alabilir.<sup>82</sup>.

TKHK'nun 5. maddesinde haksız şart tanımlanmış olup, Bu çerçevede bir sözleşme şartının haksız şart olarak değerlendirilebilmesi için:

- Tüketici niteliğini haiz 3. kişi ile müzakere edilmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye dahil edilmesi: Yapılan sözleşme önceden hazırlanmış, standart sözleşme niteliğinde olmalı ve konulan bu hükümlerin 3. kişi ile herhangi bir şekilde müzakere edilmemiş olması gerekir<sup>83</sup>.
- Dürüstlük kuralına<sup>84</sup> aykırı düzenlenme olmalı.
- Düzenleme Tüketici niteliğini haiz 3. kişi aleyhine dengesizlik yaratmalı: bBu hususta yapılacak değerlendirmenin tüm sözleşmeyi kapsayacak nitelikte tüm

---

Açıkgöz, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Haksız Şartlarla İlgili Getirdiği Yenilikler", Mehmet Akif Aydın'a Armağan, s.805-838(<https://dergipark.org.tr>)

<sup>79</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi(Haksız Şart)**, Ankara, Seçkin Yay., 2014.

<sup>80</sup> Kara,**a.g.e.**, s. 138. Bu düzenleme ile 5 Nisan 1993 tarihli Sözleşmelerdeki Haksız Şartlara İlişkin 93/13/AET sayılı AB Yönergesi iç hukukumuzda aktarılmıştır.

<sup>81</sup> Kara,**a.g.e.**, s. 139-140. TBK m. 648 uyarınca 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, yasanın sözleşmede zayıf olan tarafı korumaya yönelik hükümleri bu tarihten sonra yapılan sözleşmeler için uygulanır; Aydoğdu, **Haksız Şart**, s. 33.

<sup>82</sup> Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 69.

<sup>83</sup> Kara, **a.g.e.**, s. 141; Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 184 vd; Açıkgöz, **a.g.e.**, s. 827.

<sup>84</sup> Buradaki dürüstlük kuralı TMK m.2'de ifade edilen dürüstlük kuralıdır. Bkz. Kara, **a.g.e.**, s. 141; Aydoğdu, **Haksız Şart**, s. 191

sözleşme şartları ve bağlantılı sözleşmeler ve TKHK 5/7. Maddesi de dikkate alınarak yapılması önem arz etmektedir<sup>85</sup>.

#### 5.4.2.2. Haksız Şartın Hükümleri

- Haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür: TKHK, TBK'daki düzenlemeden(TBK m.27/II) farklı olarak yüklenicinin, kısmi hükümsüzlük sebebiyle, kesin olarak hükümsüz sayılan haksız şartlar olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğu savunması dinlenmez(m.5/II)<sup>86</sup>.

- Tüketici lehine yorum kuralı geçerlidir(TKHK m.5/4): Sözleşme metninde açık olmayan ifadeler, sözleşmeyi düzenleyen tarafın hükümlerin anlaşılır olması sorumluluğunu taşıması gerektiği dikkate alınarak yüklenici ile 3. Kişi arasında yapılan sözleşmede yüklenici aleyhine yorumlanmalıdır (contrastipulatore)<sup>87</sup>. Örneğin yüklenicinin hazırladığı ve daha önce de yapmış olduğu inşaatlarda kullandığı matbu sözleşmede mutfak dolaplarının masif ağaçtan yapılacağı belirtilmişse, aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa yatak odası dolaplarının da belirtilen malzemeden yapılacağı kabul edilmelidir.

- Eğer 3. kişi ile yüklenici arasındaki sözleşme şartları bir standart sözleşmenin şartları olup, önceden hazırlanmışsa ve bundan dolayı tüketici niteliğini haiz 3. kişi sözleşme içeriğine etki edememişse, bu hükümlerin 3. kişi ile müzakere edilmediği kabul edilir ki aksinin ispatı sözleşmeyi düzenleyen yükleniciye aittir (m.5/III). Bir kısım sözleşme şartlarının müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmının da müzakere edildiği anlamına gelmediğinden kalan kısma ilişkin de haksız şart denetimi yapılır<sup>88</sup>.

- Haksız şart denetimi sözleşmenin yapıldığı zamana göre yapılır (TKHK m.5/VI).

#### 5.4.2.3. Diğer Hükümler

---

<sup>85</sup> Kara, **a.g.e.**, s. 146.

<sup>86</sup> Kara, **a.g.e.**, s. 142-143.

<sup>87</sup> Kara, **a.g.e.**, s. 143-144; Kanun gerekçesi [www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr); Nezih Sütçü, **a.g.e.**, s. 2136.

<sup>88</sup> Kara, **a.g.e.**, s. 144.

Yeni TKHK kapsamında getirilen düzenlemeler ile 4. maddede tüketici ile yapılacak sözleşmelere ilişkin temel ilkeler belirlenmiş olup, somut olayın özelliğine göre yükleniciden bağımsız bölüm alan 3. kişi ile yüklenici arasında yapılan sözleşmeye uygulanabilir.

- Sözleşme süresi boyunca sözleşme şartları yükleniciden bağımsız bölüm alan üçüncü kişi aleyhine değiştirilemez.

- Taksitle taşınmaz satış sözleşmeleri konumuz dışında olmakla birlikte bedelin bir kısmının taşınmaz henüz tamamlanmadan önce yükleniciye verilmesi kalan kısmının da tamamlanması ve tapuda taşınmazın üçüncü kişi adına devri halinde ifası şeklinde kararlaştırılması halinde yüklenici kalan bedele ilişkin üçüncü kişiden teminat göstermesini isteyebilir. Bu halde "*tüketicinin yüklendiği edimler için alınan şahsi teminatlar adi kefalet hükmünde sayılır (m.4/V)*".

## SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin belirli payların mülkiyetini yükleniciye devretmeyi taahhüt ettiği, yüklenicinin ise arsa üzerine inşaat yapma ve belirlenen bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim borcu altına girdiği tam iki tarafa borç yükleyen çift tipli karma sözleşmedir. Karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı hususunda doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüştür. Taşınmaz satışı ve eser sözleşmesinin esaslı unsurları kanunun öngörmediği bir biçimde birleştigiinden sözleşmenin inşaat yapımına ilişkin bölümüne eser sözleşmesi ile ilgili hükümler, arsa paylarının devrine ait bölümüne de taşınmaz satışına ilişkin hükümler uygulanmak suretiyle hukuki sorunların çözülmesi mümkün değildir. Doktrinde ağırlık kazanan görüş yaratma (kıyas) teorisi olup, katıldığım bu görüşe göre, öncelikle sözleşme hükümleri yorumlanmalı, ikincil hususlarda eksiklik olması halinde taşınmaz satış sözleşmesi ile eser sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanarak boşluk doldurulmalı, gerekirse Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanması, böylece bir sonuca varılamıyorsa, TMK m.1/II hükmüne uygun olarak, bu konuda bir örf adet kuralı olup olmadığı araştırılmalıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi bir sözleşme olduğuna ilişkin doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Yüklenicinin eseri teslim ve arsa sahibinin pay geçirim borcu bakımından ani edimli borcun söz konusu olması, yüklenicinin işgörme faaliyetinin zamana yayılması sebebiyle katıldığım ve Yargıtayca benimsenen görüşe göre sözleşme “geçici-sürekli karmaşığı” özellik taşımaktadır. Bu nitelendirme ilerde değineceğimiz üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi halinde inşaatın bitirme oranı göz önüne alınarak feshin ileri ya da geriye etkili olmasına ilişkin uyuşmazlığın çözümünde hakkaniyetli bir sonuca ulaşmayı sağlayacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye kalacak arsa payları; kural olarak, inşaatın sözleşme hükümlerine, fen ve sanat kurallarına uygun olarak bitirilip, arsa sahibine düşen bağımsız bölümlerin teslim edilmesi üzerine yüklenici adına tescil edilir. Ancak uygulamada yükleniciye kredi sağlamak amacıyla

