

T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
Murat ORAL

TEZ DANIŞMANI
Doç. Dr. Zeynep İpek YÜCER AKTÜRK

ANKARA – 2020

**BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı çerçevesinde **Murat ORAL** tarafından hazırlanan bu çalışma, aşağıdaki jüri tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi: 02/01/2020

Tez Adı: Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi

Tez Jüri Üyeleri (Unvanı, Adı - Soyadı, Kurumu)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL – Başkent Üniversitesi

Doç. Dr. Zeynep İpek YÜCER AKTÜRK – Başkent Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Ünsal DÖNMEZ – Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi

İmza



ONAY

Prof. Dr. İpek KALEMCI TÜZÜN

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Tarih: ... / ... /

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 02/01/2020

Öğrencinin Adı, Soyadı: Murat ORAL

Öğrencinin Numarası: 21520211

Anabilim Dalı: Özel Hukuk

Programı: Özel Hukuk

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı: Doç. Dr. Zeynep İpek YÜCER AKTÜRK

Tez Başlığı: Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 151 sayfalık kısmına ilişkin, 25/11/2019 tarihinde tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezin benzerlik oranı % 15'dir. Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

"Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını" inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası



ONAY

Tarih: 02/01/2020

Doç. Dr. Zeynep İpek YÜCER AKTÜRK



ÖZET

Türk ekonomisinin önde gelen sektörlerinden olan inşaat sektörü, her gün gelişen bir yapıya sahiptir. Bahsedilen gelişme yalnızca inşaat teknikleri ile sınırlı olmayıp, geliştirilen yeni sözleşme tipleri de bu gelişmeye dâhildir. Tez konumuz olan gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi de özellikle son on yılda uygulamada yaygınlık kazanmaya başlamış bir inşaat sözleşmesi türü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yüklenicinin inşaatı meydana getirmeyi ve inşa edeceği bağımsız bölümleri pazarlamayı ve satmayı taahhüt ettiği, buna karşılık arsa sahibinin sözleşmede kararlaştırılan oranda, elde edilen geliri yükleniciyle paylaşmayı ve bağımsız bölümlerin satışlarını sağlamayı borçlandığı bir sözleşme olan gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi, gerek kamu gerekse özel sektör tarafından tercih edilen bir modeldir.

Çalışmamızda gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi, tanımlanması, sağladığı faydalar, benzer sözleşmelerden farkları, unsurları, çeşitleri, hukuki niteliği, şekli, tarafların borçları ve sözleşmenin sona ermesi kapsamında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, Yüklenici, Arsa Sahibi, Gelir Paylaşımı, Sözleşme

ABSTRACT

The construction sector which is regarded as the leading sector of Turkish economy is progressing, changing and developing day by day. With the advancing technology, the aspects of the people form houses escalate and in addition to confined spaces, elements like social areas etc. appears as the essentials of the newly constructed buildings.

In the revenue sharing construction contract, the parties appear as the land owner and the contractor. The contractor meets all the expenses of the project that he's going to generate and responsible of the marketing activities and the sales of the property. On the other hand the land owner is responsible of handing over his premises without any defect, to give all the necessary authorisation and to pay the agreed share to the contractor after the sales. Despite the fact that the examples in the practise occurs as mostly large-scale projects, there is no obstacle in applying the revenue shared construction contract, which is our thesis subject, in small and mid-scaled construction projects. As a matter of fact, the revenue sharing construction contract can be evaluated as more advantageous compared to other methods in accordance with the concrete case.

In our thesis study, revenue sharing construction contract is evaluated in three parts. In the first part, the description, advantages, differences between similar contracts, elements, varieties, legal characteristics, and the form of the contract has been evaluated. Within the content of the second part, the subject of the obligation of the parties regarding the revenue sharing construction contract has been studied, the obligations of the land owner and the contractor has been profoundly evaluated. Contractors obligation of generating the construction, marketing and sale of the project, duty of loyalty and care and defect liability subjects has been analyzed. In the third part of our study, the termination of the revenue sharing construction contract has been evaluated.

Key Words: Revenue Sharing Construction Contract, Contractor, Land Owner, Revenue Sharing, Contract

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	viii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, SAĞLADIĞI FAYDALAR, BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI, UNSURLARI, ÇEŞİTLERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞEKLİ	3
--	---

I. KAVRAM	3
-----------------	---

II. TANIMI.....	5
-----------------	---

III. GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARA SAĞLADIĞI FAYDALAR.....	6
---	---

IV. BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI.....	9
---	---

A. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İle Farkları	9
--	---

1. Genel Olarak Arsa Payı karşılığı İnşaat Sözleşmesi.....	9
--	---

2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinden Farkları	11
--	----

a. Yüklenicinin Borçları Açısından.....	11
---	----

b. Arsa Sahibinin Borçları Açısından.....	11
---	----

B. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinin Adi Ortaklık Sözleşmesi İle Farklılıkları.....	12
---	----

1. Genel Olarak Adi Ortaklık Sözleşmesi.....	12
--	----

2. Adi Ortaklık Sözleşmesinin Unsurları	13
---	----

a. Sözleşme.....	13
------------------	----

b. Kişi	14
---------------	----

c. Müşterek Amaç	14
------------------------	----

d. Sermaye	15
------------------	----

e. Müşterek Amaç Doğrultusunda Birlikte Çalışma (Affectio Societatis).....	16
--	----

3. Farklılıkları	17
------------------------	----

a. Zarara Katılım Koşulu.....	17
-------------------------------	----

b. Paylaşımın Nasıl Yapılacağı	19
--------------------------------------	----

c. Yönetim ve Temsil İlişkisi	19
-------------------------------------	----

d. Denetim Yetkisi.....	20
e. Sona Ermeye İlişkin Hükümler	20
V. GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	20
A. Genel Olarak	20
B. Yüklenicinin Sözleşmede Kararlaştırılan Bağımsız Bölümleri İnşa Etme, Arsa Sahibi Adına Satma ve Alıcılara Teslim Etme Borçları	22
C. Arsa Sahibinin Gelir Paylaşma ve Üçüncü Kişiye Mülkiyeti Devretme Borcu.....	23
1. Genel Olarak Gelir Paylaşma Borcu.....	23
2. Temsil Yetkisi Verme Borcunun Varlığının İncelenmesi.....	24
3. Mülkiyeti Üçüncü Kişilere Devretme Borcu	28
D. Tarafların Anlaşması	28
VI. GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ.....	29
A. Basit Anlamıyla Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi	29
B. Asgari Gelir Taahhüdü İçeren Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi.....	30
C. Ayni Paylaşım Koşulu İçeren Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi	31
VII. GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	32
A. Bir Borç Sözleşmesidir	33
B. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir	34
1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Tanımı	34
2. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinin Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Karşılıklı Bir Sözleşme Olduğu	35
a. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Karşılıklı Bir Sözleşmedir	35
b. Ödemezlilik Def'i Açısından İnceleme	37
C. İvazlı Bir Sözleşmedir	38
D. Rızai Bir Sözleşmedir	39
E. İsimli Sözleşme Niteliği	40
1. Genel Olarak	40
2. İsimli Sözleşmeler.....	40
3. İsimli Sözleşmeler	41
a. Bileşik Sözleşmeler	42
b. Karma Sözleşmeler	43
aa. Çift Edimli Karma Sözleşmeler.....	44
bb. Bileşik Edimli (Kombine) Karma Sözleşmeler	45
cc. Eklemlili Karma Sözleşmeler	45

dd. Karma Sözleşmelere Uygulanacak Hükümler	46
c. Kendine Özgü (Sui Generis) Sözleşmeler.....	47
4. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinin Tipine İlişkin Düşünceler ve Değerlendirmeler.....	48
a. Eser Sözleşmesi Olduğu Düşüncesi	48
b. Adi Ortaklık Sözleşmesi Olduğu Düşüncesi	50
c. Eser Sözleşmesine Eklenen Adi Ortaklık Sözleşmesi Olduğu Düşüncesi	53
d. Eser Sözleşmesine Eklenen Vekâlet Sözleşmesi Olduğu Düşüncesi.....	54
e. Karma Sözleşme Olduğu.....	54
5. Uygulanacak Hükümler	57
F. Ani Sürekli Karmaşığlı Borç İlişkisi Niteliği	58
1. Genel Olarak	58
2. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Açısından.....	60
G. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinin Tapuya Şerh Edilebilmesi	62
VIII. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ	67
A. Genel Olarak.....	67
B. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinde Şekil.....	68
C. Şekle Aykırılığın Hüküm ve Sonuçları	71

İKİNCİ BÖLÜM

GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAKLARI ve BORÇLARI	73
---	----

I. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI	73
A. İnşaatı Meydana Getirme Borcu	73
1. Genel Olarak	73
2. İnşaatı Tamamlama ve Teslim Etme Borcu	74
3. İşi Bizzat ya da Kendi Gözetiminde Yaptırma Borcu.....	76
4. Gerekli Araç Gereçler ve Malzemeleri Sağlama Borcu.....	78
5. Zamanında İşe Başlama ve Bitirme Borcu	80
6. İnşaatın Meydana Getirilmesiyle Alakalı Diğer Borçlar	81
a. Plan ve Projelerin Hazırlanması ve Onaylarının Alınması	81
b. Cins Tashihi İşlemlerinin Yapılması.....	82
c. Kat İrtifaklarının Kurulması.....	82
d. İskan Ruhsatının Alınması	84
e. Kat Mülkiyetinin Kurulması	84

B. İnşa Edilmiş ve Edilecek Bağımsız Bölümlerin Pazarlanması ve Satışlarının Yapılması Borcu	86
C. Sadakat ve Özen Borcu.....	90
1. Sadakat Borcu	91
2. Özen Borcu	92
3. Hesap Verme ve Talimata Uygun İfa Borcu.....	93
D. Ayıp Nedeniyle Meydana Gelen Borçlar	95
1. Genel Olarak Ayıplı Eser	95
2. Ayıbın Çeşitleri	96
a. Hukuki Ayıp ve Maddi Ayıp	96
b. Gizli Ayıp ve Açık Ayıp.....	97
c. Tam Önemli ve Daha Az Önemli Ayıp	98
3. Eksik İş	98
4. Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Şartları	100
a. Eser Teslim Edilmiş Olmalı.....	100
b. Eser Ayıplı Olmalı.....	101
c. Ayıp Yükleniciden Kaynaklanmalı	101
aa. Ayıp İş Sahibinden veya Onun Talimatından Kaynaklanmalı	102
bb. Yüklenicinin Uyarma Borcunu Yerine Getirmemesi.....	103
d. İş Sahibinin Gözden Geçirme (Muayene) ve İhbar Külfeti.....	104
5. İş (Arsa) Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinden Doğan Hakları.....	107
a. Sözleşmeden Dönme Hakkı.....	107
b. Ayıplı İşte Bedelden İndirim Talep Edebilme Hakkı	109
c. Eserin Onarılmasını Talep Hakkı	111
d. Ayıp Nedeniyle Tazminat İsteme Hakkı	112
E. Sözleşmenin Asgari Gelir Taahhüdü İçermesi Halinde	113
F. Sözleşmede Ayni Paylaşım Esasının Kararlaştırılması	116
II. ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI	117
A. İnşaataın Yapılacağı Arsayı Yükleniciye Teslim Borcu.....	117
B. Yükleniciye Temsil Yetkisi Verilmesi	118
C. Arsa İle Alakalı Tasarruf İşlemleri Yapmama Borcu	119
D. Bağımsız Bölümlerin Mülkiyetini Üçüncü Kişilere Devretme Borcu.....	120
1. Taşınmaz Satış Vaadi Niteliği.....	120
2. Borcun İfası	123

E. Gelir Paylaşma Borcu	124
1. Genel Olarak	124
2. Arsa Sahibinin Elde Edilen Geliri Paylaşma Borcu	124
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ	128
I. GENEL OLARAK	128
II. İKALE SÖZLEŞMESİ	130
III. GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN	131
A. Eser Sözleşmesine İlişkin Sona Erme Sebeplerinin Kıyasen Uygulanması	132
1. Yüklenicinin İşe Başlama ve Yürütmede Gecikmesi	132
a. İşe Zamanında Başlanmaması	133
b. İşe Başladıktan Sonra İşin Geciktirilmesi	134
c. Eserin Belirlenen Zamanda Tamamlanmasının Mümkün Olmaması	135
2. Yaklaşık Bedelin Aşılması	136
3. Eserin Yok Olması	137
4. Arsa Sahibinin Tazminat Karşılığı Fesih Hakkı	140
5. İş Sahibi (Arsa Sahibi) Yüzünden İfanın İmkânsızlaşması	144
6. Yüklenicinin Ölümü veya Yeteneğini Kaybetmesi	145
B. Adi Ortaklık Sözleşmesine İlişkin Tasfiye Hükümlerinin Kıyasen Uygulanması	148
1. Genel Olarak	148
2. Uygulanması	149
SONUÇ	150
KAYNAKÇA	152

KISALTMALAR

a.g.	: Adı Geçen
Art.	: Artikel
BATİDER.	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: Bakınız
BTHAE.	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	: Cilt
çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
ET.	: Erişim Tarihi
GVK.	: Gelir Vergisi Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İK.	: İmar Kanunu
İKÜHFD.	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KMK.	: Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	: Madde
NK.	: Noterlik Kanunu
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
Sf.	: Sayfa
T.	: Tarih

TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TK.	: Tapu Kanunu
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
TOKİ	: Toplu Konut İdaresi Başkanlığı
Vb.	: Ve Benzeri
Vd.	: Ve Devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBBGK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu

GİRİŞ

Türk ekonomisinin lokomotif sektörü olarak tabir edilen inşaat sektörü, gün geçtikçe ilerlemekte, değişmekte ve gelişmektedir. Köy ve kasabalardan büyük şehirlere yapılan göçlerin artması ve yüksek doğum oranlarının bir sonucu olarak kişilerin konut ihtiyacı sürekli olarak artmakta ve buna bağlı olarak da konut taleplerinin karşılanması amacıyla yeni kavramlar ve tasarımlar ortaya çıkmaktadır. Önceden küçük arsalar üzerine yapılan ortalama on iki konutluk binalar kişilerin konut ihtiyaçlarını karşılarken, günümüzde teknoloji ve sanayinin de gelişmesiyle birlikte, çok büyük arsalar üzerine devasa olarak tabir edilebilecek inşaatlar yapılmakta, aynı yerleşke içerisinde yüzlerce konut bulunmakta, bunlar birer cazibe merkezi olarak lanse edilmekte ve insanlar da buralardan konut sahibi olmayı istemektedirler. Gelişen teknoloji ile kişilerin konutlarından bekledikleri özellikler artmakta, kapalı alanlara ilave olarak sosyal alanlar vb. unsurlar, yeni yapıların neredeyse olmazsa olmaz özellikleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Devletin elindeki büyük arazilerin, sosyal konut gereksinimini karşılaması amacı ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığı tarafından ortaya çıkartılmış bir sistem olan gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi, ifade edilen sosyal konutlara kaynak sağlama noktasında oldukça başarılı bir sistemdir. TOKİ tarafından uygulanan gelir paylaşımli inşaat sözleşmeleri modellerinde kamuya ait arsalar değerlendirilmek suretiyle hem sosyal konutlar meydana getirilmekte hem de kamuya kaynak sağlanmaktadır. İfade etmek gerekir ki gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi sadece TOKİ tarafından kullanılan bir inşaat sözleşmesi tipi olmayıp, şahıslar ve şirketler tarafından da tercih edilen ve gün geçtikçe yaygınlaşan bir modeldir.

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde taraflar arsa sahibi ve yüklenici olarak karşımıza çıkmakta; yüklenici, meydana getireceği projenin tüm giderlerini karşılamakta, inşa ettiği ve edeceği bağımsız bölümlerin pazarlama faaliyetlerini ve satışların yapılmasını sağlamakta, arsa sahibi ise ayıpsız bir şekilde arsasını yükleniciye teslim etmekte ve satışlar sonrasında kararlaştırılan yüzdesel oranda yüklenicinin payını ödemekte ve gerekli yetkilendirmeleri gerçekleştirmektedir. Her ne kadar uygulamadaki örnekler çoğunlukla büyük ölçekli projeler olarak karşımıza çıksa da tez konumuz olan gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin küçük ya da orta ölçekli projeler açısından uygulanmasının önünde bir engel bulunmamakta, hatta somut olayın özelliklerine göre gelir paylaşım modeli, benzer yöntemlere oranla daha avantajlı olarak da değerlendirilebilmektedir.

Tez çalışmamızda gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi üç bölüm içerisinde incelenmiştir. Birinci bölümde, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin tanımı, faydaları, benzer nitelikteki sözleşmelerden farkları, unsurları, çeşitleri, hukuki niteliği ve şekli incelenmiştir.

İkinci bölüm kapsamında gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde tarafların borçları konusu işlenmiş, yüklenici ve arsa sahibinin borçları etraflıca değerlendirilmiştir. Yüklenicinin inşaatı meydana getirme borcu, inşa edilmiş ve edilecek bağımsız bölümlerin pazarlanması ve satılması borcu, sadakat ve özen borcu ile ayıp nedeniyle meydana gelen borçları üzerinde durulmuştur. Ayrıca gelir paylaşımli inşaat sözleşmesine mahsus olan sözleşmenin asgari gelir taahhüdü içermesi ve sözleşmede aynı paylaşım esasının kabul edilmesi halleri de bu bölümde değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümde gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin sona ermesi incelenmiş; genel sona erme sebepleri ve ikale sözleşmesi açıklandıktan sonra, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi bakımından eser sözleşmesi ve adi ortaklık sözleşmesine ilişkin sona erme sebeplerinin kıyasen uygulanması açıklanmıştır.

Çalışmamızda temel olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu kullanılmıştır. Doktrindeki temel eserler ve Yargıtay kararları ışığında gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi hakkındaki benzer ve farklı görüşler incelenmiş, kanaatimizce benimsenmesi gereken yöntemler ifade edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, SAĞLADIĞI FAYDALAR, BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI, UNSURLARI, ÇEŞİTLERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞEKLİ

I. KAVRAM

Bir işin yapılması ile alakalı sözleşmeler, diğer bir ifade ile iş göreme sözleşmeleri esas olarak hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi olarak TBK.'da düzenlenmiştir. İş görenin, işi gördüğü sıradaki bağımsızlığı esas alınacak olursa, eser ve vekâlet sözleşmelerinde iş sahibinden bağımsız iş görme, hizmet sözleşmesinde ise iş sahibine bağımlı olarak iş görme söz konusu olmaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki iş görme borcu altındaki taraf, bir sonucu meydana getirmeyi taahhüt ediyorsa eser; sonuç taahhüt etmemekle birlikte bu yönde çaba sarf etme borcu altına giriyorsa, diğer bir ifadeyle sonucun meydana getirilememesi riski iş sahibine ait ise vekâlet sözleşmesi söz konusu olmaktadır.¹

Birçok yazar inşaat sözleşmesini, TBK. m. 470 vd. maddelerinde düzenlenmiş eser sözleşmesinin özel bir görünümü olarak nitelemektedir². Gerçekten de yüklenici burada, iş sahibinden bağımsız olarak bir sonucu, yani inşaatı bitirmeyi taahhüt etmektedir. Şüphesiz ki inşaat sözleşmeleri, eser sözleşmesinin en önemli uygulama alanlarından birini teşkil etmektedir.

İnşaat sözleşmeleri de içerdikleri hükümler, tarafların edimleri ve sözleşmeden amaçlanan sonuçlar dikkate alındığında birçok farklı biçimde karşımıza çıkmaktadır. Türkiye’de yaygın şekilde kullanılan inşaat sözleşmelerinin bir türünü, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri oluşturmaktadır³. Bunun yanında Tez konumuz olan gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi de özellikle son on yılda uygulamada oldukça yaygınlaşmış bir inşaat sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹ Emrehan İNAL, Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi Çalıştay, XII LEVHA Yayınları, İstanbul – 2015, sf. 1

² İnal (Çalıştay), sf. 1; Sezer ÖZYÖRÜK, İnşaat Sözleşmesi Yapısı-Feshi Borçlar Kanunu 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul – 1988, sf. 1; İzzet KARADAŞ, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri Kurulması Uygulanması Sona Ermesi Sona Ermesinin Sonuçları, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara - 2013, sf. 40; Latif Onur UĞUR, İnşaat Sözleşmelerinin Yönetiminde Modern Yaklaşımlar, Alter Yayıncılık, Ankara – 2007, sf. 9; Gürkan COŞKUN, Arsa Payı karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, Yetkin Yayınları, Ankara – 2010, sf. 26

³ Hasan ERMAN, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul – 2010, sf. 1

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi çerçevesinde, doktrinde sözleşmenin isimlendirilmesi konusunda bir dil birliği bulunmamaktadır. TOKİ tarafından Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Satış, Devir, İntikal, Kiraya Verme, Trampa, Sınırlı Ayni Hak Tesisi ve Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliği⁴ kapsamında kullanılan isimlendirme “arsa satışı karşılığı gelir paylaşımı sözleşmesi” olarak karşımıza çıkmaktadır. Arsa satış vaadi karşılığı gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, gelir paylaşımlı arsa karşılığı inşaat sözleşmesi, gelir paylaşımı yöntemiyle arsa karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa satış vaadi karşılığı gelir paylaşımı sözleşmesi vb. birçok farklı isimlendirme mevcuttur. Biz Tez çalışmamızda gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi başlığını benimsemiş bulunmaktayız.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi ilk olarak, ilgili TOKİ Yönetmeliği doğrultusunda uygulanmaya başlanmış, takip eden süreç içerisinde özel hukuk sùjeleri tarafından da akdedilmeye başlanmıştır⁵. TOKİ sözleşmelerinde amaç kamu arazilerini değerlendirerek hem devlete kaynak sağlamak, hem de nitelikli yaşam alanları ve çevreler oluşturmaktır. TOKİ’nin hedefi, projelendirilecek kamu arazilerini güncel değerinden yüksek bir değerde ihale etmek suretiyle gelir elde etmektir. Bu noktada sözleşmenin karşı tarafı olan yüklenici, sözleşme kapsamında üzerinde anlaşılan projenin tamamını meydana getirmek, ilaveten bağımsız bölümlerin pazarlanması için gerekli tüm faaliyetleri gerçekleştirmek ve satışlarını sağlamak zorunluluğu altındadır. İnşaatın tamamlanması ve bunun masrafları, peyzaj düzenlemeleri, her türlü altyapı sisteminin sağlanması, imarın alınması, ruhsatların çıkartılması, tapuda yapılacak işlemlerin gerçekleştirilmesi ve tüm harç ve vergiler yüklenicinin üzerindedir⁶.

Her ne kadar uygulama TOKİ ekseninde geniş kamu arazilerine yapılan büyük ölçekli inşaat projeleri çerçevesinde başlayıp gelişmiş olsa da⁷, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi her arsa sahibinin değerlendirebileceği uygun ve kazançlı bir mekanizmadır. Arsasına yapmak istediği inşaat için yeterli bilgisi ve maddi kaynağı olmayan arsa sahipleri genellikle bir yüklenici ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalamakta ve sözleşmede kararlaştırılan miktarda bağımsız bölüm sahibi olmaktadır. Hedefin bağımsız bölüm elde

⁴ RG. – 03.05.2006 -26157

⁵ Umut YENİOCAK, Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2014, sf. 22; Güler GÜMÜŞSOY KARAKURT, Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İKÜHFD) Prof. Dr. Turhan ESENER’e Armağan, C.15, S.1, Ocak 2016 (Özel Sayı) Armağan Cilt II, sf. 788

⁶ Adem YELMEN, Asgari Gelir Taahhüdü İhtiva Eden Arsa Payı Karşılığı Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara – 2018, sf. 19

⁷ TOKİ tarafından gerçekleştirilen gelir paylaşımlı inşaat projeleri için bkz. <https://www.toki.gov.tr/proje-tipine-gore-uygulamalar> (ET. 20.03.2019)

etmekten ziyade gelir elde etmek olduğu hallerde gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin bu hedefini karşılayan bir çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır.

II. TANIMI

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Satış, Devir, İntikal, Kiraya Verme, Trampa, Sınırlı Ayni Hak Tesisi ve Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliği m. 4/1/ç hükmünde “Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı” başlığı altında şu şekilde tanımlanmıştır: “*Gelirin, şartnamede tanımlanması kaydıyla, İdarenin maliki bulunduğu arazi ve/veya arsada, İdarenin uygun göreceği proje uyarınca, müteahhidin proje maliyetinin tamamını karşılayacağı inşaat ve inşaatların bölümlerinin satışından sağlanacak gelirin, sözleşmede belirlenen esaslara göre İdare ve müteahhit arasında paylaşılması*”.

Yeniocak bu sözleşmeyi; “*yüklenicinin, sözleşmede belirlenen yapıyı inşa etme ve bağımsız bölümlerin satışına aracılık etme borçlarını yüklediği, buna karşılık arsa sahibinin, arsası üzerinde inşa edilecek bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satmayı vaat ettiği ve inşa edilen bağımsız bölümlerin satışından elde edilecek geliri yükleniciyle paylaşmayı borçlandığı sözleşmedir*”⁸ şeklinde tanımlamıştır.

İnal’ın tanımı ise: “*yüklenicinin bağımsız bölümler meydana getirme ve bunların satışını sağlama borcuna karşılık, arsa sahibinin bu bağımsız bölümlerin satımına ilişkin yükleniciye temsil yetkisi verme ve bu satıştan elde edilecek geliri yükleniciyle paylaşma borcu altına girdiği sözleşmedir*”⁹ şeklindedir. Bu tanım çerçevesinde yüklenici, arsa üzerinde bağımsız bölümler inşa etmeyi ve bunların satışını sağlamayı; bunun karşılığı olarak arsa sahibi ise bu bağımsız bölümlerin satışına ilişkin yükleniciye temsil yetkisi vermeyi ve satıştan sağlanacak geliri yükleniciyle paylaşmayı taahhüt etmektedir¹⁰. Bu tanımda dikkat edilmesi gereken husus, “arsa sahibinin ediminin, bağımsız bölümlerin satımına ilişkin yükleniciye temsil yetkisi verme” ifadesidir. Bu noktada belirtmek gerekir ki gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin asli edimlerinden biri, arsası üzerinde inşa edilecek yapıları üçüncü kişilere satmayı vaat etmektir. Bahsi geçen

⁸ Yeniocak, sf. 25

⁹ Emrehan İNAL, Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, sf. 149

¹⁰ İnal, sf. 150

yükleniciye temsil yetkisi verilmesi, mülkiyeti devir borcu olarak yüklenilen edimin gerçekleşmesi için seçilen bir ifa şeklidir¹¹.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi hakkında Yargıtay'ın yapmış olduğu tanım ise: “yüklenici tarafından arsa sahibinin arsasında meydana getirilecek yapının, arsa sahibinin verdiği yetkiye dayanarak yüklenici tarafından satılması ve bu suretle elde edilecek gelirin arsa sahibi ile yüklenici arasında, sözleşmede kararlaştırılan oranda paylaşılması esasına dayanmaktadır. Bu esastan yola çıkarak gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi; yüklenicinin bağımsız bölümler meydana getirme ve bunların satışını sağlama borcuna karşılık, arsa sahibinin bu bağımsız bölümlerin satımına ilişkin yükleniciye temsil yetkisi verme ve bu satıştan elde edilecek geliri yükleniciyle paylaşma borcu altına girdiği sözleşme¹²” şeklindedir.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesini; yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan yapıyı inşa etmeyi ve satışının gerçekleştirilmesine aracılık etmeyi, arsa sahibinin ise arsasını inşaatın yapılması için tahsis etmeyi, yapılacak bağımsız bölümlerin satışını üçüncü kişilere vaat ettiği ve satıştan elde edilecek miktarı sözleşmede belirlenen oranda yüklenici ile paylaşmayı taahhüt ettiği bir sözleşme şeklinde tanımlayabiliriz.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi mevzuatta yönetmelik seviyesindedir. Bir ihale yönetmeliğinin içinde yer almakla birlikte ilgili yönetmelikte sözleşme niteliğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin tanımı, unsurları, sözleşme taraflarının borçları, sözleşmenin sona ermesi gibi konular, ilgili Yönetmelikte bulunmamaktadır.

III. GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARA SAĞLADIĞI FAYDALAR

Öncelikle belirtmeliyiz ki gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, serbest piyasanın hissettiği ihtiyaç sonucu bir varlık kazanmıştır ve hem yüklenici hem de arsa sahibi açısından benzer sözleşmelere kıyasla birçok avantajı içerisinde barındırmaktadır.

¹¹ Yeniocak, sf. 26

¹² Y. 3. HD. T. 23.06.2014 E. 2014/10780, K. 2014/10005, Karar için bkz. <http://www.kazanci.com> (ET. 17.03.2019)

Günümüzde, özellikle kentsel dönüşüm kapsamında akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin aksine, arsa sahibi her zaman inşa edilecek bağımsız bölüm veya bölümleri kendi elinde tutmayı amaçlamayabilir. Gerçekten arsa sahibi, arsasında inşa edilecek binadan bağımsız bölümlere sahip olmak yerine, buradan doğrudan gelir elde etmeyi arzu edebilir. Yüklenicinin hedefi genellikle gelir elde etmektir, buna karşın yukarıda açıkladığımız şekilde arsa sahibinin de inşaatın tek beklentisi gelir elde etmek olabilir¹³. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde veya yüklenicinin bir bedel karşılığı inşaat yapma borcu altına girdiği sözleşmelerde yüklenici, bağımsız bölümü arsa sahibine teslim ederek borcunu ifa etmektedir. Bu sözleşmelerde arsa sahibi gelir elde etme amacıyla ise, bağımsız bölümlerin satışı ile kendi ilgilenmek durumundadır. Buna karşın gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin bağımsız bölümlerin pazarlanması ve satışı ile uğraşması gerekmemektedir. Arsa sahibinin inşa edilecek bağımsız bölümlere sahip olmak yerine bunların satışından gelir elde etmeyi hedeflediği durumlarda, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi akdetmesi, sözleşmenin, bağımsız bölümlerin pazarlanması ve satışını yükleniciye bir borç olarak yüklemesi dolayısıyla, arsa sahibine büyük bir avantaj sağlamaktadır.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin arsa sahibine sağladığı diğer bir avantaj da, projenin başarısızlığa uğraması ihtimalinde, riskin çok büyük bir kısmının yüklenici üzerinde kalmasıdır¹⁴. Orta ve büyük ölçekli inşaat projelerinin başarısı pek çok faktöre bağlıdır. Arsanın konumu, projenin mimarisi, modern ihtiyaçlara cevap vermesi gibi faktörlerin yanı sıra dünyadaki gelişmeler, ülkenin güncel politikaları, döviz kurları, konut faizi oranları vb. etmenler, projenin başarısını doğrudan etkilemektedir. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, bu risklerin büyük bir kısmını, arsa sahibi açısından bertaraf etmektedir. Bunun sebebi ise yüklenicinin, inşaatı tamamlamakla bir gelir elde edememesidir. Yüklenicinin gelir elde etmesi, yapılan bağımsız bölümlerin satışına bağlıdır. Dolayısıyla yüklenici, piyasanın talebine cevap veren doğru inşaatı doğru zamanda ve doğru yerde yapma konusunda çok daha dikkatli davranmak zorunda kalacaktır.

İnşa edilecek bağımsız bölümlerin satılmasının amaçlanması, arsa sahibinin inşaat sürecine dâhil olma isteğini, diğer inşaat sözleşmelerine kıyasla oldukça azaltmaktadır. Özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi ve genellikle sahipleri, projenin geneline kıyasla çok ufak detaylar için bile yüklenici ile tartışmakta, bu

¹³ İnal, sf. 144

¹⁴ İnal, sf. 145

tartışmalar işin uzamasına ve dolayısıyla yüklenicinin zaman ve para kaybetmesine yol açmaktadır. Başta kentsel dönüşüm kapsamında akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olmak üzere, her arsa sahibinin kendisine düşen bağımsız bölüm ile alakalı başka bir talep ve beklentisi olmakta, özellikle Türkiye’de arsa sahipleri hemen hemen ayda birkaç kez inşaat alanına gelip yüklenici ile tartışmakta ve işlerin uzamasına sebep olmaktadır. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde ise yüklenicinin bağımsız bölümleri ile arsa sahibinin bağımsız bölümleri şeklinde bir ayrım olmadığından, yüklenicinin çalışma koşulları oldukça rahatlamaktadır. Aynı şekilde arsa sahibi de, inşaatın sonucunda kendisinin olacak bağımsız bölümlerin yüklenicinin olacakla kıyasla daha kalitesiz veya gizli ayıplar içerip içermediği konusunda bir endişe taşımayacaktır zira sözleşmenin ruhu gereği böyle bir ayrım meydana gelmemektedir.

Belirtmemiz gerekir ki, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, inşaatın bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişiler açısından, özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile kıyaslandığında, çeşitli avantajlar sağlamaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle üçüncü kişiler yüklenici ile yaptıkları sözleşme ile inşaatın yükleniciye ait olacak dairelerden birini, arsa payları yükleniciye devredilmeden önce, almaktadır¹⁵. Hukuki niteliği bakımından bu durum, arsa sahibine karşı bir alacağın temlikini ifade etmektedir¹⁶. Bu noktada üçüncü kişinin arsa sahibine karşı bir hak ileri sürmesi, geçerli bir alacağın varlığına bağlanmış bulunmaktadır. Dolayısıyla alacağın ortadan kalkması halinde üçüncü kişi arsa sahibinden bir talepte bulunamayacak, sadece yükleniciden verdiği paranın iadesini talep edebilecektir¹⁷. Buna karşılık gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yapılan inşaatlardan bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişiler yükleniciden değil, arsa sahibinden bağımsız bölüm satın almakta, doğrudan arsa sahibinden hak elde etmektedirler¹⁸. Özetlemek gerekirse arsa sahibi ve yüklenici arasındaki sözleşme, üçüncü kişiyi etkilememektedir. Üçüncü kişi her halde sözleşme gereği bağımsız bölümün tamamlanarak kendisine teslim edilmesini arsa sahibinden talep edebilir¹⁹.

Yukarıdaki paragrafta açıklanan bu hususun doğal bir sonucu olarak yüklenici, üçüncü kişilere yapılacak satışları daha kolay bir şekilde gerçekleştirebilecektir. Alıcıda sağlanan

¹⁵ İnal sf. 146

¹⁶ Erman, sf. 189

¹⁷ İnal, sf. 146

¹⁸ İnal, sf. 147

¹⁹ İnal, sf. 147

güvenin artması sonucu yüklenici hem satışları hızlandırmakta hem de elde edilecek geliri bir miktar arttırabilme şansına sahip olmaktadır.

Son olarak belirtmemiz gerekir ki, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde pazarlama ve satışın tek elden yapılması, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi hem arsa sahibinin hem de yüklenicinin bağımsız bölüm sattığı sözleşmelere kıyasla çok daha verimlidir. Örnelemek gerekirse; arsa sahibi ya da yüklenicinin paraya ihtiyacı olması veya başka bir gerekçe sonucu, kendisine ait bağımsız bölümlerin fiyatlarını aşağıya çekmesi otomatik olarak diğer tarafında bağımsız bölümlerinin değerini ve satışını etkilemektedir. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde ise böyle bir durum söz konusu değildir. Bağımsız bölümlerin satış bedeli sözleşmede, kesin olmamakla birlikte genellikle asgari bir şekilde kararlaştırılmıştır ve ancak her iki tarafında mutabakatıyla aşağıya çekilebilmektedir.

IV. BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI

A. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İle Farkları

1. Genel Olarak Arsa Payı karşılığı İnşaat Sözleşmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibi ile yüklenici arasında akdedilen, yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan yapıyı inşa etme borcuna karşılık arsa sahibinin sözleşmede belirlenen bir kısım arsa payının mülkiyetini yükleniciye devretmeyi borçlandığı sözleşmedir²⁰. Tanımda belirtildiği şekilde ilgili sözleşmenin asli unsurları; arsa sahibinin kendisine ait olan arsa paylarının bir kısmının mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi borçlanması, buna karşılık yüklenicinin, sözleşmede belirlenen yapıyı yapmayı borçlanmasıdır.

Sözleşmenin unsurları üzerinde kısaca durulacak olursa bunları; arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu altına girmesi, yüklenicinin bağımsız bölümleri yapma borcu altına girmesi ve son olarak arsa sahibi ile yüklenicinin anlaşması olarak sıralayabiliriz.

²⁰ Erman, sf. 1; Cevdet YAVUZ, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul – 2014, sf. 1066; Turgut UYGUR, İnşaat Hukuku Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, C. II, Adli yayınevi, İstanbul – 1998, sf. 29 – 30; Mehmet Deniz YENER, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, Beta Yayınları, İstanbul – 2011, sf. 3; Etem Saba ÖZMEN / Tuba AKÇURA KARAMAN, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S. 1, Yıl: 2013, sf. 47

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde arsa paylarının mülkiyetinin yükleniciye devri, yüklenici tarafından inşa edilecek binadaki belirlenen bağımsız bölümlerin arsa sahibine tesliminin karşılığını ve sebebini oluşturmaktadır²¹. Yüklenicinin borcu ise, arsa üzerinde meydana getireceği inşaatın sözleşmede belirlenen bağımsız bölümlerini arsa sahibine teslim etmektir²². Belirtmemiz gerekir ki yüklenicinin borcu sadece arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümleri tamamlamak ve teslim etmekle son bulmayacak, ana taşınmazında tamamlanması gerekecektir²³.

Sözleşmede yüklenicinin eseri meydana getirme borcu ile arsa sahibinin mülkiyeti devir borcu değişim ilişkisi içinde olduğundan dolayı, bu sözleşme iki tipli karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir²⁴. Sözleşmenin her iki tarafının da borçlu ve alacaklı olmasının neticesi olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir²⁵.

Sözleşme hususunda tartışma konusu olan bir nokta da, bu sözleşmenin ani borç ilişkisi mi yoksa sürekli borç ilişkisi mi doğurduğu yönündedir. Katıldığımız ve Yargıtay²⁶ tarafından da kabul edilen görüşe göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçici – sürekli karmaşığı bir özellik taşımaktadır²⁷. Bunun sonucu ise, ileride gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin özellikleri kısmında detaylıca inceleneceği üzere²⁸, yüklenicinin teslim zamanında inşaatın büyük kısmı tamamlamasına karşın bağımsız bölümleri teslim edememesi sonucunda temerrüde düşmesi halinde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi halinde sözleşmenin ileriye etkili mi yoksa geçmişe etkili olarak mı ortadan kalkacağıdır²⁹. Sözleşme sürekli edimli olarak nitelendirilirse, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi ileriye etkili sonuç doğuracak ve yerine getirilmiş kısım varlığını koruyacaktır. Buna karşılık sözleşmeye ani edimli borç ilişkisi kuralları uygulandığında sözleşme, geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak ve yüklenici, o zamana

²¹ Erman, sf. 2; Özmen / Akçura Karaman, sf. 47 – 48

²² Yavuz, sf. 1069

²³ Erman, sf. 3

²⁴ Erman, sf. 6; Erden KUNTALP, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara – 2013, sf. 8; Yavuz, sf. 1071; Mustafa Alper GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, C. II, İstanbul – 2014, sf. 117

²⁵ Nezih Sütçü, Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, Ankara – 2010, sf. 27; Yavuz, sf. 1073; Erman, sf. 4; Yeniocak, sf. 108

²⁶ RG. 27.02.1984 S.18325, sf.17vd.

²⁷ Erman, sf. 9; Rona SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul – 1975, sf. 174

²⁸ Bkz. sf. 60 vd.

²⁹ Erman, sf. 9

kadar gördüğü işin ve kullandığı malzemenin karşılığını sözleşmeden dönmeye ilişkin hükümlere göre geri alacaktır³⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, resmi şekil şartına tabidir. Sözleşme arsa sahibine, arsasının bir kısmının mülkiyetini devir borcu yükler ve TMK. m. 706 ve TBK. m. 237 uyarınca resmi şekilde akdedilmeleri gerekir. NK. m. 60 kapsamında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin düzenlenmesi, noterlerin görevleri içerisinde. Sözleşme hakkında son olarak belirtmemiz gereken husus, TMK. m. 1009 uyarınca sözleşmeden doğan kişisel hakkın tapu siciline şerhinin mümkün olduğudur³¹.

2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinden Farkları

a. Yüklenicinin Borçları Açısından

Her iki sözleşmede de yüklenicinin bir inşaat yapma borcu ortaklık göstermektedir. Hem gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde hem de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin sözleşmede belirlenen inşaatı yapması konusunda bir farklılık bulunmamaktadır.