yükleniciye düşecek arsa paylarının başlangıçta devredildiği görülmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa paylarının tamamının başlangıçta yükleniciye devri, arsa paylarının inşaatın ulaştığı seviyeye göre kısım kısım devri, arsa sahibinin arsa paylarının satışını taahhüt etmesi ve yüklenicinin de arsa üzerine inşaat yapmayı taahhüt etmesi şeklinde olabilmektedir. Üçüncü kişilerin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden hak kazanma biçimleri ise, arsa payının başlangıçta yükleniciye devredilip devredilmediğine göre değişiklikler göstermektedir. Arsa payının başlangıçta devri halinde, yüklenici ile 3. kişi arasında satış sözleşmesi, satış vaadi sözleşmesi yapılması mümkündür. Satış sözleşmesi yapılması halinde yüklenici, 3. kişiye karşı yaptığı inşaatın noksan ve ayıplarından dolayı TBK'nun m. 246 yollamasıyla TBK'nun 219-227 maddeleri gereği sorumludur. Arsa payının başlangıçta devredilmemesi halinde yüklenicinin arsa payının devrine ilişkin kişisel hakkını 3. kişiye devretmesi alacağın temlik niteliğindedir. Bu sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir. 3. kişi, alacağın temlik sözleşmesi ile inşaatın bitirilerek bağımsız bölümün teslimi ve adına tescilini yükleniciden talep hakkına sahip olur. Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca inşaat yapma ve teslim borcunu eksiksiz yerine getirmesi halinde kişisel hakkı temlik alan 3. kişi kendisine vaat edilen taşınmazların mülkiyetinin devrini arsa sahibinden isteyebilir. Yargıtay, arsa sahibince yükleniciye yapılan arsa pay devrini, yükleniciye sermaye sağlanması için "avans" niteliğinde olduğunu, 3. kişinin ancak yüklenicinin edimini yerine getirip tapuya hak kazanması halinde hak sahibi olabileceğini kabul etmektedir. Tapuda aynı hak değişikliğine yol açabilecek kişisel hakların şerh edilerek etkisinin güçlendirilmesi mümkün olup, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki görünümü yüklenicinin arsa sahibinden arsa payının devrine esas alacak hakkıdır. Ancak arsa payının başlangıçta yükleniciye devredildiği halde arsa sahibi borcunu baştan ifa ettiğinden artık yüklenicinin etkisi güçlendirilecek bir şahsi hakkı kalmamıştır. Şerh ile yüklenicinin arsa payının devrine ilişkin kişisel hakkı kuvvetlenmiş olur, ancak şerh edilen hak aynı hakka dönüşmez, sadece etkisi kuvvetlenir. Böylelikle nisbi hak, sözleşmenin tarafı olmayan ancak sonradan arsaya ilişkin hak kazanan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Yani yüklenici, arsa sahibinden pay devralan üçüncü kişiye karşı, kendisine düşen bağımsız bölümlerin devrini isteyebilir.

Yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde, arsa sahibi aynen ifa ve geçikme tazminatını talep edebilir. Bu halde yükleniciye ayrıca uygun bir süre verilmesine gerek yoktur. Ancak aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmini talep edilmesi halinde yükleniciye uygun bir süre verilmelidir. Bu halde, aynen ifanın yerini tazminat borcu alır. Tazminatın hesaplanmasında mübadele ve fark teorisi karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimce, inşaatın büyük oranda tamamlanması veya arsa sahibinin kısmi ifayı kabul etmesi halinde mübadele teorisi uygulanmalı, diğer hallerde arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan karşı edimi elde etmeksizin kendi edimini yerine getirmek mecburiyetinde olması hakkaniyetli olmadığından fark teorisinin uygulanması daha uygun bir çözüm olacaktır.

Arsa sahibinin, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesi halinde feshin ileriye mi geçmişe mi etkili olduğu doktrinde tartışmalıdır. Yargıtay sözleşmenin feshi halinde kural olarak geçmişe etkili olduğunu, "olayın niteliği ve özelliğinin haklı göstermesi" halinde sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağını, inşaatın ancak %90 oranında tamamlanması halinde bu durumun gerçekleşeceğini kabul etmektedir. Kanaatimce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflarca feshin ileriye etkili veya geriye etkili sona ereceği kararlaştırılmamışsa, somut olaya göre inşaatın bitirme oranı, ekonomik değeri, inşaatla çok sayıda kişinin bağımsız bölüm alması ve ikamet etmesi dikkate alınarak sonuca gidilmesi gerekmektedir. Sözleşmeden dönme halinde tasfiyeye uygulanacak hükümler hususunda doktrinde fikir birliği olmayıp, klasik dönme görüşü, kanuni borç ilişkisi görüşü, dönüşüm veya yeni dönme görüşü, aynı etkili dönme görüşü olmak üzere dört görüş ileri sürülmektedir. Aynı etkili dönme görüşü dışındaki görüşlerde, sözleşmeden dönmenin üçüncü kişilerle yapılan tasarrufu etkilemeyeceği kabul edilmektedir. Sözleşmenin geriye etkili olarak sona ermesi(sözleşmeden dönme) halinde katıldığım klasik dönme görüşüne göre, borçlandırıcı işlem yapıldığı esnada geçerli iken yapılan geçerli tasarruf işleminin varlığı karşısında sözleşmenin geriye etkili olarak feshi halinde borçlandırıcı işlem sonradan geçersiz hale gelirse sözleşmeden dönme sadece akdi borç ilişkisini ortadan kaldıracak, ancak daha önceden yapılan tasarruf işlemlerinin aynı sonuçlarını etkilemeyecektir. Sebep ortadan kalktığından, taraflar birbirlerinden aldıklarını TBK 77 vd. maddeleri