Buna karşın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümlerin tamamlanıp arsa sahibine teslim edilmesiyle yüklenici borcunu ifa etmiş olurken³², gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde yüklenici inşaatı tamamlamakla borcunu tam olarak ifa etmiş sayılmaz. İnşaatı tamamlamaya ilave olarak yüklenici, tamamlanan bağımsız bölümlerin pazarlamasını yapmak ve üçüncü kişilere satışını gerçekleştirmek durumundadır. Yüklenici ancak bu şekilde borcunu ifa etmiş olur.

b. Arsa Sahibinin Borçları Açısından

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin borçları açısından; arsayı yükleniciye teslim etme, inşaat işleri için yükleniciye

³⁰ Erman, sf. 9

³¹ Gümüş, sf. 116; Erman, sf. 10

³² Gümüş, sf. 113; Yavuz, sf. 1069

temsil yetkisi verme ve arsa üzerinde tasarrufta bulunmama edimleri bakımından bir farklılık bulunmaz.

Buna karşın bahsedilen iki sözleşme, arsa sahibinin mülkiyeti devir borcu kapsamında birbirinden farklılaşmaktadır. Arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, inşa edilen bağımsız bölümlerin sözleşmede kararlaştırılmış kısımlarının mülkiyetini yükleniciye devir borcu altına girmektedir³³. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde ise arsa sahibi, inşa edilecek bağımsız bölümlerin mülkiyetinin üçüncü kişilere devredileceği yönünde bir vaatte bulur³⁴. Bu vaat neticesinde mülkiyeti devir borcu arsa sahibi tarafından yükleniciye karşı borçlanılsa da, bağımsız bölümlerin teslimi yükleniciye değil, bağımsız bölümleri satın alan üçüncü kişilere devredilir.

Gelir paylaşımı borcu açısından ise iki sözleşme birbirinden tamamen farklı yapılara sahiptir. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin ruhunu oluşturan gelir paylaşma kavramı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bulunmamaktadır. Arsa sahibinin, bağımsız bölümlerin satışından elde edilen parayı sözleşmede kararlaştırılan oranda yükleniciyle paylaşma borcu, taraflar arası menfaat ilişkisini arttırmakta ve ilişkiyi adeta bir ortaklık ilişkisine yakınlaştırmaktadır³⁵.

B. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Adi Ortaklık Sözleşmesi İle Farklılıkları

1. Genel Olarak Adi Ortaklık Sözleşmesi

Adi ortaklık, TBK. 620-645. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Adi ortaklığının yasal bir tanımı bulunmamaktadır; diğer bir ifadeyle kanun, adi ortaklığın tanımını yapmamıştır. Ancak TBK. m. 620 hükmünde adi ortaklığının nasıl kurulacağı açıklanmıştır. İlgili madde uyarınca; adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir. Kanun ayrıca, bir ortaklığının, kanunda düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici özelliklerini taşınamaması halinde adi ortaklık hükümlerine tabi adi ortaklık sayılacağını hüküm altına almıştır.

³³ Yavuz, sf. 1067

³⁴ Yeniocak, sf. 109

³⁵ Yeniocak, sf. 110

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden farklı olarak adi ortaklık sözleşmesi, iki veya daha fazla kişi arasında düzenlenebilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yetkilerini ortaklığa karşı kullanabildikleri bir hukuki ilişkidir³⁶. Adi ortaklıkta ortaklar arasındaki ilişkilerin konusunu, adi ortaklık sözleşmesiyle bir araya gelen kişilerin, birbirlerine karşı olan hak ve borçları oluşturmaktadır³⁷.

TBK. m. 620 hükmü incelendiğinde, adi ortaklık kavramının temel unsurlarını; sözleşme, kişi, müşterek amaç, sermaye ve son olarak müşterek amaç doğrultusunda birlikte çalışma (*Affectio societatis*) olarak sıralayabiliriz³⁸. Tez çalışmamızın ana konusunu oluşturmamakla birlikte konunun açıklanması adına kısaca bu unsurlara değinmekte fayda görmekteyiz.

2. Adi Ortaklık Sözleşmesinin Unsurları

a. Sözleşme

TBK. m. 620 hükmü incelendiğinde adi ortaklığın, iki veya daha çok kişinin mallarını ve emeklerini ortak bir amaca ulaşmak için birleştirdikleri rızai bir sözleşme olduğu ortaya çıkmaktadır³⁹. Bir ortaklığın varlığından bahsedebilmek için gerekli ilk şart, ortakların, ortaklığın kurulması konusunda açık veya kapalı bir şekilde iradelerini açıklamaları ve bunların uyuşmuş olmaları gerekliliğidir. Bu noktada belirtmemiz gerekir ki bu karşılıklı anlaşma bir ortaklık kurma iradesinin açıklanması ile (*animus contrahendae societatis*) gerçekleşir⁴⁰. Kişilerin belirli ve ortak bir ekonomik amaçta bir araya gelmeleri, bir sözleşme sayesinde onun temeline oturur ve ortaklar arası ilişkinin kurulması, birlikte çalışılması ve ekonomik bir amaca ulaşılması bu sözleşme ile gerçekleşir. Sonuç olarak sözleşme unsuru, adi ortaklığı tesadüfi vb. diğer topluluklardan ayırır⁴¹. İlave olarak TBK m. 620/2 hükmü kapsamında, bir ortaklık ilişkisinin kanunda belirlenen sınırlı sayıdaki ortaklık şekillerinden herhangi birisinin ayırt edici özelliklerini

³⁶ Yeniocak, sf. 110

³⁷ Hasan PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara – 2015, sf. 47

³⁸ Oruç Hami ŞENER, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Seçkin yayıncılık, Ankara – 2017, sf. 1; Pulaşlı, sf. 20

³⁹ Şener, sf. 2; Pulaşlı, sf. 21; Nihat YAVUZ, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2. Baskı, C.II, Adalet Yayınevi, Ankara-2015, sf. 3161

⁴⁰ Pulaşlı, sf. 21; Nami BARLAS, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul – 2012, sf. 55

⁴¹ Yavuz (şerh), sf.3161; Pulaşlı, sf. 21

bünyesinde bulundurmaması halinde, bu ortaklık adi ortaklık olarak kabul edilecektir. Bu hükmün yönlendirmesi ile bahsi geçen ortaklığa, adi ortaklık hükümleri uygulanacaktır. Belirtmemiz gerekir ki tarafların başka bir ortaklık tipi belirlemediği durumlarda değil, tarafların iradesi başkaca bir ortaklık tipine yönelik olsa dahi, o ortaklığın geçerli olarak kurulmadığı hallerde de uygulanır⁴².

TBK.'da adi ortaklık için bir şekil şartı öngörülmemiş olduğundan, TBK. m. 12 gereğince sözleşme herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın akdedilebilir. Buna karşın şüphesiz ki sözleşmede şekle tabi bir işlemin var olması halinde sözleşme de ilgili şekil kuralına uygun bir şekilde kurulmalıdır. Tarafların sözleşme için bir geçerlilik şartı kararlaştırması halinde de sözleşme, buna uyulmadığı takdirde, geçerli olmayacaktır.

b. Kişi

Kişi ortaklığı niteliğindeki adi ortaklıkta bahsetmemiz gereken ikinci unsur, kişi unsurudur. Üst sınır belirtilmemekle birlikte kanunda adi ortaklığın en az iki kişi ile kurulabileceği TBK. m. 620'de açıkça belirtilmiştir. Adi ortaklıkta ortaklar, gerçek veya tüzel kişiler olabilir. Ortak olan gerçek kişilerin kural olarak tam ehliyetli yani reşit ve ayırt etme gücüne sahip olmaları gerekse de küçük ve kısıtlılar kanuni temsilcileri vasıtasıyla adi şirkete ortak olabilirler⁴³

c. Müşterek Amaç

Adi ortaklığın hedefi müşterek bir amaca erişmek olduğundan dolayı, müşterek amaç adi şirketin esaslı bir unsurunu oluşturur⁴⁴. Bu kapsamda şirket sözleşmesi kurulurken her ortağın aynı amaca sahip olması gerekir ki bu hal, adi ortaklığı iş görme sözleşmelerinden

⁴² Herman BECKER, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm - Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde: 184 - 551, Çev. Suat DURA, Yargıtay Yayınları, Ankara – 1993, s.1162-1163

⁴³ Pulaşlı, sf. 22; Şener, sf. 2; Barlas, sf. 18

⁴⁴ Becker, sf. 1165; Barlas, sf. 25

ayırır⁴⁵. Adi ortaklıkta müşterek amaç, ekonomik bir amaç, dar anlamda ise bir kazanç paylaşma amacıdır⁴⁶. TBK. m. 622 ve 623'ün metninden bu durum anlaşılmaktadır.

TBK. m. 623 uyarınca her ortak, sözleşmede aksi kararlaştırılmamış olması kaydıyla, kazanç ve zarara, katılım paylarına bakılmaksızın eşit olarak katılacaktır. Bir başka ifadeyle ortaklığa ait kazanç, ortaklar arasında paylaşılacak zorundadır. Sözleşmede kazanç veya zarara katılım paylarından birinin belirlenmesi halinde, bu belirleme diğerindeki payı da ifade edecektir. Yine adi ortaklıkta kural olarak bir ortağın yalnızca kara katılıp zarara katılmayacağı şeklindeki anlaşma geçersizdir. Bu kuralın istisnasını ise, katılım payı olarak emeğini koyan ortak oluşturmaktadır. Adi ortaklığa katılım payı olarak emeğini koyan ortağın sadece kara katılacağı kararlaştırılabilir.

Müşterek amaç unsuru kapsamında her ortağın kara ve zarara katılıp katılmayacağı hususu tartışmalıdır. Buna karşın doktrinde genel olarak, adi ortaklık sözleşmelerinde kar ve zarar ortaklığının, özellikle kural olarak her ortağın zarara katılması mecburiyetinin, bu ilişkinin ayırt edici temel bir özelliği olduğu kabul edilir⁴⁷

d. Sermaye

TBK m. 621 metni uyarınca ortaklar, adi şirkete sermaye olarak; para, alacak, başka bir mal veya emeklerini sermaye olarak koymakla yükümlüdürler. Madde metninin incelenmesiyle ortakların alacak, emek, para ve mallarını mutlaka birlikte koyması gibi bir zorunluluğun bulunmadığı, yalnızca alacak, yalnızca emek, yalnızca para ve yalnızca mallarını sermaye olarak koyabileceklerini söylemek mümkündür⁴⁸.

Katılım payları, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, ortaklığın amacına uygun olmalı ve birbirine eşit olmak zorundadır. Bir ortağın katılım payının niteliği, bir şeyin kullandırılmasından oluşuyorsa kira sözleşmesindeki, bir şeyin mülkiyetinin ortaklığa devrinden oluşuyorsa satış sözleşmesindeki, hasara, ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler TBK. m. 621 uyarınca kıyas yoluyla uygulanacaktır.

⁴⁵ Pulaşlı, sf. 25; Barlas, sf. 25

⁴⁶ Şener, sf. 7; Yavuz, Şerh, sf. 3166

⁴⁷ Yaşar KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, C.II, Şirketler Hukuku, 2.Baskı, Ankara-1973, sf. 61; Pulaşlı, sf. 26; Erden KUNTALP, Sonuca Katılmalı Ödünç Sözleşmesi, TBB Yayınları, Ankara-1980, sf. 15; Kuntalp, sf. 76; Becker, sf. 1165; Hüseyin HATEMİ / Rona SEROZAN / Abdülkadir ARPACI, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul - 1992, sf. 589; Barlas, sf. 28 – 30

⁴⁸ Pulaşlı, sf. 27; Yavuz, Şerh, sf. 3166; Barlas, sf. 42

e. Müşterek Amaç Doğrultusunda Birlikte Çalışma (Affectio Societatis)

Latince *affectio societatis* deyiimiyle ifade edilen müşterek amaç doğrultusunda birlikte çaba gösterme unsuru⁴⁹, doktrinde eşitlik üzerine birleşme arzusu⁵⁰ veya ortakların şirket gayesinin elde edilmesine faal olarak katılma niyeti⁵¹ şeklinde açıklanmaktadır. Müşterek amaç doğrultusunda birlikte çalışma unsuru, adi ortaklığı benzer hukuki ilişkilerden ayıran en önemli unsur olarak kabul edilir⁵².

Müşterek amaç doğrultusunda birlikte çalışma unsuru, ortakların sadece sözleşmeye dayalı bir ortak amaca sahip olmasının yeterli olmadığı, buna ilave olarak her ortağın bu amaç doğrultusunda eylemli bir işbirliği içinde olması gerektiği anlamını içermektedir⁵³. Ortaklık iradesi olmaksızın birlikte çalışma, bir çaba içine girilmesi halinde ise bir adi ortaklıktan bahsedilemez⁵⁴. Buna karşın başka bir görüş, birlikte çalışma ifadesine güçlü bir anlam yüklenmemesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre her bir ortağın ortak amacın varlık kazanmasına yönelik bir şekilde bir katkıda bulunması gerekli ve yeterlidir⁵⁵.

Ortaklık iradesinin açık bir şekilde ortaya koyulması, açık bir ortaklık iradesinin bulunmaması halinde ise en azından bu iradenin davranışlarla ortaya koyulması gerekir. Bu iradenin var olmaması halinde ise ortaklığın varlığından söz edilemez⁵⁶. Bu hususta son olarak belirtmeliyiz ki adi ortaklıkta ortakların müşterek amaç konusunda birlikte çalışma yükümlülüğü bir yan edim yükümlülüğü değil, asli edim yükümlülüğü niteliğindedir ve adi ortaklığın sürekli borç ilişkisi karakteri dolayısı ile süreklilik içermelidir⁵⁷.

⁴⁹ Barlas, sf. 38

⁵⁰ Turgut EREM, Ticaret Hukuku Prensipleri, 7. Baskı, İstanbul-1977, sf. 14

⁵¹ Pulaşlı, sf.31

⁵² Barlas, sf. 37 – 38; Hatemi / Serozan / Arpacı, Serozan, sf. .580; Yeniocak, sf.113

⁵³ Barlas, sf. 35 – 36; Pulaşlı sf. 31

⁵⁴ Barlas, sf. 53

⁵⁵ İnal, sf. 65

⁵⁶ Barlas, sf. 53

⁵⁷ Pulaşlı, sf. 32; Barlas, sf. 38

3. Farklılıkları

Adi ortaklık hakkında yukarıda açıklanan hususlar incelendiğinde, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi ile adi ortaklık sözleşmesinin arasındaki ayrımın çok da net olmadığı söylenebilir. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesini adi ortaklık sözleşmesine yakınlaştıran haller, sözleşmede taraflar arasında en yüksek gelirin elde edilmesi konusunda bir kazanç birliğinin bulunması⁵⁸ ve sözleşmenin gelir paylaşım esasına dayanmasıdır. Şu halde bu iki sözleşmenin ayırt edilmesi için kullanılacak en önemli kıstaslar; müşterek amaç ve müşterek amaç doğrultusunda birlikte çalışma (*affectio societatis*) olarak karşımıza çıkar. Unutulmamalıdır ki bu unsurların varlığı, her somut olay bakımından ayrıca incelenmelidir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki her iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile adi ortaklık sözleşmelerini birbirlerinden ayırmak bakımından doktrinde bir takım kıstaslar benimsenmiştir⁵⁹. Zarara katılım koşulunun varlığı, kar payının nasıl tespit edileceği, yönetim veya temsil ilişkisi, tarafların denetim yetkisi, sözleşmenin sona ermesine ilişkin hükümler, bir sözleşmenin adi ortaklık mı yoksa karşılıklı bir sözleşme mi olduğu hususunda yol göstericidir. Çalışmamızda bu kıstaslar kullanılarak, her iki hukuki ilişkinin farkları aşağıda açıklanacaktır.

a. Zarara Katılım Koşulu

Önceki başlıklarda açıkladığımız üzere hem TBK m. 623 incelendiğinde hem de doktrindeki baskın görüşe göre adi ortaklık sözleşmesinde esas olan kara ve zarara birlikte katılmaktır⁶⁰. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi çerçevesinde ise böyle bir esastan bahsedebilmek mümkün değildir. İstisnai bir hal ve uygulamada hemen hemen hiç rastlanmamakla birlikte, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi hükümlerinde arsa sahibin zarara katılacağına dair bir hükmün bulunması hali, sözleşmeyi adi ortaklık olarak

⁵⁸ İnal, sf. 186; Yeniocak, sf. 116

⁵⁹ Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 6. Bası, C. I/2, Vedat Kitapçılık, İstanbul – 2008, sf. 336; Kuntalp, Ödünç, sf. 15; Barlas, sf. 97, dn. 97

⁶⁰ Pulaşlı, sf. 48 – 50; Yavuz, Şerh, 3179-3180; Şener, sf. 40 – 47; Hatemi / Serozan / Arpacı, Serozan, sf. 588

nitelemek için yerli olmaz. Bunun yanında diğer unsurlarında varlık kazanması halinde bir adi ortaklıktan bahsetmek mümkün olur⁶¹.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yüklenicinin elde edeceği para, bağımsız bölümlerin satışından elde edilecek gelirin, sözleşmede kararlaştırılan oranının kendisine ödenmesi şeklinde vücut bulur. Bu noktada dikkat edilmelidir ki yüklenici, payına düşecek miktarın; inşaatın masrafını ve hedeflediği karı karşılayıp karşılamayacağı konusunda bir risk almaktadır. Bağımsız bölümlerin tamamının satılmasına karşılık yüklenici hiç kar etmeyebilir hatta zarara da girebilir. İşte tam burada yüklenicinin zarar etmesi, arsa sahibinin hakkını etkilememekte, arsa sahibinin satış bedeli üzerindeki hakkı yüklenicinin zarar etmesi durumunda dahi varlığını korumaktadır.⁶² Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde yüklenici, satış bedelinden alacağı payın maliyetini ve hedeflediği karı karşılamamasını riskini, arsa sahibi ise satış bedelinden alacağı payın arsasının değerini karşılamaması riskini almaktadır.

Arsa sahibinin zarara katılmaması kuralı, adi ortaklık sözleşmesinde taraflar arasında var olması gereken bir ortak amacın olmadığı konusunda çok önemli bir işarettir⁶³. Hele ki gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin asgari gelir taahhüdü içermesi halinde ki uygulamada çoğu sözleşmede bu şart bulunmaktadır, arsa sahibinin zarara katılmadığı hususu çok daha açık bir şekilde karşımıza çıkar⁶⁴.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin edimi, diğer tarafın ediminin sebep ve karşılığını oluşturmaktadır⁶⁵. Bu noktada sınırlı bir amaç birliğinden söz edilebilir. Ne var ki tarafların adi ortaklık anlamında bir müşterek menfaatten bahsedilmesi, ilişkide deyim yerindeyse bir kader birliğinin varlığına bağlıdır⁶⁶. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi kapsamında ise yüklenici hem kendi kişisel amacına ulaşma hem de arsa sahibinin kişisel menfaatine ulaşması için risk alır⁶⁷. Açıklanan ilişki çerçevesinde gerçek anlamda bir kader birliğinden, buna bağlı olarak adi ortaklığın unsurlarından olan müşterek amacın varlığından bahsedilmesi mümkün değildir.

⁶¹ Yeniocak, sf. 117

⁶² Yeniocak, sf. 117;

⁶³ Benzer görüş için bkz. Ümit Y. DOĞANAY, Adi Şirket Akdi (Akdin Unsurları-Kurulması – Hükümsüzlüğü), Kurtulmuş Matbaası, İstanbul- 1968, sf. 49

⁶⁴ İnal, sf. 188; Yeniocak, sf. 118

⁶⁵ Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara – 2015, sf. 211

⁶⁶ Barlas, sf. 26 – 27

⁶⁷ Yeniocak sf. 118

b. Paylaşımın Nasıl Yapılacağı

Adi ortaklık ilişkisi içerisinde ortaklar, tüm giderlerin gelirlerden çıkartılması sonucunda elde edilen ve kar olarak nitelendirilen meblağ üzerinden paylaşım yaparlar⁶⁸. Ortakların paylaşacakları meblağ, ortaklık sermayesini ve borçlarını aşan, ortaklık mamelekindeki fazlalıktır⁶⁹. Buna karşın gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin içeriğinde kar paylaşımı yoktur.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde paylaşılacak olan meblağ, bağımsız bölümlerin satışından elde edilen satış bedelidir. Sözleşme kapsamında tarafların paylaşmak üzerinde anlaştıkları nakdi değer, kar değildir. Yüklenici ve arsa sahibinin hak ettikleri alacak miktarının hesabı, sözleşmede oransal olarak kararlaştırılan paylaşım miktarının, satılan bağımsız bölümlerden tahsil edilen bedellerin tamamına uygulanması sonucunda belirlenmektedir. Dikkat edilmelidir ki bu hesaplamada inşaat masrafinin düşülmesi, arsa bedelinin düşülmesi vb. kesintiler yapılmaksızın elde edilen toplam gelir, yüklenici ve arsa sahibi arsasına sözleşmede kararlaştırılmış oranda paylaşılmaktadır⁷⁰.

Görüldüğü üzere gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, adi ortaklık sözleşmesine kıyasla daha farklı bir paylaşım, bir hasılat paylaşımı öngörmekte, adi ortaklıkta ise kar üzerinden bir paylaşıma işaret edilmektedir⁷¹.

c. Yönetim ve Temsil İlişkisi

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi kapsamında işin yönetilmesi, gerek inşaata başlanıp tamamlanmasında gerek de bağımsız bölümlerin pazarlanmasının yapıp satışın gerçekleştirilmesinde, yüklenicinin üzerindedir. İnşaat ruhsatının alınması, bağımsız bölümlerin satışı gibi hallerde yüklenici, arsa sahibinin temsilcisi olarak hareket eder⁷².

⁶⁸ Yavuz, Şerh, sf. 3178; Pulaşlı, sf. 52; Tamer BOZKURT, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara – 2018, sf. 72 – 73

⁶⁹ Şener, sf. 41

⁷⁰ İnal, sf. 241

⁷¹ Yeniocak, sf. 119

⁷² Yeniocak, sf. 120

Buna karşın yüklenicinin projenin yönetimini sağlaması, inşaat ve satışla ilgili karar alması, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinden kaynaklanan ve arsa sahibine karşı ifa edilmesi gereken bir borcun gereği olarak gündeme gelir.

d. Denetim Yetkisi

Her iki sözleşme kapsamında da bir denetim yetkisinden bahsedebilmek mümkün olsa da, kapsamı bakımından birbirlerinden farklıdırlar. Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin yüklenicinin çalışmalarını ve sözleşmeye uyup uymadığını denetlemesi, yüklenicinin bilgi verme borcunun⁷³ bir yansıması olarak da görülebilir. Bu noktada arsa sahibi gelir elde etme menfaatini gözetmek adına yükleniciden bilgi talep edebilir ve yaptıklarını denetleyebilir.

Konumuz kapsamına girmediği için detaylandırmayacağımız adi ortaklıkta ortakların denetim yetkisi⁷⁴, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesine kıyasla oldukça geniştir.

e. Sona Ermeye İlişkin Hükümler

Sözleşmenin bir adi ortaklık sözleşmesi olup olmadığı incelenirken, sözleşmede belirtilmiş sona erme hükümlerine de dikkat etmek gerekir. Bu noktada sözleşmenin hangi şekilde ve hangi şartlarda feshedilebileceğinin incelenmesi, niteleme bakımından oldukça önemlidir. Taraflar arası bir ortaklığın amaçlandığı hallerde sona erme daha ağır şartlarda hükme bağlanmış, buna karşın karşılıklı bir sözleşmenin amaçlandığı hallere ise daha hafif sona erme şartları öngörülmüş olabilir⁷⁵.

V. GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

A. Genel Olarak

Bir sözleşmenin esaslı unsurlarını ortaya koyarken kullanılacak kıstas, sözleşmede tarafların yüklendikleri asli edim borçlarıdır. Sözleşmenin objektif esaslı noktaları olarak

⁷³ İnal, sf. 235

⁷⁴ Detaylı bilgi için bkz. Yavuz, Şerh, sf. 3207 – 3209; Bozkurt, sf. 81 – 82; Şener, sf. 58 – 64; Pulaşlı, sf. 54 vd.

⁷⁵ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri C. I/2, sf. 337

da belirtilen sözleşmenin unsurları⁷⁶, yapılması amaçlanan sözleşmenin asgari içeriğini oluşturmakta ve sözleşmeye tipini kazandırmaktadır⁷⁷.

Sözleşmenin esaslı unsurları incelenirken belirtmemiz gerekir ki objektif esaslı noktalardan olmayan bir husus, tarafların bu konuda anlaşması halinde sübjektif esaslı nokta olarak nitelendirilir ve bu şekilde bir yan nokta da sözleşmenin esaslı noktası olarak karşımıza çıkar⁷⁸. Bu halde yan nokta da sözleşme iradesinin zorunlu bir koşulu olarak belirir⁷⁹. Sözleşmenin kurulması da tarafların hem objektif hem de sübjektif esaslı noktalardaki irade beyanlarının karşılıklı olarak uyuşması halinde gerçekleşir⁸⁰. Belirtilen unsurlar hakkında tarafların anlaşamaması halinde sözleşme kurulmaz ve hâkimin bunları tamamlaması da söz konusu olmaz⁸¹.

Sözleşme taraflarının sözleşme kurulurken üzerinde konuşup fikir alış verişi yaptığı, tartıştığı ancak asli nokta olarak belirlemedikleri yan noktalar, sübjektif yan noktalar olarak adlandırılır⁸². Tarafların bu yan noktalarda, TBK.'nın tabiriyle ikinci derecedeki noktalarda anlaşamamaları, sözleşmenin kurulmasına engel değildir⁸³. TBK. m. 2 uyarınca sözleşme kurulmuş sayılır ve bu ikinci derecedeki noktalarda uyuşma sağlanamaması halinde hâkim devreye girerek, işin özelliğine göre bir karar vererek uyuşmazlığı sonlandırır.

Gelir paylaşımı inşaat sözleşmesi çerçevesinde tarafların yükledikleri asli edimler, diğer bir ifadeyle sözleşmenin esaslı unsurları; yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan yapıyı inşa etmesi, bağımsız bölümlerin pazarlanmasını ve satışının arsa sahibi adına sağlanması ve alıcılara bu bağımsız bölümlerin teslim edilmesi, bunların karşılığı olarak arsa sahibinin elde edilecek kazancı sözleşmede kararlaştırılan oranda yüklenici ile

⁷⁶ Eren, Genel Hükümler, sf. 234; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / Hüseyin HATEMİ / Rona SEROZAN / Abdülkadir ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul – 2017, sf. 174 – 175; Ahmet M. KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara – 2017, sf. 83; Rona SEROZAN, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C. I, Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul – 2018, sf. 72

⁷⁷ Selahattin Sulhi TEKİNAY / Sermet AKMAN / Haluk BURCUOĞLU / Atilla ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul – 1993, sf. 75; Eren, Borçlar Genel, sf. 234

⁷⁸ Eren, Genel Hükümler, sf. 235; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sf. 76; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C.I, sf. 175-176

⁷⁹ Eren, Genel Hükümler, sf. 235

⁸⁰ Eren, Genel Hükümler, sf. 235; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sf. 76; Pierre TERCIER / Pascal PICHONNAZ / Murat DEVELİOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, XII Levha Yayınları, İstanbul – 2016, sf. 179

⁸¹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sf. 78; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, sf. 179

⁸² Eren, Genel Hükümler, sf. 237

⁸³ Eren, Genel Hükümler, sf. 237; Serozan, İstanbul Şerhi, sf.78

paylaşması ve inşa edilecek bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satışını gerçekleştirmesidir.

B. Yüklenicinin Sözleşmede Kararlaştırılan Bağımsız Bölümleri İnşa Etme, Arsa Sahibi Adına Satma ve Alıcılara Teslim Etme Borçları

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin borcu, sözleşmede belirlenen inşaatı tamamlamak, bunları arsa sahibi adına satmak ve alıcılara teslim etmektir⁸⁴. Sözleşmede belirlenen bağımsız bölümlerin inşa edilmesi borcu hususunda belirtmemiz gerekir ki yüklenicinin, inşaat veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerindeki inşaatı tamamlama borçlarına kıyasla bir fark bulunmamaktadır.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin sözleşmede belirlenen inşaatı meydana getirmesi, TBK. m. 470 vd. hükümlerinde düzenlenmiş eser sözleşmesinin, bir eser meydana getirme unsurunu karşılar. TBK. m. 470 uyarınca, “*eser sözleşmesi yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*”.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin diğer sözleşmelerden farkını ortaya koyan yüklenicinin borçları ise; arsa sahibi adına inşa edilen bağımsız bölümleri pazarlama, üçüncü kişilere satma ve teslim etmektir⁸⁵.

Yüklenicinin inşa edilen bağımsız bölümü, arsa sahibi adına üçüncü kişilere satması ve gelir elde edilmesi, büyük çaplı inşaat projelerinde oldukça tercih edilen bir yöntemdir. Şu halde yüklenici, inşa edilen bağımsız bölümlerin reklamının yapılması, pazarlanması ve satılması konusunda profesyonel bir örgütlenme içerisine girmek durumundadır. Bu noktada yüklenici, en yüksek geliri elde edebilmek için gerekli özeni göstermeli ve en elverişli yöntemi seçmelidir.

⁸⁴ İlker Hasan DUMAN, İnşaat Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara – 2016, sf. 244; İnal, sf. 164

⁸⁵ Duman, sf. 244; Gümüsoy Karakurt, sf. 788; İnal, sf. 164; Yeniocak; sf. 27

C. Arsa Sahibinin Gelir Paylaşma ve Üçüncü Kişiye Mülkiyeti Devretme Borcu

1. Genel Olarak Gelir Paylaşma Borcu

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi çerçevesinde arsa sahibinin asli edimi ve dolayısıyla sözleşmenin esaslı unsurlarından birisi, arsa sahibinin bağımsız bölümlerin satışından elde edilecek geliri, sözleşmede kararlaştırılan oranda yükleniciyle paylaşma borcu altına girmesidir. Belirtmemiz gerekir ki paylaşım borcunun doğabilmesi için bir koşulun gerçekleşmesi, diğer bir ifadeyle gelirin elde edilmesi gerekir. Koşulun gerçekleşip gelirin elde edilebilmesi için ise bağımsız bölümlerin satılması yahut satışının vaat edilmesi gerekir ve bu hususun sağlanabilmesi için arsa sahibinin katılımı şarttır⁸⁶. Burada arsa sahibi ya satışı kendi gerçekleştirecek ya da yükleniciye satışı gerçekleştirmesi için temsil yetkisi verecektir.

Uygulamada akdedilen gelir paylaşımlı inşaat sözleşmeleri incelendiğinde, arsa sahibi tarafından; yüklenicinin inşa edilen bağımsız bölümlerin satışını yapabilmesi için sözleşmede yükleniciye temsil yetkisi vermeyi taahhüt ettiği görülmektedir. Bu kapsamda yüklenicinin inşa ettiği bağımsız bölümlerin pazarlamasını ve satışını yapması bir borç olduğu kadar bir hak olarak da karşımıza çıkar. Çünkü gelirin elde edilmesi ve yüklenicinin elde edilen bu gelirden kendi payını alabilmesi, satışın gerçekleşmesine bağlıdır. Bu noktada özellikle belirtmemiz gerekir ki pazarlama ve satış yüklenici tarafından gerçekleştirilse de, sonuçta satıcı olan kişi arsa sahibidir⁸⁷. Arsa sahibi ya satışı bizzat yapacak ya da satışın yapılması için yükleniciye temsil yetkisi verecektir.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi ile arsa sahibi, bağımsız bölümlerin satışının üçüncü kişilere yapılması amacıyla yükleniciye temsil yetkisi vermeyi ve elde edilen gelirden sözleşmede kararlaştırılan oranda yüklenicinin payını vermeyi üstlenmektedir. Bu noktada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki gibi inşa edilen bağımsız bölümlerin arsa sahibi ile yüklenici arasında paylaşılması gibi bir durum söz konusu değildir. İnşa edilen bağımsız bölümlerin hiçbirinin satılamaması halinde ise elde edilen bir gelir söz konusu olmadığı için, arsa sahibinin geliri paylaşma borcu doğmayacaktır. İleride detaylıca

⁸⁶ İnal, sf. 155

⁸⁷ İnal, sf. 156

açıklanacağı üzere ancak gelir paylaşımli inŖaat szleŖmesinin ayni paylaŖım koŖulu içermesi veya szleŖmenin uyarlanması hallerinde ayni paylaŖım yapılabilecektir⁸⁸.

Gelir paylaŖımli inŖaat szleŖmesi uygulamasında satıŖının yüklenici tarafından, arsa sahibinin vereceği yetkiye binaen yapılacağı kabul edilmektedir. Ŗu halde pazarlama ve satıŖın yapılması yüklenicinin, buna karŖılık satıŖa iliŖkin temsil yetkisi verilmesi ise arsa sahibinin borcu olarak karŖımıza çıkmaktadır⁸⁹.

2. Temsil Yetkisi Verme Borcunun Varlığının İncelenmesi

alıŖmamızda bu baŖlık altında bir kimsenin temsil yetkisi verme borcu altına girip giremeyeceği incelenecektir, baŖka bir ifadeyle temsil yetkisi verme adı altında bir borcun Türk hukuk sisteminde varlık kazanıp kazanamayacağı üzerinde durulacaktır.

TBK. m. 42 uyarınca; temsil olunan, hukuki bir iŖlemden doğan temsil yetkisini her zaman sınırlayabilmekte veya geri alabilmektedir, ancak hizmet, vekâlet veya ortaklık gibi hukuki iliŖkilerden doğabilecek haklar bu madde kapsamında saklı tutulmuŖtur. TBK. 42. maddesinin 2. fıkrasında ise bu haktan önceden feragat etmenin geçersiz olduğu açıkça hüküm altına alınmıŖtır. KiŖinin verdiği ya da vereceği temsil yetkisini geri alma hakkına her zaman sahip olması ve bu haktan önceden de feragat edilememesi halinde, bir temsil yetkisi verme borcunun varlığından söz edilemez⁹⁰. Buna karŖın geri alınamayacak bir temsil yetkisi verilebilmesi ya da temsil yetkisini geri almadan feragat etmenin olası olduğunun kabulü halinde, temsil yetkisi verme borcunun da varlığı söz konusu olacaktır.

Bu noktada söylemeliyiz ki temsil yetkisinin geri alınamayacak Ŗekilde verilmesi yahut temsil yetkisinin geri alınması hakkında feragat etmenin mümkün olup olmadığı doktrinde tartıŖmaldır⁹¹. Bazı hallerde ise temsil yetkisinin geri alınması hakkında feragat etmenin mümkün olduğu kabul edilir⁹². Temsil yetkisi, temsilcinin Ŗahsına duyulan güven yerine temsil edilenin bir borucunu ifa etmesini sağlama gayesiyle yahut temsilcinin faydasına veya her iki tarafın da mŖterek bir gayesini gerekleŖtirebilmesi için verilmiŖse, temsil yetkisinin geri alınamayacağıının taraflarca szleŖmede

⁸⁸ Bkz. sf. 33 vd.

⁸⁹ İnal, sf. 156

⁹⁰ İnal, sf. 157; Aral / Ayrancı sf. 414 ve dn. 3'de anılan yazarlar.

⁹¹ Ŗener AKYOL, Türk Medeni Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık, İstanbul – 2009, sf. 438 vd.

⁹² İnal, sf. 157

kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir⁹³. Bir başka görüş ise temsil yetkisinin geri alınamayacağı taahhüdünün geçerli olarak kararlaştırılacağı ve ihlalinin cezai şarta bağlanabileceğini ifade etmekle birlikte yine de temsil edilenin temsilciyi azletme imknının bulunacağını savunmaktadır⁹⁴. Bir başka görüş ise; temsil ilişkisinin güven esasına dayanmasından hareketle, geri alma hakkını sınırlayacağından ötürü, temsil yetkisinin geri alınması durumunda cezai şart kararlaştırılamayacağını ifade etmektedir⁹⁵. Temsil edilenin temsil yetkisini geri almaktan feragat edebilmesinin kabul edildiği hususlar, temsil yetkisi verilmesinin temsil edilenin hakkında bir borç ya da bir borcun ifası olarak belirlendiği halleri oluřturmaktadır⁹⁶. Buna ilave olarak temsil yetkisinin, temsil edilenin, temsilciye olan borcunu ifası amacıyla verildiği hallerde, bu yetkinin kural olarak geri alınamaz olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilir⁹⁷.

TBK. m. 42/2'nin ifadesi, temsil yetkisinin sadece karşılıklı güven ilişkisine dayanması⁹⁸ ve bunun temsilciye tanınan bir hak olmadığı gibi, temsilcinin sadece temsil edilen dilediği müddetçe ve temsilcinin istediği doğrultuda davranışlarda bulunma yetkisinden ibaret olduğu kurgusuna dayanmaktadır⁹⁹. Bu ifadeden de anlaşıldığı gibi; kanun koyucu TBK m. 42/2'yi düzenlerken, temsil yetkisi verilmesini, temsil edilen açısından bir borç ya da bir borcun ifa edilmesine ilişkin olarak kararlaştırılması halini dikkate almamıştır. Buna karşının kanuni düzenlemenin, temsil yetkisi verilebilmesi için mutlak güven ilişkisinin varlığını aradığını söyleyemeyiz. Temelini güven ilişkisinden almayan bir temsil yetkisinin verilemeyeceğini, kanun tarafından bu hususun yasaklandığını da söylemeye imkn yoktur¹⁰⁰.

Vekâlet sözleşmesinin sona ermesini düzenleyen TBK. m. 512, temsil ilişkisine benzer bir şekilde; vekâlet veren ve vekilin vekâlet sözleşmesini her zaman tek taraflı olarak sona erdirebileceklerini, uygun olmayan bir zamanda bu sözleşmeyi sona erdiren tarafın ise, diğer tarafın bu davranış sonucu oluşacak zararını ödemekle yükümlü olduğunu hüküm

⁹³ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sf. 191 – 193; Akyol, sf. 441

⁹⁴ Kemal OğUZMAN / Turgut Z, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, sf. 233 – 234; Eren, Genel Hükümler, sf. 448, dn. 92

⁹⁵ Eren, Genel Hükümler, sf. 448

⁹⁶ Akyol, sf. 444

⁹⁷ Akyol, sf. 443; Aksi görüş iim bkz. Eren, zel Hükümler, sf. 447 – 448

⁹⁸ Turhan ESENER, Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara-1961, sf. 187

⁹⁹ M. Murat İNCEOğLU, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, XII Levha Yayıncılık, İstanbul – 2009, sf. 278 – 279

¹⁰⁰ İnal, sf. 159

altına almıştır. Bunun sebebi ise vekâlet sözleşmesinin güven ilişkine dayanmasıdır¹⁰¹. Ne var ki, vekâletten istifa ve azlin her zaman caiz olması kuralını, kanunda düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerine uygulamak mümkün değildir¹⁰². Buna bağlı olarak, temsil yetkisinin her zaman geri alınabileceğine ve temsil yetkisini geri alma hakkından feragat etmenin de mümkün olmadığı kuralının da kanun koyucunun öngörmediği şekilde, yani güven ilişkisinden ziyade temsil yetkisinin temsilcinin yararına yahut temsil olunanın borcunun ifası amacıyla verilmesi halinde uygulanmayacağının kabulü gerekir¹⁰³.

Katıldığımız görüş çerçevesinde TBK. m. 42/2 hükmü, temsil yetkisinin temsil edilenin faydasına ve güven ilişkisine dayanılarak verildiği hallerde mutlak ve emredicidir¹⁰⁴. Ne var ki temsil yetkisi salt güven ilişkine dayanan, temsilciye verilmiş bir yetki olma zorunluluğunda değildir. Nitekim TBK. m. 26 uyarınca sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflar kendi iradeleriyle kendi sorumluluklarında özel ilişkilerini düzenleyebilirler¹⁰⁵. Bu kapsamda herhangi bir güven ilişkine dayanılmaksızın, temsil edilenin temsilciye olan borcunu ifa etmek saikiyle geri alınamaz bir temsil yetkisi verilebilir yani, temsil yetkisini geri alma hakkından feragat edilebilir¹⁰⁶. Şu halde temsil yetkisi verilmesinin, temsil edilen için bir borç olarak belirlenmesine engel bir durum olmadığının kabulü gerekir¹⁰⁷.

Bu görüşten hareketle söyleyebiliriz ki temsil yetkisi; temsilci yararına ya da temsil edilene ait borcun ifa edilmesi amacıyla verilmiş ise, temsil yetkisini geri alma hakkından temsil edilen feragat edebilir, bu yetkinin verilmesi bir borç olarak kararlaştırılabilir¹⁰⁸. Gelir paylaşımı inşaat sözleşmesi çevresinde değerlendirildiğinde de arsa sahibi, geçerli bir şekilde temsil yetkisi verme borcu altına girebilir.

Temsil yetkisi verilmesinin bir borç olarak kararlaştırılabileceğinin kabulüyle birlikte ıssık tutmamız gereken bir başka husus da bu borcun bir asıl borç olarak mı yoksa bir yan

¹⁰¹ Fikret EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara – 2015, sf. 708 – 709; Fahrettin ARAL / Hasan AYRANCI, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara – 2012, sf. 414; Yavuz, Şerh, sf. 2741

¹⁰² Becker, sf. 730; Aral / Ayrancı sf. 414 ve dn. 7’de yapılan atıflar.

¹⁰³ Aral / Ayrancı, sf. 414

¹⁰⁴ Andreas von TUHR Borçlar Hukuku Umumi Kısım C. 1 – 2 Çev. Cevat EDEGE, Yargıtay Yayınları, Ankara – 1983, sf. 330

¹⁰⁵ Eren, Genel Hükümler, sf. 298; Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU, Refet ÖZDEMİR, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel – Özel), Yargıtay Yayınları, Ankara – 1987, sf. 49; von Tuhr, sf. 242; Oğuzman / Öz, sf. 23

¹⁰⁶ İnal, sf. 160

¹⁰⁷ Akyol, sf. 5; İnal, sf. 160

¹⁰⁸ İnal, sf. 60

borç olarak mı nitelendirileceğidir¹⁰⁹. Asli edim yükümlülüğü, sözleşmenin tipini belirleyen edim yükümlülüğüdür¹¹⁰. Sözleşmenin türünü ve tipini, özellik ve niteliklerini borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu asıl borç belirlemektedir¹¹¹. Buna karşın bir borç ilişkisi sadece asıl borçlardan oluşmaz, yan borçları da içerir¹¹². Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi özelinde arsa sahibinin asıl borcunun elde edilen geliri paylaşma, temsil yetkisi verilmesi borcunun ise gelir paylaşma diğer bir ifadeyle ücret ödeme borcunun ifasına yardımcı olan bir yan borç olduğu söylenebileceği gibi; temsil yetkisi verilmesi borcunun bir asıl borç olarak nitelendirilmesi gerektiği zira temsil yetkisi vermekle arsa sahibinin sözleşme uyarınca yüklendiği asıl borçlarından birincisini ifa etmiş olduğu, gelirin elde edilememesi halinde gelir paylaşımı borcunun doğmama ihtimali olduğu gibi¹¹³, elde edilen gelirin yüklenici tarafından yapılan masrafları karşılamaması halinde yüklenicinin bir karşı edim elde edemeyeceği de ifade edilebilir. Her halükarda uygulamada bir fark oluşmayacaktır şöyle ki; yan borç olarak kabul edildiğini düşününsek dahi, yan edim yükümü niteliğinde olduğundan¹¹⁴, bağımsız olarak ifaya konu olur ve asıl borçtan ayrı olarak talep ve dava edilebilir¹¹⁵.

Kanaatimizce, sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde temsil yetkisi verilmesi borcu, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin tipik bir özelliğini oluşturmamakta ancak ikinci derece bir nitelik ya da amaç taşımaktadır. Düşüncemize göre gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin yükleniciye temsil yetkisi verilmesi borcu, gelir paylaşma ve yüklenicinin inşaatı gerçekleştirmesi borçlarının ifasına yardımcı olan bir yan borç olarak karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda açıklanan gerekçeler doğrultusunda temsil yetkisi verilmesi borcunu, bir yan (fer'i) borç olarak nitelendirmekteyiz¹¹⁶.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi akdedilirken, elde edilecek gelirin tarafların malvarlığına nasıl intikal edeceği hakkında üç ihtimal mevcuttur. İlk olarak satışın yüklenici tarafından yapılması halinde, yüklenici satış bedelinin tamamını arsa sahibi adına alıcıdan alır ve kendi payını aldıktan sonra arsa sahibinin payını öder. İkinci olarak satış bedeli arsa sahibine ödenir ve sözleşmede kararlaştırılan oranda arsa sahibi,

¹⁰⁹ Asıl borç, asli edim yükümlülüğünü, yan borç, yan edim yükümlülüğünü, yan yükümlülük de koruma yükümlülüğü ile ifaya yardımcı yükümlülükleri ifade eder, bkz. Eren, Genel Hükümler, sf. 22 – 23

¹¹⁰ Eren, Genel Hükümler, sf. 31;

¹¹¹ Eren, Genel Hükümler, sf. 31

¹¹² Eren, Genel Hükümler, sf. 22

¹¹³ İnal, sf. 162

¹¹⁴ Eren, Genel Hükümler, sf. 34

¹¹⁵ Eren, Genel Hükümler, sf. 33

¹¹⁶ Geri alma hakkından feragatin herhangi bir suretle kabul edilmemesi görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnal, sf. 162 – 163

yükleniciye payını öder. Üçüncü olarak ise alıcının bağımsız bölümün bedelini, kısmen yükleniciye kısmen arsa sahibine ödeyeceği kararlaştırılabilir.

Son olarak vurgulamalıyız ki gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde kural, arsa sahibinin satıcı olması, yüklenicinin ise arsa sahibi tarafından verilen yetki çerçevesinde bağımsız bölümleri satmasıdır¹¹⁷.

3. Mülkiyeti Üçüncü Kişilere Devretme Borcu

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde sözleşmenin esaslı unsurlarından ve dolayısıyla asli edimlerinden bir tanesi de arsa sahibince, inşa edilecek bağımsız bölümlerin mülkiyetlerinin üçüncü kişilere devredilmesinin vaat edilmesidir. Bu noktada arsa sahibi, sözleşme çerçevesinde yapılacak bağımsız bölümlerin mülkiyetlerini, gelir elde etme gayesini gerçekleştirebilmek amacıyla devretme hakkında yükleniciye karşı bir taahhütte bulunmaktadır. İfade etmemiz gerekir ki şu halde, mülkiyetin devri yükleniciye karşı değil, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin kurulması esnasında henüz kim oldukları belirli olmayan üçüncü kişilere karşı ifaya konu edilecektir¹¹⁸.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi ışığında arsa sahibi, ileriki bir zamanda üçüncü kişilerle bağımsız bölümlerin satışıyla alakalı sözleşmeleri kurmak konusunda yükleniciye karşı bir borç altına girmektedir. Arsa sahibinin mülkiyeti üçüncü kişilere devretme borcu hakkındaki detaylı incelememiz ileriki bölümde mevcut olduğundan ötürü tekrara düşmemek adına oradaki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz¹¹⁹.

D. Tarafların Anlaşması

Sözleşme ilişkisinin varlığından bahsedilmesi için varlığı gereken en temel husus, tarafların anlaşmasıdır. TBK. m. 1/1 uyarınca sözleşmenin kurulması, tarafların içerik bakımından birbirine uygun iradelerini karşılıklı olarak beyan etmesi ile gerçekleşir¹²⁰.

¹¹⁷ Yeniocak, sf. 82

¹¹⁸ Yeniocak, sf. 28; Yelmen, sf. 59

¹¹⁹ Bkz. sf. 30 vd.

¹²⁰ Haluk. N. NOMER, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Beta Yayın, İstanbul-2015, sf. 36; Velidedeoğlu / Özdemir, sf. 8; Eren, Genel Hükümler, sf. 127 – 128; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sf. 70

Şekle ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, tarafların sözleşmesinin esaslı noktaları üzerinde uyuşması halinde sözleşme kurulmuş sayılır¹²¹. İkinci derecedeki hususlarda anlaşılabilmesi hali sözleşmenin kurulmuş sayılmasını engellemez, bu noktada hâkim, uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlar.

Anlaşma unsuru, tarafların özgür iradeleriyle bir hukuki ilişki kurduklarını anlamına gelir ve esasen tarafların akdettikleri sözleşmenin kapsamı da, TBK. m. 19 uyarınca, tarafların ortak iradelerine göre belirlenir.

VI. GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ

TBK. tarafından benimsenen sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, tarafların sözleşmelerin içeriklerini birbirlerinden farklı şekillerde oluşturmaları mümkündür. Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi özelinde de uygulamada şu anda bir içerik birliği bulunmamaktadır. Buna karşın uygulamada en çok; yüklenicinin arsa sahibine karşı asgari gelir taahhüdünde bulunduğu ya da sözleşmede kararlaştırılan sürede satılamayan bağımsız bölümlerin aynı paylaşım esasının belirlendiği sözleşmeler ile karşılaşmaktadır.

A. Basit Anlamıyla Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi

Sözleşme içeriğinin en basit ve temel şekilde belirlendiği şeklini, basit anlamıyla gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi olarak isimlendirebiliriz. Daha önce yaptığımız tanımlamalarda esasen, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin basit haline uygundur. Şu halde yüklenici, arsa sahibinin tahsis edeceği arsa üzerinde sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümleri inşa edecek, bu bağımsız bölümlerin satılması için gerekli faaliyetlerde bulunacak, bağımsız bölümlerin satışı gerçekleştikçe satıştan elde edilen gelir, sözleşmede belirlenen oranlarda arsa sahibi ve yüklenici arasında paylaşılacaktır¹²².

¹²¹ von Tuhr, sf. 271

¹²² Yeniocak, sf. 27; İnal, sf. 151

B. Asgari Gelir Taahhüdü İçeren Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi

Gelir paylaşımı inşaat sözleşmesi özelinde yüklenicinin asgari gelir taahhüdünde bulunup bulunmaması, sözleşmenin farklı görünümünde temel bir ayrım olması sebebiyle çok büyük önem taşır.

Asgari gelir taahhüdü içermeyen gelir paylaşımı inşaat sözleşmelerinde bağımsız bölümlerin satılmasını takiben elde edilecek fiili gelirin yüklenici ve arsa sahibi arasında sözleşmede belirlenen oranlarda paylaşılacağını daha önce de belirtmiştik. İşte bu noktada yüklenici sözleşmede arsa sahibine bir asgari gelir taahhüdünde de bulunabilir yani yüklenici; bağımsız bölümlerin satılması sonucu gelir elde edilsin ya da edilmesin her halükarda, arsa sahibine asgari bir miktarı ödemeyi taahhüt edebilir. Burada yüklenici, taahhüt ettiği asgari gelir üzerinden arsa sahibinin payını tamamlamak borcu altındadır¹²³. Buna karşın satıştan sağlanan gelirin, beklenenden yahut yüklenici tarafından taahhüt edilen asgari tutardan yüksek olması halinde ise fazlalık yüklenicinin malvarlığında kalmamakta, yine sözleşmede belirlenen oranlar uyarınca arsa sahibi ile yüklenici arasında paylaşılmaktadır. Zaten bu noktada taahhüt edilen husus asgari gelirdir, bunun üzerine çıkan kısmın da paylaşıma dâhil olacağı kuşkusuzdur. Buna karşın ifade etmemiz gerekir ki taraflar sözleşmede asgari gelirin üzerine çıkılması halinde farklı oranlar kararlaştırmışlar ise, aşan kısım hakkında bu oranlar üzerinden paylaşım yapılır.

Öngörülen asgari gelirin satışlardan sağlanamaması sonucunda yüklenicinin arsa sahibine ödemeyi taahhüt ettiği asgari miktar iki halde söz konusu olur.

İlk olarak inşa edilen bütün bağımsız bölümlerin satışının yapılmasına karşın piyasa şartları vb. durumlar sonucunda bağımsız bölümler beklenilenden daha düşük fiyattan satılmış ve beklenen gelir elde edilememiş olabilir. Taahhüt edilen asgari gelir miktarın altına yapılan satışlarda yüklenici, oluşan farkı arsa sahibine ödemek zorundadır. Bu noktada yüklenici, arsa sahibinin eksik kalan payını tamamlamak ve kendi gelirindeki azalmaya razı olmak zorundadır¹²⁴.

İkinci olarak ise inşa edilen bağımsız bölümlerin tamamı satılamamış ve bundan dolayı beklenen gelire ulaşmak mümkün olmamış olabilir. Bu noktada da yüklenici, arsa sahibinin eksik kalan payını tamamlamak ve kendi gelirindeki azalmaya razı olmak

¹²³ İnal, sf.151

¹²⁴ İnal, sf.152

zorundadır¹²⁵. Yüklenici, arsa sahibinin payını, sözleşmede kararlaştırılan vadeler uyarınca satışın gerçekleşmesinden daha önce de ödemiş olabilir. Şu halde yüklenici tarafından yapılan ödeme, satıştan elde edilmesi hedeflenen gelirden arsa sahibinin payının peşinen yüklenici tarafından ödenmesidir. Yapılan bu ödemenin karşılığı ise daha sonra satılacak olan bağımsız bölümlerin gelirleridir. Bağımsız bölümlerin satışını takiben yüklenici, satış bedelinden kendi payına ilave olarak, arsa sahibine yaptığı ödemeyi de alacaktır. Arsa sahibine ödemenin yapılmasına karşın bağımsız bölümlerin herhangi bir sebeple satılamaması halinde ise yüklenici, bedeli ödenen bağımsız bölümlerin mülkiyetinin kendisine geçirilmesini talep edebilecektir. Bu talebin bir an için kabul edilmediğini düşünürsek arsa sahibi, hem tüm bağımsız bölümler satmış gibi payını almış hem de satılmamış olan bağımsız bölümlerin mülkiyetini korumuş olacak, sonradan satışın gerçekleşmesi ihtimalinde ise ikinci kez pay almış olacaktır. Bu hususun hakkaniyet ile bağdaştığı söylenemez.

Yukarıda yaptığımız açıklamalara paralel olarak yüklenici tarafından yapılan asgari gelir taahhüdünü; satışların sağlanamaması sonucunda asgari gelire ulaşılamaması halinde, yüklenicinin satılamayan bağımsız bölümleri sözleşmede belirlenen asgari bedelden satın alması ve bu şekilde taahhüt ettiği asgari geliri arsa sahibine sağlaması olarak açıklamak gerekir. Bu değerlendirmenin en önemli sonucu ise, kural olarak asgari gelir taahhüdünün, satılamayan bağımsız bölümlerle ilgili yüklenicinin yapacağı ödemenin karşılığını oluşturacak bağımsız bölümlerin mülkiyetinin kendisine devrinin taahhüdünü içermesi ve dolayısıyla bir koşula bağlı satış vaadi niteliği taşımasıdır¹²⁶.

C. Aynı Paylaşım Koşulu İçeren Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi

Tarafların gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi akdederken üzerinde anlaşabilecekleri bir diğer husus da, belirlenecek bir sürenin sonunda, inşa edilen bağımsız bölümlerin satışının gerçekleştirilemeyen bölümleri hakkında, aynı paylaşım esasını kabul edebilmeleridir. Bağımsız bölümlerin öngörülen sürede satılamaması ihtimali değerlendirildiğinde, gelir paylaşım kuralının uzunca bir süre devam etmesi tarafların menfaatine olmayabilir. Bu

¹²⁵ İnal, sf.152

¹²⁶ İnal, sf. 153

noktada kararlaştırılan sürede satılamayan bağımsız bölümlerin aynı paylaşımı kararlaştırılabilir.

Aynı paylaşım koşulunun sözleşmede kararlaştırılması halinde bu paylaşımın nasıl yapılacağı sözleşmede belirlenir¹²⁷. Böyle bir belirlemenin yapılmaması halinde ise sözleşmedeki gelir paylaşım oranları, aynı paylaşım esnasında da kullanılır.

Sözleşmede aynı paylaşım koşulunun yanında yüklenicinin asgari gelir taahhüdünde bulunması da mümkündür. Bu halde öncelikle asgari gelir taahhüdü uyarınca yüklenicinin ödediğı veya ödemesi gereken bir bedel mevcutsa, önce bu bedel ödenecek ve bedelin karşılığı olan bağımsız bölümler yükleniciye devredilecektir. Daha sonra ise kalan bağımsız bölümler, sözleşmede belirlenen şekilde aynı paylaşıma konu edilecektir.

Yüklenici ve arsa sahibinin gelir paylaşımını sonlandırmak amacıyla kararlaştırdıkları aynı paylaşım esası, bir tasfiye hükmü olarak karşımıza çıksa da, koşula bağılı bir taşınmaz satış vaadi niteliğı taşımaktadır¹²⁸. Aynı paylaşım esasının kararlaştırılmasıyla, bir koşula bağılı olarak taşınmazın mülkiyetinin devri borcu doğmaktadır¹²⁹. Sözleşmede belirlenen sürenin sona ermesiyle birlikte yüklenici ile arsa sahibi inşa edilen bağımsız bölümleri paylaşmakta ve yüklenici ediminin karşılığı olarak bazı bağımsız bölümlerin mülkiyetini elde etmektedir. Bu noktada gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine çok yaklaştığı hatta ona dönüştüğü söylenebilir. Nitekim artık arsa sahibinin borcu, bu noktada bir kısım arsa payını yükleniciye devretmek şekline dönüşmüştür. Bu çerçevede aynı paylaşım koşulu içeren gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, koşula bağılı bir taşınmaz satış vaadi niteliğı içermektedir.

VII. GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara hangi hukuk kurallarının uygulanacağını, sözleşmenin hukuki niteliğı belirler. Bu yüzden bir sözleşme incelenirken yapılacak nitelendirme çok büyük önem taşır. Tez konumuz gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesine ilişkin bu kısımda öncelikle bu sözleşmenin bir borç sözleşmesi olduğı incelenecektir. Devamında tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme

¹²⁷ Yeniocak, sf. 137 – 138

¹²⁸ İnal, sf. 154

¹²⁹ İnal, sf. 154

olması incelenecek, isimsiz sözleşmeler hakkında genel bilgi verildikten sonra sözleşmenin tipine ilişkin bazı düşünceler değerlendirilecek ve isimsiz sözleşmeler sınıflandırması altında karma bir sözleşme olduğu tespit edilecektir. Son olarak ise sözleşmeye uygulanacak hükümler ile sözleşmenin zaman yönünden hangi türe dâhil olduğu belirtilecektir.

A. Bir Borç Sözleşmesidir

Hukuki sonuçlarına göre sözleşme türleri; borç sözleşmeleri, tasarruf sözleşmeleri ve statü sözleşmeleri olarak üç gruba ayrılır. Kısaca bunları açıkladıktan sonra borç sözleşmesi üzerinde duracağız.

Borç sözleşmesi, taraflar arası bir borç ilişkisi kuran yani bir borç ve alacak ilişkisi doğuran sözleşme türüdür¹³⁰. Tasarruf sözleşmesi, taraflardan birinin diğerinin faydasına bir hakkı ya da hukuki ilişkiyi kesin bir şekilde devretmesi, değiştirmesi, kısıtlaması yahut ortadan kaldırmasını sağlayan sözleşmedir¹³¹. Statü sözleşmeleri ise sürekli bir sosyal ilişki kurma, değiştirme ya da ortadan kaldırma amacı taşıyan, evlenme, evlat edinme gibi bir statü sağlayan sözleşmelerdir¹³².

Borç sözleşmeleri, borç ilişkisinin sözleşmesel dayanağını oluşturur¹³³. Tüm borç sözleşmeleri, sözleşme tarafları arası bir borç ilişkisi kurar ve en az bir taraf aleyhine malvarlığındaki pasifi arttırarak bir borç meydana getirirler¹³⁴. Alacak hakkını elde eden için kazandırıcı bir işlem niteliğinde olan borç sözleşmesi, aleyhine borç doğan için ise borçlandırıcı işlem niteliğindedir.¹³⁵ Bu doğrultuda iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, her iki taraf için hem borç hem de alacak doğurur.

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi çerçevesinde her iki taraf da karşılıklı olarak diğerine karşı bir borç altına girmektedir. Yüklenici sözleşmede kararlaştırılan binayı inşa etmeyi ve satış organizasyonunu sağlamayı borçlanırken, buna karşılık arsa sahibi de inşa

¹³⁰ Eren, Genel Hükümler, sf. 204; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi /Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C.I, sf. 97; Turhan ESENER / Fatih Gündoğdu, Borçlar Hukuku I Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1 – 48), Vedat Kitapçılık, İstanbul – 2017, sf. 17

¹³¹ Eren, Genel Hükümler, sf. 204; Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 12

¹³² Eren, Genel Hükümler, sf. 204

¹³³ Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi /Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C.I, sf. 95 – 96

¹³⁴ Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 12 – 13

¹³⁵ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sf. 46 – 47; von Tuhr, sf. 189

edilen bağımsız bölümlerin mülkiyetini üçüncü kişilere geçirmeyi (veya yükleniciye bu hususta yetki vermeyi) ve sözleşmede belirlenen oranda elde edilen geliri yükleniciyle paylaşmayı borçlanır. Görüldüğü üzere şu halde iki taraf da birbirlerine karşı aynı anda hem borçlu hem de alacaklı haldedir.

B. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir

İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak ikiye ayrılır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeleri açıklamadan önce kısaca eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler üzerinde kısaca durmak istiyoruz.

Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin tarafları, yüklendikleri edimlerin değiştirilmesi amacını taşımazlar¹³⁶. Her ne kadar bu sözleşmeler karşılıklı borç da doğursa, bu noktada edimlerin birbiriyle mübadele edilmesinden söz edilemez. Bir tarafın edimi, diğerinin edimi karşılığında borçlanılmamaktadır. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ilk olarak bir taraf için ivazsız bir asli edim yükümlülüğü doğar¹³⁷, devamında ise bu borç sebebiyle ancak bu borçtan bağımsız olarak karşı tarafın tali edim yükümlülüğü meydana gelir. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan sadece bir tanesi asli bir borç üstlenmekte, diğer taraf ise bir karşı edim üstlenmemekle birlikte tali bir edimi ifa etmeyi üstlenmektedir¹³⁸.

1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Tanımı

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, her iki tarafın da birbirine karşı asli bir edim yüklendiği sözleşmelerdir¹³⁹. Bu sözleşmelerde bir tarafın edimi, diğerinin ediminin sebebini ve karşılığını oluşturmaktadır. Edimler arası tam bir karşılıklılık ilişkisi bulunan

¹³⁶ Eren, Genel Hükümler, sf. 211; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C.I, sf. 99

¹³⁷ Eren, Genel Hükümler, sf. 212; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C.I, sf. 100

¹³⁸ Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, sf. 83

¹³⁹ Eren, Genel Hükümler, sf. 211; Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 10

bu sözleşme türünde, karşılıklı edimlerin mübadelesi amaçlanmaktadır¹⁴⁰. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler, birbirleri ile değiştirilmektedir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan her biri, diğerini kendisine karşı bir borç altına sokmak amacıyla borçlanmıştır¹⁴¹. Şu halde borçlar, sözleşmenin niteliği uyarınca birbirine bağlı ve karşılıklıdır. Her iki taraf da hem alacaklı hem de borçlu konumundadır¹⁴². Tarafların sahip oldukları alacak hakları, karşılıklı olarak birbirlerinin sebebini oluşturlar¹⁴³. Bundan dolayıdır ki bu sözleşmeler karşılıklı (sinallagmatik) sözleşmeler olarak isimlendirilirler¹⁴⁴. Satış sözleşmesi, trampa sözleşmesi, kira sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi vb. sözleşmeler, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir. Nitekim satış sözleşmesi incelendiğinde satıcının mülkiyeti devretme borcuyla alıcının satış bedeli ödeme borcunun bir karşılık ve değişim (mücadele) ilişkisi içerisinde olduğu görülür.

2. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinin Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Karşılıklı Bir Sözleşme Olduğu

a. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Karşılıklı Bir Sözleşmedir

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme mi olduğu yoksa bir ortaklık sözleşmesi mi olduğu düşüncesine bu bölümde kısaca değinmekte fayda görüyoruz. Nitekim adi ortaklık sözleşmesiyle benzer özellikler taşımaya karşın sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesinde bu ayrımın yapılması zorunludur.

Ortaklık sözleşmeleri, sözleşmeler hukukuna model olan klasik karşılıklı değişim (mücadele) sözleşmelerine benzememektedir¹⁴⁵. Ortaklık sözleşmeleri edimlerin değiş tokuş edilmesini amaçlamaz. Onun yerine ortaklık sözleşmeleri, edimleri ortak bir

¹⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi /Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C.I, sf. 98; Eren, Genel Hükümler, sf. 211; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, sf. 82; von Tuhr, sf. 140; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sf. 826

¹⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi /Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C.I, sf. 98

¹⁴² Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi /Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C.I, sf. 99; Oğuzman / Öz, sf. 4

¹⁴³ Eren, Genel Hükümler, sf. 211; Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 10

¹⁴⁴ Eren, Genel Hükümler, sf. 211; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi /Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C.I, sf. 99; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sf. 826; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, sf. 82

¹⁴⁵ Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 577

eksende toparlayıp birleştirmeyi amaçlar¹⁴⁶. Bir birleşme sözleşmesi olarak da değerlendirebileceğimiz ortaklık sözleşmelerinde edim taahhütleri, değişik yönlerden tek hedefe yönelmiş şekilde karşımıza çıkarken tam iki tarafa borç yükleyen karşılıklı sözleşmelerde ise edim taahhütleri, birbirine zıt ve paralel oklar şeklindedir¹⁴⁷.

Ortaklık sözleşmelerinde taraflar, ortak bir amacı gerçekleştirmek için tam bir çıkar birliği içerisinde olurlar. Burada tarafların edimleri birbirinin karşılığını oluşturmamakta, aksine edimler ortak amaca hizmet etmesi için ifa edilmektedir¹⁴⁸. Buna ilave olarak belirtmemiz gerekir ki ortaklık sözleşmeleri aynı zamanda ortaklar arası kişiler birliği yaratan bir organizasyon sözleşmesi de oluşturmaktadır.¹⁴⁹

Yukarıda açıklanan hususlar dikkate alındığında karşılıklı sözleşmelere ilişkin hükümlerin, özellikle sözleşmeden dönme hakkı ve ödemezlik def'inin, ortaklık sözleşmelerine doğrudan uygulanamayacağı, bunların ancak ortaklık sözleşmesine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanacağını söylemek mümkündür¹⁵⁰.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi çerçevesinde sözleşmenin bir ortaklık sözleşmesi mi olduğu yoksa tam iki tarafa borç yükleyen karşılıklı bir sözleşme mi olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu noktada söylenmelidir ki, nitelendirme bakımından, her sözleşme ilişkisinde tarafların açık ya da örtülü iradeleri, edimler arası ilişki dikkate alınarak bir nitelendirme yapmak gerekir.

Tanımı başlığı altında detaylıca açıkladığımız üzere gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde tarafların asli edimleri; yüklenici için, sözleşmede kararlaştırılan inşaatı tamamlamak ve bağımsız bölümlerin pazarlanması ve satışını gerçekleştirmek olarak karşımıza çıkarken, arsa sahibi için ise gelir paylaşım borcu ve inşa edilecek bağımsız bölümleri yüklenicinin bulacağı üçüncü kişilere satmayı vaat etmekten ibarettir.

Belirtilen bu borçlar, birbirlerinin sebebini oluşturur. Arsa sahibi elde edilen geliri paylaşma ve bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satılması için yükleniciye temsil yetkisi vermeyi borçlanırken, yüklenicinin binayı tamamlamasını, pazarlama faaliyetlerini gerçekleştirmesini ve satışını sağlamasını amaçlamaktadır. Yüklenici de borç altına girerken kendisine satış için yetki verilmesini ve satıştan sağlanan gelirden sözleşmede belirlenen oranda payını almayı hedeflemektedir.

¹⁴⁶ Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 577

¹⁴⁷ Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 577

¹⁴⁸ Eren, Genel Hükümler, sf. 213; Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 577

¹⁴⁹ Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 578

¹⁵⁰ Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 578; Yeniocak, sf. 32

Tarafların asli borçları incelendiğinde tarafların ortak bir amacı gerçekleştirmek için tam bir çıkar birliği içerisinde olduğu söylenemez. Burada tarafların edimleri bir karşılık ve mübadele ilişkisi içerisinde. Önemle belirtmek gerekir ki uygulamada neredeyse tüm gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin asgari gelir taahhüdünde bulunması hususu, bu sözleşmeyi tam iki tarafa borç yükleyen karşılıklı bir sözleşme olarak nitelendirmemizi destekleyen bir olgudur. Gerçekten de yüklenicinin bir asgari gelir taahhüdünde bulunmak suretiyle riskin büyük bir kısmını üstlenmesi, taraflar arası ilişkiyi bir ortaklık ilişkisinden oldukça uzaklaştırmaktadır¹⁵¹.

Her ne kadar gelir elde etme konusundaki menfaat birliğinin gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesini ortaklık sözleşmesine yakınlığı düşünülse de, buradaki asıl belirleyici unsur, tarafların bir ortaklık amacı taşıyıp taşımadıklarıdır¹⁵². Sözleşme metninden ya da işin yapılma şekline tarafların bir ortaklık amacı taşıyıp taşımadıkları belirlenemiyorsa, bu ilişki bir ortaklık olarak değil, karşılıklı bir sözleşme olarak nitelendirilmelidir¹⁵³. Nitekim gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi kapsamında arsayı yükleniciye teslim ettikten sonra arsa sahibi, sözleşmenin kalan aşamalarında bir emek harcamaz. İnşaatı tamamlamak, bağımsız bölümleri pazarlamak ve satışını sağlamak yüklenicinin borçlandığı edimlerdir. Sözleşmenin bu özel yapısı dolayısıyla da ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilmesi kanımızca doğru değildir¹⁵⁴.

b. Ödemezlilik Def'i Açısından İnceleme

Ödemezlilik def'i, TBK m. 97'de hüküm altına alınmıştır. Ödemezlilik def'i değişim ilişkisi barındıran sözleşmelerde, değişim ilişkisindeki muaccel ve karşılıklı edimlerin ifasında büyük öneme sahiptir¹⁵⁵. İlgili hüküm uyarınca karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin ifasını isteyen taraf, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını önermiş olmalıdır. Madde uyarınca kanun, borçlunun, karşı tarafın borcunu ifa etmemesi ya da ifayı ciddi bir biçimde teklif etmemesi halinde, kendi borcunu ifa etmemesi hakkını vermektedir.

¹⁵¹ Yeniocak, sf. 34

¹⁵² Barlas, sf. 30; Yavuz, sf. 1512

¹⁵³ İnal, sf. 166; Yeniocak, sf. 34

¹⁵⁴ İnal, sf. 188; Yeniocak, sf. 35

¹⁵⁵ Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, sf. 336

Şu halde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bir tarafın diğerinin edimini talep edebilmesi, kendi edimini ifa etmiş olmasına veya ifaya hazır olduğunu karşı tarafa bildirmesine bağlıdır¹⁵⁶. Kendi edimini ifa etmemiş ya da ifaya hazır olduğunu karşı tarafa bildirmemiş olan alacaklı, karşı taraftan edimini ifa etmesini talep ettiği zaman, ilk olarak kendi edimini ifa etmesi def'iyle yani ödemezlik def'iyle karşılaşır¹⁵⁷.

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde ise sözleşme her ne kadar tam iki tarafa borç yükleyen karşılıklı bir sözleşme olsa da, tarafların birbirlerine karşı ödemezlik def'inde bulunabilme olanakları bulunmamaktadır. Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi çerçevesinde yüklenici ve arsa sahibinin borçları göz önünde tutulduğunda, taraflar sözleşmede aksini kararlaştırmamışsa, sözleşmeden kaynaklanan borçların, işin ve sözleşmenin niteliği uyarınca bir sıraya tabi olduğunu söyleyebiliriz.

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde taraflar aksini kararlaştırmamışsa, ifa sırasını; arsa sahibinin arsanın zilyetliğini yükleniciye geçirmesi, yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan inşaatı bitirmesi ve inşaat sürecinde ve tamamlanmasından sonra inşası bitirilen bağımsız bölümlerin satışlarını sağlaması, arsa sahibinin satışlar tamamlandıktan sonra elde edilen geliri sözleşmede kararlaştırılan oranda yüklenici ile paylaşması şeklinde sıralayabiliriz. Sözleşmeye konu olan işin niteliği uyarınca meydana gelen bu ifa sırası dolayısıyla, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde kural olarak tarafların ödemezlik def'ini ileri süremeyeceklerini söylemek mümkündür¹⁵⁸.

C. İvazlı Bir Sözleşmedir

Belli bir ivaz karşılığında akdedilen sözleşmeler, ivazlı sözleşmelerdir¹⁵⁹. Tarafların bir karşı alacak elde etme amacıyla akdettikleri sözleşmeler, ivazlı sözleşmeler olarak nitelendirilir¹⁶⁰. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve çok taraflı sözleşmeler, ivazlı sözleşmeler olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁵⁶ Eren, Genel Hükümler, sf.82

¹⁵⁷ Eren, Genel Hükümler, sf.82; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sf. 828; Velidedeoğlu / Özdemir, sf. 198; Kılıçoğlu, sf. 578

¹⁵⁸ Yeniocak, sf. 35

¹⁵⁹ Eren, Genel Hükümler, sf. 255; Esener / Gündoğdu, sf. 21

¹⁶⁰ Eren, Genel Hükümleri sf. 255; Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 11;

Karşılıksız bir kazandırmayı amaçlayan ivazsız sözleşmelerde özveride bulunan tarafın sorumluluğu hafif, bağılılığı da zayıf olur¹⁶¹. Nitekim TBK m. 114 bu hususu şu şekilde düzenlemiştir; “ *Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir*”. İvazsız sözleşmelerin borçluya genellikle bir kazanım sağlamamasından dolayı hâkim, borçlunun sözleşme sorumluluğunda daha yumuşak bir tutum sergilemelidir¹⁶².

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi çerçevesinde değerlendirildiğinde, bu sözleşme ivazlı bir sözleşmedir. Gerek yüklenici, gerekse arsa sahibi bu sözleşmeyi kurarken bir karşı alacak elde etmeyi amaçlamaktadır. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde tarafların karşı alacak olarak hedefledikleri ortak amaçları, satıştan elde edilecek geliri paylaşmak suretiyle gelir elde etmektir. Taraflar için karşı edim olarak bedel elde etme unsuru, bu sözleşmeyi ivazlı bir sözleşme olarak nitelendirmemizi sağlamaktadır¹⁶³.

D. Rızai Bir Sözleşmedir

Rızai sözleşmeler; sözleşmenin kurulması, hüküm ve sonuç doğurması için yalnızca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının yeterli olduğu sözleşmelerdir. Türk hukukunda genel ilkeyi, rızai sözleşmeler oluşturmaktadır¹⁶⁴. Bağışlama, satış, kira, eser, hizmet, kefalet, vekâlet, kullanım ve tüketim ödücü sözleşmeleri, rızai sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, rızai bir sözleşmedir. Sözleşmenin kurulması, hüküm ve sonuç doğurması için yüklenici ile arsa sahibinin sadece karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmaları yeterlidir.

¹⁶¹ Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, Özel Bölüm, sf. 10

¹⁶² Eren, Genel Hükümleri sf. 226; Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 11; Velidedeoğlu / Özdemir, sf. 226 – 227

¹⁶³ Yelmen, sf. 74

¹⁶⁴ Eren, Genel Hükümler, sf. 223; Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 11; Esener / Gündoğdu, sf. 22; von Tuhr, sf. 242

E. İsimsiz Sözleşme Niteliği

1. Genel Olarak

TBK, özel borç ilişkileri başlığı altında, ekonomik ve sosyal hayatta yoğunlukla uygulanan sözleşmeleri düzenlemiştir. Satış, eser, vekâlet vb. sözleşmeler ilgili bölümde düzenlenmekle birlikte, kanun koyucu bu sözleşmelerin sınırlı sayı (*numerus clausus*) teşkil etmediğini¹⁶⁵, tarafların belli kurallar dâhilinde serbestçe sözleşme yapabileceklerini sözleşme serbestisi ilkesi ile TBK m. 26 ile hüküm altına almıştır. Madde metnine göre, *“Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”*

Sözleşme serbestliği (irade özerkliği) ilkesinin ışığında kişiler, arzu ettikleri şekilde sözleşme akdedebileceklerinden, kanunda öngörülmüş sözleşme tiplerinden sapmalarının mümkün olduğu şüphesizdir. Bu ilke uyarınca taraflar sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilecek, TBK’nın özel hükümlerinde düzenlenmiş sözleşmelerden farklı ve bağımsız özgün sözleşmeler düzenleyebileceklerdir¹⁶⁶.

Bunun sonucunda uygulamada, kanunda düzenlenen sözleşmeler kadar kanunda düzenlenmemiş sözleşmeler de karşımıza çıkmaktadır. Kanunda düzenlenmemiş sözleşmeler de aynen kanunun öngördüğü sözleşmeler gibi bağlayıcıdır ve dava edilebilir taleplere kaynak olmaktadır¹⁶⁷.

Şu halde borcun kaynaklarından birini oluşturan sözleşmeler, düzenlemelerinin kanunda yapıp yapılmamasına göre isimli ve isimsiz sözleşmeler olarak iki büyük gruba ayrılmaktadırlar.

2. İsimli Sözleşmeler

Unsurları ve bu unsurların bir araya geliş şekilleri kanunda açık olarak hüküm altına alınmış sözleşmeler, kanunun öngördüğü isimli sözleşmeler olarak

¹⁶⁵ Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/1, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul – 2008, sf. 9; von Tuhr, sf. 242

¹⁶⁶ İpek YÜCER AKTÜRK, İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara–2016, sf. 33; von Tuhr, sf. 242; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.I/1, sf. 9

¹⁶⁷ Kuntalp, sf. 3

isimlendirilmektedir¹⁶⁸. Satım sözleşmesi, kira sözleşmesi, eser sözleşmesi vb. sözleşmeler isimli sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir.

Bir sözleşmenin isimli bir sözleşme olarak nitelendirilmesi için kanunda yalnızca isminin geçmesi, belli bir unsurunun yer alması vb. yeterli değildir. Sözleşmenin tanımının yapılması, esaslı unsurlarının tipini belirleyen asli edimlerin hüküm altına alınmış olması gerekir¹⁶⁹. Tarafların hak ve borçlarının kanunda hüküm altına alınmış olması, sözleşmenin isimli sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için gerekli bir koşuldur¹⁷⁰.

3. İsimsiz Sözleşmeler

TBK ve diğer kanunlarda ayrıntılı olarak düzenlenmemiş sözleşmeler, isimsiz sözleşmelerdir. Sözleşmenin sadece isminin kanun metninde yer alması bir sözleşmeyi isimli sözleşme yapmamaktadır¹⁷¹. Şu halde kanunda az veya çok ayrıntılı olarak düzenleme alanı bulmuş isimli sözleşmeler arasında bulunmayan sözleşmeleri isimsiz sözleşmeler olarak nitelendirmek mümkündür¹⁷². Bu noktada belirtmeliyiz ki bir sözleşmenin kanunda düzenlenmiş olması, sözleşmenin esaslı unsurlarının (essentialia negotii) kanun tarafından hüküm altına alınmış olmasıdır¹⁷³.

Sözleşmenin tipini ve içeriğini belirleme serbestliği sadece borç sözleşmeleri açısından geçerlidir. Borç sözleşmeleri dışındaki sözleşmelerde bu husustan bahsetmek mümkün değildir¹⁷⁴. Dolayısıyla isimsiz sözleşmeler borç sözleşmeleri olarak karşımıza çıkar. Düzenleme özgürlüğü çerçevesinde sözleşme tarafları sözleşmenin tipini, içeriğini, esaslı unsurlarını ve asli edim yükümlülüklerini serbestçe belirleyebilirler.

Bahsedilen serbestlik mutlak bir serbestlik değildir ve TBK. m. 27/1 uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olamayacağı

¹⁶⁸ Kuntalp, sf. 3

¹⁶⁹ Eren, Özel Hükümler, sf. 866

¹⁷⁰ Eren, Özel Hükümler, sf. 866; Aral / Ayrancı, sf. 160

¹⁷¹ Eren, Özel Hükümler, sf. 866; Aral / Ayrancı, sf. 160; Yücer Aktürk, sf. 34

¹⁷² Yücer Aktürk, sf. 34

¹⁷³ Yücer Aktürk, sf. 34

¹⁷⁴ Eren, Genel Hükümler, sf. 868

gibi, konusu imkansız da olamaz¹⁷⁵. Aksi halde sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı yine aynı madde metninde hüküm altına alınmıştır.

İsimsiz sözleşmeler, ihtiva ettikleri esaslı unsurların, öncelikle asli edimlerinin kanunda düzenlenmiş isimli sözleşmelere ait olup olmadıklarına göre, doktrinde ikili ya da üçlü bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Üçlü ayırım uyarınca isimsiz sözleşmeler, bileşik sözleşmeler, karma sözleşmeler ve kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler olarak üçe ayrılır¹⁷⁶. İkili ayırimda yapılan inceleme ise karma sözleşmeler ile kendine özgü (sui generis) yapısı olan sözleşmeleri kapsamaktadır¹⁷⁷. Bu görüş uyarınca bileşik sözleşmelerde, belli sözleşmelerin bir takım unsurları bir araya gelmeyip, sözleşmeler bir bütün olarak birleştiğinden¹⁷⁸, sözleşmeler bağımsızlıklarını kaybetmez ve bu nedenle de isimsiz sözleşmeler kapsamında değerlendirilemez¹⁷⁹. Bileşik sözleşmeye isimsiz sözleşme yerine doktrinde isimsiz figür de denilmektedir¹⁸⁰.