gereğince sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri verecektir. Arsa sahibinin iade talebi kişisel hak niteliğinde olup, sadece yükleniciye karşı ileri sürebileceğinden başlangıçta arsa payının yükleniciye devri ve yüklenicinin 3.kişiye arsa payını satması halinde 3. kişinin kazanımı korunacaktır. Ancak, arsa payının başlangıçta yükleniciye devredilmemesi ihtimalinde, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, yüklenici ile 3. kişi arasında yapılan satış vaadi sözleşmesi 3. kişiye aynı hak sağlamadığından, 3. kişinin satış vaadinden doğan şahsi hakkına dayanarak arsa sahibinden bir talepte bulunması mümkün değildir, meğerki satış vaadi sözleşmesi tapu siciline şerh edilmemiş olsun. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel hak, tapuya şerh edilmişse, şerhin etkisi ile üçüncü kişinin kişisel hakkı kuvvetlenir ve aynı taşınmaz üzerinde mülkiyet veya diğer aynı hak sahibi olanlara karşı ileri sürülebilir hale gelir. Yani, şerhten sonra mülkiyetin bir başka üçüncü kişiye geçmesi durumunda, şerhle hakkı kuvvetlenmiş olan üçüncü kişi şerhin munzam etkisinden yararlanarak, tapunun iptalini ve taşınmazın adına tescilini isteyebilir. Arsa sahibinden doğrudan daire alan veya satış vaadinde bulunulan 3. kişiler ise sözleşmeden dönülmesi halinde etkilenmez. Çünkü arsa sahibi tapuda adına kayıtlı arsa payını 3. kişiye devretmekte veya satışını vaat etmektedir. Ancak 3. kişi sözleşmeden dönülmesi halinde sözleşmenin tarafı olmayan yükleniciden eksik ve ayıplı işlerden dolayı bir talepte bulunamaz, sözleşme hükümlerince arsa sahibine karşı taleplerini ileri sürebilir.

Yargıtay'a göre, yükleniciden tapuda arsa payı satın alan aynı hak sahibi ile satış vaadi sözleşmesi veya alacağın temlik yoluyla kişisel hak elde eden kişi arasında fark olmayıp, sözleşmenin geriye doğru feshi halinde 3. kişi bu hakkını arsa sahibine karşı ileri süremez. Yani 3. kişinin TMK'nun 1023. maddesinden yararlanamayacağını benimsemekte ve hatta 3. kişinin arsa payını başka bir kişiye devretmesi halinde de arsa sahibinin bu kişiye karşı dava açabileceğini benimsemektedir. 3. kişinin inşaattan bağımsız bölüm satın alması sebebiyle riski üstlendiği, iyiniyetli sayılamayacağı ve dolayısıyla tapu siciline güven ilkesinden yararlanamayacağı belirtilmektedir. Kabul ettiğim klasik dönme görüşü doğrultusunda, devir anında geçerli bir hukuki sebebe dayanarak 3. kişi adına tescil yapıldığından, sözleşmeden dönme 3. kişiye yapılan tescili yolsuz hale getirmez.

Dönme hakkının kullanılması ile tarafların borçları sona erer ve arsa sahibinin TBK'nun 77 vd. maddeleri uyarınca sebepsiz zenginleşme hükümlerince istirdat(geri alma) hakkı bulunmaktadır. Yargıtay kararlarında benimsenen aynı etkili dönme görüşü kabul edilmesi halinde ise, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde yüklenici adına yapılan tescil yolsuz hale gelir. Yargıtay kararlarının aksine "tapu siciline güven ilkesi" gereği yükleniciden arsa payı devralan 3. kişinin karine olarak iyiniyetli olduğunun kabulü gerekmekte olup, kazanımı TMK m.1023 gereği korunmalı, 3. kişi aynı hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilmelidir. Aksi halde arsa sahibi devir anında gerçek malikten aynı hak iktisap eden 3. kişiden yıllar sonra bağımsız bölümü geri alabilecektir. Yargıtay'ın her şartta arsa sahibini korumaya yönelik verdiği kararlar satış bedelini ödeyen ve hatta bağımsız bölümü teslim alan 3. kişilerin mağduriyetine yol açabilmektedir.

Diğer bir sözleşmenin sona ermesi ihtimali ifa imkansızlığı olup, ifa imkansızlığı, TBK'nun 483. maddesinde “eserin yok olması” şeklinde düzenlenmiş olup, inşaat, teslimden önce ve sözleşmenin kurulmasından sonra yok olursa, yüklenicinin imkânsızlıktan sorumlu olup olmaması farketmeksizin ifanın imkânsız hale gelmesiyle, aynen ifa yükümü sona erer. Yüklenicinin imkansızlıkta kusuru olmaması halinde karşı edim sona erer, yüklenici önceden aldıklarını sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri vermek zorundadır. İmkânsızlıktan yüklenicinin sorumlu olduğu hallerde arsa sahibi, artık elde edemeyeceği edim yerine müspet TBK'nun 112. maddesi gereği zararın tazminini talep etme imkânına sahip olur. Kanaatimce, maddi/hukuki imkansızlık halinde, yükleniciye sözleşmenin başında arsa payı devredilmiş ve yüklenici arsa payını 3. kişiye devretmişse, arsa sahibi sebepsiz zenginleşmeye dayanan kişisel hakkını 3.kişiye yöneltemeyecektir. Arsa payının yükleniciye devredilmediği halde, yükleniciden alacağı temlik alan 3. kişi, şahsi hakkını arsa sahibine karşı ileri süremeyecek, ivazlı alacağın temliki sözleşmesi sebebiyle yüklenicinin TBK m.191 gereği sorumluluğuna gidebilecektir.

İstisna sözleşmelerine ilişkin TBK'nun 486. maddesinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de uygulanması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir. Sözleşmeden yüklenicinin kişiliğinin göz önüne alınarak yapılmadığı anlaşılabilirse belirtilen madde uygulanmayabilir. Bu halde, yüklenicinin ölümü

veya aczinden önce arsa payı devralan 3. kişinin kazanımı yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmenin ileriye etkili feshinde belirttiğimiz esaslar çerçevesinde korunacaktır. Yargıtay'a göre, bilirkişi marifetiyle inşaatın kaçta kaçının tamamlandığı tespit edilmeli, bulunan değer yüklenicinin ölüm veya acze düştüğü gündeki rayiç değerine uygulanmalıdır. Kanaatimce, bu halde bedelin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırıldığı üzere, arsa payı olarak verilmesi gerekir.