Çalışmamızın konusunu oluşturmadiğından dolayı doktrinsel tartışmaya girilmeyerek kanımızca ikili ayırımın daha doğru bir nitelendirme olduğunu söylemekle yetiniyoruz. Buna karşın anlatım bütünlüğünün sağlanması amacıyla bileşik sözleşmeleri de isimsiz sözleşmeler başlığı altında inceleyeceğiz.

a. Bileşik Sözleşmeler

Bileşik sözleşmeler, hukuki açıdan ve şeklen birbirinden bağımsız iki veya daha fazla sözleşmenin ekonomik ve fonksiyonel olarak, kanunun öngörmediği bir şekilde, birbirleriyle bağlanması sonucu söz konusu olur¹⁸¹. Bileşik sözleşmelerin en önemli özelliklerinden birisi, kendisini oluşturan sözleşmelerin ortak bir amaca yönelmiş olması ve kendilerine has vasıflarını kaybetmeksizin birbirlerine bağlanmalarıdır. Gerçekten bileşik sözleşmelerde, sözleşmeyi oluşturan iki veya daha fazla sözleşme, tüm unsurlarıyla bir araya gelir ve bu esnada bağımsız sözleşme niteliklerini kaybetmezler¹⁸². Burada

¹⁷⁵ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, sf. 9

¹⁷⁶ Aral / Ayrancı, sf. 53

¹⁷⁷ Eren, Özel Hükümler, sf. 870; Yücer Aktürk sf. 41 ve dn. 42'de a.g. yazarlar.

¹⁷⁸ Yücer Aktürk, sf. 41

¹⁷⁹ Yücer Aktürk, sf. 41; Eren, Özel Hükümler, sf. 870

¹⁸⁰ Eren, Özel Hükümler, sf. 870 ve dn. 19'da anılan yazarlar.

¹⁸¹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1 sf. 76; Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, Özel Hükümler, sf. 41; Eren, Özel Hükümler, sf. 883; Yavuz, sf. 23; Aral / Ayrancı, sf. 55; Kuntalp, sf. 163; Yücer Aktürk, sf. 38

¹⁸² Yücer Aktürk, sf. 38; Yavuz, sf. 23

sözleşmelerin varlıkları, işleyişleri ve geçerlilikleri birbirine bağlanmaktadır¹⁸³. Bunun bir sonucu olarak sözleşmelerden birinin meydana gelememesi yahut geçerlilik kazanamaması halinde, diğer sözleşme de meydana gelememekte, geçerli olamamaktadır¹⁸⁴.

Bileşik sözleşmelerde, birleşen sözleşmeler arası tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki synallagma ilişkisi saptanmaktadır¹⁸⁵. Bunun bir sonucu ise bileşik sözleşmenin içerisinde bulundurduğu sözleşmelerin varlıkları, geçerlilikleri ve devamlılıklarının, birbirlerine bağlı olmasıdır.

Belirtmemiz gerekir ki iki ya da daha fazla sözleşmenin aynı zamanda yapılması yahut aynı evrakta yer alması, sözleşme taraflarının bileşik sözleşme yaptıkları anlamına gelmez. Burada önemli olan tarafların iradesidir. Başka bir deyişle bir sözleşmeyi bileşik sözleşme olarak nitelendirmek için, tarafların iradesinin bu yönde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Bileşik sözleşmelerde, birleşen her sözleşmeye ilişkin kanun hükümleri, ilgili sözleşmeye uygulanarak uyuşmazlıklar giderilir¹⁸⁶. Bu sözleşmelerinin her biri bağımsız niteliğini koruduğu için, her bir sözleşme esasen kanunda kendisi için öngörülen hükümlere tabi olacaktır.¹⁸⁷

b. Karma Sözleşmeler

Sözleşme taraflarının kanunda düzenlenmiş isimli sözleşmelerden iki ya da daha fazlasının ihtiva ettiği unsurları ve asli edimleri, kanunun öngörmediği bir şekilde kısmen yahut tamamen bir araya getirdikleri sözleşmelere, karma sözleşme denilmektedir¹⁸⁸. Burada kanunun belli sözleşme tipleri hakkında öngördüğü unsurlar, kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya gelmektedir¹⁸⁹. Şu halde karma sözleşmeyi oluşturan

¹⁸³ Eren, Özel Hükümler, sf. 884; Kuntalp, sf. 164; Aral / Atrancı, sf. 55; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1 sf. 76; Yavuz, sf. 23

¹⁸⁴ Eren, Özel Hükümler, sf. 884; Kuntalp, sf. 165

¹⁸⁵ Eren, Özel Hükümler, sf. 884

¹⁸⁶ Eren, Özel Hükümler, sf. 887; Kuntalp, sf. 166

¹⁸⁷ Kuntalp, sf.166

¹⁸⁸ Eren, Özel Hükümler, sf. 871; Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 44; Yücer Aktürk, sf. 42; Kuntalp, sf. 157 vd.; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, sf. 69

¹⁸⁹ Yavuz, sf.25; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, sf. 69

diğer sözleşme unsurları bağımsızlıklarını kaybeder ve yeni sözleşme içerisinde tamamen karışarak yeni bir bütün oluştururlar¹⁹⁰.

Doktrinde karma sözleşmeler hakkına geniş ve dar anlamda olmak üzere ikili bir tanımlama ayrımı yapılmaktadır.

Geniş anlamda karma sözleşme; isimli ya da isimsiz sözleşmelerin tiplerine ait olan unsurların bir araya gelmesiyle oluşan sözleşmedir¹⁹¹. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kanunda düzenlenmiş isimli sözleşmelere ilave olarak, kanunda düzenlenmemiş isimsiz sözleşmelerin de unsurların oluşacak yeni sözleşmede var olması halinde, nitelemenin karma sözleşme olarak yapılması gerektiğidir.

Dar anlamda karma sözleşme ise; kanunda düzenlenmiş karma sözleşmeler dışında¹⁹², kanunda hüküm altına alınmış farklı sözleşme tiplerine ait unsurların sözleşme taraflarınca kanunda öngörülmeleyen bir biçimde bir araya getirilmesi sonucu varlık kazanan sözleşme şeklinde tanımlanmaktadır¹⁹³. Dar anlamda karma sözleşme tanımına, yalnızca kanunda hüküm altına alınan isimli sözleşmelerin belli unsurların kanunun öngörmediği şekilde bir araya gelmesi sonucunda ulaşılır. Bu tanımlamada doğrultusunda isimli sözleşmelerin unsurlarının yanına isimsiz sözleşme unsurlarının eklenmesi halinde karma sözleşmeden bahsedilemez.

Karma sözleşmeler doktrinde çift tipli karma sözleşmeler, bileşik tipli karma sözleşmeler (kombine) ve eklemeli karma sözleşmeler olarak üç alt başlık altında incelenmektedir.

aa. Çift Edimli Karma Sözleşmeler

Kanunda düzenlenmiş iki farklı isimli sözleşme tipine ait olan asli edim yükümlülüklerinin, sözleşme tarafları arası karşılıklı olarak, kanunun öngörmediği şekilde üstlenilmesi halinde, çift tipli karma sözleşme meydana gelmiş olur¹⁹⁴. Bu sözleşmelerde,

¹⁹⁰ Eren, Özel Hükümler, sf. 871; Kuntalp, sf. 17 vd.; Aral / Ayrancı, sf. 53; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, sf.69

¹⁹¹ Yücer Aktürk, sf. 42 ve dn. 47; Eren Özel Hükümler, sf. 871 dn. 22

¹⁹² Yücer Aktürk, sf. 42

¹⁹³ Eren, Özel Hükümler, sf. 871; Yücer Aktürk, sf. 42

¹⁹⁴ Eren, Özel Hükümler, sf. 872; Yücer Aktürk, sf. 49; Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 45; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, sf. 69; Aral / Ayrancı, sf. 54; Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 46; Yavuz, sf. 27

değişik sözleşmelere ait edimler birbirleri ile değişim ilişkisi içerisindedirler¹⁹⁵. Bahsedilen değişim ilişkisinden ötürü, çift edimli karma sözleşmeler nitelik olarak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir¹⁹⁶.

Satış sözleşmesindeki mülkiyeti devir borcu ile eser sözleşmesindeki bir eser meydana getirme borcunun asli edimler olarak kararlaştırıldığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, çift edimli karma sözleşmelere birer örnek olarak gösterilebilir.

bb. Bileşik Edimli (Kombine) Karma Sözleşmeler

Sözleşme taraflarından birisinin, kanunda düzenlenmiş isimli sözleşmelerden iki veya daha fazlasına ait olan asli edimleri üstlenmesinin karşılığında, karşı tarafın tek bir edim yükümlülüğü altına girdiği sözleşmeler, bileşik edimli sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁷. Bileşik edimli karma sözleşmelerde taraflardan birisi birden fazla isimli sözleşmeye ait asli edim yükümlülüklerini borçlanmaktayken, karşı taraf genellikle tek bir edim yükümlülüğü altındadır ki o da para ödeme borcudur¹⁹⁸.

Bir örnek gösterilmesi gerekirse pansiyonculuk sözleşmesi bileşik edimli karma bir sözleşmedir. Burada oda teslim edilmesi kira, yemek ve kahvaltı verilmesi satış, odanın temizlenmesi ise hizmet sözleşmesinin asli edimlerini oluşturmaktadır. Bunun karşılığında karşı tarafın asli edim olarak yüklendiği, bir miktar paranın ödenmesidir.

cc. Eklemlı Karma Sözleşmeler

Sözleşme tarafların birbirlerine karşı farklı sözleşmelere ait olan asli edim yükümlülüklerini borçlandıkları sözleşmeler, eklemlı karma sözleşmeler olarak anılır¹⁹⁹. Eklemlı karma sözleşmenin en yaygın örneği, karma bağışlama olarak karşımıza çıkar.

¹⁹⁵ Yavuz, sf. 27; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, sf.69

¹⁹⁶ Eren, Özel Hükümler, sf. 872

¹⁹⁷ Yücer Aktürk, sf. 48; Eren, Özel Hükümler, sf. 874; Yavuz, sf. 27; Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 45; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, sf. 71

¹⁹⁸ Yücer Aktürk, sf. 48; Yavuz, Özel Hükümler, sf. 27; Serozan, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 45; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, sf. 71

¹⁹⁹ Yücer Aktürk, sf. 50; Eren, Özel Hükümler, sf. 876

dd. Karma Sözleşmelere Uygulanacak Hükümler

Karma sözleşmelere uygulanacak hukuk kurallarının tespit edilmesi hakkında doktrinde farklı düşünceler mevcuttur. Ana hatlarıyla inceleyeceğimiz bu görüşler; dışlama teorisi, soğurma teorisi, birleştirme teorisi ve kıyas (yaratma) teorisidir.

Dışlama teorisi, karma sözleşmelere Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunur²⁰⁰. Bu görüş uyarınca karma sözleşmeyi meydana getiren değişik sözleşmelere ait unsurların hiç birisi diğerine kıyasla üstün tutulamaz. Belirtmeliyiz ki bu görüş doktrinde özellikle hakimin takdir yetkisini büyük ölçüde sınırlandırdığından dolayı kabul görmemektedir²⁰¹.

Soğurma teorisi, sözleşmenin içeriğini oluşturan çeşitli sözleşme unsurlarından en çok önce çıkan, diğer bir ifadeyle en ağır basan unsurlara sahip olan sözleşmeye ait hukuk kuralların, sözleşmenin tamamına uygulanması gerektiğini ifade eder²⁰². Bu teori kapsamında sözleşmeye hakim olan unsur, sözleşme içerisindeki diğer unsurları soğurur ve kendisi ön plana geçer. Bahsedilen görüş, taraf iradelerini tarafların öngörmediği şekilde sınırlandırdığı için kabul görmemektedir.

Birleştirme teorisi, karma sözleşmeyi oluşturan her farklı isimli sözleşme unsuruna, ait olduğu kanun hükümlerin doğrudan uygulanması gerektiğini dile getirir²⁰³.

Yaratma (kıyas) teorisi, karma sözleşmeler kanunda düzenlenmemiş olduğu takdirde, bu sözleşmelere her hangi bir kanun hükmünün doğrudan uygulanamayacağını, kanun hükmünün uygulanmasının ancak kıyasen yapılabileceğini belirtmektedir²⁰⁴. Bu görüşe göre önüne gelen uyuşmazlıkta hakim, karma sözleşmenin amacını ve sözleşme taraflarının karşılıklı menfaatlerini adaletli bir şekilde nasıl dengeleyebileceğini göz önünde tutarak, karma sözleşmenin unsurlarının ait olduğu sözleşme tiplerine ait hükümleri, kıyasen karma sözleşmeye uygulamalı, gerektiğinde bir sözleşmeye ait çözüm yolunu tercih etmeli ya da karma sözleşmeyi oluşturan unsurları bir tarafa bırakarak, borçlar hukukunun genel hükümlerini uygulamalı, bu şekilde bir sonuç almak mümkün

²⁰⁰ Eren, Özel Hükümler, sf. 877; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, sf. 73; Yücer Aktürk, sf. 105 ve dn. 195'de anılan yazarlar.

²⁰¹ Yücer Aktürk, sf. 105

²⁰² Yücer Aktürk, sf. 101; Eren, Özel Hükümler, sf. 877; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, sf. 74; Aral / Ayrancı, sf. 57

²⁰³ Yücer Aktürk, sf. 102; Eren, Özel Hükümler, sf. 878; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, sf. 74

²⁰⁴ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, sf. 75; Eren, Özel Hükümler, sf. 879

olmadığı takdirde, örf ve adet hukukuna gitmeli, buradan da netice elde edilemezse kendisini kanun koyucu yerine koyarak bir kural yaratmalıdır²⁰⁵.

Düşüncemize göre yukarıda kısaca açıklanan teorilerden birisinin, isimsiz sözleşmeler ile alakalı bütün uyumsuzluklarda kullanılması gerektiğini söylemek pek de olası değildir. Buna karşın somut olayın özelliği ve taraf menfaatleri de göz önünde tutularak, yaratma (kıyas) teorisinin, diğerlerine kıyasla daha hakkaniyetli ve sözleşme taraflarını tatmin edecek bir netice doğuracağını söylemek olasıdır.

c. Kendine Özgü (Sui Generis) Sözleşmeler

Kendine özgü (sui generis) sözleşmelerde, kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine ait unsurları içermeyen özgün bir içerik söz konusudur. Kendine özgü sözleşmeler, kanun tarafından düzenlenmemiş isimsiz sözleşmelerin asli unsurlarının bir araya gelmesiyle oluşan sözleşmelerdir²⁰⁶. Bu sözleşmede kanunda düzenlenen isimli sözleşmelere ait asli edimler bulunmaz.

Kendine özgü sözleşmelerde, kanunda düzenleme alanı bulmayan ancak tarafların öngördükleri unsurlar ve edimler, özel bir bütünlük oluşturacak şekilde birleşmektedirler²⁰⁷.

Kendine özgü sözleşmeler, kanunda düzenleme alanı olmayan isimsiz sözleşmelerin asli unsurların bir araya gelmesi sonucu oluştuğundan, bu sözleşmelere uygulanacak hukuk kurallarını doğrudan tespit etme imkânı yoktur. Hâkim, sözleşmeyi yorumlaması sonucunda uygulanacak hukuk kuralını tespit edebilecektir.

Yorumlama ve sözleşmedeki boşlukların doldurulması hakkında sözleşmenin niteliği, dürüstlük kuralı ve sözleşmenin konusu önem taşımaktadır. Teamüller de bu noktada dikkate alınmaktadır²⁰⁸. Uyuşmazlık halinde uygulanacak kurallarda öncelikle tarafların belirledikleri hükümlerin varlığı araştırılır. Tarafların bir kural belirlememiş olması halinde TBK.'nın genel hükümleri elverişli olduğu ölçüde kendine özgü sözleşmelere

²⁰⁵ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, sf. 75

²⁰⁶ Yücer Aktürk, sf. 51; Eren, Özel Hükümler, sf. 881

²⁰⁷ Eren, Özel Hükümler, sf. 881

²⁰⁸ Yavuz, Özel Hükümler, sf. 29

uygulanabilir²⁰⁹. Hâkim ayrıca örf adet hukukunda somut olayla kesişen bir hüküm bulması halinde sözleşmeye bu kuralı uygular, bulamaması halinde ise kendisini kanun koyucunun yerine koyarak, TMK m. 1/2 uyarınca genel ve somut bir hukuk kuralı koyarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturur²¹⁰.

4. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Tipine İlişkin Düşünceler ve Değerlendirmeler

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin tipi hakkında bir çıkarım yapmadan önce uygulamada önce çıkan bazı düşüncelerin değerlendirilmesini hem konunun daha iyi anlaşılması hem de nitelememizi desteklemesi açısından faydalı görüyoruz. Bu nedenle aşağıda gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin; eser sözleşmesi, adi ortaklık sözleşmesi, inşaat sözleşmesine eklenen adi ortaklık sözleşmesi ve inşaat sözleşmesine eklenen vekâlet sözleşmesi olması düşüncelerini değerlendireceğiz.

a. Eser Sözleşmesi Olduğu Düşüncesi

Eser sözleşmesi, TBK.'nın 470-486. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TBK. m. 470'e göre, "*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*" şeklinde tanımlanmaktadır. Eser sözleşmesi bir bedel karşılığında yüklenicinin, bir eser meydana getirmeyi taahhüt ettiği, borç doğuran bir sözleşmedir²¹¹.

Eser sözleşmesinde taraflar yüklenici ve iş sahibi olarak karşımıza çıkar. Eseri ısmarlayan kişi iş sahibi, ısmarlanan eseri meydana getirmeyi üstlenen kişi ise yüklenicidir²¹².

²⁰⁹ Eren, Özel Hükümler, sf. 882

²¹⁰ Eren, Özel Hükümler, sf. 883

²¹¹ Becker, sf. 587; Yavuz, sf. 985; Eren, Özel Hükümler, sf. 583 – 584; Gümüş, sf. 1; Haluk TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul – 2010, sf. 1; Hatemi, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 348; Velidedeoğlu / Özdemir, sf. 567; Cevdet İlhan GÜNAY, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara – 2015, sf. 1353

²¹² Eren, Özel Hükümler, sf. 584

TBK. m. 470'in metninden eser sözleşmesinin üç adet unsurunu saptamak mümkündür. Bu unsurlar; bir eser meydana getirme, bedel ve anlaşmadır.

Eser sözleşmesi incelenirken dikkat edilmesi gereken bir nokta da eser sözleşmesinde yüklenici, edim fiili olarak iş görmeye ilaveten edim sonucunu da borçlanmaktadır²¹³. Yüklenicinin bir sonuç taahhüdü altında olması ve bir sonucu borçlanması, bu sözleşmesi vekâlet, hizmet gibi diğer iş görme sözleşmelerinden farklı bir noktaya taşır. İş sahibi ise burada karşı edim olarak bedel ödeme borcu altındadır²¹⁴. Sözleşmenin esaslı unsurlarından olan bedel ödeme borcu kapsamında ödenecek ücretin miktarının sözleşmede belirlenmiş olması zorunlu değildir. Miktarın sözleşmede belirlenmemiş olması halinde TBK. m. 481 uyarınca bedel, eserin yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin eserin tamamlanması için yaptığı giderlere bakılarak belirlenir.

İnşaat sözleşmesi de niteliği itibarıyla bir eser sözleşmesidir. Yüklenicinin bir yapının tamamını yahut bir parçasını inşa ederek teslim etmeyi, karşılığında ise ücret almaya hak kazandığı inşaat sözleşmesi, TBK. m. 470 vd. hükümleri uyarınca bir eser sözleşmesidir²¹⁵. Hatta inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesinin en önemli uygulama alanlarından birini teşkil etmektedir²¹⁶.

Anlatılan hususlardan yola çıkılarak gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin bir eser sözleşmesi olduğu düşünülebilse de bu doğru bir yaklaşım değildir. Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi yapısında eser sözleşmesine ait unsurları barındırmakla birlikte, eser ve inşaat sözleşmelerinden farklı bir takım unsurlar da içermektedir. Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesini eser sözleşmesinden farklılaştıran en önemli nokta, inşaatın yapılması ve teslim edilmesiyle yüklenicinin borcunun sona ermemesi, aynı zamanda yüklenicinin inşa ettiği bağımsız bölümleri pazarlama ve satışlarını sağlama borcunun devam etmesidir.

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi, bünyesinde eser imal edilmesi unsurunu bulundurmakla birlikte, başkaca unsurları da barındırmaktadır. Dolayısıyla inşaatın yapılmasını, sözleşmenin tipinin belirlenmesi esnasında tek başına dikkate almak, doğru bir sonuca ulaşmayı engellemektedir. Gerçekten de hem sözleşmenin gelir paylaşımı unsurunu bulundurması hem de yüklenicinin pazarlama ve satışları sağlama borçları dikkate alındığında, bu unsurların eser sözleşmesine ait olduğunu söylemek mümkün

²¹³ Gümü, sf. 9; Tandoğan, Özel Hükümler, C. II, sf. 36

²¹⁴ Eren, Özel Hükümler, sf. 595; Karadaş, sf. 35

²¹⁵ Özer SELİÇİ, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, İstanbul – 1978, sf.4

²¹⁶ İnal, sf. 177

değildir. Gerek arsa sahibi gerekse yüklenici, eser sözleşmesine ait olmayan başkaca edimleri de borçlanmaktadırlar.

Bedel ödeme borcu açısından incelendiğinde ise gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi ile eser sözleşmesindeki bedel birbirinden oldukça farklıdır. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi kapsamında arsa sahibi, eser sözleşmesindeki anlamıyla bir bedel ödeme borcu altında değildir. Arsa sahibinin taahhüdü, sözleşmede kararlaştırılan oranda elde edilecek geliri paylaşmaktır. Dolayısıyla burada eser sözleşmesine ait tipik bir bedel ödeme unsurunun bulunduğu söylenemez²¹⁷.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde aynı paylaşım kuralının bulunması yahut yüklenicinin arsa sahibine asgari gelir taahhüdünde bulunması halleri de eser sözleşmesinde yer almayan unsurlardır.

Özetlemek gerekirse gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin inşaatın yapılması ve tamamlanması unsuru ile eser sözleşmesindeki işin yapılması unsurları kesişim içerisinde olsalar da, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin yukarıda bahsedilen diğer unsurları, sözleşmenin salt bir eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesini engellemektedir.

b. Adi Ortaklık Sözleşmesi Olduğu Düşüncesi

Adi ortaklık sözleşmesi yukarıda etraflıca açıklandığından tekrara düşmemek bakımından bu noktada yukarıda yapılan açıklamalarımıza atıf yapıyoruz²¹⁸. TBK. m. 620 adi ortaklığı *“iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir”* şeklinde tanımlamaktadır.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin adi ortaklık olarak nitelendirilmesi, bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da karşımıza çıkmaktadır. YHGK.’u gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesini adi ortaklık ışığında değerlendirmiş ve yüklenici ile arsa sahibi arasında adi ortaklığın kurulduğunu ifade etmiştir²¹⁹. YHGK.’nın kararında adi ortaklığın unsurları incelenmiş ve netice olarak gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin bir adi ortaklık sözleşmesi olduğu belirtilmiştir. Yine bir başka kararında Yargıtay, hukuki niteliklerini

²¹⁷ İnal, sf. 185

²¹⁸ Bkz. sf. 14 vd.

²¹⁹ YHGK. T. 24.03.2013, E. 2012/13-798, K. 2013/568. Karar için bkz. <http://karararama.yargitay.gov.tr>, (ET. 26.04.2019)

incelemeksizin gelir paylaşımı inşaat sözleşmesini “*hâsulat paylaşımı bir adi ortaklık sözleşmesi*” olarak ifade etmiştir²²⁰.

Buna karşın Yargıtay başkaca kararlarında gelir paylaşımı inşaat sözleşmesinin bir adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir²²¹. İlgili kararında Yargıtay, özellikle ortak amaç ve ortak amacın gerçekleştirilmesi için birlikte çalışma unsurları bakımından gelir paylaşımı inşaat sözleşmesinin bir adi ortaklık olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiş, olası bir zarardan sadece yüklenicinin sorumlu olduğunu vurgulamış ve sözleşmeye eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Yine başka bir kararında Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, gelir paylaşımı inşaat sözleşmesinin bir adi ortaklık sözleşmesi olmadığını, dolayısıyla kendi dairesinin görev alanına girmediğinden bahisle dosyanın ilgili Yargıtay Dairesine gönderilmesine karar vermiştir²²².

Yargıtay kararlarında bir yeknesaklık mevcut değildir. Oluşan bu çift başlı uygulama hukuk güvenliğini zedelemektedir. Yargıtay’ın bir görüş birliğine varması gerekmektedir. Aksi halde farklı dairelerin başkaca hükümleri sözleşmeye uygulaması gündeme gelecek ve taraflar bu süreçten olumsuz etkilenecek, hukuki istikrar çerçevesinde önlerini göremeyeceklerdir.

YHGK.’nın gelir paylaşımı inşaat sözleşmesinin adi ortaklık sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirten kararı doktrinde eleştirilmiş ve pek destek görmemiştir²²³. Şahsi kanaatimizce de taraflar arasındaki gelir paylaşımı inşaat sözleşmesinin bir adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilmesi doğru değildir.

Bu doğrultuda gelir paylaşımı inşaat sözleşmesi çerçevesinde tarafların bağımsız bölümlerin satışından elde edilecek geliri paylaşma konusunda bir adi ortaklık sözleşmesi akdettikleri düşünülebilse de sözleşmenin bir adi ortaklık sözleşmesi olduğunu söylemek mümkün değildir.

²²⁰ Y. 13. HD., T. 25.04.2011, E. 2010/13828, K. 2011/6497. Karar için bkz. <http://www.kazanci.com>, (ET. 01.08.2019)

²²¹ Y. 3. HD., T.15.07.2014, E. 2014/10780, K. 2014/1005. Karar için bkz. <http://karararama.yargitay.gov.tr>, (ET. 26.04.2019)

²²² Y. 3. HD., T. 29.05.2014, E. 2014/10474, K. 2014/8492. Karar için bkz. Karar için bkz. <http://karararama.yargitay.gov.tr>, (ET. 26.04.2019)

²²³ Bkz. İnal, Çalıştay, sf. 78 – 83; Yelmen; sf. 71

Her şeyden önce adi ortaklık sözleşmesi ortak amaç ve ortaklık iradesi unsurlarını bünyesinde barındırmaktadır. Belirtilen bu unsurlar aynı zamanda adi ortaklık sözleşmesinin ayırt edici unsurlarıdır. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin bir adi ortaklık olup olmadığı hususu incelenirken, tarafların ortak amacının varlığı ve ortaklık iradesi gösterip göstermedikleri değerlendirilmelidir.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde tarafların ortak bir amaçları olduğu bunun da inşa edilecek bağımsız bölümlerin satışından en yüksek geliri elde etmek olduğu söylenebilir. Her iki taraf da en yüksek gelirin elde edilmesini amaçlamaktadır. Gerçekten de satışın sağlanarak en yüksek gelirin elde edilmesinin hedeflenmesi, adi ortaklık sözleşmesinin ortak amaç unsuru ile büyük benzerlik taşımaktadır. Şu halde bu noktayı ortak amaç olarak niteleyebiliriz. Buna karşın kanaatimizce taraflar arasında bu amacın gerçekleştirilmesi için sıkı bir iş birliğinin varlığından söz edilemez²²⁴. Nitekim arsa sahibi arsasını tahsis etmek dışında sadece inşa edilen bağımsız bölümlerin satılamaması ya da hedeflenen değerden satılamaması riskine girmektedir. Uygulama incelendiğinde, neredeyse tüm gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde yüklenici tarafından asgari gelir taahhüdünde bulunduğu da nazara alınırsa, arsa sahibi, arsasını yükleniciye tahsis etmekle tabiri caizse kenara çekilmekte, işin tamamı yüklenici tarafından görülmektedir. Buna karşın her halükarda tarafların sözleşme çerçevesinde ortak bir amaçların olduğu şüphesizdir.

Tarafların sözleşme kapsamında ortak bir amaçların olması, bu sözleşmenin salt bir adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için yeterli değildir. Burada üzerinde durulması gereken bir diğer önemli husus, tarafların ortaklık iradesi taşıyıp taşımadıkları yani, ortak olmak konusunda bir arzularının olup olmadığıdır. Nitekim gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde tarafların bir ortaklık iradesi taşıdığını söylemek oldukça güçtür. Ortaklık iradesini barındırmayan bir sözleşmenin de zorlamayla ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir²²⁵.

Sonuç olarak gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, tarafların ortaklık iradesi taşınamasından hareketle adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Hele ki uygulama incelendiğinde, inşaatın yapımı, pazarlama faaliyetleri, satışların gerçekleştirilip gelir elde edilmesi ve bunun paylaşılması, ortak amaca ulaşılması için beraber çalışmaktan

²²⁴ Aksi görüş için bkz. İnal, sf. 187

²²⁵ İnal, sf. 187

ziyade tarafların karşılıklı hakları ve borçları şeklinde değerlendirilip düzenlenmektedir²²⁶. Bunlara ilave olarak sözleşmede asgari gelir taahhüdünün bulunması halinde ortak amaçtan bahsetmek iyice zorlaşmaktadır. Asgari gelir taahhüdünün varlığı halinde arsa sahibi her halde sözleşmeden beklediği amacına ulaşacak, buna karşın yüklenici, kendi amacına ulaşmak için büyük çaba sarf edecek ve neredeyse tüm riski üstlenecektir.

Elde edilen gelirin paylaşılması ve ortak amaç konusunda adi ortaklık ile bir benzeşmeden bahsedilebilse de, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi salt bir adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Belli unsurlar adi ortaklık sözleşmesine benzese de sözleşmenin yapısı tam bir adi ortaklık niteliğinde değildir.

c. Eser Sözleşmesine Eklenen Adi Ortaklık Sözleşmesi Olduğu Düşüncesi

Bu düşünce çerçevesinde gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi iki sözleşmenin bir araya gelmesinden, birleşmesinden oluşmaktadır. Bileşik sözleşme niteliğinde olan bu düşünceye göre gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi; kararlaştırılan bağımsız bölümlerin inşa edilmesi ve satıştan sağlanan gelirin paylaşılması olarak iki farklı evreden oluşmaktadır. Bunlar tek bir sözleşmede birleşerek, başka bir sözleşme meydana getirmiştir.

Şu halde sözleşmenin inşaat kısmında bir ortaklık iradesi olmamasına karşın sözleşmenin gelir paylaşımı kısmında bir adi ortaklık niteliği olduğu ifade edilebilir. Bu noktada eser sözleşmesine eklenen adi ortaklık sözleşmesinin meydana geldiği bunun da bir bileşik sözleşme olduğu iddia edilebilir.

Bizim düşüncemize göre bu fikir doğru değildir. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde taraflar arasında bir ortaklık iradesinin olmadığı yukarıda etraflıca incelenmiştir. Taraflar arası ortaklık iradesi bulunmayan bir sözleşmeye adi ortaklık nitelemesi yapmak uygun değildir.

²²⁶ İnal, sf. 188

d. Eser Sözleşmesine Eklenen Vekâlet Sözleşmesi Olduğu Düşüncesi

Bir başka düşünce de gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde, sözleşmenin inşaatla ilişkin kısmının eser sözleşmesi, bağımsız bölümlerin pazarlanması, satışların yapılması ve elde edilen gelirin paylaşılmasının ise bir vekâlet sözleşmesi olduğu yönündedir.

TBK. m. 502 vekâlet sözleşmesini, “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde tanımlamıştır.

Eser sözleşmesine eklenen vekâlet sözleşmesi olarak bir nitelendirme yapmak kanımızca yerinde değildir. Hemen belirtmemiz gerekir ki gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, bünyesinde vekâlet sözleşmesine ait tüm unsurları, sözleşmesel bütünlüğünü koruyacak şekilde barındırmamaktadır. Her ne kadar yüklenici inşaatı meydana getirirken vekâlet sözleşmesi hükümlerinden faydalansa da, vekâlet sözleşmesinin tüm unsurlarının bağımsızlıklarını kaybetmeden gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde yer aldığı söylenemez.

e. Karma Sözleşme Olduğu

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi TBK.’da veya başka bir kanunda düzenlenmemiştir. Sözleşme, TBK.’nın özel borç ilişkileri başlıklı ikinci bölümünde düzenlenen çeşitli sözleşmelerin bazı unsurların, kanunun öngörmediği şekilde bir araya gelmesi neticesinde varlık kazanmaktadır. Bu sebepten ötürü gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi isimsiz bir sözleşme olarak karşımıza çıkmakta ve nitelendirilmektedir²²⁷. Burada belirtmemiz gerekir ki TOKİ’nin ilgili yönetmeliğinde sözleşmenin isminin yer alması, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesini isimli bir sözleşme olarak nitelendirebilmek için yeterli değildir. Yönetmelikte yalnızca sözleşmenin ismi anılmış, sözleşmenin hükümleri, unsurları vb. konular ele alınmamıştır.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, içerdiği unsurlar ve tarafların borçları dikkate alındığında pek çok isimli sözleşmeye ait unsurları bünyesinde barındırmaktadır.

Yüklenicinin inşaatı yapma borcu, TBK. m. 470 – 486 anlamında eser sözleşmesinin unsurlarını taşımaktadır. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi çerçevesinde bir inşaatın

²²⁷ Yeniocak, sf. 39

tamamlanması borcu, eser sözleşmesinin bir eser meydana getirilmesi unsurunu karşılamaktadır.

Yüklenicinin inşaat faaliyetleri kapsamında icra ettiği diğer işlemler, arsa sahibini temsilen yapılmaktadır. Bunlar inşaatın bitirilip tapuların alınmasına kadar olan zaman diliminde yüklenicinin yaptığı işlemlerdir. Sözleşmeye uygun projelerin hazırlanması, Belediye ve ilgili kurumlardan inşaatla ilgili her türlü ruhsat ve onayların alınması, iskanın alınması, tapuların çıkarılması gibi hususlar bu noktada örnek olarak gösterilebilir²²⁸. Yüklenici bu işlemleri temsil yetkisine dayanarak yapmakta, bu temsil yetkisi ise vekâlet sözleşmesi unsurlarını bünyesinde barındırmaktadır.

Yüklenicinin bir diğer borcu, gerek inşaat devam ederken gerekse tamamlandıktan sonra, bağımsız bölümlerin pazarlanmasını gerçekleştirmek ve satışlarını yapmaktır. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin bu unsuru, taşınmaz simsarlığı sözleşmesinin bir unsurudur. TBK. m. 520-525 arasında düzenlenen simsarlık sözleşmesine kural olarak vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmaktadır.

Arsa sahibinin bağımsız bölümlerin mülkiyetlerini üçüncü kişilere devretme taahhüdü ve borcu, taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin bir satış vaadi (ön sözleşme) niteliğindedir²²⁹. Eksik üçüncü kişi yararına bir taşınmaz satış vaadi niteliği taşıyan bu unsur, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde tarafların sözleşmenin asli unsuru olarak kararlaştırdıkları bir hükümdür. Taşınmaz satış vaadinden kaynaklanan mülkiyeti devir borcu, TBK.'da düzenlenen satış sözleşmesinin asli unsurlarındandır ve gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde de tarafların asli unsur olarak kararlaştırdığı bir hükümdür.

Hem yüklenicinin hem de arsa sahibinin satıştan elde edilecek gelirdeki ortak menfaati ve arsa sahibinin bu geliri sözleşmede kararlaştırılan oranda yüklenici ile paylaşma borcu ise TBK.'da düzenlenen adi ortaklık sözleşmesinin bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi bir bileşik sözleşme ya da kendine özgü sözleşme olarak değerlendirilemez. Sözleşme çerçevesinde tarafların yüklendiği asli edimlerin TBK.'da düzenlenen isimli sözleşmelere ait olması, bir kendine özgü sözleşme olarak nitelendirilmesini engellemektedir. Bu sözleşme bileşik sözleşme olarak da nitelendirilemez. Bunun sebebi ise gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesini

²²⁸ Yelmen, sf. 36

²²⁹ Yeniocak, sf. 40; Yelmen; sf. 77

oluşturan sözleşme unsurlarının bit bütün olarak tüm unsurlarıyla varlık göstermemeleridir.

Bir Hukuk Genel Kurulu kararı Yargıtay da gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesini bir karma sözleşme olarak nitelendirmiştir. İlgili kararda, " *Hasılat paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibi tarafından yerin zilyetliği veya mülkiyeti yükleniciye inşaat yapması, satılması, pazarlanması için devredilmektedir. Yüklenicinin borcu ise eseri meydana getirip iyi bir pazarlamayla satıştan elde edilecek yüksek geliri sözleşmede kararlaştırılan oranda arsa sahibine ödemektir. Uygulamada bu tip sözleşmelere dayanılarak üretilen konutlardan taşınmaz satın alan tüketicilere, yüklenilen edimin yerine getirilmemesi ve bu sebeple sözleşmeden dönülmesi karşısında tüketiciler mağdur olabilmektedir. Kanuni tipe uygun olmayan atipik bir karma sözleşme ile üretilen konutun hukuki ya da fiili teslimatının olmaması ya da ayıplı çıkması halinde satın alan tüketicinin arada sözleşme ilişkisi olmayan arsa sahibine dava açıp açamayacağı veya arsa sahibinin seçimlik haklardan sorumlu olup olmayacağına gelince, hemen belirtilmelidir ki gelir paylaşımı esasına dayalı inşaat sözleşmelerine istinaden üretilen konutla ilgili satış dâhil her türlü yetkinin yükleniciye verilmesi, yüklenicinin ise malın pazarlanması için başka şirketlere ister tapu devrini gerçekleştirsin isterse gayrimenkul satış yetkisini içeren vekâletname versin, bu yetkiye istinaden şirketin dilediği tüketiciye veya başka tüzel kişilere konutu devretmesi arsa sahibini sorumlu olmaktan kurtarmaz.*²³⁰" şeklinde bir ifade yer almıştır. Dikkat edileceği üzere kararda gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında detaylıca bir açıklama yapılmamış, sadece sözleşmenin bir karma sözleşme olduğu ifade edilmiştir. Yine başkaca bir kararında Yargıtay, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin taşınmaz satış vaadi niteliğinde olduğunu ifade etmiştir²³¹.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesini oluşturan unsurlar, TBK.'da düzenlenmiş isimli sözleşmelerin unsurlarının kanun koyucunun öngörmediği bir biçimde bir araya gelmesiyle bir karma sözleşme oluşturmaktadırlar.

²³⁰ YHGK, T. 22.04.2015, E. 2013/1917, K. 2015/1258, Karar için bkz. <http://karararama.yargitay.gov.tr>, (ET. 03.05.2019)

²³¹ Y. 14.HD., T. 13.03.2012, E. 2011/14475, K. 2012/3684, Karar için bkz. <http://www.kazanci.com>, (ET. 01.08.2019)

5. Uygulanacak Hükümler

Yukarıda karma sözleşmelere uygulanacak hükümlerin tespit edilmesinde ileri sürülen düşünceler ve doktrindeki görüşler açıklandığından burada tekrar edilmeyecektir. Bu başlık altında bir karma sözleşme olarak nitelediğimiz gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi özelinde hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı açıklanacaktır.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık önüne gelen hâkim, somut uyuşmazlığın çözümü hakkında sözleşmede bir boşluğun varlığını belirlerse ilk olarak sözleşmeye kıyasen uygulayabileceği hükümleri tespit etmelidir. Bu esnada sözleşmeyi meydana getiren karşılıklı edimler ve menfaat dengesine özen gösterilmesi gerekmektedir²³². Şu halde hâkim, sözleşmenin esaslı unsurlarını göz önünde tutarak gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesine kıyasen uygulayabileceği hükümleri tespit edecektir.

Uygulanacak kanunun hükümlerini tespit ederken hâkim, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin esaslı unsurlarının ait olduğu isimli sözleşmelerin hükümlerini inceleyecek, sözleşmeye ve taraf iradelerine uygun olduğu ölçüde öncelikle bunları uyuşmazlığa kıyasen uygulayacaktır.

Arsa sahibinin inşa edilen ya da edilecek bağımsız bölümlerin satışını sağlama borcuna ilişkin olarak, TBK.'nın taşınmaz satış sözleşmesi ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin ilgili hükümleri kıyasen uygulanma alanı bulacaktır²³³.

Yüklenicinin inşaat yapımı ile alakalı olan borcu hakkında, TBK.'da düzenleme alanı bulan eser sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin karakteristik özelliklerinden olan yüklenicinin bağımsız bölümlerin pazarlama ve satışını sağlama borcu hakkında ise taşınmaz simsarlığı sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır²³⁴. TBK. m. 520/2'de yapılan gönderme uyarınca kural olarak vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler, taşınmaz simsarlığı sözleşmesi hakkında işletilecektir.