Eser sözleşmeleri için düzenlenen tam tazminat ödeyerek sözleşmenin feshini düzenleyen TBK'nun 484. maddesinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde uygulanması mümkün olup, arsa sahibi, henüz inşaat tamamlanmadan, yükleniciye yapmış olduğu kısmın bedelini öder ve yüklenicinin uğradığı zararı tazmin ederse fesih beyanının yükleniciye ulaşması ile (tek taraflı fesih beyanı ile) sözleşme hükümlerini ileriye etkili olarak sona erdirir. Yargıtay, gerek arsa sahibinin tek taraflı fesih beyanı gerekse yüklenicin rızası ile ikale sözleşmesi yapılması halinde sözleşmenin sona ereceği ve arsa sahibinin nakden tazminat ödeyeceğini benimsemiştir. Tazminatın hesabında “toplama yöntemi” ve “kesinti yöntemi” olmak üzere iki tür yöntem bulunmaktadır. Yargıtay kararları ve toplama görüşünü savunanların aksine müspet zarar ve menfi zararın aynı anda talep edilmesi mümkün olmayıp, tam tazminat ödeyerek sözleşmenin feshinde yüklenici sadece menfi zararını yani fiili zararı ile kar mahrumiyeti (yoksun kalınan kar) kalemlerini talep edebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çift tipli karma sözleşme olduğundan Yargıtay ve doktrinde ağırlık kazanan ve katıldığım görüşe göre, taraflardan birinin edimi (arsa sahibinin edimi yükleniciye belirli arsa paylarının mülkiyetini geçirmek olduğundan) resmi şekle tabi olduğundan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de bu şekle uyularak yapılması gerekmektedir. Geçerlilik şartına uyulmaması halinde, kabul ettiğimiz klasik görüşe göre sözleşme kural olarak kesin hükümsüz olup, taraflar verdiklerini TBK'nun 77 vd. maddelerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri isteyebilir. Ancak, sözleşmeden doğan karşılıklı edimlerin taraflarca yerine getirilmesi, taraflardan biri kendisine düşen edimi yerine getirmesi, taraflardan birinin sözleşmenin yapılmasından sonraki davranışları ile kendine düşen

edimi ifa edeceğine ilişkin karşı tarafta tam bir güven uyandırmış ve karşı tarafın edimini büyük ölçüde yerine getirmesini sağlaması halinde şekil eksikliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Ayrıca sözleşmedeki şekil eksikliğinin tehlikesine bilerek katlanan veya eksikliği kendi yararı için isteyen kişi sonradan şekil eksikliğini ileri süremez. Saydığımız hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eden haller dışında sözleşmenin şekil eksikliği sebebiyle geçersizliğini, arsa sahibi, TBK'nun 188. maddesi uyarınca 3. kişiye karşı da ileri sürebilir. 3. kişi temlikin dayanağı olan sözleşmenin şekil eksikliği sebebiyle geçersizliği halinde tescil talebinde bulunamaz. Bu halde, yüklenici, 3. kişi ile yapmış olduğu ivazlı alacağın temlik sözleşmesinde TBK'nun 191. maddesi gereği temlik anında alacağın varlığını garanti ettiğinden, sözleşmenin geçersizliği halinde yüklenici TBK'nun 193. maddesinde sayılan kalemleri karşılamak zorundadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yapılacak binanın tamamlanması halinde yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının adi yazılı sözleşme ile 3. kişiye devri, TBK'nun 184 ve izleyen maddeleri gereğince alacağın temlik hükmündedir. Yüklenici tarafından aynı kişisel hakkın, değişik tarihlerde, adi yazılı şekilde, bir veya birden çok kişiye devri halinde, bir veya birden çok kişinin aynı bağımsız bölüm üzerinde hak iddia ettiği sıkça görülmektedir. "Zaman itibariyle önceki temlik" ilkesi uyarınca değişik tarihli temlik sözleşmelerinden, zaman bakımından en eski tarihli olanına öncelik tanınmalı, hangi devrin önce yapıldığının tespitinde, sözleşmenin yapıldığı an esas alınmalıdır. İlk temlik belirlenemiyorsa her ikisi de geçersiz sayılmalıdır. Çünkü, yüklenici, alacak hakkını bir üçüncü kişiye devredince malvarlığından alacak hakkı çıkacağından bu alacak hakkı üzerinde yüklenicinin tasarruf yetkisi sona erer. Dolayısıyla, aynı hak üzerinde ikinci bir devir sözleşmesi yapması halinde sözleşme geçersiz olacak, şahsi hak edinmede TMK'nun 1023. maddesinin uygulanması mümkün olmadığından 3. kişinin iyiniyetli olması bir değişiklik yapmayacaktır. Alacağını temlik eden yüklenici, 3. kişi ile arasında yapılan alacağın temlik sözleşmesi çoğunlukla ivazlı olduğundan mütevellî temlikler nedeniyle 3. kişinin alacağı elde edememesinden dolayı TBK'nun 191. maddesi uyarınca sorumlu olur. Anlattığımız hususların aksine Yargıtay aynı alacağın birden fazla temlikini "şahsi hakların yarışması olarak

nitelendirip, kural olarak yarışan şahsi haklardan önceki olanına değer tanımaktadır. Yargıtay uygulanmasında satış vaadi ile alacağın temlik arasında fark bulunmadığı kabul edildiğinden yüklenici ile üçüncü kişiler arasında yapılan sözleşmenin niteliğinin yani alacağının temlikinin adi yazılı ya da satış vaadi şeklinde noterde yapılmasının şahsi haklarda önceliğin belirlenmesinde bir önemi olmadığı ileri sürülmektedir. Ancak, satış vaadi sözleşmesi, arsa payının devrine ilişkin satım sözleşmesinin yapılmasına yönelik bir ön sözleşme olup, yüklenici sözleşme ile satım sözleşmesi yapma borcu altına girer. Alacağın temlik sözleşmesinin aksine borçlandırıcı işlem olması sebebiyle yüklenicinin aynı arsa payının devrine ilişkin birden fazla satış vaadi sözleşmesi yapmasına bir engel yoktur. Zira alacağın temlikinde ilk sözleşme ile alacak hakkı yüklenicinin malvarlığından çıkacağından yapılan ikinci temlik geçersizdir.

Yüklenicinin arsa sahibine karşı sahip olduğu şahsi hakkını adi yazılı şekilde veya satış vaadi sözleşmesi yaparak üçüncü kişiye temlik etmesine, yani sözleşme konusu taşınmazın mülkiyetini geçirme borcu üstlenilmesine karşın, aynı taşınmazı diğer bir üçüncü kişiye de tapuda satış yoluyla devretmesi, uygulamada sıkça karşılaşılan, çözülmesi gereken bir sorundur. Satış vaadi veya alacağın temlik sözleşmeleri yüklenici ile işlem yapan 3. kişiye ancak kişisel hak sağladığından, bu hak, kural olarak tapuda kendisinden sonra malik olan mülkiyet hakkı sahibine karşı ileri sürülemez. Yani, aynı hak ile şahsi hakkın yarışması halinde aynı hakka üstünlük tanınır. Satış vaadine konu taşınmazın vaat alacaklısı dışında başka bir kişiye devri halinde, vaat alacaklısı sözleşme konusu taşınmazın ifası imkansız hale geldiğinden, devir yükümlülüğünü yerine getirmemiş olan yüklenicinin TBK m. 112-114 gereği sorumluluğuna gidebilir. Sonraki imkansızlık nedeniyle kabul ettiğimiz görüşe göre, yüklenicinin kusuruna bakılmaksızın ifası imkansızlaşan borç sona erer ve kusurlu yüklenicinin aynen ifa borcunun yerini tazminat borcu alır. Bu halde tazmini gereken zarar müspet zarardır. Alacağın devrine konu bağımsız bölümün, devralan dışında başka bir üçüncü kişiye satılması halinde ise, yüklenici ile 3. kişi arasında yapılan alacağın temlik ivazlı olduğundan yüklenicinin TBK'nun 191. maddesi gereğince sorumluluğuna gidilebilir. Eğer yüklenici tapuda yaptığı satıştan sonra, aynı taşınmazın satışını üçüncü bir kişiye vaat ederse, vaat alacaklısı taşınmazı