Bağımsız bölümlerin satışından elde edilecek gelirin taraflar arasında paylaşılması hakkında ise, TBK.'nın adi ortaklık sözleşmesine ilişkin hükümleri, kıyasen uygulanacaktır.

²³² Yeniocak, sf. 45

²³³ Yelmen, sf. 77

²³⁴ Yelmen, sf. 77

Burada ifade etmemiz gerekir ki hâkim, kıyasen uygulayacağı hükümleri tespit ederken, sözleşmedeki menfaat dengesini dikkate almalı, isimsiz bir sözleşme olan gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığı, sözleşmesinin maddi koşullarını da göz önünde tutarak çözmelidir²³⁵. Somut uyuşmazlığı hâkim, yukarıda bahsedilen isimli sözleşmelerden sadece birinin ilgili hükümlerini uygulayarak sonuçlandırabileceği gibi, bu hükümlere başvurmaksızın TBK.'nın genel hükümleri uyarınca bir sonuç elde etmeye de çalışabilir. Genel hükümlerden de bir netice elde edilememesi halinde hâkim, TMK. m. 1/2 uyarınca kural yaratarak bir sonuca varmaya çalışacaktır²³⁶. Hâkimin yaratacağı kural, genel bir kural olmak zorundadır²³⁷.

F. Ani Sürekli Karmaşığı Borç İlişkisi Niteliği

1. Genel Olarak

Sürelerine göre edim çeşitleri; sürekli edimler, ani edimler ve dönemli edimler olmak üzere üç ayrı başlık altında incelenmektedir.

Ani edim, borçlanılmış edimin zaman içinde bir kerede, tek bir hareketle yerine getirilmesi olarak tanımlanmaktadır²³⁸. İfa edilecek asli edim yükümlülüğü, zamana yayılmamış olarak karşımıza çıkmaktadır²³⁹.

Dönemli edimli sözleşmeler, asli edim yükümlülüklerinin belirlenmiş aralıkla belli dönemlerde ifa edildiği sözleşmelerdir²⁴⁰. Burada borçlu taraf, belirli zamanlarda ifa edilen ani edimleri ifa etmektedir²⁴¹. Borçlu edimini, dönemsel olarak birden fazla defada yerine getirmektedir²⁴².

²³⁵ Yeniocak, sf. 46

²³⁶ Kemal OĞUZMAN / Nami BARLAS, Medeni Hukuk, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul – 2018, sf. 115

²³⁷ Oğuzman / Barlas, sf. 118

²³⁸ Eren, Genel Hükümler, sf. 108; Kocayusufoğlu, Kocayusufoğlu / Hatemi /Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C. I, sf. 37; İsmail ATAMULU, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara -2014, sf. 37

²³⁹ Eren, Genel Hükümler, sf. 213

²⁴⁰ Eren, Genel Hükümler, sf. 213; Kocayusufoğlu, Kocayusufoğlu / Hatemi /Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C. I, sf. 37

²⁴¹ Yelmen, sf. 75

²⁴² Eren, Genel Hükümler, sf. 213

Sürekli borç ilişkilerini içeriğinde barındıran sözleşmeler ise, sürekli edimli sözleşmeler olarak anılmaktadır²⁴³. Burada sözleşme sona erene kadar, zaman içerisinde devamlı olarak ifa edilen bir asli edim mevcuttur²⁴⁴.

Eser sözleşmesi ve dolayısıyla inşaat ve kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin süreleri açısından ani edimli mi yoksa sürekli edimli bir sözleşme mi olduğu hususu tartışmalıdır. Tezimizin kapsamı açısından bu tartışmalara değinmeksizin ilgili kaynaklara atıf yapmakla yetineceğiz²⁴⁵. Nitekim bu tartışma, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 tarih ve E.1983/3, K.1984/1 sayılı kararıyla²⁴⁶ uygulamadaki önemini yitirmiş, ilgili karar esas alınmaya başlanmıştır.

İlgili kararında YİBBGK, inşaat sözleşmelerin zamansal olarak geçici – sürekli karmaşığı bir özelliğe sahip olduğunu kabul etmiştir. Bizimde katıldığımız düşünceye göre Yargıtay bu nitelendirmeyi yaparken geçici-sürekli ifadesinin yerine ani – sürekli karmaşığı ifadesini kullansaydı, daha isabetli hareket emiş olacaktı²⁴⁷.

Ani – sürekli karmaşığı olarak yapılan nitelemenin en önemli sonuçlarından birisi sözleşmenin tek taraflı irade beyanı ile sonlandırılması esnasında ortaya çıkmaktadır. Tek taraflı irade beyanı ile sözleşmenin sona ermesi halinde ani edimli borç sözleşmeleri geçmişe etkili olarak sona ererken, sürekli edimli borç sözleşmeleri ise ileriye etkili olacak şekilde sona ermektedir.

İlgili içtihadı birleştirme kararına konu olayda özetle, yüklenici temerrüde düşmüş ve iş sahibi de sözleşmeyi tek taraflı irade beyanı ile sona erdirmiştir. Karar; sözleşmenin sona erdirilmesinin kural olarak sözleşmeden dönme olarak nitelendirilmesi gerektiğini, yani sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması gerektiğini, buna karşın somut olayın özelliklerinin haklı gösterdiği hallerde, dürüstlük kuralı uyarınca, sözleşmenin ileriye etkili olacak şekilde sona erdiğinin kabul edilmesi gerektiğini karara bağlanmıştır²⁴⁸. Şu halde yüklenicinin oransal olarak inşaatın büyük kısmını tamamlamasına karşın temerrüde düşmesi halinde arsa sahibi sözleşmeyi sona erdirirse, bu sona erme ileriye etkili olarak sonuç doğuracaktır. Sona erme ileriye etkili sonuç

²⁴³ Eren, Genel Hükümler, sf. 213; Kocayusufpaşaoğlu, Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi /Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C. I, sf. 37

²⁴⁴ Eren, Genel Hükümler, sf. 213

²⁴⁵ Bkz. Serkan AYAN, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2008, sf. 41 vd.; Erman, sf. 8 – 9; İnal, sf. 166 ve dn. 41'de anılan yazarlar.

²⁴⁶ RG. 27.02.1984, S.18325

²⁴⁷ İnal, sf. 166

²⁴⁸ Erman, sf. 114

doğuracağından dolayı bu noktada yüklenici, tamamlanan kısım ile ilgili bir bedel talebinde bulunabilecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de ilgili içtihadı birleştirme kararı uyarınca yüklenicinin inşaatın büyük bir kısmını tamamlamasına karşın sonradan temerrüde düşmesini takiben arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmesi halinde bu fesih kural olarak ileriye etkili sonuç doğuracak ve yüklenici tamamladığı kısma karşılık gelen arsa paylarını talep edebilecektir²⁴⁹.

Belirtmemiz gerekir ki hem Hukuk Genel Kurulu hem de 15. Hukuk Dairesi, sona ermenin ileriye etkili sonuç doğurabilmesi için inşaatın % 90 ve üzeri seviyede tamamlanmış olmasını gerekli görmektedirler²⁵⁰. Yüklenicinin sona ermenin ileriye etkili sonuçlarından faydalanabilmesinin en büyük koşulu, inşaatın belirtilen seviyeye ulaşmış olmasıdır.

Burada son olarak ifade etmeliyiz ki, bu tarz bir uyuşmazlıkta öncelikle taraflar arasında akdedilen sözleşmede bu husus hakkında bir hüküm konulup konulmadığı incelenmelidir. Eğer ki taraflar bu konuda sözleşmede bir hüküm belirlemişse, bu hükmün uygulanması gerekir²⁵¹.

2. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Açısından

Bir önceki başlıkta inşaat sözleşmelerinin Yargıtay tarafından ani-sürekli karmaşığı olarak nitelendirildiğini ifade etmiştik. Burada ise yapılan bu nitelendirmenin gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi hakkında da geçerli olup olmadığı değerlendirilecektir. Belirtmemiz gerekir ki gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi, yalnızca bir inşaatın tamamlanıp teslim edilmesi unsurlarını değil, aynı zamanda bağımsız bölümlerin pazarlanması, satışlarının sağlanması ve elde edilen gelirin taraflar arası paylaşılması gibi diğer inşaat sözleşmelerinden farklı bir takım unsurları da bünyesinde barındırmaktadır.

Doktrinde bir görüş gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin kural olarak sürekli borç ilişkisi doğurduğu görüşünü savunmaktadır²⁵². Sözleşme çerçevesinde yüklenici,

²⁴⁹ Erman, sf. 115

²⁵⁰ Erman, sf. 117 ve dn. 124'de yer alan kararlar.

²⁵¹ Erman, sf. 119 ve dn. 125'de yer alan karar.

²⁵² Yeniocak, sf. 49-55

sözleşmenin kurulmasını takiben inşa edeceği bağımsız bölümlerin pazarlamasını yapma ve satışlarını sağlama borcu altına girmekte, bu doğrultuda çalışmalarda bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak henüz inşaat başlamadan bile, satış yapıp, elde edilen gelir paylaşılabilir²⁵³. Yine inşaatın tamamlanmasına karşın satılamamış bağımsız bölümlerin mevcudiyeti halinde, ilgili bağımsız bölümler satılincaya dek sözleşme ilişkisi taraflar arasında devam edecektir. Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin, adi ortaklık sözleşmesiyle de bir yakınlık içerisinde bulunduğu dikkate alındığında, sözleşmenin ani – sürekli karmaşığı olarak değil de sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğı ifade edilebilir.

Buna karşın bizimde katıldığımız görüş uyarınca, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesini sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak nitelemekten ziyade, ani – sürekli karmaşığı bir nitelik taşıdığıının kabulü daha isabetlidir²⁵⁴.

Her şeyden önce belirtmemiz gerekir ki gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi de, içinde farklı unsurlar barındırsa da, özünde bir inşaat sözleşmesidir. Sözleşmenin sürekli borç ilişkisi ihtiva ettiğinin kabulü halinde, tek taraflı irade beyanıyla sona ermede, sona ermenin doğuracağı sonuçların ileriye etkili olarak uygulanması gerekir. Bu ise kanaatimizce gelir paylaşımli inşaat sözleşmeleri açısından arzu edilen bir hal değildir. Bir örnek vermek gerekirse; yüklenicinin inşaatın küçük bir kısmını tamamlamasına karşın bazı bağımsız bölümlerin satışlarını sağlamsından sonra temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşme arsa sahibi tarafından tek taraflı irade beyanı ile sona erdirildiğinde, sona ermenin ileriye etkili sonuç doğurduğu kabul edilirse yüklenici elde edilmiş gelirden sözleşmede kararlaştırılan oranda pay alabilecektir. Buna karşın sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesi halinde böyle bir durumdan söz edilemeyecektir.

İnşaat sözleşmeleri, ilgili Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ışığında, her halde salt ani edimli sözleşmeler olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla gelir paylaşımli inşaat sözleşmesini de ani edimli bir sözleşme olarak kabul etmek mümkün değildir. Öte yandan gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin elde edilen gelirin paylaşılması, bağımsız bölümlerin pazarlanmasının yapılması ve satışlarının sağlanması gibi unsurları da, sözleşmeyi net bir şekilde sürekli borç doğuran bir sözleşme olarak nitelemek için yeterli değildir²⁵⁵.

²⁵³ İnal, sf. 169

²⁵⁴ İnal, sf. 169

²⁵⁵ İnal, sf. 170

Bizim de katıldığımız görüş uyarınca²⁵⁶ gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin de ani – sürekli karmaşığı bir nitelik taşıdığıının kabul edilmesi gerekir²⁵⁷. Yapılan bu nitelendirmenin en dikkat çekici neticesi ise, tek taraflı irade beyanı ile yapılan sona ermenin, sözleşmeden dönme olarak mı yoksa sözleşmenin feshi olarak mı değerlendirileceğidir.

Bu noktada ifade etmeliyiz ki gerek inşaat sözleşmesi gerekse arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine kıyasla, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliğı, diğerlerinden bir adım öne çıkmaktadır. Dolayısıyla gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin kural olarak ileriye etkili olacak şekilde sona ereceğı, ancak somut olayın hal ve özelliklerinin haklı gösterdiği hallerde TMK. m. 2 uyarınca sona ermenin geçmişe etkili olacak şekilde sonuçlarını doğuracağı düşünülebilir. Bu düşüncenin benimsenmesi halinde, sözleşmenin sona ermesinin etkilerinin geçmişe etkili olarak mı yoksa ileriye etkili olarak mı etki edeceği, inşaatın tamamlanan kısmının inşaatının tümünle oranlanması sonucu elde edilecek orana göre tespit edilmelidir. Bu halde gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin kural olarak ileriye etkili olacak şekilde sona erdiği kabul edilmekte, ancak inşaatın tamamlanan kısmının bütüne kıyasla ufak bir miktarı temsil etmesi halinde ise, sona ermenin geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağı kabul edilmelidir.

Sona erme konusunda son olarak belirtmemiz gerekir ki bahsedilen tüm bu hususlar, sözleşmede sona erme hakkında bir hüküm bulunmaması hakkında gündeme gelmektedir. Eğer ki sözleşmede taraflar, yüklenicinin temerrüde düşmesi sonucunda arsa sahibi tarafından yapılacak sona erdirmenin geçmişe ya da ileriye etkili olarak sonuç doğuracağı hakkında bir mutabakata varmışlar ise, şüphesiz ki uyuşmazlığa öncelikle bu sözleşme hükmü uygulanacaktır.

G. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinin Tapuya Şerh Edilebilmesi

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi hakkına incelememiz gerek bir diğer husus da bu sözleşmenin tapu siciline şerh edilip edilemeyeceğidir.

²⁵⁶ Ani-dönemli-sürekli karmaşığı edimleri ihtiva eden bir sözleşme olduğu görüşü için bkz. Yelmen, sf. 75-77.

²⁵⁷ İnal, sf. 170

Şerh, kanunda sınırlı sayıda belirtilmiş olan ve aynı hakkın haricinde belli hak ve hallerin tapu sicilinin aynı isimdeki ilgili sütununa kaydedilmesidir²⁵⁸. Kaynağını sözleşmeden alan ve nispi nitelikteki bir takım şahsi hakların tapu siciline şerh edilmesi, ilgili haklar üzerinde eşyaya bağlı bir borç ilişkisi yaratmaktadır²⁵⁹. Bunun neticesi olarak ise şerh edilen şahsi hak, bir aynı hakka dönüşmemekte, ancak hakkın etki alanı genişlemektedir²⁶⁰.

Kısaca üzerinde durmak gerekirse tapuya şerh edilen şahsi hakların iki tip etkisi olduğu ifade edilebilir. Bunlardan ilki, bir borç ilişkisini, eşyaya bağlı bir borç haline getiren etkisidir²⁶¹. Bu noktada şerhi takip eden zamanda taşınmazın her maliki, malik olduğu esnadaki doğacak borçtan sorumlu olmaktadırlar. Şerhin bu etkisi TBK. m. 292 ve 312’de, TMK. m. 735, 736 ve 871’de ve Tapu Kanunu m. 26’da şerh edilebilen tüm şahsi haklar için ayrı ayrı hüküm altına alınmıştır²⁶². Şerh edilmiş bir şahsi hakkın yarattığı ikinci etki ise, şerhin munzam etkisidir. TMK. m. 1009/2’de *“bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.”* şeklinde ifade edilen bu etki dolayısıyla, taşınmaz üzerinde hak iktisap eden üçüncü kişiler, borcun ifasına katlanma yükümlülüğü altında kalmaktadır.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilmesi hakkında bir örnek göstermek gerekirse; sözleşmeden kaynağını alan talep hakkı, kural olarak yalnızca satış vaadini gerçekleştiren malike karşı öne sürülebilirken, hakkın şerh edilmesi ile birlikte, gayrimenkulün sonradan mülkiyetini iktisap edenlere karşı da ileri sürülebilir hale gelmektedir.

Burada önemle belirtmeliyiz ki, kişisel yani şahsi hakların şerh edilerek etki ettikleri alanın genişletilmesi istisnai bir olanaktır ve ancak kanunun izin verdiği hallerde uygulanabilmektedir²⁶³.

²⁵⁸ Mehmet ÜNAL / Veysel BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, 7. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara – 2015, sf. 302; Yelmen, sf. 86

²⁵⁹ İsmet SUNGURBEY, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul – 1963, sf. 79 vd.; Hüseyin HATEMİ, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN, Abdülkadir ARPACI, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul – 1991, sf. 441 – 442

²⁶⁰ Kemal OĞUZMAN / Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2015 – İstanbul, sf. 27-28; Suat SARI, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, İÜHFM, C. 64, S. 2, 2006, sf. 273 vd.; Kemal OĞUZMAN / Özer SELİÇİ / Saibe OKTAY ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul – 2012, sf. 253-254

²⁶¹ Oğuzman / Öz, Genel hükümler, C. 1, sf. 28

²⁶² Oğuzman / Öz, Genel hükümler, C. 1, sf. 28

²⁶³ Sarı, sf. 274, Mustafa Alper GÜMÜŞ, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Vedat Kitapçılık, İstanbul – 2007, sf. 118; Yeniocak, sf. 56

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, yüklenicinin inşa edip, pazarlama faaliyetleri sonrasında bulacağı üçüncü kişi alıcılara, ilgili bağımsız bölümleri satmayı vaat etmektedir. Sözleşmenin bu unsuru yani arsa sahibinin bu satış vaadi, üçüncü kişi lehine taşınmaz satış vaadi niteliği taşımaktadır²⁶⁴.

Doktrinde başka bir görüş gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin, içerisinde asgari gelir taahhüdü ya da aynı paylaşım esasını barındırmaması halinde şerh edilmesinin mümkün olmadığını buna karşın ilgili unsurların sözleşmede bulunması halinde şerhin yapılabilmesi gerektiğini ifade etmektedir²⁶⁵. Bu görüş temelini, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin unsurlarında taşınmaz satış vaadi bulunmadığı düşüncesinden almaktadır²⁶⁶. Bu düşünce uyarınca, sözleşmede aynı paylaşım esasının kabul edilmesi ya da yüklenicinin bir asgari gelir taahhüdünde bulunması halinde sözleşme bir taşınmaz satış vaadi niteliği taşıyacağından dolayı, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın da şerhinin mümkün olduğu ifade edilmektedir²⁶⁷.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi içerisinde bahsedilen satış vaadi salt bir şekilde değil de, yüklenicinin üstlendiği edimlerin bir karşılığını oluşturacak şekilde, karma sözleşmenin bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶⁸. Bunun bir sonucu olarak ise satış vadinin, başka bir ifade ile ilgili vaatten kaynağını alan talep hakkının tapuya şerh edilip edilemeyeceği net bir şekilde karşımıza çıkmamaktadır. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca²⁶⁹ gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi bir karma sözleşme de olsa, sözleşmede yüklenicinin yararına taşınmaz satış vaadinden kaynaklanana bir talep hakkı mevcut olduğundan, bu hakkın tapu siciline şerh edilmesinde bir engel olmadığını kabul etmek gerekir.

Şahsi bir hakkın tapu siciline şerh edilebilmesi, aşağıda bahsedilecek üç şartı birlikte bünyesinde bulundurmasına bağlıdır. İlk olarak, şerh edilecek hak kanunda açıkça düzenlenmiş olmalıdır. İkinci olarak, taraflar aralarında bir şerh anlaşması yapmalıdır. Üçüncü ve son olarak ise gayrimenkul üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan kişi, tapuda şerh için bir talepte bulunmalıdır²⁷⁰. Her ne kadar şerh anlaşmasının varlığı şerhin yapılabilmesi için bir ön koşul olarak gözüксе de, taşınmaz satış vaadi ve arsa payı

²⁶⁴ Yeniocak, sf. 56; Yelmen, sf. 87

²⁶⁵ İnal, sf. 200-201

²⁶⁶ Detaylı bilgi için bkz. İnal, sf. 200 vd.

²⁶⁷ İnal, sf. 201

²⁶⁸ Yeniocak, sf. 56

²⁶⁹ Yeniocak sf. 56- 59

²⁷⁰ Sungurbey, sf. 4; Hatemi, Hatemi / Serozan / Arpacı, Eşya Hukuku, sf. 424; Sarı, sf. 288

karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu koşul aranmamaktadır. Bunun sebebi ise Tapu Kanunu m. 26/2 uyarınca sözleşmenin taraflarından birisinin şerh talebinde bulunabilme imkanına sahip olmasıdır.

TK.'da 5831 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle²⁷¹ TK.'nın 26. maddesi değiştirilmiş, madde kapsamına arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ile taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri de eklenmiştir. Bunun bir sonucu olarak da artık taşınmaz satış vaadiyle tanınan satın alma hakkının şerh edilebileceği kabul olunmuştur²⁷². Yapılan bu değişiklik uyarınca geçerli olan diğer bir husus ise, madde kapsamında taşınmaz satış vaadinin şerh edilmesinin etki edeceği zaman olarak belirlenen beş senelik süre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri hakkında da uygulanacaktır²⁷³.

İfade etmemiz gerekir ki burada şerhin genel kurallarından farklı olarak gayrimenkul üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmayan sözleşmenin karşı tarafı olan yüklenici de madde metninden istifade etmek suretiyle şerh talebinde bulunabilmekte, genel kurala bir istisna getirilmektedir.

Gelir paylaşımı inşaat sözleşmesinin şerh edilebilmesi hakkında incelememiz gereken bir diğer husus da şerh olanağının sağlanmasının sözleşme tarafları açısından bir gerekliliği olup olmadığı, başka bir ifadeyle sözleşme taraflarının böyle bir imkana ihtiyaçları olup olmadığıdır. Şüphesiz ki sözleşmeden doğan hakkın tapu siciline şerh edilmesi, özellikle yüklenici bakımından hem bir güvence hem de bir gereklilik olarak göze çarpmaktadır. Sözleşme kapsamında arsa sahibinin üçüncü kişilerle sözleşme yapma borcu ki bu kişiler yüklenicin yaptığı pazarlama faaliyetleri çerçevesinde bulunmaktadır, genellikle yüklenici inşaatı tamamladıktan ya da inşaatın çok büyük kısmını bitirdikten sonra ifa edilmektedir. Dolayısıyla bu esnada arsa sahibinin arsa üzerinde bir takım tasarruflarda bulunma örneğin satma, üzerine ipotek koydurma vb. imkanı bulunmaktadır. Yüklenicinin yerine getirdiği edimlerinin karşılığını alamama olasılığı, şerh imkanı ile azaltılmaktadır²⁷⁴. Bir ön sözleşme olarak nitelendirilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin kanunen şerh edilebilmesi olanağı, satış sözleşmesi kurulana kadar geçecek süre zarfında gayrimenkul üzerinde gerçekleşebilecek aynı hak değişikliklerinin, borcun ifasını engellemeyecek şekilde meydana gelmesini sağlamaktadır.

²⁷¹ RG., 27.01.2009 S.27123, bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/01/20090127-1.htm> (ET. 07.05.2019)

²⁷² Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, sf. 395

²⁷³ Yeniocak, sf. 57

²⁷⁴ Yeniocak, sf. 58

Sonuçlandırarak olursak, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, satış sözleşmesi kurmayı taahhüt etmektedir. Yüklenicinin bu taahhüdü kabulüyle birlikte geçerli bir satış vaadi meydana gelmektedir. Yüklenicinin sözleşmeden kaynağını alan satış sözleşmesinin kurulmasını talep etme hakkı, TMK. m. 1009 uyarınca tapu siciline şerh edilebilir. TMK m. 1009, “*Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerhedilebilir.*” demek suretiyle taşınmaz satış vaadinden doğan bir hakkın, tapu kütüğüne şerh edilebileceğini hüküm altına almıştır. Satış talep etme hakkının tapuya şerh edilmesi sonucunda ilgili borç, eşyaya bağlı bir borç etkisi kazanmakta²⁷⁵, kişisel hakkın etki ettiği alan genişlemekte ve arsa sahibi tarafından başka bir kişiye arsanın satılması durumunda, arsanın yeni maliklerine karşı da öne sürülebilir bir nitelik kazanmış olmaktadır²⁷⁶. Dikkat edilmesi gerekir ki şerh edilen bir şahsi hak, ayni haklar gibi herkese karşı değil, yalnızca sonraki malik ve ilgili diğer hak sahiplerine karşı ileri sürülebilmektedir²⁷⁷. Şerhin, ayni haktan farkı işte burada oluşmaktadır²⁷⁸. Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu karında da ifade edildiği üzere gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, satış vaadi sözleşmesini de bünyesinde barındırdığından dolayı tapu kütüğüne şerh edilebilmektedir²⁷⁹.

Şerhin süresi ise TK. m. 26/7 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili hüküm gereğince, “*Şerhten itibaren beş yıl içinde satış yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse işbu şerh tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından re’sen terkin olunur.*” denilerek şerhin süresinin beş yıl olduğu ve bu sürenin dolmasıyla birlikte tapu sicil müdürü ya da tapu sicil görevlileri tarafından re’sen terkin edileceği hüküm altına alınmıştır.

²⁷⁵ Ünal / Başpınar, sf. 349

²⁷⁶ Yeniocak, sf. 59

²⁷⁷ Ünal / Başpınar, sf. 349

²⁷⁸ Ünal / Başpınar, sf. 349

²⁷⁹ YHGK., T. 03.03.2004, E. 2004/15-80, K. 2004/122. Karar için bkz. <http://www.kazanci.com>, (ET. 01.08.2019)

VIII. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

A. Genel Olarak

Türk Özel Hukuku'nun kabul ettiği temel prensiplerden biri olan sözleşme özgürlüğünün bir etkisi de sözleşmelerin şekli hususunda şekil serbestisi olarak karşımıza çıkar. Şekil serbestisi, beyan sahibi olanın, iradesini hangi yol ile açıklayacağını belirlemekte tamamen serbest olması anlamına gelmektedir²⁸⁰. İrade beyanı sözlü biçimde yapılabileceği gibi, adi ya da resmi yazılı biçim kullanılarak da gerçekleştirilebilir²⁸¹. TBK. m. 12/1 uyarınca da sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi bir düzenleme olmadığı müddetçe herhangi bir şekle bağlı değildir. Ancak bazı durumlarda kanun ya da taraf iradeleri gereğince beyan sahibi, iradesini açıklamak için seçeceği şekli belirlemek imkanına sahip olmamaktadır. İrade beyanının sonuç doğurabilmesinin, belli bir şekilde yapılmasına bağlı olduğu hallerde, şekle bağlı işlem den söz edilmektedir²⁸². Şu halde beyan sahibi mutlaka belirli bir şekle uymak zorundadır.

Borçlar hukuku çerçevesinde şekil, özel bir koruma alanı yaratmayı amaçlamakta ve bu şekilde taraf menfaatlerini korumaya odaklıdır²⁸³.

Sözleşmelerin tabi olacakları şekil bakımından genel kural şekil serbestisidir²⁸⁴. Sözleşme taraflarının, genel kurallara uygun bir halde muhatapça algılanabilir ve anlaşılabilir şekilde iradelerini beyan etmeleri yeterli olarak görülmektedir. TBK. m. 1/2 uyarınca bu beyanlar açık ya da örtülü olabilir. Genel kural şekil serbestisi olmakla beraber bu kuralın bir istisnası da mevcuttur ki bu da şekil şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Şekil şartı kendi içerisinde, kanuna dayanan şekil şartı, diğer bir ifadeyle kanuni şekil ve tarafların iradesine dayanan şekil şartı olarak iradi şekil diye ikiye ayrılmaktadır. Amaçlarına göre yapılan ayırım ise geçerlilik veya ispat koşulu şeklindedir. TBK. m. 12 uyarınca kanunlarda sözleşmeler için öngörölmüş şekil şartları, kural olarak

²⁸⁰ Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi /Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C.I, sf. 270; Oğuzman / Öz, Genel Hükümler, C. 1, sf. 138; Eren, Genel Hükümler, sf. 267; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sf. 99; von Tuhr, sf. 229; Velidedeoğlu / Özdemir, sf. 28 – 29; Günay, sf. 107; Esener / Gündoğdu, sf. 184; Kılıçoğlu, sf. 103

²⁸¹ Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi /Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C.I, sf. 270

²⁸² Oğuzman / Öz, Genel Hükümler, C. 1, sf. 138

²⁸³ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sf. 99; Velidedeoğlu / Özdemir, sf. 28; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, sf. 208; Esener / Gündoğdu, sf. 183; Kılıçoğlu, sf. 101 – 102

²⁸⁴ Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, sf. 179; Oğuzman / Öz, Genel Hükümler, C. 1, sf. 138; Eren, Genel Hükümler, sf. 267; Kılıçoğlu, sf. 103

geçerlilik şeklidir²⁸⁵. Burada geçerlilikten kast edilen husus, kurulmuş bir sözleşmenin hukuki sonuçlarını doğurabilmesi anlamına gelmektedir²⁸⁶. Kanunda öngörölmüş şekle uyulmadan akdedilen sözleşmeler, kural olarak hüküm doğurmamaktadır²⁸⁷.

Kanun tarafından bir şekil şartına tabi tutulmamış sözleşmeler de taraf iradeleriyle şekle bağı hale getirilebilirler. TBK. m. 17 uyarınca taraflar, kanunen şekle bağlanmamış bir sözleşmeyi, belli bir şekle bağı olarak yapmayı kararlaştıran taraflar, sözleşmeyi belirledikleri şekilde yapmalıdırlar aksi halde sözleşme, tarafları bağlamayacaktır.

B. Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesinde Şekil

İsimsiz sözleşmeler üst başlığında karma bir sözleşme olarak nitelendirdiğimiz gelir paylaşımı inşaat sözleşmesinin hangi şekil şartına bağı kalınarak akdedilmesi gerektiğı tespit edilirken, sözleşmenin içinde yer alan isimli sözleşme unsurları hakkında öngörölmüş şekil kuralları incelenmelidir. Gelir paylaşımı inşaat sözleşmesinin, kendisini oluşturan unsurların ait olduğı sözleşmelerden bağımsız bir nitelik taşımakta, bir sentez teşkil etmektedir. Buna karşın sözleşmenin şekli açısından ilgili sözleşmeler hakkında kanunda öngörölmüş şekil kurallarının kıyasen gelir paylaşımı inşaat sözleşmesine uygulanması mümkün olduğundan, bu kuralların ele alınması, incelenmesi gerekmektedir²⁸⁸.

Eser sözleşmesi, TBK. m. 470 vd. hükümlerde düzenlenmiştir. İlgili hükümler uyarınca eser sözleşmesi, bir şekil şartına bağlanmamıştır. Aynı doğrultuda TBK. m. 502 vd. hükümlerde düzenlenmiş vekâlet sözleşmesi de herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Tarafların elde edilen geliri paylaşması hakkında uygulanacak adi ortaklık sözleşmesi hükümlerinde de kural olarak bir şekil şartı bulunmamaktadır. Ancak taraflar, katılma payı olarak devredilmesi şekle bağı olan bir hakkı borçlanmışsa, ortaklık sözleşmesi de ilgili hakkın tabi olduğı şekil kuralına tabi olacaktır²⁸⁹.

²⁸⁵ Esener / Gündoğdu, sf. 184-185; Yelmen, sf. 91; Kılıçoğlu, sf. 104

²⁸⁶ Eren, Genel Hükümler, sf. 268; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C.1, sf. 312 – 313; Oğuzman / Öz, Borçlar Hukuku, C.1, sf. 139

²⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C.1, sf. 313; Eren, Borçlar Genel, sf. 269; Esener / Gündoğdu, sf. 183

²⁸⁸ Yelmen, sf. 93

²⁸⁹ Yavuz, sf. 1515

Taşınmaz simsarlığı sözleşmesi, TBK. m. 520/3 uyarınca yazılı şekle tabi tutulmuştur. İlgili hüküm, taşınmazlar konusundaki simsarlık sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacağını açıkça ifade etmektedir.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin şekli açısından en dikkat çekici nokta, arsa sahibinin inşa edilecek bağımsız bölümlerin satışını sağlaması hususunda yükleniciye karşı üstlendiği taahhüttür. Arsa sahibinin üstlendiği bu borç nitelik olarak, eksik üçüncü kişi yararına bir (ön sözleşme) taşınmaz satış vaadi niteliği taşımaktadır²⁹⁰. TBK. m. 29/2 uyarınca kanunen belirlenen istisnai haller haricinde, ön sözleşmenin geçerliliği ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlı olmaktadır. Taşınmaz satış ile alakalı ön sözleşme yani taşınmaz satış vaadi sözleşmesi hakkında ise kanunda istisnai bir düzenleme mevcuttur. Taşınmaz satış sözleşmesi, resmi şekle tabi bir sözleşmedir ve sözleşmenin tapuda yapılması gerekmektedir. Buna karşın satış sözleşmesinin kurulması vaadini ihtiva eden taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, Noterlik Kanunu m. 60 uyarınca noterler tarafından düzenlenebilmektedir. Noterlerin görevleri başlıklı NK. m. 60.'da ilgili durum açıkça ifade edilmektedir. Şu halde karşımıza, ileride kurulacak esas sözleşmenin şekil şartına bağlı bulunmayan bir ön sözleşme çıkmaktadır.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin taşınmaz satış vaadi ihtiva eden edimi ışığında, sözleşmenin tamamına ilgili edime ait olan resmi şekil şartının uygulanması gerekmektedir²⁹¹. Şu halde gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, noterde düzenleme şeklinde yapılmalıdır. Bu bir geçerlilik şartıdır²⁹². Nitekim Yargıtay da ilgili bir kararında²⁹³, gayrimenkul satış vaadi ve inşaat ön sözleşmesi isimli sözleşmenin içeriği gereğince hukuki nitelik olarak tapuda kayıtlı olan taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesini hedefleyen satış vaadi, eser meydana getirme vaadi ve adi ortaklık sözleşmelerinin birbirlerinden ayrılamayacak şekilde unsurlarını barındıran, bir unsurun diğerine karşın üstün bir egemenliği bulunmayan, karma tipli bir sözleşme olduğunu ifade etmiştir. Devamında ise sözleşmede bulunan gerek satış vaadi gerekse adi ortaklığa sermaye koyma borcunun, tapulu taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesini amaçladığından dolayı,

²⁹⁰ Yelmen, sf. 93

²⁹¹ Benzer görüşler için bkz., Yelmen, sf. 93; Yeniocak, sf. 59 – 61; Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin inşa edilecek bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satılması hakkında bulunduğu taahhüdün taşınmaz satış vaadi olarak değerlendirilmemesi neticesinde, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde şekil şartı aranmayacağı hakkındaki aksi görüş için bkz. İnal, sf. 208 – 209

²⁹² Yelmen, sf. 93; Yeniocak, sf. 60

²⁹³ Y. 13. HD., T. 22.11.1996, E. 1996/8841, K. 1996/10366, Karar için bkz. Yeniocak, sf. 60-61 dn 101.

sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerektiği hususunda duraksanılmaması gerektiği belirtilmiştir.

Bu netice, TBK. m. 237, TMK. m. 706 ve TK. m. 26 uyarınca taşınmaz satış ve taşınmaz satış vaadi ile ilgili sözleşmelerin resmi şekilde yapılması gerektiğine ilişkin hükümlerde de uyum içerisindedir²⁹⁴. NK. m. 60'ın, noterlerin görevleri arasında gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin yapılmasının yer aldığını daha önce ifade etmiştik. İlgili hüküm uyarınca bu sözleşme, noterce düzenleme şeklinde yapılmalıdır²⁹⁵. Dolayısıyla gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi de noter tarafından düzenleme şeklinde yapılmalıdır²⁹⁶.

Şekle tabi sözleşmelerde değişiklik yapılması hususunda ise TBK. m. 13 uyarınca, değişiklik yapılırken, sözleşmenin tabi olduğu şekil kuralı uygulanacaktır. Buna karşın sözleşme metni ve içeriği ile çelişmeyen, tamamlayıcı yan hükümler hakkında bu kural uygulanmayacaktır²⁹⁷.

TOKİ'nin taraf olduğu sözleşmelerde ise şekil konusunda özel bir düzenleme bulunmaktadır. 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu ilgili düzenlemeyi bünyesinde barındırmaktadır. TKK. m. 6/2 *“Başkanlık tarafından yapılan taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan gayrimenkul satış sözleşmeleri ile gayrimenkul satış vaadi sözleşmelerinde resmi şekil şartı aranmaz.”* hükmü ile, resmi şekil şartına tabi olan taşınmaz mülkiyetinin devredilmesini amaçlayan sözleşmeler ve taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini, TKK. kapsamında TOKİ'nin taraf olması halinde, şekil şartından muaf tutmuştur.

Yine Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Satış, Devir, İntikal, Kiraya Verme, Trampa, Sınırlı Ayni Hak Tesisi ve Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliği m. 33 uyarınca ihale evraklarında aksi ifade edilmedikçe, TOKİ tarafından akdedilen gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinin noter tarafından tescil edilmesi veya onaylatılması zorunlu değildir. Kısaca ifade etmek gerekirse TOKİ'nin taraf olduğu gelir paylaşımlı inşaat sözleşmeleri, yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri uyarınca şekil şartı kapsamından çıkartılmıştır.

²⁹⁴ Yeniocak, sf. 61 ve dn. 102'de anılan yazarlar.

²⁹⁵ Yeniocak, sf. 61

²⁹⁶ Noterin yalnızca imzaları tasdiklemesinin de resmi şeklin bir türü sayıldığı ile birlikte düzenleme şeklinde yapılan sözleşmelere kıyasla daha güçsüz olduğu görüşü için bkz. Adnan TUĞ, Türk Özel Hukukunda Şekil, Mimoza Yayınları, 2. Bası, Konya – 1994, sf. 76; Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri hakkında bkz. Erman, sf. 19

²⁹⁷ Oğuzman / Öz, Borçlar Genel, C. 1, sf. 152-153; Esener / Gündoğdu, sf. 194; Eren, Genel Hükümler, sf. 287

C. Şekle Aykırılığın Hüküm ve Sonuçları

TBK. m. 12/2 uyarınca “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*”. İlgili hüküm ile TBK. geçerlilik şekline uyulmadan yapılan bir sözleşmenin hükümlerinin doğurmayacağını açıkça hüküm altına almıştır. Bu hüküm ışığında, kanunun şekil için öngördüğü tüm şartlara uyulmaması halinde, sözleşmenin kesin hükümsüz sayılacağını söylemek isabetli olacaktır²⁹⁸. Nitekim Türk hukukunda ve Yargıtay’ın yerleşmiş içtihadına²⁹⁹ göre de çoğunlukta olan görüş, kesin hükümsüzlük görüşüdür³⁰⁰ ancak son zamanlarda kendine özgü geçersizlik görüşü de doktrin tarafından destek görmeye başlamıştır³⁰¹.

Kanun tarafından düzenlenmiş şekil şartını incelerken, şekil kuralının varlığının amacı gözden kaçırılmamalıdır. Uyuşmazlık esnasında şekil kuralının amacının dikkate alınmayarak doğrudan uygulanması, belli durumlarda şekil kuralından amaçlanın tam tersi sonuçların meydana gelmesine neden olabilmektedir³⁰². Bu doğrultuda şekil kuralının taraf menfaatlerini koruma gayesine önem verilmesi gerekmektedir. Yapılan açıklamalara ek olarak ifade edilmelidir ki, her hakkın kullanılmasında olduğu gibi şekle aykırılığının ileri sürülmesi hususunda da TMK. 2/2 hükmü dikkate alınmak zorundadır, Yargıtay’ın bir içtihadı birleştirme kararı da bu yöndedir³⁰³.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi, arsa sahibinin taşınmazın mülkiyetini devretme taahhüdü nedeniyle, resmi şekilde yapılmasına bağlıdır. Resmi şekle aykırılığın yaptırımını ise kural olarak kesin hükümsüzlüktür³⁰⁴. Bu doğrultuda, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin şekil kuralına aykırı bir şekilde yapılması durumunda sözleşme, kesin hükümsüzlük müeyyidesiyle karşılaşacak, sözleşme

²⁹⁸ Esener / Gündoğdu, sf. 186

²⁹⁹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, sf. 233 ve dn. 33b’de anılan yazarlar.

³⁰⁰ Esener / Gündoğdu, sf. 186; von Tuhr, sf. 232; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sf. 102; Kocayusufpaşaoğlu, Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C.I, sf. 313; Oğuzman / Öz, Borçlar Genel, C. 1, sf. 153 ve dn. 420’de anılan yazarlar.