fiilen kullanıyor olsa bile aynı hak sahibine karşı hak iddia edemez. Vaat alacaklısı iyi niyetli sayılmayacağından, TMK'nun 995. maddesi gereği sadece taşınmaza yaptığı zorunlu masrafları malikten isteyebilir, faydalı ve lüks masrafları isteyemez.

Şahsi hak sahibi olan alacaklı üçüncü kişi, mülkiyet hakkı sahibi olan tapu maliki diğer üçüncü kişiye karşı bazı durumların varlığı halinde tescile zorlama davası açabilir. Yüklenici ile tapuda mülkiyet kazanan kişi sırf şahsi hak sahibinin kişisel hakkını sonuçsuz kalması için danışıklı şekilde hareket ederse, yani tarafların sözleşme yapmadaki amacı taşınmazın devri değilse, muvaazanın varlığının kabulü gerekmekte olup, temlik alacaklısı üçüncü kişi cebri tescil davasını yeni malike karşı her zaman açabilecektir. Yargıtay kararlarında, yükleniciden tapuda bağımsız bölümün mülkiyetini iktisap eden diğer üçüncü kişinin, şahsi hak sahibinin bu hakkını biliyor olması halinde, TMK m. 1024 hükmüne istinaden, kendisi adına yapılan tescilin yolsuz olduğunu bilen veya bilmesi gereken kişi olarak kabul edilerek, bu tescile dayanamayacağı, bu nedenle şahsi hak sahibinin davasının kabul edildiği görülmektedir. Ancak şahsi hak sahibi bakımından, aynı hakkı zedelenen kişiye yolsuz tescile dayanarak dava açma olanağı tanıyan TMK'nın 1023 ve 1024 maddelerinin tatbiki mümkün değildir. Çünkü bu madde ile yükleniciden temlik suretiyle şahsi hak kazanan kişi korunmayıp, yolsuz tescil dolayısıyla mülkiyet veya aynı hakkı zarara uğrayan kişiye başvuru hakkı tanınmıştır. 3. kişi hiçbir şekilde borç ilişkisinden doğan nisbî alacak hakkını diğer kişiye ileri süremeyecek, kural olarak sadece borç ilişkisinin ihlâlî sebebiyle yükleniciden TBK'nun 112 maddesi gereğince uğradığı zararın tazminini isteyebilecektir. Ama TBK m. 49/ II uyarınca diğer kimsenin, sırf sübjektif sebeplerle 3.kişinin taşınmaza kavuşmaması saikiyle, kendi ihtiyacı olmaksızın ahlâka aykırı bir fiille taşınmazı yükleniciden devraldığı hallerde, artık 3. kişi haksız fiilden doğan alacak hakkına dayalı tescile zorlama davasını haksız fiil faili olarak diğer kimseye karşı ileri sürebilecektir. Temlik alacaklısı 3.kişinin TBK'nun 49. maddesine dayanarak açmış olduğu davada aynen tazmin talebini TMK'nun 716. maddesine dayanarak taşınmazın adına tescilini talep etmesi ve hakim TBK m.51 gereği takdir hakkını aynen tazmin yönünde kullanması halinde 3. kişi taşınmaza kavuşacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, tarafların sıfatı ve uyuşmazlığın niteliği dikkate alındığında asliye ticaret, asliye hukuk ve tüketici mahkemeleri görevli olmaktadır. Kural olarak, sözleşmenin tarafları arasında meydana gelen uyuşmazlıklarda genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Bununla beraber arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin eser sözleşmesini içinde barındıran bir karma sözleşme olması, eser sözleşmesinin TKHK'nda ismen sayılması sebebiyle belirteceğimiz şartların varlığı halinde uyuşmazlıklar tüketici mahkemesinin görev alanına girebilmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ve yüklenici ile 3. kişi arasındaki sözleşmenin TKHK'nun uygulama alanına girebilmesi için; taşınmazın mesken olarak kullanılmak üzere veya devre tatil/devre mülk amaçlı olarak satın alınması, sözleşmenin satıcının meslekî ve ticari faaliyeti kapsamında olması ve karşı tarafın ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmesi gerekir. Sözleşmenin TKHK kapsamında olup olmadığının tespitinde asıl üzerinde durulması gereken, arsa sahibinin tüketici sıfatını taşıyıp taşımadığının belirlenmesidir. Arsa sahibinin inşaat yaptırma işini meslek edinmiş olması, bu işin bir defadan fazla tekrarı ya da konutu bulunduğu halde, kazanç sağlamak amacıyla arsa satın alıp, üzerinde inşaat yaptırmak suretiyle hareket etmesi, konut sayısı gibi kriterleri esas alınması gerekir. Arsa malikinin kendi payına düşen bağımsız bölümlerin mülkiyetini üçüncü kişiye(tüketiciye) devretmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, arsa maliki "satıcı-sağlayıcı" olmadığı için, tüketici mahkemelerinin görevli olmayacağına dikkat etmek gerekir. Kanaatimizce, somut olayın özelliklerine göre yükleniciden konut satın alan kişinin sıfatı değerlendirilmeli, ticari amaçla hareket edildiğinin belirlenmesinde sadece daire sayısı kriteri göz önüne alındığında kişilerin mağduriyete uğrayabileceği dikkate alınarak, bağımsız bölüm alanın örneğin, birinci derece yakınlarının konut ihtiyacının karşılanması ve daire sayısının bu ihtiyaçla uyumlu olması gibi istisnai hallerde tüketici mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna varılması mümkün olacaktır. Tüketici işlemi kapsamında olması halinde, yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara öncelikle şartların varlığı halinde TKHK'nun ayıp ve haksız şarta ilişkin özel hükümleri uygulanacak, sorun hakkında kanunda hüküm bulunmaması halinde genel hükümlere gidilecektir.