³⁰¹ Eren, Genel Hükümler, sf. 292; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, sf. 233-234; Turhan ESENER / Kudret GÜVEN, Eşya Hukuku 7. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara - 2017, sf. 191

³⁰² Yeniocak, sf. 63

³⁰³ YİBBGK. 30.09.1988 T., E. 1987/2, K. 1988/2, Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/buyuk-genel-kurul-e-1987-2-k-1988-2-t-30-9-1988> (ET. 16.05.2019)

³⁰⁴ Esener / Gündoğdu, sf. 186

başlangıcından itibaren hüküm doğurmayacaktır³⁰⁵. Şekle aykırılık hâkim tarafından re'sen dikkate alınır ve tüm ilgililer tarafından bu husus yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir.

Buna karşın bu kural mutlak bir kural değildir ve istisnasını, somut olayda şekle aykırılığın ileri sürülmesinin, bir hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıması halinde gösterir. Yerleşmiş Yargıtay uygulaması da bu yöndedir³⁰⁶. Sınırlı sayıda olmamakla birlikte özellikle aşağıda belirtilen hallerde şekle aykırılığın ileri sürülmesinin, bir hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu söylenebilir³⁰⁷.

İlk olarak sözleşmede kararlaştırılan edimler ifa edildikten sonra, şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğunun ileri sürülmesi ve alınan verilmesi suretiyle yerine getirilmiş edimin iadesinin talep edilmesi, bir hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilir³⁰⁸. Bir tarafın edimini ifa etmesine karşın diğerinin şekil eksikliğini gerekçe göstererek kendi karşı edimi ifa etmemesi hali de bu şekilde karşımıza çıkabilir. Bir tarafın sözleşmedeki şekil şartının eksikliğini önceden bilmesine karşın bu riski alan ya da şekil eksikliğini kendi menfaati doğrultusunda kullanmak isteyen tarafın, daha sonradan eksikliği öne sürerek sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia etmesi durumunda da bir hakkın kötüye kullanılması hususu gündeme gelebilmektedir. Yine şekil kuralının koruyucu etkisinden mahrum kaldığından ziyade, sonradan sözleşme hükümlerinin kendi lehine olmadığını anlayan tarafın, salt sözleşmeden kaçma ve kendi borçlarını ifa etmeme amacı ile şekil eksikliğini ileri sürmesi halinde de bir hakkın kötüye kullanılması olgusundan bahsedilebilir³⁰⁹.

Belirtilen hallerde şekle aykırılığın öne sürülmesinin, dürüstlük kuralına aykırı olması ve bir hakkın kötüye kullanılmasını oluşturduğu durumlarda, her ne kadar şekil şartı eksik de olsa, sözleşme geçerli kabul edilecektir³¹⁰.

³⁰⁵ von Tuhr, sf. 232

³⁰⁶ YHGK. 23.10.1991 T., E. 1991/15-396, K. 1991/511, karar için bkz. <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-1991-15-396-k-1991-511-t-23-10-1991-sekil-sarti/149626/> (ET. 16.05.2019); Y. 11.HD. 02.03.1998 T., E. 1997/10396, K. 1998/1278, karar için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/yargitay/vd56.htm> (ET. 16.05.2019)

³⁰⁷ Erman, sf. 24 vd., Detaylı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi /Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C.I, sf. 314 – 330

³⁰⁸ Kocayusufpaşaoğlu, Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi /Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C.I, sf. 317

³⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi /Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C.I, sf. 317

³¹⁰ İnal, sf. 227; Kocayusufpaşaoğlu, Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi /Serozan / Arpacı, Genel Bölüm C.I, sf. 326 - 327

İKİNCİ BÖLÜM

GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAKLARI ve BORÇLARI

Tez çalışmamızın ikinci bölümü, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesini akdeden taraflar olan arsa sahibi ile yüklenicinin borçlarının incelenmesine ayrılmıştır. İlgili başlıklar altında tarafların hangi borçları yüklendikleri, borçların kapsamaları ve hukuki nitelikleri incelenecektir.

Aşağıda etrafica açıklanacağı üzere gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde inşaatın yapılacağı arsanın yükleniciye teslimi ile ifa sırası başlamaktadır. Devamında ise yüklenici inşaatı başlamakta, bu esnada yapılan inşaatın pazarlanması ve bağımsız bölümlerin satışları gerçekleşmekte, inşaat tamamlandıktan sonra da bağımsız bölümler satılana kadar ilgili faaliyetlere devam edilmektedir. Bağımsız bölümlerin satılması, arsa sahibinin elde edilen gelirden sözleşmede belirlenen orandaki payı yüklenici ile paylaşması borcunun doğumuna neden olmakta, satış sonrasında arsa sahibi sözleşmede kararlaştırılan oran ölçeğindeki miktarı yükleniciye ödeme borcu altına girmektedir. Ödemenin nasıl ve ne zaman yapılacağı hakkında taraflar istedikleri bir yöntemi belirleyebilme hakkında bir serbestiye sahiptirler.

I. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

Sözleşme çerçevesinde yüklenicinin borçları belirlenirken, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin unsurları içerisinde yüklenici hakkında borç doğuran hükümlerin ait oldukları isimli sözleşmelere ilişkin hükümler mutlaka dikkate alınmalıdır.

A. İnşaatı Meydana Getirme Borcu

1. Genel Olarak

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi ile yüklenici esasen, bir eser meydana getirme borcu üstlenmektedir. Eser meydana getirilmesi borcu ise, eser sözleşmesinin esaslı

unsurlarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır³¹¹. TBK. m. 470 eser sözleşmesinin tanımını yapmaktadır. İlgili madde uyarınca eser sözleşmesi, *yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*". Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi ile yüklenicinin meydana getirmeyi borçlandığı yapı, esas olarak konut, işyeri ve bunlara ait olan sosyal donatı alanlarıdır³¹².

Doktrinde eser sözleşmesi kapsamında meydana getirilecek eserin mahiyeti hakkında iki görüş bulunmaktadır. Görüşlerden birincisi maddi eser görüşü, ikincisi ise maddi ve manevi eser görüşüdür³¹³. Konumuz açısından bu tartışmalara girmek gerekmemektedir zira gelir paylaşımli eser sözleşmesi kapsamında ortaya çıkan eser maddi varlığa sahip bir eserdir³¹⁴.

2. İnşaatı Tamamlama ve Teslim Etme Borcu

Eser ve inşaat sözleşmesi özelinde yüklenici, meydana getirdiği eseri yani inşaatı, iş sahibine teslim etmediği sürece, borcunu tam olarak ifa etmiş sayılmaz³¹⁵. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse eser sözleşmesinde yüklenici, bir eser meydana getirme borcunu, meydana getirdiği eseri teslim etmek suretiyle ifa etmektedir.

Eser sözleşmesi çerçevesinde teslim, ilgili borcu ifa etmek amacıyla yüklenicinin meydana getirdiği eseri iş sahibinin tasarrufu altına sunması, eser üzerinde iş sahibinin

³¹¹ Şafak GÜLEÇ, Eser Sözleşmesinin Beklenmeyen haller Nedeniyle Feshi, Yetkin Yayınları, Ankara – 2009, sf.38; Turgut ÖZ, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul – 2013, sf. 117; Becker, sf. 587; Eren, Özel Hükümler, sf. 588; Velidedeoğlu / Özdemir, sf. 567 – 568; Aral / Ayrancı, sf. 314 – 315; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 4; Duman, sf. 97

³¹² İnşa edilecek yapı; sözleşme ve eklerindeki esaslara, Yapım İşleri Genel Şartnamesine, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesine, Bayındırlık İşleri Genel ve Özel Şartnamelerine, Bayındırlık İşleri Tesisat İşleri Genel ve Özel şartnamelerine, Büyükşehir Belediyesi Peyzaj Teknik Şartnamesine, Afet İşleri Yönetmeliğine, diğer ilgili kurumların Teknik Şartnamelerine, Mahalli İdarelerin ve ilgili kurumların Yönetmeliklerine, Türk Standartları Enstitüsü Şartnamelerine ve imar mevzuatına uygun olmak zorundadır. Bkz. Yelmen sf. 107; Gümüşsoy Karakurt, sf. 189

³¹³ Detaylı bilgi için bkz. Eren, Özel Hükümler, sf. 588 – 594; Duman, sf. 98 – 101

³¹⁴ Eren, Özel Hükümler, sf. 588; Yelmen, sf. 107

³¹⁵ Karadağ, sf. 147; Öz, sf. 141; İnal, sf. 228; Aral / Ayrancı, sf. 346; Tandoğan, Özel hükümler, C.II, sf. 125; Eren, Özel Hükümler, sf. 621; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 29

zilyetliğini sağlamasıdır³¹⁶. Bu noktada yüklenicinin eseri teslim etme borcunun karşılığı, iş sahibinin eseri teslim alma borcudur³¹⁷.

Bir arsa sahibinin arsasına inşaat yapılmasını konu edinen inşaat sözleşmeleri ve bu kapsamda gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde eser teslimi, her zaman zilyetliğin devredilmesi suretiyle gerçekleştirilmez. Arsa sahibi halihazırda arsa üzerinde yapılan inşaatın zilyedi ve TMK. m. 722 uyarınca maliki konumundadır³¹⁸. Dolayısıyla inşaat sözleşmelerinde eserin teslimi, yapının tamamlandığının iş sahibine bildirilmesiyle ki bu bildirim açık veya örtülü olabilir ve inşaat üzerinde hakimiyetini sağlayacak araçların teslim edilmesiyle veya olması halinde bu hususa ilişkin engellerin kaldırılması ile gerçekleşmiş sayılır³¹⁹.

İfade etmemiz gerekir ki eserin tamamlanması ile teslim edilmesi farklı kavramlardır³²⁰. Teslim çoğunlukla tamamlanmış eser hakkında söz konusu olmakta ve sözleşmenin ifa edilmesi amacıyla meydana getirilen eserin iş sahibine verilmesi anlamını taşımaktadır³²¹.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan inşaat borcunu ifa edebilmesi, inşaatı tamamlamasını takiben bu hususu arsa sahibine bildirmesi, yani usulüne uygun bir şekilde eseri teslim etmesine bağlıdır. Aksi takdirde yüklenici, sözleşmeden kaynaklanan inşaat borcunu tam olarak ifa etmiş sayılmaz.

Belirtmemiz gerekir ki gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden ve eser sözleşmesinden farklı olarak, arsa sahibi açısından inşa edilen bağımsız bölümleri kiraya verme ya da kullanma şeklinde yararlanması pek gündeme gelmemektedir. Bu doğrultuda bir görüş³²², kural olarak yüklenicinin arsa sahibine inşaatı fiilen teslim etmesi gerektiğinden veya bu nitelikte bulunan bir borcundan bahsedilemeyeceğini ileri sürmektedir. İnşaatın tamamlanmasını takiben bağımsız bölümlerin kısmen veya tamamen satılması halinde yüklenicinin teslim borcunun, henüz satılamayan bağımsız bölümlerin teslim hazır olduğunu arsa sahibine bildirmesi, satılanların ise alıcılara teslimi şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bizim

³¹⁶ Tandoğan, Özel hükümler, C.II, sf. 125; Eren, Özel Hükümler, sf. 621; Öz, sf. 141; Karadaş, sf. 147; Aral / Ayrancı, sf. 347

³¹⁷ Eren, Özel Hükümler, sf. 621; Tandoğan, Özel hükümler, C.II, sf. 127; Karadaş, sf. 151; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 29; Aral / Ayrancı, sf. 347

³¹⁸ Karadaş, sf. 147; Erman, sf. 34; Yeniocak, sf. 68

³¹⁹ Erman, sf. 34; Tandoğan, Özel hükümler, C.II, sf. 125 – 126

³²⁰ Erman, sf. 33

³²¹ Erman, sf. 34

³²² Bkz. İnal, sf. 228 – 229

katıldığımız görüş uyarınca her ne kadar arsa sahibi inşa edilen bağımsız bölümleri fiilen kullanmayacaksa da, teslim borcunun ifasında hukuki yararı olduğu açıktır. Dolayısıyla yüklenici arsa sahibine inşaatı tamamladığını açık veya örtülü olarak bildirmediği, kanımızca sözleşmeden kaynaklanan inşaat borcunu tam olarak ifa etmiş sayılmaz³²³.

Son olarak ifade etmeliyiz ki yapının teslim edilmesi ile eserin kabul edilmesi iki farklı kavramdır. Teslim almada özel bir irade gerekmemesine karşın, kabulde iş sahibi, meydana getirilen eserin sözleşme hükümlerine uygun olduğunu ve ayıp iddiasında bulunmayacağı hakkında bir irade gösterir³²⁴. Dolayısıyla bağımsız bölümün teslim alınması, mutlak eserin kabul edildiği anlamını taşımaz³²⁵.

3. İş Bizzat ya da Kendi Gözetiminde Yaptırma Borcu

TBK. m. 471/3, yüklenicinin eseri nasıl yapacağını hüküm altına almıştır. İlgili fıkra, *“yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.* şeklindedir.

Yukarıda bahsedilen hüküm uyarınca eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin şahsi özellikleri önem taşıyorsa, diğer bir ifade ile teslim edilecek eser, yüklenici haricinde bir kişi tarafından meydana getirilemeyecekse, eserin yapımında ve sözleşmenin kurulmasında yüklenicinin şahsi özellikleri ön plana çıkıyor ise, eseri bizzat yüklenici meydana getirmek zorundadır³²⁶. Mutlak şahsilik ilkesi bu noktada geçerli olduğundan ötürü belirtilen tipte bir edimi yalnızca yüklenici şahsen yerine getirebilir³²⁷.

Yüklenicinin şahsi özelliklerinin eserin yapılması açısından önem arz etmesine karşın şahsına sıkı sıkıya bağlı olan bir özelliğini gerektirmediği hallerde yüklenici, eseri şahsen meydana getirmek zorunluluğunda olmayıp eseri, kendi yönetimi ve sorumluluğu altında

³²³ Yeniocak, sf. 69

³²⁴ Erman, sf. 36

³²⁵ Erman, sf. 36

³²⁶ Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 11; Karadaş, sf. 106

³²⁷ Eren, Özel Hükümler, sf. 609

üçüncü bir kişiye yaptırabilmektedir³²⁸. Şu halde yüklenici, eserin meydana getirilmesini yönetmektedir³²⁹.

Yüklenicinin ediminin şahsi bir nitelik taşımaması, diğer bir ifadeyle eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin şahsi niteliklerinin bir önem arz etmemesi halinde yüklenici, eserin meydana getirilmesi işini bir alt yükleniciye devredebilmektedir³³⁰.

Bu konuda belirtmemiz gereken bir diğer önemli nokta da ilgili kanun maddesinin emredici nitelikte bir hüküm olmadığıdır. Düzenleyici bir hüküm niteliğinde olan TBK. m. 471/3'de hüküm altına alınan hususların aksi, taraflarca kararlaştırılabilir³³¹.

Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmesinde işin tamamının bizzat yüklenici tarafından tamamlanması mümkün değildir³³². İnşaat sözleşmelerinde kural, yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşıdığıdır³³³. Bunun bir sonucu olarak gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi hakkında da kural olarak yüklenici, meydana getireceği yapıyı doğrudan kendisi yapacak ya da kendi gözetimi ve denetimi altında yaptıracaktır³³⁴. Esasen yüklenici burada inşaatın meydana getirilmesinde çalışacak kişileri bulup bir araya getirecek ve uyumlu ve işe uygun şekilde çalışmalarını sağlayacaktır³³⁵. İnşaat şirketlerinin birçoğunun tüzel kişi olduğu gerçeği de dikkate alındığında, şahsen ifanın inşaat sözleşmelerinde geçerli olmadığını söylemek mümkün olacaktır.

Bu konuda üzerinde durulması gereken diğer bir konu da yüklenicinin inşaatı kendi gözetim ve denetimi yani idaresi altında meydana getirme borcunun çerçevesidir. Yüklenicinin kendisine hizmet sözleşmesi ile bağlı çalışanlar vasıtasıyla işi görmesi konusunda bir tartışma yoktur³³⁶. Buna karşın yüklenicinin kendisi iş sahibi konumuna geçerek, işin bir kısmını başka bir yükleniciye yaptırması halinde, bunun yetkisi dâhilinde olup olmadığı tartışmalıdır. Yüklenicinin, işin bir kısmını veya tamamını bir alt yükleniciye devredebilmesi için ya sözleşmede bu konuda bir hüküm bulunmalıdır ya da iş sahibinin bu konuda rızası alınmalıdır veya işin niteliği, başkası tarafından yapılmaya

³²⁸ Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 11; Eren, Özel Hükümler, sf. 609; Karadaş, sf. 108

³²⁹ Eren, Özel Hükümler, sf. 609

³³⁰ Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 11; Eren, Özel Hükümler, sf. 609; Karadaş, sf. 108

³³¹ Eren, Özel Hükümler, sf. 609

³³² Öz, sf. 123; Karadaş, sf. 107

³³³ Eren, Özel Hükümler, sf. 700, dn. 76; Tandoğan, Özel Hükümler, C.II, sf. 71 ve aynı sayfada anılan İsviçre Federal Mahkemesi Kararı için bkz. dn. 67b.

³³⁴ Erman, sf. 44; Yelmen, sf. 109; Öz, sf. 126

³³⁵ Öz, sf. 123; Karadaş, sf. 108

³³⁶ Öz, sf. 123

elverişli olmalıdır³³⁷. Yüklenicinin böyle bir yetkiye sahip olmadığı kabul edilirse, sözleşmede izin verilmemesi veya iş sahibi tarafından sonradan onay alınamaması halinde, işi kısım kısım alt yükleniciye bırakmak, sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilecektir³³⁸. Yüklenicinin, alt yükleniciye işi devretmesi, işi kendi gözetim ve denetiminde yaptırması olarak değerlendirildiğinde ise, sözleşmede aksi hüküm bulunmadıkça, bu durum yüklenicinin yetkisi dâhilinde kabul edilecektir. Yüklenici tarafından işin tamamının başka bir yükleniciye devredilmesi kural olarak yüklenicinin yetkisi dışındadır. Buna karşın işin niteliğine göre yüklenicinin şahsının önem taşımadığı hallerde yüklenici, işi, kendi yönetimi altında olmaksızın başka bir yükleniciye de kendi ad ve hesabına yaptırabilir³³⁹.

Genel durum yukarıda açıklanan şekilde olmakla birlikte gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde taraflar, inşaatın yapılması ile alakalı sözleşme hükümleri belirleyebilirler. Sözleşme içeriğinde taraflar, yüklenicinin inşaatı meydana getirme borcunu ifa ederken alt yükleniciler kullanıp kullanmayacağını belirleyebilecekleri gibi, sadece sözleşmede belirtilecek işler için yüklenicinin alt yüklenici kullanabileceğine de karar verebilirler.

4. Gerekli Araç Gereçler ve Malzemeleri Sağlama Borcu

Eserin yapılması için kullanılacak araç ve gereçlerin yüklenici tarafından tedarik edileceği, TBK. m. 471/4 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca aksi yönde bir adet ya da anlaşma bulunmaması halinde, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak araç ve gereçler yüklenici tarafından sağlanacaktır³⁴⁰. Madde metninde bahsedilen araç ve gereç teriminden anlaşılması gereken, sözleşmede meydana getirilmesi kararlaştırılan eserin yani inşaatın yapılması için bulunması ve kullanılması gereken çalışma araçlarıdır³⁴¹.

Araç ve gereçlerin yüklenici tarafından sağlanması, nitelik olarak bir yan edim yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır³⁴². Hüküm emredici nitelikte değildir

³³⁷ Eren, Özel Hükümler, sf. 611; konu ile ilgili Yargıtay Kararları için bkz. Karadaş, sf. 109 – 110, dn. 10, 11, 12.

³³⁸ Öz, sf. 123

³³⁹ Tandoğan, Özel hükümler, C.II, sf. 71

³⁴⁰ Tandoğan, Özel hükümler, C.II, sf. 101; Becker, sf. 601; Aral / Ayrancı, sf. 329; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 14

³⁴¹ Eren, Özel Hükümler, sf. 615; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 15; Güleç, sf. 34; Karadaş, sf. 114

³⁴² Eren, Özel Hükümler, sf. 615

dolayısıyla tarafların aksini kararlaştırıp araç ve gereci arsa sahibin sağlayacağını kararlaştırması mümkün olmakla birlikte uygulamada bu duruma pek sık rastlanmadığını söylememiz gerekir.

Dikkat edilmelidir ki yüklenicinin araç ve gereci sağlama borcunun çerçevesi, eserin meydana getirilmesi için gerekli olan, örneğin; matkap, kürek, iş makineleri, depo vb. şeylerdir. Buna karşın eseri oluşturan malzemeler, bu çerçeve içinde değildir ve kanunda ayrı bir madde ile düzenlenmektedir.

Yüklenicini sözleşmede belirlenen eseri meydana getirmek için kullanacağı tüm maddeler, malzeme olarak isimlendirilir³⁴³. TBK. m. 472, malzemenin sağlanması bakımından taraflara serbestlik tanımış, hem yüklenicinin hem de iş sahibinin malzeme sağlama borcu altına girebileceğini ifade etmiştir. İnşaat sözleşmelerinde ve gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde malzemenin sağlanması büyük çoğunlukla yükleniciye bırakılmaktadır. Buna karşın tarafların aksi bir düzenlemeyi öngörerek arsa sahibinin malzemeleri sağlayacağını kararlaştırması mümkündür ancak bu husus, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde pek de rastlanılan bir durum değildir.

Malzeme sağlama borcunu yüklenici üstlendiğinde, malzemeleri sözleşmede belirlenen niteliklerde, ayıpsız ve projeye uygun bir şekilde tedarik etmelidir³⁴⁴. Eğer ki tedarik edilen malzeme, sözleşmede belirlenen kalitede ise ve inşaatın sözleşmede belirlenen nitelikte meydana getirilmesine imkan sağlamaktaysa, gerekli nitelikleri haiz bir malzeme olarak değerlendirilir. Yüklenicinin tedarik edeceği malzemelerin ayıplı olması halinde sorumluluğu, TBK. m. 472/1'de düzenlenmiştir. Buna göre yüklenici, tedarik ettiği malzemenin ayıplı olmasından dolayı iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumlu olmaktadır.

Malzemenin yüklenici tarafından tedarik edilmesi halinde yüklenici hem malzemenin ayıplı olmasından, hem de üçüncü bir kişinin malzeme üzerinde üstün hak iddia etmesi neticesinde zapttan sorumludur³⁴⁵. Tedarik ettiği malzemelerden ötürü yüklenici hakkında ayıp ve zapttan kaynaklanan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır. Yüklenicinin ayıptan sorumluluğu halinde eser sözleşmesine ilişkin ilgili hükümler uygulama alanı

³⁴³ Eren, Özel Hükümler, sf. 616; Tandoğan, Özel hükümler, C.II, sf. 104; Öz, sf. 122; Aral / Ayrancı, sf. 330; Güleç, sf. 34; Karadaş, sf. 114; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 16

³⁴⁴ Eren, Özel Hükümler, sf. 617; Tandoğan, Özel hükümler, C.II, sf. 106; Öz, sf. 123; Günay, sf. 1362; Becker, sf. 601; Karadaş, sf. 115

³⁴⁵ Eren, Özel Hükümler, sf. 618; Velidedeoğlu / Özdemir, sf. 570; Günay, sf. 1362-1363; Becker, sf. 602-603

bulurken, zapttan doğan sorumluluğuna ise satış sözleşmesine ait TBK. m. 214 – 218 hükümleri uygulanır.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde de yüklenici, genellikle sözleşmenin eki niteliğinde olan teknik şartnamede belirlenmiş kalitedeki malzemeleri kullanmak zorundadır. Kullanılacak malzemenin niteliği önemlidir zira bağımsız bölümlerin hedeflenen değerden satılabilmesi, kullanılan malzemenin kalitesiyle doğrudan alakalıdır. Araç ve gereçlerin sağlanması da, sözleşmede aksine bir hüküm olmadığı takdirde, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin borcu olarak karşımıza çıkar.

5. Zamanında İşe Başlama ve Bitirme Borcu

Yüklenicinin işe başlaması ve işi yürütmesi, TBK. m. 473 ile düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca yüklenici, işe zamanında başlamalıdır ve sözleşmede kararlaştırılan şekilde işi yürütme borcu altındadır.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde taraflar, yüklenicinin işe başlayacağı zamanı ve işin hangi sürede tamamlanacağını genellikle kararlaştırmaktadır. Kural olarak yüklenici, inşaatın yapılacağı arsanın kendisine teslimini takiben işe başlayacaktır. Sürelerin hesaplanması esansında tarafların gerek mevsimsel gerekse işin yapılmasını engelleyebilecek diğer nedenleri göz önünde tutmaları ve süreyi buna göre belirlemeleri, sonradan meydana gelebilecek uyuşmazlıkların önüne geçilebilmesi açısından oldukça faydalıdır.

Belirtmemiz gerekir ki işe başlanması, işin yapılması ve tamamlanması aşamalarında yüklenicinin gecikmesi halinde taraflar, gecikmenin sonuçlarına ilişkin istedikleri hükmü, sözleşme serbestisi çerçevesinde kararlaştırabilirler. Buna karşın tarafların böyle bir yol izlememesi halinde uyuşmazlık, TBK. m. 473 hükmü vasıtası ile çözülecektir. İlgili madde; *“Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.”* şeklinde bir düzenlemeyi hüküm altında almaktadır. İlgili

maddenin doğuracağı hüküm ve sonuçlar, ileride etraflıca açıklandığından burada tekrar edilmeyecektir³⁴⁶.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde taraflar, bazı durumlarda sürelerin uzatılmasına ilişkin hükümler öngörebilmektedir. Tarafların beklentileri dışında gerçekleşme ihtimali muhtemel olan hallerde sürelerin uzamasının kararlaştırılması, sözleşmeyi ayakta tutmak bakımından elverişli bir seçenektir³⁴⁷.

6. İnşaatın Meydana Getirilmesiyle Alakalı Diğer Borçlar

a. Plan ve Projelerin Hazırlanması ve Onaylarının Alınması

Sözleşmede kararlaştırılan yapının inşa edilmesinden önce gerek altyapı gerekse üstyapıya ait işler ile alakalı tüm plan ve projeler, yüklenici tarafından yapılır veya yaptırılır. Yüklenici tarafından hazırlanacak bu plan ve projeler, imar mevzuatına ve ilgili şartname hükümlerine aykırılık teşkil etmeyecek şekilde hazırlanmalıdır. Hazırlanan plan ve projeler ile alakalı yüklenici başkaca bir iş yapmadan önce arsa sahibinin onayını almalıdır. Yüklenicinin arsa sahibinden alacağı onayı takiben hem uyumsuzluk çıkması ihtimali ortadan kalkar hem de arsa sahibinin sonradan onay verip vermeyeceği belirsizliği açıklığa kavuşur.

Yapılacak inşaatın projesi ile ilgili olarak arsa sahibi ve yüklenicinin yapacağı anlaşma, imar mevzuatının çizdiği çerçeve ile sınırlıdır. Taraflar kabul etse bile proje, imar mevzuatına uygun olduğu çerçevede geçerli olacaktır. Nitekim İmar Kanunu m. 2 uyarınca *“Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak planlar ile inşa edilecek resmi ve özel bütün yapılar”* İK. hükümlerine tabi olmaktadır.

Hazırlanan plan ve projelerin arsa sahibi tarafından onaylanmasını takiben yüklenici, bu plan ve projeleri ilgili belediye ve idareye sunar, plan ve projelerin kabul edilip edilmediğini takip eder ve nihayet gerekli ruhsatları alır. Bahsedilen plan ve projelerin ilgili belediyelerce onaylanmasını takiben ruhsatların çıkartılması, inşaatın meydana getirilebilmesi için adeta bir ön koşul niteliğindedir.

³⁴⁶ Bkz. sf. 135 vd.

³⁴⁷ Yelmen, sf. 112

Belirtmemiz gerekir ki inşaatın kanun hükümlerine uygun bir nitelikte olması, kat irtifakının kurulabilmesi ve kat mülkiyetine geçişin sağlanabilmesi, bahsedilen plan ve projelerin onayının, ilgili idareden alınmasına bağlıdır³⁴⁸.

b. Cins Tashihi İşlemlerinin Yapılması

Cins tashihi, tapu kütüğüne kayıtlı bir taşınmazın, niteliğinin değiştirilmesi suretiyle başka bir nitelikte olacak şekilde tapu kütüğüne tescil edilmesidir³⁴⁹. Tapu kütüğüne kayıtlı bir taşınmazın niteliğinin değiştirilerek tekrar kaydedilmesi, cins değişikliği yani tashihidir. Cins tashihi; yapısız iken yapılı hale gelme, yapılı iken yapısız hale gelme ve diğer cins değişiklikleri olarak üçe ayrılmaktadır. Uygulamada genellikle yapılan cins tashihi işlemleri, araziler üzerine yeni bina inşa edilmesi ya da mevcut binanın yıkılması dolayısıyla arsa haline dönüşmesi şeklindedir. Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde de yüklenici, arsa üzerinde inşa edilecek yapı ile alakalı cins tashihi gerçekteştirme borcu altındadır.

c. Kat İrtifaklarının Kurulması

Kat irtifakı ile alakalı düzenlemeler, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda mevcuttur. KMK. m. 1/2 uyarınca, *“Yapılmakta veya ileride yapılacak olan bir yapının, birinci fıkra yazılı nitelikteki bölümleri üzerinde, yapı tamamlandıktan sonra geçilecek kat mülkiyetine esas olmak üzere, arsa maliki veya arsanın ortak malikleri tarafından, bu Kanun hükümlerine göre irtifak hakları kurulabilir.”*. Madde metninde işaret edilen birinci fıkra belirtilmiş nitelikli bölümlerden kasıt, *“tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve bağılı başına kullanılmaya elverişli olanları”* ifadesiyle işaret edilen yerlerdir.

KMK. m. 3/3'de kat irtifakı, *“arsa payına bağılı bir irtifak çeşidi”* olarak ifade edilmiştir. Paylı mülkiyete tabi olan bir arsada tüm paydaşların, tek bir kişinin

³⁴⁸ Yelmen, sf. 113

³⁴⁹ Yelmen, sf. 113

mülkiyetinde olan arsada ise malikin iradesi ile kat irtifakı kurulabilir³⁵⁰. KMK. m. 10/1, kat irtifakı kurulabilmesi için resmi senet düzenlenmesi gerektiğini ve tapu kütüğüne tescil yapılması gerektiğini öngörmüştür.

Taşınmaz mülkiyetinin konusu başlıklı TMK. m. 704, taşınmaz mülkiyetinin konusunu; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfada kaydedilmiş bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler olmak üzere üç ayrı başlıkta belirtmiştir. İlgili madde gereğince bağımsız bölümlerin taşınmaz mülkiyetine konu olabilmesi, kat mülkiyeti kütüğüne işlenmelerine bağlıdır. Şu halde kat mülkiyeti kütüğüne kaydedilen bağımsız bölümlerin her biri ayrı bir mülkiyet konusu olmakta ve ayrı ayrı tapulandırılmaktadır. Ancak burada dikkat edilmelidir ki kat mülkiyetinin kurulabilmesi, KMK. m. 10 ve takip eden hükümlerde de ifade edildiği üzere inşaatın tamamlanması şartına bağlıdır³⁵¹. Dolayısıyla bağımsız bölümlerin ayrı ayrı satışlarının yapılabilmesi için öncelikle kat mülkiyeti kurulmalı, bunun için de inşaat tamamlanmalıdır. Bu halde ise inşaat tamamlanmadan bağımsız bölümlerin satılması mümkün olmamaktadır. Kat irtifakı işte bu noktada devreye girer ve henüz yapı tamamlanmadan, kat irtifakı kurulması suretiyle bağımsız bölümlerin devredilmesi sağlanabilir.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde yüklenici, KMK. uyarınca gerekli belgeleri ve yönetim planını hazırladıktan sonra, kat irtifakının kurulması için arsa sahibine başvurur. Yüklenici, arsa sahibi ile bu konuda görüşmeden önce inşaat plan ve projelerini yetkili idari makamlara onaylatmalı ve yapı izin belgesini almış olmalıdır³⁵². Arsa sahibinin de onayını takiben arsa sahibi ismine kat irtifakı kurulmaktadır. Uygulamada arsa sahibi, bahsedilen işlemlerin yapılabilmesi için genellikle yükleniciye vekâlet vermektedir.

KMK. m. 14, kat irtifakının nasıl kurulması gerektiğini hüküm altına almaktadır³⁵³. Arsa payına bağlı bir irtifak çeşidi olan kat irtifakı, yapının tamamlanması ile tapu idarelerince re'sen, ya da her bir kat irtifakı sahibinin talebi ile kat mülkiyetine çevrilir³⁵⁴.

³⁵⁰ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, sf. 632

³⁵¹ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, sf. 606

³⁵² Yelmen, sf. 114

³⁵³ Madde 14 – (Değişik birinci fıkra: 23/6/2009-5912/3 md.) Henüz yapı yapılmamış veya yapısı tamamlanmamış bir arsa üzerinde kat irtifakının kurulması ve tapu siciline tescil edilmesi için o arsanın malikinin veya bütün paydaşlarının buna ait istem ile birlikte 12 nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendine uygun olarak düzenlenen, yetkili kamu kurum ve kuruluşlarınca anagayrimenkulün maliki veya bütün paydaşlarının imzaları alınarak onaylanan ve elektronik ortamda tapu müdürlüğüne gönderilen proje ile (b) bendindeki yönetim plânını tapu idaresine vermeleri lazımdır. Kat mülkiyetine geçişte ayrıca yönetim plânı istenmez.(1) Bir arsa üzerinde kat irtifakları ancak sözleşmede veya dilekçede her kat irtifakının ilgili bulunduğu bağımsız bölüme tahsisi istenen arsa payı, arsanın kayıtlı olduğu kütüğün (Beyanlar) hanesinde belirtilmek

d. İskan Ruhsatının Alınması

İskan ruhsatı, kanuni ifadesiyle yapı kullanma izni, İK. m. 30 uyarınca yapının tamamen bitirilmesi halinde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımların tamamlanması halinde ise bu kısımların kullanılabilmesini sağlamaktadır. Yapı kullanma izni inşaat ruhsatını veren belediye ya da valilikten temin edilmektedir.

Yapı tamamlandıktan sonra alınan bu izin ile bağımsız bölümlerin inşa amacına uygun olarak kullanılabileceği ve hazırlanan projeye uygun bir şekilde inşa edildiği tasdik olunmaktadır. Buna karşın yapı kullanma izninin yalnızca bir kısım bağımsız bölümler için verilmesi halinde, tapuda cins değişikliği yapılamaz ve kat mülkiyetine geçiş sağlanamaz.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde de yüklenici, inşa ettiği binanın yapı kullanma iznini yani iskan ruhsatını alma borcu altındadır³⁵⁵. Yapı kullanma izninin alınmasıyla birlikte kat mülkiyetine geçilmesi ve bağımsız bölümlerin ayrı ayrı taşınmaz satışına konu edilebilmesinin önü açılmış olmaktadır.

e. Kat Mülkiyetinin Kurulması

Kat mülkiyeti ve kat irtifakı kurumları, KMK.'nın düzenleme amacı güttüğü iki ayrı müessesedir³⁵⁶. KMK. kat mülkiyeti ile ilgili olarak, niteliğini, kurulmasını, malikler arası ilişkileri, paylı mülkiyet ilişkilerini, kat maliklerinin hak ve borçları ile paylı taşınmazın nasıl yönetileceğini düzenlemektedir.

KMK. m. 3 doğrultusunda kat mülkiyeti, “*arsa payı ve anagayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyettir.*” Kat mülkiyeti kütüğüne kaydedilen bağımsız bölümler, TMK. m. 704 uyarınca taşınmaz niteliğindedir. Dolayısıyla kat mülkiyeti

suretiyle kurulur ve yapının, verilen projeye göre tamamlanmasından sonra kat mülkiyetine konu olacak bağımsız bölümlerinin numarası ve bu bölümlere bağlı eklentiler kütüğün beyanlar hanesinde belirtilir. (Değişik üçüncü fıkra: 23/6/2009-5912/3 md.) Yapının tamamlanmasından sonra kat irtifakının kat mülkiyetine çevrilmesi, kat irtifakının tesciline ait resmi senede ve 12 nci maddede yazılı belgelere dayalı olarak, yetkili idarece yapı kullanma izin belgesinin verildiği tarihten itibaren altmış gün içinde ilgili tapu idaresine gönderilmesi üzerine resen yapılır.

³⁵⁴ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, sf. 640

³⁵⁵ Yelmen, sf. 116

³⁵⁶ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, sf. 640

kütüğüne kayıtlı olan bağımsız bölümler, taşınmaz hükümlerine bağlı olarak satışa tabi tutulmaktadır.

Kat mülkiyetinin kurulması, taşınmazın maliklerinin anlaşması, tek bir malikin iradesi ya da paylaşma davası neticesinde mahkeme kararı ile sağlanmaktadır³⁵⁷. İfade edilenlerden hangi durum geçerli olsa da, kat mülkiyetinin kurulabilmesi için aşağıda bahsedilen şartların gerçekleşmesi gereklidir.

İlk olarak KMK. m. 50 uyarınca tümü kagir olmayan yapılar hakkında kat mülkiyeti kurulması mümkün değildir. Kat mülkiyetinin kurulabilmesi, ancak tümü kagir olan tamamlanmış yapılar için söz konusu olmaktadır. Yapının tamamlanmasından önce de kat mülkiyeti kurulmasının imkanı yoktur³⁵⁸. İkinci olarak ise kat mülkiyetinin kurulabilmesi, yapılan yapının tamamının bu tarz mülkiyete özgülenmesine bağlıdır. Gerçekten KMK. m. 10/2 hükmü nazara alındığında da görüleceği üzere, bir yapının sadece bazı bölümlerinde kat mülkiyeti kurulması mümkün olmamaktadır³⁵⁹.

Kat mülkiyetinin kurulması, yapıdaki bağımsız bölümlerin farklı kişilere ait olmasına bağlı değildir. Kat mülkiyetine çevrilmesi elverişli olan yapının tek maliki, taşınmazı bağımsız bölümlere ayırarak, her birine arsa paylarını tahsis etmek suretiyle binasını kat mülkiyetine çevirebilir³⁶⁰.

Kat mülkiyetinin kurulması ile ilgili genel kurallar, KMK. m. 10'da hüküm altına alınmıştır. İlgili madde ışığında kat mülkiyeti, resmi senetle ve tapu siciline tescil edilmesi ile doğmaktadır. Tescil işlemi, tapu memuru tarafından düzenlenen bir resmi senet ile ya da KMK. m. 10/5 uyarınca verilmiş bir mahkeme kararına dayanılarak yapılır.

Kat mülkiyetinin kurulabilmesi için gerekli olan istem ve belgeler, KMK. m. 12 ile hüküm altına alınmıştır. Madde uyarınca kat mülkiyetinin kurulabilmesi için arsa sahibi ya da paydaşlar, yapı kullanım izin belgesi, mimari proje vb. madde metninde belirtilen evraklarla beraber, tapu idaresine istemde bulunmalıdır.

Sözleşme ve tescil başlıklı KMK.'nın 13. maddesi, kat mülkiyetinin kurulabilmesi için sözleşme ve tescilin nasıl yapılması gerektiğini hüküm altına almıştır. Madde gereğince tapu memuru öncelikle verilen belgelerin eksiksiz ve usulüne uygun olduğunu ve dilekçe verenlerin ya da istemde bulunanların yetkili kişiler olduklarına kanaat getirecek,

³⁵⁷ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, sf. 616

³⁵⁸ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, sf. 616

³⁵⁹ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, sf. 616

³⁶⁰ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, sf. 617

takibinde ise kat mülkiyeti kurulmasına ilişkin resmi sözleşmeyi düzenleyecektir. Düzenlenecek olan bu sözleşme tescil istemi olarak da değerlendirilir. Sözleşmenin düzenlenmesini takiben eğer önceden kat irtifakı kurulmuş ise kaydedildiği kat mülkiyeti kütüğü sayfasındaki, doğrudan kat mülkiyeti kurulması halinde ise taşınmazın kaydedildiği tapu kütüğü sayfasında bulunan mülkiyet hanesine, “*Bu taşınmazın mülkiyeti kat mülkiyetine çevrilmiştir.*” kaydı düşülür. Bu kayıtla birlikte sayfa, ana taşınmaz leh ve aleyhine kurulacak irtifak hakları harici işlemlere kapatılır³⁶¹.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde de inşa edilen yapı veya yapılar sonucunda ortaya çıkan bağımsız bölümler, kat mülkiyetine geçilmek suretiyle birbirlerinden bağımsız olacak şekilde taşınmaz niteliğine kavuşmaktadır. Yüklenici, sözleşme kapsamında, yukarıda açıklanan işlemleri tamamlayarak, kat mülkiyetinin kurulmasını sağlamak borcu altındadır.