Sonuç olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin türü, uygulanması gereken hükümler doktrinde ve Yargıtay uygulamasında farklılık göstermekte olup, yükleniciden arsa payı devralan/ arsa payının devrine ilişkin kişisel hakkı temlik alan veya yüklenici ile arsa payının devrine yönelik satış vaadi sözleşmesi yapan 3. kişinin, tapu siciline güvenle sözleşme yapmasına karşın, sözleşmenin geriye etkili sona ermesi halinde, Yargıtay kararları gereği kazanımları korunmamaktadır. Sözleşmeden dönmede klasik dönme görüşünün benimsenmesi halinde 3. kişinin kazanımı korunabilecektir. Veyahut arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sıklıkla uygulamada karşımıza çıkması sebebiyle sözleşmeye uygulanacak hükümler sakıncaların önlenmesi adına yasal düzenlemeye kavuşturulmalıdır.

## KAYNAKÇA

- Acar, Hakan : "FIDIC Sözleşmelerinde Müteahhidin Sözleşmeyi Fesih Hakkı", **Cevdet Yavuz'a Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, C. 22, S. 3.
- Aday, Nejat : **Kişisel Hakların Şerhi, İstanbul Barosu Dergisi**, 1992, S. 7-8-9.
- Akkanat, Halil : **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, 1. Bsk., İstanbul, Filiz Yay., 2010.
- Akkayan Yıldırım, Ayça : "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri", **Prof.Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, Vedat Kitapçılık, 2004.
- Aksoy Dursun, Sanem : "Sözleşmenin İçeriği; Sözleşmelerin Yorumu, Muvazaalı İşlemler", **Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan: Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I: Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri- Borçların İfası-Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yay., 2012.
- Aksoy Dursun, Sanem : **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkı**, Legal Hukuk Dergisi, Y.;2011, C.; 9, S.; 101.
- Aksoy Dursun, Sanem : **Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, İstanbul, Legal, 2008.
- Altınkan, Onur : **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu** **Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi**, Yaşar Üniv., İzmir, 2015.

- Altop, Atila : **"Tüketici Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı"**, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3 S. 1-2, (Türk-Avusturya Hukuk Haftası Özel Sayısı" Avrupa Hukuku ve Ulusal Hukuklar Bağlamında Tüketicinin Korunması Hukuku" İstanbul 03-06 Nisan 2004 ) 2004.
- Aral, Fahrettin/ : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. bs., Ankara, Yetkin Yay., 2015.
- Ayrancı, Hasan
- Arıkan, Mustafa/ : **"Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiye Devri"**, Selçuk Ün. Sos. Bil. Ens. Der., S.34, 2015.
- Erdoğan, Kemal
- Arıkan, Mustafa : **"Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki"**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2005.
- Aslan, Yılmaz : **Tüketici Hukuku Dersleri**, 4.bs., İstanbul, Ekin Yay., 2014.
- Atamer, Yeşim : **"Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun M./**
- Baş, Ece **Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk"**, İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel sayısı, C:88, S.1
- Atamulu, İsmail : **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi**, Ankara, Yetkin Yay., 2014.
- Avcı, Ali : **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları**, Ankara, Adalet, 2015.
- Ayan, Mehmet : **Eşya Hukuku I**, 13.Baskı, Ankara, Seçkin, 2016.
- Ayan, Serkan : **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, Seçkin, 2008.
- Ayar Birkin, : **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri**, Ankara, Seçkin, 2019.
- Zeynep
- Ayazlı, Pervin : **"Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi: Unsurları-**

- Hukuki Özellikleri-Şekil Sorunu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, No:1, 1987.
- Aydemir, Efrail : **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2016.
- Aydıncık, Şirin : **"Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik"**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 64, S. 1, 2006.
- Aydoğdu, Murat : **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi(Haksız Şart)**, Ankara, Seçkin Yay., 2014.
- Bahadır, Senem : **Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde Muvazaa Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2012.
- Burcuoğlu, Haluk : "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları Ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, İstanbul, 1990.
- Buz, Vedat : **"İş Sahibinin BK. m. 369' a Göre Eser Sözleşmesinin Feshi"**, Banka ve Ticaret Huk. Der., C. XXI, S. 2, 2001.
- Bütün Yılmaz, Derya G. : **"Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi"**, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 38 (Nisan 2019).
- Coşkun, Gürkan : **Arsa Payı karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu**, Ankara, Yetkin, 2010.
- Çavdar, Pelin : **"Anayasa Mahkemesi'nin 2014/12321 Başvuru Numaralı ve 20.07.2017 Tarihli Tari Kararı'nın Değerlendirilmesi"**, Marmara Üniv. Huk. Fak. Huk. Araş. Der., C. 24, S. 1, Haziran 2018.
- Darend, İhsan : **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmenin Üçüncü Şahıslar Üzerindeki Etkisi**, <https://www.sinerjias.com.tr/pg/pdf/10.pdf>
- Dayınlarlı, Kemal : **Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temlik**, Gözden geçirilmiş 4. bs., Ankara, Dayınlarlı Yay., 2010.

- Doğan, Murat : **Tapu Sicilinde Tasarruf Kısıtlamasının Şerhi**, Ankara, Seçkin, 2004.
- Duman, İlker : **Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku**, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yay., 2010.
- Hasan : **İnşaat Hukuku Açıklamalı İçtihatlı**, 5. bs., Seçkin yay., Ankara, 2013.
- Duman, İlker : **İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralının Önemi**, 2. Baskı, İstanbul, Seçkin, 2014.
- Hasan : **İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralının Önemi**, 2. Baskı, İstanbul, Seçkin, 2014.
- Durak, Yasemin : "Aynı Alacağın Birden Fazla Kişiye Temlikinde Önceliğin Belirlenmesi Bakımından BK. 10 Hükmünün Bir İşlevi Var Mıdır?", **Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan**, İstanbul, Beta Yay., 2000.
- Erdoğan, İhsan : "Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmet İfalarına Karşı Korunması", s.10, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1\\_2\\_5.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_2_5.pdf), s.10-11, naklen Zevkliler, s. 39.
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Ankara 2018.
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. bs., İstanbul, Yetkin Yay., 2018.
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Yetkin, 2014.
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, Yetkin yay., 2018.
- Ergüne, Mehmet : **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Yay., Şubat 2008.
- Serkan : **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Yay., Şubat 2008.
- Erman, Hasan : **"Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü"**, İstanbul Barosu Der., C. 50, S. 4 – 6, 1984.
- Erman, Hasan : **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3.bs., İstanbul, Der, 2010.
- Ertaş, Şeref : **"Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve**

- Borçların Devri", **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., 2001.
- Feyzioğlu, : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C:II, İstanbul, 1976.
- Feyzi Necmettin
- Gümüş, Mustafa : "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Genel Bakış", **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**, Kongre, Ed. Tokbaş, H./Üçışık, F., Ankara, 2015.
- Alper
- Gümüş, Mustafa : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. II, 3. bs., İstanbul, Vedat Yay., 2014.
- Alper
- Gümüş, Mustafa : **Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- Alper
- Gümüşsoy : "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şerhi", Prof. Dr. Merih Kemal Omağ'a Armağan, C. I, İKÜHFD, C. 16, S. 2, Temmuz 2017 (Özel sayı), Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Karakurt,
- Güler
- Hatemi, Hüseyin/ : **Türk Eşya Hukuku**, Ankara, 1984.
- Serozan, Ahmet
- Rona/
- Arpacı,
- Abdülkadir
- Helvacı, Serap : "Kat İrtifakı ile Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımının Karşılaştırılması", Prof. Dr. Hayri Domanıç'e Armağan, Kitap 1, İstanbul, Mitos Yay., 1995.
- İnal, Emrehan : **Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi**, 2. Basım., İstanbul, On İki Levha Yay., 2011.
- Kadıoğlu, Kamil : "Tüketici Hakları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S:55, 2004.
- Kahraman, Zafer : "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı

- Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu", **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, İstanbul, Der Yay., 2015.
- Kahveci, Ali Rıza : **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi**  
**Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Ticaret Üniv.,  
İstanbul, 2017.
- Kara, İlhan : **Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 1. Basım., Ankara,  
Engin Yay., 2015.
- Karahasan, : **İnşaat İmar İhale Hukuku**, C:III, No:1, İstanbul, Beta,  
Mustafa Reşit 1997.
- Karataş, İzzet : **Eser (İnşaat) Yapım Sözleşmeleri: Kurulması**  
**Uygulanması Sona Ermesi Sona Ermenin Sonuçları**, 2.  
bs., Ankara, Adalet, 2009.
- Karataş, İzzet : **Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicini Temlik**  
**İşleminde Kaynaklanan Davalar**, Ankara, Adalet Yay.,  
2009.
- Kartal, Bilal : **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Matsa, 1993.
- Kartal, Bilal : **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Arsa Payı Karşılığı**  
**Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi**, Ankara, Matsa  
Basımevi, 1993.
- Kaya, Özgür Katip : **Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi**, İstanbul,  
Kazancı Hukuk, 1993.
- Kılıçoğlu, Ahmet : **"Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Işığında**  
M. **Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye**  
**Kullanılması"**, Yargıtay Der., Özel Sayı, S.1-4, Ocak-Ekim  
1989.
- Kılıçoğlu, Ahmet : **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 17. Baskı, Ankara  
M. 2013.
- Kırmızı, Mustafa : **Açıklamalı İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı**  
**Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 2. Baskı, Ankara, Bilge, 2018.
- Kocaağa, Köksal : **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yay., 2014.
- Kocayusufpaşaoğlu : **Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul, Sulhi Garan, 1959.

- u, Necip  
Kostakoğlu, : **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 10. bs., İstanbul, Beta, 2017.
- Cengiz  
Kuntalp, Erden : **Karışık Muhtevalı Akit**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1971.
- Kuru, Baki/ : **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 22.bs., Ankara, Yetkin Yay., 2011.
- Arslan, Ramazan/  
Yılmaz, Ejder  
Kürşat, Zekeriya : "İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri"(İmkansızlık), **Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, İstanbul, 2014.
- Nomer, Haluk N. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden geçirilmiş 5.bs., İstanbul, Beta Yay., 2007.
- Nomer, Haluk : **Eşya Hukuku (Zilyetlik ve Tapu Sicili)**, İstanbul On İki Nami/  
Levha Yayıncılık, 2014.
- Ergüne, Mehmet  
Serkan  
Oğuzman, M. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 14. bs., İstanbul, Kemal/  
Vedat, 2018.
- Öz, M. Turgut  
Oğuzman, M. : **Eşya Hukuku**, 21. bs., İstanbul, Filiz, 2018.
- Kemal/  
Seliçi, Özer/  
Oktay Özdemir,  
Saibe  
Oğuzman, : **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 19. M.Kemal/  
Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Barlas, Nami  
Oğuzman, : **Eşya Hukuku (Zilyetlik-Tapu Sicili,Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar)**, Gözden M.Kemal/  
Geçirilmiş ve Eklemeler Yapılmış 21. Baskı, İstanbul,Filiz Seliçi, Özer/

- Özdemir, K. Oktay : Kitabevi, 2018.
- Oktay Özdemir, Saibe : **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1996, C: LV.
- Oktay Özdemir, Saibe : **İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması**, İHFM, C. LV, 1996.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin : "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı: Tüketici'nin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı", **AÜHFD**, 2001, C. L, S. 1.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin : **"Yargıtay Uygulamasında TKHK'nun Uygulanma Alanı Bakımından İsimsiz Sözleşmeler"**, ABD, 2000, S. 3.
- Öz, M. Turgut : **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, Vedat, 2012.
- Öz, M. Turgut : **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Dönme)**, İstanbul, Kazancı, 1989.
- Öz, M. Turgut : **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi: Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte**, İstanbul, 1989.
- Öz, M. Turgut : **"Konusu Taşınmaz olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları"**, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, Ed. Tokbaş, H./Üçışık, F., Ankara 2015.
- Öz, M. Turgut : **"Konut ve Tatil Amaçlı Taşınmaz Satışında Ayıplı İfa-Eksik İfa Ayırımı"**, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Ankara 2013.
- Öz, M. Turgut : **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, 3. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Özçelik, Ş. Barış : **"6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taşınmazlarda Ayıptan Sorumluluk "**, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 64 (4) 2015: 1161-1188.
- Özçelik, Ş. Barış : **"Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları"**, **AÜHFD**, 63 (3), 2014.
- Özdamar, Naci : **"Tüketici Haklarına Genel Bir Bakış"**, İBD Tüketici

- Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, S: 6, Kasım 2007.
- Özkaya, Eraslan : **Açıklamalı- İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2013.
- Özmen, Etem : **"Arsa Payı Karşılığı İnşaat sözleşmeleri Konusunda Saba/ Uygulama Hataları"**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 87, Akçura Karaman, Sayı 2013/1, Ocak-Şubat Sayısı. Tuba
- Özmen, Etem : **"Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Sabâ/ Davalar (Tescili İsteme Davası/ Yolsuz Tescilin Aydın, Gülşah Düzeltmesi Davası)"**, İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S. 6, Sinem 2014.
- Özmen, Saba/ : **"Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Ürem, E. Müge Kararları İle Yaratılan “Avans Tapu” Kavramına Yönelik Eleştiriler"**, Maltepe Üniv. Huk. Fak. Der., 2016/1.
- Özmen, Saba/ : **"Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Yüce, Melek Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler"**, **Prof. Dr. Hayri Domanic'e 80. Yaş Günü Armağanı**, C. II, İstanbul, Beta Yay., 2011.
- Özmen, Saba : **"2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararı'nın Eleştirisi"**, Türkiye Barolar Birliği Der., Yıl:30, S.135, Mart-Nisan 2018.
- Özüğür, Ali İhsan : **Açıklamalı-İçtihatlı Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları**, 5. Baskı, Ankara, Adalet, 2015.
- Pekcanitez, : **Medeni Usul Hukuku**, 12. bs., Ankara, Yetkin, 2011. Hakan/
- Atalay, Oğuz/
- Özekes,
- Muhammet
- Reisoğlu, Safa : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. bs., İstanbul, Beta Yay., 2011.