B. İnşa Edilmiş ve Edilecek Bağımsız Bölümlerin Pazarlanması ve Satışlarının Yapılması Borcu

Bir sözleşmenin kurulabilmesi amacıyla gerekli imkanların sağlanması ya da sözleşmenin kurulabilmesi için aracılık etmek, simsarlık sözleşmesinin bir unsurudur. Nitekim TBK. m. 520 uyarınca; “*Simsarlık sözleşmesi, simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkanının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması halinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir.*”. Kanuni tanıma istinaden simsarlık sözleşmesinde, simsarın borcu iki farklı şekilde kararlaştırılabilir. Simsar ya taraflar arası bir sözleşme akdedilmesi imkanını hazırlayacak ya da sözleşmenin kurulmasına aracılık edecektir³⁶².

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yüklenici, sözleşmede kararlaştırılan yapıyı inşa ederek edimlerinin tamamını ifa etmiş sayılmaz. Esasen gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran en dikkat çekici edimler, tam da burada kendisini gösterir. Sözleşmede tarafların asıl amacı olan gelir elde edilmesinin sağlanabilmesi için yüklenici, inşa etti bağımsız bölümleri en yüksek değerden satılacak

³⁶¹ Yelmen, sf. 117

³⁶² Becker, sf. 744; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 380; Velidedeoğlu / Özdemir, sf. 622 – 623; Yavuz, sf. 1308 – 1309; Bahar ÖCAL APAYDIN, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu Özel Borç İlişkileri, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul – 2018, sf. 2245

şekilde tanıtmak, pazarlamak ve satışlarını sağlamak için çaba harcamak ve faaliyette bulunmak borçları altındadır³⁶³.

İfade edildiği üzere gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin inşa edeceği veya ettiği bağımsız bölümlerin satışlarının gerçekleştirilmesi için kurulacak satış sözleşmelerine aracılık etme borcu, yukarıda açıklandığı üzere taşınmaz simsarlığı sözleşmesinin tipik bir unsurudur³⁶⁴. Bu doğrultuda yüklenici, satış sözleşmesinin kurulmasına aracılık etmesi borcu gereğince, tanıtım, reklam ve pazarlama faaliyetlerini gerçekleştirecek, bu amaçla gerekli organizasyonu oluşturacak, özetle alıcıları bağımsız bölümleri en yüksek değerden satın alma konusunda ikna edecektir.

Doktrinde simsarın borçlandığı edim ile alakalı olarak, simsarın doğrudan doğruya ifaya icbar edilmesinin güç olduğu ifade edilmiştir³⁶⁵. Yüklenilen edim bir borç olarak değil de külfet olarak nitelendirilmesinin sonucunda simsarın çaba harcamaya, faaliyette bulunmaya zorlanamayacağı dile getirilmiştir³⁶⁶. Bu halin bir neticesi olarak da simsarlık sözleşmesi için, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme nitelendirmesi yapılmıştır³⁶⁷. Bu noktada ifade etmemiz gerekir ki simsarlık sözleşmesinde yüklenicinin ediminin hangi nitelikte olduğu, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi özelinde pek bir önem taşımamaktadır. Nitekim simsarın bir borçtan ziyade bir külfet altında olduğu fikrinin kabulünde dahi, tarafların bunun aksini her zaman kararlaştırabileceği, simsar için sözleşmenin kurulması ile ilgili faaliyetlerde bulunma hususunun bir borç olarak kararlaştırılabileceği şüphesizdir³⁶⁸. Daha da ileri gidilerek tarafların anlaşmaları sonucunda simsara ek külfet veya borçlar yüklemeleri de mümkündür³⁶⁹.

Yukarıda ifade edilen simsarın ediminin bir borç olarak mı yoksa bir külfet olarak mı nitelendirileceğinin, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi özelinde sonuca etki edecek bir özelliğinin olmadığını belirtmiştik. Zaten gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde taraflar,

³⁶³ Yeniocak, sf. 70

³⁶⁴ Günay, sf. 1459; Yeniocak sf. 70; Yavuz, sf. 1309

³⁶⁵ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 380, dn. 100

³⁶⁶ Salih ŞAHİNİZ, Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı Sözleşmesi, Beta Yayınları, İstanbul – 2002, sf. 14 vd.; Öcal Apaydın, İstanbul Şerhi, C. 2, sf. 2246

³⁶⁷ Yeniocak, sf. 70; Salih ŞAHİNİZ, Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı Sözleşmesi, Beta Yayınları, İstanbul – 2002, sf. 15; Yavuz, Ücreti hak etme zamanının sözleşmenin kurulması yönündeki yasal koşula bağlanmasının, simsarın asıl sözleşmenin kurulmasına yönelik aracılık faaliyetinde bulunma borcunu, külfet haline dönüştürmeyeceği ileri sürülmektedir; bu kapsamda simsarlık sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu sonucuna varılmaktadır., bkz Yavuz, sf. 1309 ve dn. 77. (ŞEKLEN NASIL OLMALI?); Öcal Apaydın, İstanbul Şerhi, C. 2, sf. 2246

³⁶⁸ Şahiniz, sf. 11; Öcal Apaydın, İstanbul Şerhi, C. 2, sf. 2246

³⁶⁹ Şahiniz, sf. 11

satış sözleşmesine aracılık edilmesini, yüklenicinin asli borcu, yani, sözleşmenin esaslı unsurlarından bir tanesi olarak kararlaştırmaktadırlar. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran başlıca özelliklerinden birisi de budur.

Simsarlık sözleşmesinde simsar, kural olarak iş sahibini temsil yetkisini haiz değildir, ancak sözleşmede simsara bu yetkinin de verilmesinin önünde bir engel yoktur³⁷⁰. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde ise yüklenicinin satış sözleşmesine aracılık etme ediminin bir diğer özelliği de, yüklenicinin bu faaliyeti esnasına temsil yetkisine de sahip olmasıdır³⁷¹. Yüklenicinin temsil yetkisine sahip olarak faaliyet göstermesinden dolayı ilgili borç, adi vekâlet sözleşmesindeki vekilin borcuna yakın bir hale gelmektedir.

TBK. m. 520/3 uyarınca, taşınmazlar konusunda yapılan simsarlık sözleşmeleri yani taşınmaz simsarlığı sözleşmeleri, yazılı şekilde yapılmadıkları takdirde geçerli olmamaktadırlar³⁷². İlgili madde gereğince kanun, taşınmaz simsarlığı sözleşmesinin geçerliliğini, yazılı şekil şartına³⁷³ bağlamıştır. Buna karşın daha önce ifade edildiği üzere gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi unsuru taşıdığından ötürü resmi şekilde yapılması gereken bir sözleşme olduğundan, TBK. m 520/3'te hüküm altına alınan yazılı şekil şartı, tez konumuz sözleşme açısından bir anlam ifade etmemektedir.

TBK. m. 520/2, simsarlık sözleşmesine kural olarak vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanacağına hükmetmiştir. Dolayısıyla bağımsız bölümlerin pazarlanması ile alakalı faaliyetlerini yürütürken yüklenici, aynı zamanda bu faaliyetleri sadakat ve özenle yerine getirme borcu altındadır. Sadakat ve özen yükümlülüğünün gereğince yüklenici, elde edilebilecek en yüksek seviyede geliri elde edebilmek gayesiyle, işin yapılmasında kullanılabilecek bütün imkânları kullanarak, projenin tanıtımı ile alakalı faaliyetlerini gerçekleştirmelidir. Bunlara ilave olarak yüklenici, inşa edilmiş veya edilecek bağımsız bölümlerin satış bedellerini ve varsa ödeme planlarını belirlerken de, satış ve pazarlama teknik ve taktiklerini etkili metotlarda ve dürüst bir şekilde kullanmalıdır³⁷⁴.

Sadakat ve özen borcunun gereği olarak yüklenici, satış sözleşmesine aracılık etme borcunu bizzat yerine getirmelidir. Tarafların aralarında anlaşmak suretiyle bu işin bir alt yüklenici vasıtasıyla yapılabileceğini kararlaştırmasının önünde ise bir engel bulunmamaktadır. TBK. m. 506/1 uyarınca da, vekile bu konuda bir yetki verilmişse veya

³⁷⁰ Yavuz, sf. 1309; Öcal Apaydın, İstanbul Şerhi, C. 2, sf, 2248 - 2249

³⁷¹ Yeniocak, sf. 71

³⁷² Yavuz, sf. 1310; Günay, sf. 1459

³⁷³ İlgili Yargıtay Kararları için bkz. Yeniocak sf. 71, dn. 25

³⁷⁴ Yeniocak, sf. 72

zorunlu haller yahut teamülün olası kıldığı durumlarda da yüklenici ilgili borcunu bir başkası vasıtası ile yerine getirebilmektedir.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yüklenicinin satışa aracılık etme ve pazarlama faaliyetleri açısından değerlendirildiğinde; sözleşmenin yapısı ve en yüksek gelirin elde edilmesindeki ortak menfaat nazara alındığında, sözleşmede yükleniciye bu konuda açıkça yetki verilmemiş olsa bile, yüklenicinin bu borcu bir üçüncü kişi vasıtasıyla yerine getirmesi her zaman olmasa bile somut olaya göre mümkün görülebilir. Unutulmamalıdır ki gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi ile yüklenicinin borçlandığı bu edim, özellikle orta ve büyük ölçekli projelerde, projenin tanıtılması ve inşa edilmiş veya edilecek bağımsız bölümlerden azami gelir elde edilecek şekilde pazarlanması faaliyeti, belli bir uzmanlık gerektirmektedir. Dolayısıyla işin niteliğinin gerektirmesi ve sözleşmede aksinin kararlaştırılmamış olduğu hallerde, yüklenicinin işi bir üçüncü kişiye yaptırabileceği kabul edilebilir³⁷⁵. Buna karşın sözleşmenin kurulması esnasında arsa sahibi, sahip olduğu pazarlama organizasyonu dolayısıyla ya da yüklenicinin önceki projelerinde uyguladığı pazarlama faaliyetlerinin kendisinde sağladığı güvene dayanarak yükleniciyi tercih etmiş olabilir. Hal böyle olunca yüklenici, pazarlama ve satış faaliyetlerini bizzat yürütmek durumunda kalacaktır.

Sözleşmede yükleniciye yetki verilmemesine rağmen yüklenicinin pazarlama ve satışı bir üçüncü kişiye yaptırıp yaptıramayacağı hususunun tespiti, somut olaydaki uyumsuzluğun çözümü ve yüklenicinin sorumluluğu açısından önemlidir. Eğer yüklenici, yetkisi olmadığı halde işi bir üçüncü kişiye yaptırmışsa üçüncü kişinin fiilinden, TBK. m. 507/1 uyarınca, kendisi yapmış gibi sorumlu olacaktır. Buna karşın somut olayda sözleşme metninden anlaşıldığı ya da durumun zorunlu olmasından dolayı yahut teamül gereği yüklenicinin, pazarlama ve satış faaliyetlerini bir üçüncü kişiye yaptırabileceği kabul edildiği takdirde, TBK. m. 507/2 uyarınca yüklenici, yalnızca işi yapacak üçüncü kişiyi belirlemede ve talimat vermede gereken özeni göstermemekle sorumlu tutulabilecektir. Her halde TBK. m. 507/3 hükmü gereği arsa sahibi, “*vekilin kendi yerine koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları, doğrudan doğruya o kişiye karşı*” ileri sürebilecektir.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde tarafların tanıtım ve reklam faaliyetleri ile ilgili olarak özel standartlar belirlemeleri mümkündür. Bu standartlar tanıtımın hangi yöntem veya yöntemler ile yapılacağına, örneğin televizyon reklamı kullanılacağı veya gazeteye

³⁷⁵ Yeniocak, sf. 73

reklam verileceği ya da internet sitesi hazırlatılacağı, broşür yahut katalog basılacağı, proje ile alakalı bir tanıtım filmi çekileceği vb. olabileceği gibi, bunların içeriklerine yönelik de olabilir.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde bağımsız bölümlerin satışları, kural olarak arsa sahibi adına vekâleten yüklenici tarafından gerçekleştirilir. Arsa sahibi ise satışların gerçekleştirilebilmesi için yükleniciye vekâlet vermektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere bağımsız bölümleri alacak kişileri bulmak, kural olarak yüklenicinin borcudur. Buna karşın arsa sahibinin de bağımsız bölümleri için alıcı bulmasının önünde bir engel yoktur, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi hükümlerine uymak kaydıyla kendi de devir işlemlerini gerçekleştirebilir. Tarafların bu konuda sözleşmeye bir hüküm eklemeleri ve durumu açıklığa kavuşturmaları, sonradan ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları önlemek açısından faydalı olacaktır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere yüklenicinin pazarlama ve satış faaliyetlerine inşaatın tamamlanmasını takiben değil, sözleşmenin imzalanmasından sonra başlayacaktır. Uygulamada da yükleniciler, inşaat başladıktan sonra kat irtifakı kurarak arsa paylarını alıcılara satmak suretiyle inşaat tamamlanmadan satışları gerçekleştirmektedirler.

C. Sadakat ve Özen Borcu

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, yapısı gereğince taraflar arası bir güven ilişkisine ve bir menfaat birliğine dayanmaktadır³⁷⁶. Sözleşme kapsamında belirlenen işleri yürüten yüklenici, bu faaliyetlerini icra ederken, kendi menfaatini gözettiği gibi, arsa sahibi tarafından kendisine gösterilen güven ve sözleşmenin amaçlarına uygun olacak şekilde, arsa sahibinin de menfaatlerini korumak ve gözetmek borcu altındadır³⁷⁷. Yüklenici, arsa sahibi yararına sonuçlanacak davranışlarda bulunmalı ve arsa sahibinin zararına sebebiyet verecek hareketlerden sakınmakla yükümlüdür³⁷⁸.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin unsurları ve bu unsurların hangi isimli sözleşmelere ait olduğu, daha önce ifade edilmiş idi. TBK. m. 630 uyarınca adi ortaklık

³⁷⁶ İnal, sf. 230

³⁷⁷ Eren, Özel Hükümler, sf. 624; Atamulu, sf. 58-59

³⁷⁸ Gümü, Özel Hükümler, C. II, sf. 45; Karadaş, sf. 122; İnal, sf. 230; Eren, Özel Hükümler, sf. 624; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 48

sözleşmesinde, aksine düzenleme olmadığı takdirde, yönetici ortaklarla diğer ortaklar arası ilişkilere vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Yine TBK. m. 502/2 uyarınca vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun olduğu ölçüde, TBK.'da düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerine de uygulanacaktır.

Bu çerçevede eser sözleşmesi kapsamında yüklenicinin ve vekâlet sözleşmesi kapsamında vekilin sadakat ve özen borcu ile ilgili olan kurallar, niteliğine uygun olduğu ölçüde tez konumuz olan gelir paylaşımli inşaat sözleşmesine de uygulanacaktır.

1. Sadakat Borcu

Gerek gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi niteliğine sahip olması, gerekse TBK.'nın eser sözleşmesi kapsamında yüklenici ile ilgili m. 471/1 hükmü ve vekâlet sözleşmesi kapsamında vekil ile ilgili m. 506/2 hükmü; gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde yüklenicinin borçlarını ifa ederken arsa sahibine karşı olacak şekilde sadakat ve özen borcu altında olduğunu söylememize imkan tanır³⁷⁹. Unutulmamalıdır ki yüklenicinin arsa sahibine karşı olan sadakat ve özen borcu yalnızca inşaat borcu kapsamında değil, aynı zamanda bağımsız bölümlerin pazarlanmasının yapılması ve satılması borcu hakkında da geçerlidir.

Yüklenicinin sadakat borcunun eser sözleşmesi çerçevesinde özel bir görünümü olan TBK. m. 472'de yer alan iki durum, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde de kıyasen uygulanabilecektir³⁸⁰. Yine eser sözleşmesi ile alakalı olan ve sadakat borcu çerçevesinde değerlendirilen TBK. m. 476 ve m. 483/2 hükümlerinde ifade edilmiş ihbar külfetli ile alakalı kurallar da, yüklenici hakkında gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde kıyasen uygulama alanı bulacaktır³⁸¹.

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde yüklenici, vekâlet sözleşmesi çerçevesinde vekil bünyesinde varlık kazanan sır saklama yükümlülüğü altındadır. Yüklenicinin sır saklama yükümlülüğü, sadakat borcu kapsamında değerlendirilmelidir³⁸². Daha önce yüklenicinin, yürüteceği taşınmaz simsarlığı faaliyetleri gereğince, TBK. m. 520/2 uyarınca vekâlet

³⁷⁹ Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 45; Karadş, sf. 123; İnal; sf. 232; Yeniocak; sf. 75; Yelmen; sf. 124; Öz, sf. 121; Eren, Özel Hükümler, sf. 628

³⁸⁰ Yeniocak, sf. 75

³⁸¹ Yeniocak, sf. 75

³⁸² Yeniocak, sf. 75-76

sözleşmesine ilişkin kurallarla bağlı olduğu ifade edilmiş idi. Arsa sahibinden veya sözleşme konusu işin yapılması esnasında yüklenici, bazı bilgi ve belgelere erişmiş olabilir. Arsa sahibi yahut iş ile alakalı sırlar, kararlar, üretim ve iş planları, buluşlar vb. bu konuya örnek olarak gösterilebilir³⁸³. İşte yüklenici bu şekilde öğrendiği, elde ettiği sır niteliğindeki bilgileri üçüncü kişiler ile paylaşmamalı ve başkaca amaçlarla kullanmamalıdır³⁸⁴.

Yüklenicinin sadakat borcuna aykırı hareket etmesi, şüphesiz bir takım hukuki sonuçlara bağlanmıştır. Öncelikle yüklenici, sadakat borcuna aykırı davranmış ve bunun sonucunda bir zarar doğmuş ise, inşaat sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmiş olsa bile, tazminat talep edilebilir³⁸⁵. Yüklenicinin sadakat borcuna aykırı davranışı sonucu bir kâr elde etmesi halinde de TBK. m. 530 kıyasen uygulama alanı bulur ve arsa sahibi, elde edilen kârın kendisine devredilmesini talep edebilir³⁸⁶. Eserin tamamlanmamasına karşın arsa sahibi, yüklenicinin sadakat borcunu ağır bir şekilde ihlal ettiğini belirlerse, TBK. m. 484 ya da TBK. m. 473/2 ile beraber TBK. m. 125 hükmüne dayanarak sözleşmeden dönme imkanına sahiptir³⁸⁷.

2. Özen Borcu

Sadakat borcunda olduğu üzere, hem eser sözleşmesi kapsamında yüklenici, hem de vekâlet sözleşmesi kapsamında vekil, işin yapılmasında özen gösterme borcu altındadır. TBK. m. 471/1, yüklenicinin özen borcunu ifade etmiş, ardından ikinci fıkrada özen borcunun çerçevesini çizmiştir. TBK. m. 471/2 uyarınca, *“Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.”*. Madde metni uyarınca yüklenicinin özen borcundan kaynaklanan sorumluluk, benzer alanlardaki işleri yapan basiretli bir yüklenicinin göstereceği mesleki ve teknik kurallara uyan davranışı esas alınmak suretiyle belirlenecektir. Buna ilave olarak gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde taraflar genellikle yüklenicinin uyması gereken mesleki ve teknik

³⁸³ Eren, Özel Hükümler, sf. 628; Öz, sf. 121

³⁸⁴ Eren, Özel Hükümler, sf. 628; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 50; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 48

³⁸⁵ Yavuz, sf. 1002

³⁸⁶ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 50

³⁸⁷ Yavuz, sf. 1002; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 51; Gümüş, Özel Hükümler, C. II sf. 48; Eren, Özel Hükümler, sf. 629-633

kuralları sözleşme çerçevesinde belirlemektedir³⁸⁸. Bu çerçevede yüklenici, gerek kullanacağı malzeme gerekse uygulanacak işçiliğin niteliği açısından sözleşme standartlarını yerine getirmekle yükümlüdür. Yüklenicinin bahsedilen özen borcu, işin başlamasını takiben teslim kadar devam etmektedir³⁸⁹.

Vekilin özen borcu ve kapsamı ise TBK. m. 506'nın ikinci ve üçüncü fıkralarında hüküm altına alınmıştır. TBK. m. 506/2 vekilin özen borcunu açık bir biçimde ifade ederek, *“vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.”* demektedir. TBK. m. 506/3 ise *“vekilin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.”* demek suretiyle vekilin özen borcunun kapsamını ve kıstasını hüküm altına almıştır.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin sadakat ve özen borcu ile alakalı olarak eser sözleşmesinin bahsedilen ilgili hükümleri, yüklenicinin, sözleşmede kararlaştırılan yapıyı inşa etmesi borcu bakımından kıyasen uygulama alanı bulmaktadır. Yine yüklenici, bağımsız bölümlerin pazarlanması ve satılması ile ilgili olarak, vekilin göstereceği özeni gösterme borcu altındadır³⁹⁰. Bağımsız bölümlerin fiyatlarının potansiyel alıcılara verilmesi, tanıtımı, pazarlanması ve satılması evrelerinde yüklenici, arsa sahibinin menfaatlerini dikkate alarak, o doğrultuda hareket etmek zorundadır.

Yüklenicinin özen sorumluluğunun tarafların aralarında anlaşması suretiyle sınırlandırılması mümkündür. Ne var ki yapılacak bu anlaşma, TBK.'nın sorumsuzluk anlaşmalarını düzenleyen 115. maddesine aykırı olamaz. İlgili maddenin birinci fıkrası gereğince yüklenicinin ağır kusurundan sorumlu tutulmayacağı yönünde bir anlaşma, kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşacaktır.

3. Hesap Verme ve Talimata Uygun İfa Borcu

Hesap verme başlıklı TBK. m. 508 hükmü, vekilin hesap verme borcunu düzenlemektedir. İlgili madde uyarınca vekil, *“vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle*

³⁸⁸ Yelmen, sf. 124

³⁸⁹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 58-59

³⁹⁰ Yeniocak, sf. 77

yükümlüdür.”. Gelir paylaşımı inşaat sözleşmesinde de yüklenici, vekâleten yürüttüğü işler hakkında, arsa sahibine karşı olarak hesap verme borcu altındadır.

Hesap verilmesi, genel olarak bir bilgi verilmesi yükümlülüğü olarak kendisini gösterir³⁹¹. Vekil sadece iş tamamlanınca değil, aynı zamanda iş yürütülürken de hesap verme borcu altındadır³⁹². Bu şekilde vekâlet veren; işe başlanılmasına, işin yürütülmesine ve sonuçlanmasına ilişkin gereksinim duyduğu bilgileri karşılamış olur³⁹³. Hesap kalemlerinin detaylıca gösterilmesi ve hesaba dayanak olan belgelerin de ibraz edilmesi, hesap verme borcunun gereğidir³⁹⁴.

İlgili madde aynı zamanda vekilin, vekâlet verenden, vekâletle alakalı olarak aldıklarını geri verme borcunu da düzenlemektedir. Vekil hem yaptığı işlerden dolayı üçüncü kişilerden aldığı para, belge vb. şeyleri, hem de vekâletin ifası amacıyla vekâlet verenden aldığı şeyleri verme yükümlülüğü altındadır³⁹⁵. Şüphesiz vekilin yukarıda ifade ettiğimiz borcu, vermekle yükümlü olacağı bir şey var ise söz konusudur. İşin ifası için vekile, vekâlet veren tarafından, bir şey verilmemiş yahut vekil üçüncü kişilerden vekâlet verene teslim etmesi gereken bir şey almamış ise, bu borç gündeme gelmez³⁹⁶.

Gelir paylaşımı inşaat sözleşmesinde de yüklenici, vekâleten yaptığı işler hakkında hesap verme borcu altındadır. Bu borcun gereği olarak eğer yüklenici sözleşme kapsamında arsa sahibinden veya üçüncü kişilerden, arsa sahibine vermekle yükümlü olduğu bir şey almış ise, bunu vermek ile yükümlüdür.

Vekilin talimata uygun ifa borcu ise, TBK. m. 505’te düzenlenmiştir. Madde uyarınca *“vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür. Ancak vekâlet verenden izin alma imkanı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hallerde, vekil talimattan ayrılabilir. Bunun dışındaki durumlarda vekil, talimattan ayrılırsa, bundan doğan zararı karşılamadıkça işi görmüş olsa bile, vekâlet borcunu ifa etmiş olmaz.”*. Gelir paylaşımı inşaat sözleşmesinde yüklenici de ilgili hüküm kapsamındadır ve vekâleten yaptığı işlerle ilgili olarak arsa sahibinin talimatlarına uymakla yükümlüdür³⁹⁷.

³⁹¹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 479; Eren, Borçlar Özel, sf. 735; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 177

³⁹² Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 480; Eren, Borçlar Özel, sf. 735; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 177

³⁹³ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 479; Eren, Borçlar Özel, sf. 735

³⁹⁴ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 482; Eren, Borçlar Özel, sf. 735

³⁹⁵ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 489

³⁹⁶ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 489

³⁹⁷ Eren, Özel Hükümler, sf. 729; Aral / Ayrancı, sf. 406

Talimat, vekâlet veren tarafından vekâlet sözleşmesinin kurulmasını takiben vekile, kendisine bırakılan işin nasıl görüleceğini ifade eden, tek taraflı ve varması gereken bir irade beyanıdır³⁹⁸. Sözleşmede kararlaştırılan noktaların yeteri kadar açık olmadığı hallerde, talimat sözleşmenin içeriğinin belirlenmesine ve vekâletin kapsamının daraltılmasını sağlar³⁹⁹.

Vekâlet sözleşmesi çerçevesinde vekil talimatlara uyma borcu altında olmakla birlikte, vekâlet veren, işin nasıl yapılacağı hakkında mutlaka vekile talimat veya talimatlar verecektir diye bir kaide de yoktur. Vekâlet veren tarafından talimat verilmemesi halinde vekil, sözleşme işin niteliği gereğince kendisine verilen işi yapacaktır⁴⁰⁰.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi hakkında da yüklenici, arsa sahibinin vekili sıfatıyla yaptığı işlerde, yukarıda açıklanan hususlar çerçevesinde, arsa sahibinin vereceği talimatları yerine getirme borcu altındadır.

D. Ayıp Nedeniyle Meydana Gelen Borçlar

1. Genel Olarak Ayıplı Eser

Yüklenicinin borçları hakkında üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, yüklenicinin ayıptan doğan borçlarıdır. Hemen ifade etmeliyiz ki çalışmamız kapsamında bu başlık altında incelenecek yüklenicinin ayıptan kaynaklanan borçları, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi dolayısıyla yüklenicinin, arsa sahibine karşı olan borçlarıdır. İnceleme arsa sahibi ile yüklenici arası ilişkiyle sınırlandırılmış olup, konumuz dâhilinde olmadığından ötürü bağımsız bölümlerin alıcılara satılması işleminde gündeme gelen ayıptan sorumluluk hali incelemeye konu edilmemiştir.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi kapsamında yüklenici, sözleşme ve eki niteliğindeki teknik şartnameye bağlı kalarak inşaatı tamamlamalıdır⁴⁰¹. Yüklenicinin inşaat faaliyetlerinden kaynaklanan ayıplardan dolayı sorumluluğu hakkında, TBK. m. 473/2 ile m. 478 arasında hüküm altına alınmış eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunu hüküm altına alan maddeler uygulanacaktır. İfade etmemiz gerekir ki

³⁹⁸ Aral / Ayrancı, sf. 406

³⁹⁹ Aral / Ayrancı, sf. 406

⁴⁰⁰ Yelmen, sf. 128

⁴⁰¹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 160

kanun, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunu, ikili bir ayrıma gidilmesi suretiyle düzenlemiştir. Bahsedilen ayıpm; ayıbın, eserin yapılması esnasında veya eserin teslim edilmesinden sonra ortaya çıkması şeklindedir.

TBK. m. 473/2 hükmü, eserin yapıldığı esnada ortaya çıkan ayıp ile alakalı düzenleme içermektedir. İlgili madde uyarınca, *“Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüüyorsa, işsahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.”*. Hüküm, henüz eserin meydana getirilmesi esnasında ortaya çıkan ayıp ile sözleşmeye aykırılık durumunda iş sahibine tanınmış ayıbı onarma ve eserin tamamlanması işini bir üçüncü kişiye verebilme hakkını düzenlemektedir⁴⁰². İnşaatın yapılması esnasında, yüklenicinin kusuru dolayısıyla ayıplı ya da sözleşmede belirlenen niteliklere aykırı olarak tamamlanacağı hususu açıkça ortaya çıkabilir. İşte bu noktada kanun, arsa sahibine yükleniciye karşı bir ihtarda bulunma imkanı vermiştir. Arsa sahibi ihtarında; ayıbın ya da sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için, yükleniciye uygun bir süre tanır. Tanınan süre içerisinde yüklenici, ayıbı yahut sözleşmeye aykırılığı gidermelidir aksi hale, hasar ve masraflar yüklenicide kalmak üzere arsa sahibi, onarımın ya da işin devamını üçüncü bir kişiye verebilir⁴⁰³.

Ayıptan doğan hakların tabi olduğu zamanaşımı ise TBK. m. 478’de düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde teslim tarihinden itibaren beş yıl ve yüklenicinin ağır kusurunun varlığı halinde ise yirmi yıldır.

2. Ayıbın Çeşitleri

a. Hukuki Ayıp ve Maddi Ayıp

Hukuki ayıp çoğunlukla, kamu hukuku tarafından yapının kullanılması için güvenlik ya da başka amaçlarla koyduğu kurallara uyulmaması sonucu ortaya çıkar⁴⁰⁴. Hukuki

⁴⁰² Eren, Özel Hükümler, sf. 632; Öz, sf. 195; Hatemi, Hatemi / Serozan / Arpacı, sf. 362; Yavuz, Şerh, C. 2, sf. 2485

⁴⁰³ Eren, Özel Hükümler, sf. 633

⁴⁰⁴ Erman, sf. 125; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 167; Yavuz, Şerh, C. 2, sf. 2481

ayıp, meydana getirilen eserden faydalanılmasını ve eser üzerinde tasarruf edilmesi imkanını sınırlayan ya da ortadan kaldıran, kamu hukuku kaynaklı sınırlamalardır⁴⁰⁵. Yargıtay da hukuki ayıbı bu şekilde tanımlamaktadır⁴⁰⁶. Elektrik yalıtımının, kamu hukukundan kaynağını alan bir güvenlik kuralına aykırı şekilde yapılması, hukuki ayıp haline bir örnek olarak gösterilebilir.

Maddi ayıp ise inşaatta bulunan bir bozukluğu ifade eder. Uygulamada en sık karşılaşılan ayıp türü maddi ayıptır. Maddi ayıp halinde meydana getirilen eser, sözleşmede belirlenen ya da dürüstlük kuralı uyarınca sahip olması gereken nitelikleri bünyesinde barındırmamaktadır⁴⁰⁷. İnşa edilen bir bağımsız bölümün herhangi bir duvarının çatlak olması, maddi ayıp haline örnek olarak gösterilebilir. Eserde hukuki ya da maddi ayıp bulunması halinde yüklenici, bu durumdan sorumlu olmaktadır.

b. Gizli Ayıp ve Açık Ayıp

Bu ayırım, ayıba karşı tekeffül hükümlerince arsa sahibine tanınan hakların kullanılabilmesi için uyulması gerekli olan hususların tespiti noktasına büyük önem taşımaktadır. Açık ayıp, eser iş sahibine teslim edildiği anda kolayca saptanabilecek ayıp türüdür. Buna karşın gizli ayıp, eser teslim edildikten sonra ve kullanımı esnasına ortaya çıkan ayıp türüdür⁴⁰⁸. Gizli ayıplar teslim esnasında yapılacak basit bir inceleme ile tespit edilemez.

TBK.'da yapılan açık ve gizli ayıp ayırımının sebebi, yüklenicinin sorumluluktan kurtulmasının, ayıbın türüne göre farklılık göstermesindendir. Nitekim TBK. m. 478'de de ifade edildiği üzere yüklenici bir açık ayıp dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluğundan, iş sahibinin, işin olağan akışına göre fırsat bulur bulmaz inceleme süresi geçtikten sonra kurtulurken, gizli ayıbın varlığı halinde kanunda belirtilen zamanaşımı süresince devam eder.

Gizli ayıp ise, eser teslim edilirken basit bir inceleme ile tespit edilemeyen, teslimden sonra ve çoğunlukla kullanma esnasında ortaya çıkan, eserde sözleşme ve dürüstlük kuralı

⁴⁰⁵ Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 53; Öz, sf. 191-192

⁴⁰⁶ YHGK., 04.12.2015 T., E. 2013/13-1581, K. 2015/2792, Karar için bkz. <http://www.kazanci.com>, (ET. 01.08.2019)

⁴⁰⁷ Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 52; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 162; Yavuz, Şerh, C. 2, sf. 2480

⁴⁰⁸ Karadağ, sf. 188; Yavuz, Şerh, C. 2, sf. 2481

gereğince bulunması geren niteliklerle fiilen mevcut nitelikler arasındaki, iş sahibi zararına meydana gelmiş farklılıklardır⁴⁰⁹. Gizli ayıplar genellikle meydana getirilen eserin olması gerektiği şekilde kullanılmasını engelleyen bozukluklardır.

c. Tam Önemli ve Daha Az Önemli Ayıp

Yapılan bu ayırım, ayıba karşı tekeffül hükümleri doğrultusunda iş sahibinin hangi haklarını kullanabileceğini göstermesi yönünden önem taşımaktadır. Eğer ki mevcut ayıp dolayısıyla eserin kabul edilmesi iş sahibinden haklı olarak beklenemiyor ise, ayıp nedeniyle meydana getirilen eser, kendisinden faydalanılamayacak halde ise, tam önemli ayıp gündeme gelmektedir⁴¹⁰. Buna karşın eserin kullanılmasını, ondan faydalanılmasını engellemeyen, ayıbın varlığına rağmen iş sahibinden eseri kabul etmesinin beklenebildiği hallerde, ayıp, daha az önemli ayıp olarak nitelendirilir⁴¹¹. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, iş sahibi yalnızca tam önemli ayıplar hakkında sözleşmeden dönme hakkını kullanabilirken, daha az önemli ayıpların varlığı halinde ya ücretten indirim yapılmasını ya da eserin ücretsiz olarak onarılması seçimlik haklarından bir tanesini kullanabilmektedir.

3. Eksik İş

Ayıp konusu incelenirken üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da eksik iş kavramıdır. Sözleşme taraflarının eserin özelliklerinin haricinde ölçülerini ve imal usulünü de sözleşmede belirlemeleri mümkündür. Bu belirleme uygulamada eserin yapımına başlanmadan önce bir plan hazırlanması, eserin hazırlanacak bir projeye bağlanması ya da bütün teknik özellikleri barındıran bir teknik şartname hazırlanması vb. şekillerde gerçekleştirilir. Eser sözleşmesi çerçevesinde iş sahibinin beklentisi, yüklenicinin sözleşme ve eklerinde kararlaştırılmış tüm hususlara uygun bir eser meydana getirmesi olduğundan yüklenici eseri, kararlaştırılmış tüm hususlara uygun bir şekilde meydana getirmek zorundadır⁴¹². Bir örnek ile açıklamak gerekirse; sözleşme çerçevesinde 30 m² olması

⁴⁰⁹ Karadaş, sf. 189

⁴¹⁰ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 167; Erman, sf. 126; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 53

⁴¹¹ Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 53; Erman, sf. 126

⁴¹² Karadaş, sf. 189; Öz, sf. 193

gereken bir odanın 25 m² olarak yapılması durumunda, eserde 5 m² eksiklik var demektir. Yargıtay da projede üç oda olarak belirlenen bir bağımsız bölümün iki oda şeklinde yapılmasını eksik iş olarak nitelendirmiştir⁴¹³. Proje kapsamında telefon hattı olması gereken bir yere bu hattın çekilmemesi de bir eksik iş niteliğindedir.

Ayıplı iş ve eksik arasındaki fark; ayıplı işte eser meydana getirilmiş ancak sözleşme hükümleri ve dürüstlük kuralı uyarınca olması gereken ile mevcut olan arasında farklılık mevcuttur. Yeşil olması gereken duvarın mavi olması ya da birinci sınıf seramik kullanılması gerekirken üçüncü sınıf seramik kullanılması gibi haller ayıplı işe örnek olarak gösterilebilir. Buna karşın eksik işin gündeme geldiği hallerde iş kısmen yapılmamıştır⁴¹⁴. İş kısmen yapılmadığı için, iş sahibinin ayıbı yükleniciye ihbar etmesi gerekmez, Yargıtay da bu görüştedir⁴¹⁵. Eksik iş halinde, yüklenici yapması gerektiği halde sözleşmede kararlaştırılan bir unsuru yapmamış, fakat iş sahibi eserin mevcut halini eksik olarak kabul etmiştir. İş sahibi bu noktada eseri reddetmediğinden dolayı, eğer ki eksiklik dolayısıyla eserin değerinde bir azalma meydana gelmiş ise, buradan kaynaklanan zararın ve eksiklik nedeniyle yüklenicinin tasarruf ettiği miktarın kendisine ödenmesini talep edebilir⁴¹⁶. Yargıtay Genel Kurulu bir kararında ayıp ile eksik iş arasındaki farkı açıklamıştır. Buna göre yasada ya da sözleşmede öngörülen unsurların bir veya birkaçının eksikliği yahut olmamamsı gereken vasıfların olması hali ayıp olarak tanımlanmışken, sözleşmeye konu olan işlerin yapılmaması, diğer bir ifadeyle hiç yapılmayan işler, eksik iş olarak tanımlanmıştır⁴¹⁷. Bir başka Yargıtay Genel Kurulu kararında da yukarıda ifade ettiğimiz hususlar etraflıca incelenmiş ve ayıplı iş ile eksik iş arasındaki farklar açıklanmış ve ayıp ihbarın kural olarak bir şekle bağlı olmadığı ifade edilmiştir⁴¹⁸.

Eksik iş, sözleşmede belirlenen işin meydana getirilmeyen, bunun sonucunda teslim de edilmemiş iş olarak değerlendirildiğinden, bu noktada iş sahibinin ihbar sorumluluğu bulunmamaktadır.

⁴¹³ Y. 15. HD. 17.06.2008 T., E. 2008/1942, K. 2008/4021, karar için bkz. Karadaş, sf. 190

⁴¹⁴ Karadaş, sf. 190

⁴¹⁵ Y. 15.HD., 27.09.1988 T. 92/3020 s. kararı, bkz. Karadaş, sf. 191

⁴¹⁶ Karadaş, sf 191

⁴¹⁷ YHGK., 04.12.2015 T., E. 2013/13-1581, K. 2015/2792, Karar için bkz. <http://www.kazanci.com>, (ET. 01.08.2019)

⁴¹⁸ YHGK., 27.04.2011 T., E. 2011/13-4, K. 2011/230, Karar için bkz. <http://www.kazanci.com>, (ET. 01.08.2019)

4. Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Şartları

Tarafların sözleşmeden bekledikleri menfaatleri elde edebilmeleri, üstlendikleri borçları sözleşmede ve eklerinde belirlenen niteliklerde ifa etmelerine bağlıdır. Eğer ki yüklenici eseri, sözleşmede belirlenen niteliklerden yoksun bir şekilde meydana getirirse, sözleşmedeki menfaat dengesi iş sahibi aleyhine bozulur ve iş sahibinin sözleşmeden beklediği menfaatleri karşılamaz⁴¹⁹.

Şu halde yüklenici sözleşmeye aykırı davrandığı için bu aykırılığın sonuçlarına katlanmalıdır ki burada yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu gündeme gelmektedir. Kanun tarafından iş sahibine tanınan bu seçimlik hakların kullanılabilmesi ise, yine kanun tarafından bazı şartların varlığına tabi tutulmuştur. Bu şart veya koşullar; eserin teslim edilmiş olması, eserin ayıplı olması ve son olarak ayıbın yükleniciden kaynaklanması gerektiğidir.

a. Eser Teslim Edilmiş Olmalı

Eserin teslim edilebilmesi, öncelikle tamamlanmış olmasına bağlıdır⁴²⁰. Eserin tamamlanması ise, yüklenicinin sözleşmeye, eklerine ve fen kurallarına uygun bir şekilde meydana getirdiği bir eseri, ifa olarak iş sahibinin kabul etmesine hazır hale getirmesi anlamını taşımaktadır⁴²¹. Henüz tamamlanmamış bir eserin, iş sahibine teslim edilmesi mümkün değildir⁴²². Yüklenici eser üzerindeki çalışmalarını henüz bitirmemiş ise, eserin teslimi mümkün olmadığından, bu halde ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanmaz.

Eserin yüklenici tarafından teslim edilmesi ve iş sahibi tarafından teslim alınmasının doğuracağı sonuçlardan bir tanesi de iş sahibinin gözden geçirme ve mevcutsa ayıpları yükleniciye ihbar etme külfetinin ortaya çıkmasıdır. TBK. m. 474/1 uyarınca, “*iş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.*”.