- Reisoğlu, Safa : "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar", **BATİDER**, C.XXIV, S.2, Ankara, 2007.
- Sarı, Suat : **"Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi"**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXIV, S. 2, 2006.
- Seliçi, Özer : **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978.
- Selimoğlu, Yaşar : **İstisna (Eser) Sözleşmesi**, 4.bs., Ankara, Adalet, 2017.
- Engin  
Selimoğlu, Yaşar : **Eser Sözleşmesi**, Adalet yay., 2. Baskı, Ankara, 2015.
- Engin  
Serozan, Rona/ vd. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler: İfa Engelleri Haksız Zenginleşme**, Gözden Geçirilmiş 7. bs., İstanbul, Filiz, 2016, Cilt: III.
- Serozan, Rona : "Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Ankara, 2004.
- Serozan, Rona : **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, 8. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Serozan, Rona : **Sözleşmeden Dönme**, 2. bs., İstanbul, Vedat, 2007.
- Sirmen, A. Lale : **Eşya Hukuku**, 6.Baskı, Ankara, Yetkin, 2018.
- Sungurbey, İsmet : **Medeni Hukuk Sorunları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi yayınları, 1994, C.IV.
- Sungurbey, İsmet : **"Müteahhidin, Teslim Gününde Yapıyı Bitirmeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Zorunlu Bir Yanıt)"**, Yargıtay Huk. Der., C. V, S.2, Şubat, 1982.
- Sungurbey, İsmet : **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi**, İstanbul, Sermet,

- 1963.
- Surlu, Mehmet : **Tapu İptali Tescil Davaları: Kişisel Hak Kaynaklı**,  
Handan Ankara, Seçkin Yay., 2008.
- Sütçü, Nezi : **Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, C:II, No:1, 6. bs.,  
Ankara, Yetkin, 2018.
- Şahin, Turan / : **"6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun  
Kizir, Mahmut Genel Esaslar, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler  
Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler"**, Terazi  
HD, Ocak 2014, S. 89, Tüketici Hukuku Özel Sayısı.
- Tandoğan, Haluk "Arsa Üzerinde İnşaat Yapmadan Bırakan Müteahhidin  
Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine  
Görüşler", **BATİDER**, C.XI, No:1, Haziran 1981.
- Tandoğan, Haluk : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri(Özel)**, C. II, 5. Baskı,  
İstanbul, Vedat yay., 2010.
- Tek, Sinem : **"Tüketici Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Tüketici  
Mahkemelerinde Yapılan Yargılamanın Usulü"**, Hakemli  
Makale,  
[www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex1423872239](http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex1423872239.pdf)  
.pdf çevrimiçi:11.07.2016.
- Tekdemir, Faruk : **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin  
Temerrüdü ve Sonuçları, Yayınlanmış Yüksek Lisans  
Tezi**, Kadir Has Üniv., İstanbul, 2018.
- Tekinay, : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz  
Selahattin Sulhi/ Kitabevi, 1993  
Akman, Sermet/  
Burcuoğlu, Haluk/  
Altop, Atilla
- Tokat, Hüseyin : **"Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile  
Zorlama Davasının Açılabilceği Çeşitli İhtimaller"**,  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S.1,  
2016.

- Tümkiye Aşkar, Pelin : **Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi Veya Sözleşme Bedelinin Arttırılması (BK md. 365/II) Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi**, Bahçeşehir Üniv., İstanbul, 2010.
- Uçar, Ayhan : **"İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları"**, A.Ü.Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.V, No:1-4, 2001.
- Uygur Turgut : **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku**, C. 3, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2010.
- Uygur Turgut : **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, C. II, 3 . Baskı, Ankara, Seçkin, 2013.
- Uygur Turgut : **İnşaat Hukuku, Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Adalet, 1993.
- Üçer, Mehmet : **"Roma Hukuku'nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki"**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 3, 2005.
- Ünlü, Semih : **"Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Sonucu Dönme Hakkının Kullanılması ve Etkileri"**, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul, Der Yay., 2015.
- Ünlütepe, Mustafa : **"6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Taksitle Satış Sözleşmesi"**, Ankara Barosu Dergisi, 2014, S.2.
- von Gierke, Otto : **Dauernde Schuldverhältnisse**, Jh. Jb.64, 1914, Aktaran Seliçi, Özer: **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.
- Von Tuhr, Andreas : **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler(II)**, C:II, No:2, Ankara, y.y., 1983.
- Yakuppur, Sendi : **Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eser Teslim Borcu ve Teslim Borcuna**

**Aykırılıkları Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.**

- Yakuppur, Sendi : **Tapu Kütüğüne Güven İlkesi Yayımlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2013.**
- Yalman, Süleyman : **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, Seçkin, 2006.**
- Yaşar, Halis : "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak Ve Sorumlulukları", **TBB Dergisi**, 2012, S: 102.
- Yavaş, Murat : **Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ve Bu Kuralların İstisnaları, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.**
- Yavuz, Cevdet : **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 15. Baskı, İstanbul, Beta, 2018.**
- Yener, Mehmet Deniz : **"Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 65, No:2, 2007.**
- Yener, Mehmet Deniz : **Arsa Payı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü Ve Sonuçları, İstanbul, Beta, 2011.**
- Yener, Mehmet Deniz : **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2015.**
- Yeniocak, Umut : **Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2014.**
- Zevkliler, Aydın/ Aydoğdu, Murat : **Tüketicinin Korunması Hukuku: Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun , 3. Bs., Ankara, Seçkin Yay., 2004.**
- Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Baskı Ankara, Turhan Yay., 2018.**

#### **Diğer Kaynaklar:**

Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu Hukukî Müzakere Toplantıları, Samsun 31 Ekim - 03 Kasım 2013 **(HSYK Samsun)** çevrimiçi: 11.07.2016 <http://hmt.hsyk.gov.tr/toplantilar/2013/adli-yargi/guz/samsun/raporlar/7.Grup.pdf>

<http://hmt.hsyk.gov.tr/konular/adli-yargi/ozel-hukuk/3-tasinmaz-hukuk/3.pdf>=  
Hâkimler ve Savcılar yüksek kurulu hukuki müzakere toplantıları 23-26 mayıs 2013  
- izmir(**HSYK İzmir**).

<http://selahattincanbolat.av.tr/page15.html> çevrimiçi: 11.07.2016.

Kazancı Hukuk Programı.

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP).

[www.batur.av.tr/blog-post/arsa-payi-karsiligi-insaat-sozlesmesi](http://www.batur.av.tr/blog-post/arsa-payi-karsiligi-insaat-sozlesmesi)  
çevrimiçi:10.07.2016

[www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

[www.ilkerduman.av.tr](http://www.ilkerduman.av.tr) çevrimiçi:03.07.2016.

[www.kararara.com](http://www.kararara.com) çevrimiçi:09.07.2016.