⁴¹⁹ Yavuz, sf. 1024

⁴²⁰ Aral / Ayrancı, sf. 353

⁴²¹ Karadaş, sf. 194; Aral / Ayrancı, sf. 354

⁴²² Öz, sf. 196; Yavuz, sf 1025; Eren, Özel Hükümler, sf. 634; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 167; Yavuz, sf. 1025

b. Eser Ayıplı Olmalı

Eserin ayıplı olması, sözleşmede belirlenen nitelikleri ya da olmasından vazgeçilemeyecek bir takım vasıfları bünyesinde bulundurmamasıdır⁴²³. Ayıplı eser, yüklenicinin, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerden veya dürüstlük kuralı uyarınca bulunması gereken niteliklerden yoksun olarak meydana getirdiği eserdir⁴²⁴. Yargıtay bir kararında⁴²⁵ ayıbı, “*bir malda veya imal edilen eserde, sözleşme ve yasa hükümlerine göre normal bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır.*” şeklinde tanımlamıştır. Sözleşme hükümlerine aykırı olarak yapılan davranış, ifanın gerektiği gibi yapılmadığını, yani ayıplı olduğunu ortaya çıkartmaktadır zira yüklenici, sözleşmede belirlenen niteliklerdeki bir eseri meydana getireceğini taahhüt etmiştir.

Bir başka kararında Yargıtay⁴²⁶, eser sözleşmesi ile ilgili olarak; “*eser sözleşmelerinde yüklenicinin kararlaştırılan iş bedeline hak kazanabilmesi için eseri sözleşme ve eklerine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayarak teslim etmesi gerekir. Eserin sözleşmede kararlaştırılan niteliklerine ya da iş sahibinin beklediği amaca uygun olmaması veya lüzumlu bazı vasıflardan bir ya da bir kaçının bulunmaması halinde ayıplı yapıldığının kabulü gerekir.*” diyerek ayıbı tanımlamıştır.

Sözleşmede belirlenmemiş bile olsa yüklenici, işin uzmanı ve basiretli bir yüklenicinin göstereceği özeni gösterme zorunluluğundan ötürü eseri, kullanım amacına uygun olacak şekilde meydana getirmelidir⁴²⁷. Amaca uygunluk ile ifade dilmek istenen husus, meydana getirilen eserin, muadillerindeki değer ve kaliteyi taşımasıdır.

c. Ayıp Yükleniciden Kaynaklanmalı

Yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulabilmesi, kural olarak eserde var olan ayıbın kendisinden kaynaklanmasına bağlıdır. İş hakkında yeterli bilgi ve tecrübesi olmayan bir

⁴²³ Karadaş, sf. 196; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 161; Eren, Özel Hükümler, sf. 634; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 56

⁴²⁴ Eren, Özel Hükümler, sf. 634; Yavuz, sf. 1025; Aral / Ayrancı, sf. 353

⁴²⁵ Y. 15. HD., 27.01.2009 T., E. 2008/489, K. 2009/394, karar için bkz. Karadaş, sf. 184 – 185

⁴²⁶ Y. 15. HD., 24.05.2010 T., E. 2009/2775, K. 2010/2875, karar için bkz. Günay, sf. 1375

⁴²⁷ Karadaş, sf. 196; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 167

yüklenicinin örneğini; kendisine verilen bir projeyi hatalı uygulaması halinde ayıp, projenin hatalı uygulanması sonucu meydana gelmiş ise, yeterli teknik bilgi, tecrübe ve beceri sahibi olmadığı halde işin yapılmasını yüklenici, bu ayıptan sorumludur. Nitekim Yargıtay da bir kararında, *“Kural olarak yüklenicinin basiretli bir tacir gibi eseri fen ve sanat kurallarına uygun olarak meydana getirmeyi üstlendiği kabul edilir. Aslolan eserin sözleşme ve eklerinde kararlaştırılan vasıflarda imalidir. Yoksa eser iş sahibinin amacını karşılamaz ve sözleşmedeki yararlar dengesi iş sahibi aleyhine bozulur. Yüklenici yapılacak eserin amacına uygun olmasını teminle yükümlüdür. Aksi halde eser ayıplıdır ve yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortaya çıkar⁴²⁸.”* demek suretiyle yüklenicinin üstlendiği işi gereği gibi yapmaması sonucunda ayıba karşı tekeffül hükümleri doğrultusunda sorumlu olacağını ifade etmiştir.

aa. Ayıp İş Sahibinden veya Onun Talimatından Kaynaklanmalı

TBK. m. 476, iş sahibinin sorumluluğu başlığı altında ayıbın iş sahibinin talimatı ya da başkaca bir sebepten iş sahibi dolayısıyla medya gelmesi halini düzenlemektedir. İlgili madde uyarınca, *“Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, işsahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple işsahibine yüklenebilecek olursa işsahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.”* denilerek yüklenicinin bahsedilen hallerde ayıptan dolayı sorumlu olmayacağı hüküm altına alınmıştır.

İlgili madde gereğince eserin ayıplı bir şekilde meydana getirilmesine bizzat iş sahibinin sebep olması halinde, artık ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan haklarını kullanamayacağı açıktır⁴²⁹. Kanunda bahsedilen talimattan maksat, iş sahibi tarafından eser sözleşmesi kapsamında yükleniciye yönelik olarak verilen her tür bağlayıcı emir ve direktiftir⁴³⁰. Dolayısıyla işin işleyişi esnasında iş sahibi tarafından yükleniciye yapılan tavsiyeler, yükleniciyi bağlar bir talimat niteliğinde olmamaktadır⁴³¹.

⁴²⁸ Y. 15.HD., 20.06.2008 T., E. 2008/733, K.2008/4122, karar için bkz. Karadağ, sf. 197

⁴²⁹ Öz, sf. 197; Eren, Özel Hükümler, sf. 636; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 61; Yavuz, Şerh, C. 2, sf. 2493; Günay, sf. 1376; Yavuz, Şerh, C. 2, sf. 2493; Hatemi, Hatemi / Serozan / Arpacı, Özel Hükümler, sf. 362

⁴³⁰ Eren, Özel Hükümler, sf. 636

⁴³¹ Aral / Ayrancı, sf. 355

Madde uyarınca talimat haricinde ayıbın herhangi bir nedenle iş sahibine yüklenilebilecek bir sebepten doğması durumunda da eserde var olan ayıptan dolayı yüklenicinin sorumlu tutulamayacağı ifade edilmiştir⁴³². Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁴³³. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, yüklenicinin bu hükümden faydalanabilmesinin bir koşula bağlanmış olduğudur. Bahsedilen koşul, iş sahibinin verdiği talimata uygun hareket edildiği takdirde eserin ayıplı bir şekilde meydana geleceğinin, yüklenici tarafından iş sahibine ihbar edilmesidir⁴³⁴. Bir örnek ile ifade etmek gerekirse; eserin iş sahibi tarafından sağlanan malzeme ile meydana getirileceği bir halde, sağlanan malzeme dolayısıyla eserin ayıplı bir şekilde ortaya çıkacağı durumda, bunu iş sahibine derhal bildiren yüklenici, bundan sonra iş sahibinin talimatı dolayısıyla meydana gelen eserdeki ayıptan sorumlu olmaz.

bb. Yüklenicinin Uyarma Borcunu Yerine Getirmemesi

Yüklenicinin uyarma, diğer bir ifadeyle ihbar borcu, eserin iş sahibi tarafından verilen talimat doğrultusunda meydana getirilmesi halinde, eserin ayıplı bir şekilde ortaya çıkacağının ve meydana gelen ayıptan yüklenicinin sorumlu olmayacağı hususunun iş sahibine bildirilmesidir. Burada iş sahibi tarafından verilen talimata karşı yüklenici uyarma ve aydınlatma borcunu yerine getirmeli, buna karşın iş sahibi verdiği talimat doğrultusunda ısrar etmelidir⁴³⁵. Esasen yüklenici tarafından yapılması gereken bu bildirim, TBK. m. 471’de ifade edilen özen yükümlülüğünün bir gereğidir⁴³⁶.

Yüklenicinin ilgili borcunu yerine getirebilmesi, talimatın yanlışlığı hakkında iş sahibini içerik ve biçim yönünden yeterli şekilde aydınlatması ve uyarmasına bağlıdır. Yapılan uyarı, aydınlatıcı nitelikte olmalı ve iş sahibini verdiği talimatı geri almaya ya da düzeltmeye yönlendirmelidir⁴³⁷.

Yapılacak uyarıda yüklenici açık bir dil kullanmalı, verilen talimatın doğru olmadığını, uyulması halinde eserin ayıplı bir şekilde meydana geleceğini, bu durumda ise,

⁴³² Aral / Ayrancı, sf. 354

⁴³³ Y. 15. HD., 17.04.1996 T., E.1996/1220 K. 1996/22009, Karar için bkz. Günay, sf. 1378

⁴³⁴ Öz, sf. 197; Yavuz, Şerh, C. 2, sf. 2493

⁴³⁵ Eren, Özel Hükümler, sf. 637; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 59; Aral / Ayrancı, sf. 355; Öz, sf. 197; Karadaş, sf. 186

⁴³⁶ Eren, Özel Hükümler, sf. 637; Karadaş, sf. 199

⁴³⁷ Eren, Özel Hükümler, sf. 637

kendisinin herhangi bir sorumluluğu kabul etmeyeceğini açıkça bildirmelidir. Genel nitelikte bir eleştiri ya da bilgilendirme yeterli olmamakta, yüklenici mutlaka ayıba sebebiyet verecek hususu detaylıca iş sahibine anlatmalıdır.

d. İş Sahibinin Gözden Geçirme (Muayene) ve İhbar Külfeti

Yüklenicinin meydana getirdiği eserde var olan ayıplardan sorumlu tutulabilmesi için bazı şekil şartlarının yerine getirilmesi gerekmektedir. İlgili şekil şartları, eserin gözden geçirilmesi, diğer bir ifadeyle incelenmesi, muayene edilmesi ile tespit edilen ayıbın veya ayıpların yükleniciye bildirilmesi külfetleridir⁴³⁸. Kanun tarafından belirlenen bu şartların yerine getirilmemesi veya hakkın öngörülen zamanda kullanılmaması halinde iş sahibi, ayıptan doğan haklarını kaybetmektedir⁴³⁹.

Ayıbın belirlenmesi başlıklı TBK. m. 474, iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetlerini düzenlemektedir. İlgili madde, *“iş sahibi eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.”* demek suretiyle iş sahibinin bu konudaki külfetlerini belirtmektedir. Ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan hakların kullanılabilmesi, iş sahibinin eserdeki ayıbı teşhis etmesi ve bunu yükleniciye bildirmesine bağlıdır.

Bu noktada ifade etmemiz gerekir ki gözden geçirme ve bildirimde bulunma, iş sahibi açısından bir borç değildir⁴⁴⁰. İş sahibinin meydana getirilmiş eseri incelemesi ve olması halinde ayıbı yükleniciye bildirmesi yükümlülüğü, teknik olarak hukuki bir yükümlülük yani bir borç olmayıp, yalnızca bir ödev, kanunun aradığı bir koşul, hukuki nitelik olarak ise bir külfettir⁴⁴¹.

Teslim alınan eseri inceleme ve bulunması halinde ayıpları yükleniciye bildirme külfeti, meydana getirilen eserin tamamlanmasını takiben iş sahibine teslim edilmesi anında ortaya çıkar. İfade etmemiz gerekir ki gözden geçirme ve ihbar külfeti, eserde

⁴³⁸ İpek YÜCER AKTÜRK, Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Yetkin Yayınları, Ankara – 2012, sf. 51

⁴³⁹ Eren, Özel Hükümler, sf. 641; Karadaş, sf. 200; Öz, sf. 198; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 56; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 168; Erman, sf. 131; Aral / Ayrancı, sf. 357 – 358

⁴⁴⁰ Eren, Özel Hükümler, sf. 641; Öz, sf. 198

⁴⁴¹ Eren, Özel Hükümler, sf. 641; Öz, sf. 198; Karadaş, sf. 201; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 56; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 168

bulunan açık ayıplarla ilgilidir. Sözleşme çerçevesinde tarafların gözden geçirme bildirim külfetleri hakkında bir yöntem benimsemesi ve ihbar süresi tayin etmesi mümkündür. Buna ilave olarak taraflar TBK. m. 474/2 hükmü uyarınca giderlerini kendileri karşılamak suretiyle bir bilirkişinin eseri gözden geçirmesini ve sonucu bir rapora bağlamasını isteyebilirler.

Bu başlık altında üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da, yüklenici tarafından iş sahibine garanti verilmesi halidir. Sözleşmede yüklenicinin imalat ve işçilik hatalarını kapsayacak bir garanti vermesi durumunda, sözleşme ile iş sahibinin inceleme ve bildirimde bulunma külfetinin kaldırıldığı, yüklenicinin verdiği garanti süresindeki ayıpları gidermeği koşul aranmaksızın üstlendiği kabul edilmektedir⁴⁴². Yargıtay da bir kararında⁴⁴³, *“Oysa taraflar arasında akdedilen sözleşmede davalı müteahhit, imalat ve işçilik ayıplarına karşı iş sahibine 12 aylık garanti süresi tanımıştır. Bu şekilde iş sahibi yararına verilen garanti ile müteahhidin yararına olan yasa hükmünden vazgeçip iş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü kaldırarak çıkan ayıbın garanti süresi içinde kendisinden talep edilmesi hakkı tanıdığını kabul etmek gerekir. Bu nedenle eserin teslimi sırasında iş sahibinin eseri muayene ettirip ayıbını ihbar etmemiş olduğundan bahisle davanın reddi yanlıştır.”* demek suretiyle yüklenicinin sözleşmede garanti vermesi halinde, artık iş sahibinin gözden geçirme ve bildirimde bulunma külfetlerini yerine getirmediğinden bahisle yüklenicinin sorumluluğuna gidilemeyeceğinin iddia edilemeyeceğine hükmetmiştir.

Teslim edilen eserin iş sahibi tarafından gözden geçirilmesi, eserdeki niteliklerin sözleşmede ve eklerinde belirlenen vasıflarla uyuşup uyuşmadığını belirlemek, önceden bir nitelik belirlemesi yapılmamış ise, meydana getirilen eserin emsallerine göre olması gereken vasıflara sahip olup olmadığının tespit edilmesi anlamına gelmektedir. Kanunda iş sahibinin gözden geçirme ve ayıpları bildirmesi külfetlerini *“işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz”* yapması gerektiği ifade edilmiş, kesin bir zaman öngörülmemiştir. Madde metninden yola çıkarak, her somut olayda gözden geçirme süresi, sürenin başlaması ve sona ermesi iş yaşantısındaki teamüllere, yöresel adetlere, sözleşme tarafları

⁴⁴² Karadaş, sf. 202

⁴⁴³ Y. 15. HD., 30.12.2008 T., E. 2008/141, K. 2008/7793, karar için bkz. Karadaş, sf. 202 – 203

arası ilişkilere, meydana getirilen eserin türü, mahiyeti ve çeşidi esas alınarak belirlenecektir⁴⁴⁴.

İş sahibi, TBK. m. 474/2 uyarınca gözden geçirme işlemini bizzat yapmak zorunda değildir. İlgili madde uyarınca gelirini karşılamak suretiyle eseri bir bilirkişi vasıtası ile incelettirip, sonucun bir rapora bağlanmasını talep edebilmektedir. Uygulamada iş sahibi, mahkemeye başvurarak, delil tespiti yapılmasını talep etmek suretiyle bilirkişiden bir rapor elde etmektedir⁴⁴⁵.

Eser sözleşmesinde taraflar arası ilişkide iş sahibinin eseri gözden geçirme külfetine ek olarak, gözden geçirme esnasına tespit edeceği ayıpları yükleniciye bildirme külfeti de bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle iş sahibinin ayıp sebebiyle sorumluluğa ilişkin haklarını kullanabilmesi için bildirimde bulunması bir zorunluluk ve ileride açacağı dava açısından da bir ön şarttır⁴⁴⁶. İş sahibi açısından bildirimde bulunma külfeti hem tespit edeceği açık ayıplar, hem de sonradan ortaya çıkacak gizli ayıplar hakkında gündeme gelmektedir.

İş sahibi tarafından yükleniciye ayıbın bildirilmesi, bir noktada ihtirazı kayıtla teslim alınması, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanacağını yükleniciye duyurma anlamı taşımaktadır. Bildirim yazılı veya sözlü olarak yapılabilir ancak yazılı olarak yapılması ispat kolaylığı sağlamaktadır⁴⁴⁷. Yargıtay da bir kararında ayıp ihbarının şekil şartında tabi olmadığını belirtmiştir⁴⁴⁸.

Ayıp bildirimünün içeriğinde iş sahibi tarafından ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan seçimlik haklardan hangisinin tercih edildiğinin bildirilmesi gerekmez⁴⁴⁹. Bu hakkın kullanılması, dava zamanaşımı süresince mümkündür. Uyuşmazlık halinde ayıp ihbarının yapıldığını iş sahibi, süresinde yapılmadığını ise yüklenici ispat edecektir⁴⁵⁰.

⁴⁴⁴ Eren, Özel Hükümler, sf. 643; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 169; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 58; Yavuz, Şerh, C. 2, sf. 2483

⁴⁴⁵ Karadaş, sf. 205; Öz, sf. 200; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 57; Hatemi, Hatemi / Serozan / Arpacı, Özel Hükümler, sf. 363; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 171; Erman, sf. 133-134

⁴⁴⁶ Karadaş, sf. 205; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 58

⁴⁴⁷ Karadaş, sf. 206; Eren, Özel Hükümler, sf. 645; Öz, sf. 201; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 167; Erman, sf. 137-138

⁴⁴⁸ Y. 15. HD., 24.05.2010 T., E. 2009/2775, K. 2010/2875, karar için bkz. Günay, sf. 1375

⁴⁴⁹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 173

⁴⁵⁰ Karadaş, sf. 208; Öz, sf. 202; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 176; Erman, sf. 139

5. İş (Arsa) Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinden Doğan Hakları

Eser iş sahibine yüklenici tarafından ayıplı bir şekilde teslim edilmiş, iş sahibi de yukarıda bahsedilen gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmişse, yüklenicinin altında bulunduğu ayıba karşı tekeffül borcu dolayısıyla, iş sahibinin kullanabileceği bir takım seçimlik haklar gündeme gelmektedir⁴⁵¹. Bahsedilen seçimlik haklar, TBK. m. 475’de hüküm altına alınmıştır. Bu seçimlik haklar; eserde mevcut ayıbın önemine göre sözleşmeden dönme, eserin alıkonulması ve ayıp oranında bedelden indirim talep edebilme ve aşırı masraf gerektirmediği halde eserin ücretsiz onarımını masraflar yükleniciye ait olacak şekilde isteme şeklindedir. İfade edilmelidir ki ilgili seçimlik hakların kullanılması yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlı değildir⁴⁵².

İş sahibine kanun tarafından tanınan bu haklar, iş sahibince serbestçe tercih edilip, kullanabilecek niteliktedir ve iradenin yükleniciye ulaşması ile hüküm ve sonuç doğurmaktadırlar⁴⁵³. İlgili haklardan birinin kullanılması, kural olarak, diğer hakların düşmesi sonucunu doğurmaktadır⁴⁵⁴. Buna karşın iş sahibi seçimlik haklarla beraber ya da bağımsız olarak tazminat talebi ileri sürerse, burada yüklenicin kusurlu olup olmadığı incelenecektir⁴⁵⁵.

a. Sözleşmeden Dönme Hakkı

TBK. m. 475/1 gereğince iş sahibi “*Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme*” hakkını kullanabilecektir. Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmeleri hakkında da durum kural olarak bu şekildedir ve neticelerde kural olarak aynı olmaktadır. Buna karşın sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi, belli bir koşulun varlığına bağlıdır ki bu da ayıbın ağırlığıdır.

Eser sözleşmelerinde yüklenici her ne kadar işin tamamlanması ile ifada bulunmuş sayılsa da, uzun süren ve maliyeti de yüksek olan hazırlık faaliyetleri dolayısıyla kanun

⁴⁵¹ Karadaş, sf. 208; Öz, sf. 204

⁴⁵² Öz, sf. 204

⁴⁵³ Eren, Özel Hükümler, sf. 647; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 63

⁴⁵⁴ Karadaş, sf. 209

⁴⁵⁵ Öz, sf. 204

koyucu, her halde bir ayıbın mevcudiyetini iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için yeterli görmemiştir. Madde çerçevesinde ancak belli ağırlığa sahip ayıpların bulunması halinde sözleşmeden dönme hakkı iş sahibine tanınmıştır. İlgili madde metni uyarınca bu haller, meydana getirilen eserin iş sahibi tarafından kullanılamayacağı veya hakkaniyet uyarınca kabule zorlanamayacak kadar ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aykırı olduğu durumlarıdır⁴⁵⁶.

Öncelikle eserde bulunan ayıp dolayısıyla iş sahibi eseri kullanamayacak hale gelmiş ise, sözleşmeden dönebileceği kanunda açıkça ifade edilmiştir. Yapının bu nitelikte ayıplı sayılabilmesi, tamamen ve kesin bir şekilde kullanılamayacak durumda olmasına bağlıdır⁴⁵⁷. Eser kesinlikle kullanılamayacak bir durumda olmasa dahi, iş sahibince kabul edilmesi beklenemeyecek derecede ayıplı ise, yine sözleşmeden dönmek mümkündür. Şu halde ayıbın bu nitelikte olup olmadığına hâkim, dürüstlük kuralı çerçevesinde karar verecektir⁴⁵⁸. Eserdeki ayıp tamir edilmesi suretiyle giderilebilse bile, bu tamirata razı olması iş sahibinden beklenemiyorsa, sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir. Bu noktada ifade etmeliyiz ki onarımı çok büyük masraf gerektirmeyen ayıpların bulunması halinde, çoğunlukla dürüstlük kuralı uyarınca yapılan değerlendirme, sözleşmeden dönülmesine izin vermemektedir⁴⁵⁹. Son olarak eserin sözleşmede açıkça belirlenmiş bir takım özellikleri taşıması halinde de, ayıbın yukarıda ifade edilen niteliklerde olması halinde iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir.

İfade edilenlere ilave olarak TBK. m. 475'in son fıkrası, eserin iş sahibinin taşınmazı üzerine yapılması halinde ayrıca bir düzenleme ön görmüştür. İlgili fıkra, "*Eser, işsahibinin taşınmazının üzerinde yapılmış olup sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.*" demek suretiyle iş sahibinin taşınmazı üzerinde meydana getirilen eserler ve inşaatlar açısından sözleşmeden dönme şartlarını daha da ağırlaştırmıştır. Şu halde aşağıda incelenen koşulların bulunmaması halinde arsa sahibi sadece, diğer seçimlik haklardan bedelde indirim yapılması ya da ücretsiz onarım isteme haklarından birini kullanabilecektir⁴⁶⁰.

Arsası üzerinde meydana getirilen eserin ayıplı olmasından dolayı sözleşmeden dönmek isteyen arsa sahibinin bu hakkını kullanıp kullanamayacağı, yıkılması ve

⁴⁵⁶ Öz, sf. 212; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 64; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 181; Karadaş, sf. 209; Eren, Özel Hükümler, sf. 648; Yavuz, Şerh, C. 2, sf. 2487

⁴⁵⁷ Öz, sf. 213; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 181

⁴⁵⁸ Öz, sf. 213; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 183; Erman, sf. 143

⁴⁵⁹ Öz, sf. 213

⁴⁶⁰ Öz, sf. 215; Yavuz, Şerh, C. 2, sf. 2487

kaldırılmasının aşırı bir zarara neden olması koşuluna bağlandığından bu noktada ilgili hususun tespiti için benimsen ölçüt, ayıplı yapının arsa ile birlikte toplam değeri ile kaldırılması sonrasında arsanın çıplak değeri arasındaki farktır⁴⁶¹. Hatalı inşa edildiğinden ötürü tamamen yıkılmaya mahkum olan bir bina esasen moloz değeri haricinde bir değere sahip olmadığından, bu ölçüte göre sözleşmeden dönmek mümkündür. Buna karşın bu nitelikte olmayan ağır ayıplar hakkında değer farkı ölçütü, her halde çıkar dengesinde uygun olmayabileceğinden, bir takım başka ölçütler de geliştirilmiştir. Bunlardan bir tanesi, somut olayda bedelden indirim yapılmasının yükleniciye maliyetinin, sözleşmeden dönmeye kıyasla daha az olmamasıdır. Bir diğeri ise, meydana getirilen binanın mevcut hali ile tehlike yaratmasıdır. Bir örnek ile açıklamak gerekirse, deprem risk bölgesinde bulunan bir arazi üzerine deprem yönetmeliğine aykırı bir şekilde inşa edilmiş ve bir deprem halinde yıkılacağı büyük ölçüde saptanabilen bir binanın durumu bu şekildedir. Yukarıda ifade edilen hallerden herhangi birinin mevcudiyetinde sözleşmeden dönülebileceği kabul edilmektedir⁴⁶².

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi özelinde değerlendirildiğinde yüklenicinin ağır ayıplı şeklinde nitelendirilebilecek bir eser meydana getirmesi pek de olası değildir zira satılacak bağımsız bölümlerden elde edilecek gelir kendisiyle paylaşılacağından ve genellikle gelir paylaşım oranı arsa sahibine kıyasla daha yüksek olduğundan, yüklenici böyle bir halde kendi malvarlığını da büyük bir tehlikeye atmış olacaktır. Buna karşın yüklenicinin tecrübesizliği vb. nedenlerden ötürü örneğin inşa edeceği yapıyı deprem standartlarına aykırı bir şekilde ya da onaylanan projeye aşırı aykırı davranışları sonucunda mevzuat anlamında oturulması mümkün olmayan, yıkılmaya mahkum, eski tabirle mail-i inhidam bir yapı meydana getirmiş ise, kanaatimizce arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmelidir.

b. Ayıplı İşte Bedelden İndirim Talep Edebilme Hakkı

TBK. m. 475/1 bent 2 'de hüküm altına alınmış indirim talep edebilme hakkı, genellikle ağır olmayan ayıplarda, mevcut ayıpların iş sahibinin katlanabileceği boyutta

⁴⁶¹ Öz, sf. 215; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 183; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 66

⁴⁶² Öz, sf. 216

olması halinde gündeme gelmektedir⁴⁶³. Ayıbın, eserin iş sahibi tarafından kabule zorlanabileceği ölçüde olması halinde eser, iş sahibince alı konulur. Bu noktada iş sahibi eserdeki ayıp oranında bedelden indirim yapılması talebinde bulunabilir⁴⁶⁴.

İş sahibince bedelden indirim yapılmasını talep etme hakkı, aynı sözleşmeden dönmede olduğu gibi, tek taraflı bir yenilik doğurucu hak niteliğindedir⁴⁶⁵. Hakkın kullanılması, ayıba karşı tekeffül hakkındaki diğer şartların varlığına ilave olarak, ayıp nedeniyle eserin değerinde bir azalma meydana gelmesine fakat var olan ayıbın sözleşmeden dönmeyi gerektirecek nitelikte olmaması koşuluna bağlıdır.

Bedelden indirim talep edebilmenin bir diğer koşulu ise, ayıp nedeniyle eserde bir değer azalması meydana gelmesidir. Teslim esilen eser ile sözleşmeye göre meydana getirilmesi gereken eser arasında bir fark olması durumunda, eserin değerinin düştüğü kabul edilir⁴⁶⁶.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde ise yükleniciye ödenecek bir bedel değil, elde edilecek gelirin paylaşılması esası mevcuttur. Dolayısıyla bir bedel ödenmediğinden ötürü ödenmemiş bedelin indirilmesi de söz konusu olamaz. Buna karşın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bedelden indirim yapılması hakkına ortaya çıkan iki görüş kanaatimizce gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesine de uygulanabilir niteliktedir.

Bu görüşlerden ilki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ayıp sebebiyle değer düşüklüğünü yükleniciden para olarak talep edebileceğidir⁴⁶⁷. Diğer görüş ise yüklenicinin eser meydana getirme borcunun karşılığının arsa payı olmasından hareketle, değer düşüklüğü oranında yükleniciye devredilecek arsa paylarının azaltılması şeklindedir⁴⁶⁸. Kanaatimizce gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin ayıp sebebiyle bedelden indirim talebinde, sözleşmede kararlaştırılan ile meydana getirilen ayıplı eser arasındaki fark, gelir paylaşımı oranınca yapılacak hesaplama sonucunda arsa sahibi tarafından yükleniciyle paylaşılacak gelirden kesinti yapılması suretiyle alınabilmelidir.

⁴⁶³ Eren, Özel Hükümler, sf. 650; Karadaş, sf. 215; Öz, sf. 204; Erman, sf. 147

⁴⁶⁴ Karadaş, sf. 215; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 186; Yavuz, Şerh, C. 2, sf. 2488-2489; Eren, Özel Hükümler, sf. 650

⁴⁶⁵ Eren, Özel Hükümler, sf. 650; Karadaş, sf. 216; Erman, sf.148; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 186

⁴⁶⁶ Eren, Özel Hükümler, sf. 650; Karadaş, sf. 221; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 188

⁴⁶⁷ Görüşler için bkz. Erman, sf. 149, dn. 106

⁴⁶⁸ Erman, sf 149

c. Eserin Onarılmasını Talep Hakkı

İş sahibinin bir diğer seçimlik hakkı ise, ayıbın onarılmasını, giderilmesini istemektir. Yüklenici aleyhine aşırı bir masraf gerektirmemesi ve onarılmanın mümkün olması koşuluyla ağır nitelikte olmayan ayıplar hakkında iş sahibi, eserin onarılmasını talep edebilir⁴⁶⁹. Ücretsiz onarım isteyebilme hakkı, TBK. m. 475/1 bent 3 gereğince, “*Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarımını isteme.*” iş sahibine tanınmıştır. İlgili hak da iş sahibine tanınan seçimlik haklardan birisidir ve yine diğer seçimlik haklarda olduğu üzere burada da iradenin yükleniciye açıklanması ile kullanılır⁴⁷⁰.

Onarım yalnızca kötü veya bozuk yapılmış bir tesisat ya da yapının düzeltilmesi anlamına gelmemekte, aynı zamanda sözleşmede belirlenenden farklı bir malzeme kullanılması ya da bazı yerlerin sözleşmede belirlenenden farklı yapılması vb. hallerde de, objektif bir bozukluk bulunmasa dahi, sözleşmeye uydurulmaları, onarım talebi çerçevesinde değerlendirilmektedir⁴⁷¹. Sözleşmeye göre farklı cins parke kullanılması vb. haller de bu çerçevede değerlendirilir ve yenilenmeleri onarım kapsamına girer. Burada dikkat edilmesi gereken ise yapılacak onarımın aşırı bir masraf gerektirmemesi gerektiğidir. Eğer ki bozukluğun giderilmesi esnasında başka bir tahribat yapılmış ise, yüklenici onarım borcu gereğince bunları da düzeltecektir⁴⁷².

İş sahibince ücretsiz onarım hakkının seçilmesine karşın yüklenici bu borcunu ifa etmede temerrüde düşerse, iş sahibi açısından bu noktada yeni bir hak doğar ve seçimlik haklar başlığı altında düzenlenen TBK. m. 125 hükmü uyarınca ifade edilen hakları kullanabilir. Ayrıca iş sahibi, TBK. m. 113 hükmüne dayanarak, borçlunun borcunu ifa etmediğinden bahisle, masraflar yükleniciye ait olacak şekilde ayıbın onarılması yoluna gidilmesine izin verilmesini talep etmesi de olanaklıdır⁴⁷³.

⁴⁶⁹ Eren, Özel Hükümler, sf. 651; Öz, sf. 207; Karadaş, sf. 223; Erman, sf. 153; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 197; Yavuz, Şerh, C. 2, sf. 2489

⁴⁷⁰ Eren, Özel Hükümler, sf. 651; Yenilik doğuran hak olmadığı görüşü için bkz. Öz, sf. 208; Görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 192

⁴⁷¹ Öz, sf. 208

⁴⁷² Öz, sf. 208; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 197

⁴⁷³ Karadaş, sf. 223; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, sf. 198-199

d. Ayıp Nedeniyle Tazminat İsteme Hakkı

TBK. m. 475/3, iş sahibinin sözleşmeden dönme, bedelden indirim talep etme ve eserdeki ayıpların onarılması seçimlik haklarına ilave olarak, genel hükümlere dayanmak suretiyle eserde ayıp sonucu meydana gelen zararın tazmin edilmesini isteme hakkı da tanımaktadır. İlgili madde uyarınca, “İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.” denilerek bu husus hüküm altına alınmıştır. İlgili düzenleme çerçevesinde, iş sahibi dilerse üç seçimlik hakkından birisini kullanarak, dilerse seçimlik haklarını kullanmadan, ayıptan kaynaklanan zararları hakkındaki tazminat talebini, genel hükümler uyarınca TBK. m. 112’ye dayanarak talep edebilecektir⁴⁷⁴. Bu çerçevede yüklenicinin tazminat sorumluluğu, bir kusur sorumluluğu şeklinde ortaya çıkmaktadır⁴⁷⁵.

İş sahibinin seçimlik haklarından birini kullanmasına ilave olarak ayrıca tazminat talep edebilmesi mümkündür. Bu halde tazminat, kullanılan seçimlik hak sonucu elde edilen fayda düşülerek hesaplanacaktır⁴⁷⁶. Misal, bedelden indirim yapılması hakkının kullanılması halinde indirim ile karşılanamayan zararın tazmin edilmesi talep edilecek yine ücretsiz onarım hakkı kullanılmış ise, onarım neticesinde karşılanamayacak zararın tazmin edilmesi istenebilecektir. Esasen seçimlik haklardan biri ile tazminat talebinin beraber ileri sürülmesinde iş sahibi, seçtiği hak sonucu karşılanan zararından başkaca hususları tazminata konu etmektedir.

Bu noktada tazminatın söz konusu olabilmesi için; eserde bir ayıp olmalı, iş sahibi eserin ayıplı olmasından dolayı bir zarara uğramalı, ayıp ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalı ve son olarak yüklenicinin kusuru bulunmalıdır⁴⁷⁷.

Madde metni “genel hükümlere göre tazminat talebi saklıdır” şeklinde olduğundan ötürü, ilgili tazminat taleplerine TBK.’nın Genel Hükümleri uygulanacaktır. TBK. m. 112 hükmünde gözden geçirme ve bildirim yükümlerine ilişkin bir husus bulunmadığından ötürü, iş sahibi bu külfetini yerine getirmese de tazminat talep edebilecektir⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ Öz, sf. 218; Eren, Özel Hükümler, sf. 652

⁴⁷⁵ Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 69; Karadaş, sf. 224

⁴⁷⁶ Öz, sf. 218

⁴⁷⁷ Eren, Özel Hükümler, sf. 652

⁴⁷⁸ Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 69; Öz, sf. 219

E. Sözleşmenin Asgari Gelir Taahhüdü İçermesi Halinde

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin inşa edeceği veya ettiği bağımsız bölümlerin satılmasını takiben elde edilen gelir, yüklenici ve arsa sahibi arasında, sözleşmede belirlenen oranlarda paylaşılacaktır. Buna karşın sözleşmede yüklenici tarafından bir asgari gelir tutarı taahhüt edilmiş ise, bağımsız bölümlerin satılması sonucunda taahhüt edilen miktarın elde edilip edilmediğine bakılmaksızın yüklenici, sözleşmede taahhüt ettiği asgari gelir miktarı üzerinden arsa sahibinin payını tamamlayacaktır⁴⁷⁹. Bağımsız bölümlerin taahhüt edilen asgari değerden daha yüksek bir bedelde satılması halinde ise; asgari gelir taahhüdü miktarını aşan kısım yüklenici uhdesinde kalmamakta, sözleşmede belirlenen oranlarda arsa sahibiyle yüklenici arasında paylaşılmaktadır⁴⁸⁰.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde yüklenici tarafından, arsa sahibine asgari gelir taahhüdü verilmesine ilişkin sözleşme hükmü, uygulamada çoğu gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde kendisine yer bulmaktadır.

Bağımsız bölümlerin satılıp satılmamasına bağlı olmaksızın yüklenici, arsa sahibine en az taahhüt ettiği asgari bedeli ödemeyi borçlanmaktadır. Ödemenin sözleşmenin başında, sözleşmede belirlenen vadelerde, sözleşmenin sonunda, bağımsız bölümler satıldıkça veya tarafların kararlaştıracığı başkaca bir zamanda yapılacağı, sözleşmede hüküm altına alınır. Belirlenen tarihlerde bağımsız bölümler satılmamış olsa bile yüklenici, taahhüt ettiği asgari bedeli arsa sahibine ödeyecektir⁴⁸¹. Bu noktada yüklenici, bağımsız bölümlerin hiç ya da tahmin edilenden daha düşük bir değerden satılması riskine katlanmaktadır⁴⁸². Yüklenicinin asgari gelir taahhüdü, sözleşme sonucunu arsa sahibi açısından daha berrak bir hale getirir ve sözleşme kurulması yolunda arsa sahibini teşvik de eder⁴⁸³.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde asgari gelir taahhüdünün bulunması halinde, iki ihtimal ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bunlar; yüklenici tarafından elde edilmesi beklenen asgari gelirin elde edilememesi hali ile taahhüt edilen asgari geliri aşan bir gelirin elde edilmesi halidir.

⁴⁷⁹ İnal, sf. 151

⁴⁸⁰ İnal, sf. 151

⁴⁸¹ Yeniocak, sf. 78

⁴⁸² İnal, sf. 75

⁴⁸³ Yeniocak, sf. 78

İlk olarak beklenen ve taahhüt edilen asgari gelirin elde edilememesi halinde, arsa sahibine ödenmesi gereken asgari miktarın yüklenici tarafından karşılanması, iki şekilde karşımıza çıkar. Birinci hal; inşa edilen tüm bağımsız bölümlerin satılmasında karşın, emlak fiyatlarının düşmesi, ekonomik durgunluk, konut kredisi faizlerinin yükselmesi vb. nedenlerden dolayı bağımsız bölümler, asgari gelirin belirlenmesinde dikkate alınan değer altında bir meblağa satılmış olabilir. Bu durumda aradaki fark, yüklenici tarafından karşılanacaktır. İkinci hal ise, bağımsız bölümlerin tamamının satılamamasından dolayı hedeflenen gelire ulaşılamamasıdır.

İnşa edilen bütün bağımsız bölümlerin satışlarının yapılmasına karşın, umulan toplam asgari gelirin elde edilememesi halinde, arsa sahibinin eksik kalmış payı, yüklenici tarafından kendi malvarlığından karşılanacaktır. Şu halde yüklenici, kendi gelirinde meydana gelecek azalmaya katlanmak zorunda kalacaktır⁴⁸⁴.

Satıştan beklenen, diğer bir ifadeyle yüklenicinin taahhüt ettiği asgari gelirin, bağımsız bölümlerin tamamının satılamaması neticesinde elde edilememesi halinde de yine yüklenici, sözleşmede taahhüt ettiği asgari gelir miktarında arsa sahibinin payını tamamlayacaktır⁴⁸⁵. Asgari gelir taahhüdü ile ilgili ödemelerin belirli vadelerde yapılmasının gelir paylaşımı inşaat sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılabileceğini ifade etmiştik. Bu durumda yüklenici tarafından önceden yapılan ödeme, satışları takiben elde edilmesi hedeflenen gelirdeki arsa sahibinin payının, peşinen yüklenici tarafından ödenmesidir. Yüklenicinin önceden yapacağı bu ödeme, ilerleyen süreçte bağımsız bölümlerin satılması sonrasında elde edilecek gelirden karşılanacaktır. Bu şekilde yüklenici, satışları takiben satış bedellerinden hem kendisine ait olan payını hem de önceden arsa sahibine yaptığı ödemeyi elde etmiş olacaktır. Bu noktada açıklanması gereken bir husus; arsa sahibine taahhüt edilen asgari miktarın önceden ödenmesine karşın, ilerleyen süreçte bağımsız bölümlerin satılamaması halinde ne olacaktır.

Bu tip hallerde yüklenici, eğer sözleşmede gelir paylaşımı esasının sonlandırılacağı bir tarih belirlenmişse bu tarihte, belirlenmemiş ise gelir paylaşımı esasının sonlandırılmasını talep edebilme hakkının doğacağı tarihi takiben, satılamayan bağımsız bölümlerden, arsa sahibine ödediği miktarın karşılığını oluşturan bağımsız bölümlerin mülkiyetlerinin kendisine nakledilmesini talep edebilmelidir⁴⁸⁶. Aksi takdirde arsa sahibi, hem tüm

⁴⁸⁴ İnal, sf. 152

⁴⁸⁵ İnal, sf. 152

⁴⁸⁶ İnal, sf. 153

bağımsız bölümler satılmışçasına kendisine taahhüt edilen asgari gelir miktarına sahip olacak, hem de satılamayan bağımsız bölümlerin mülkiyetlerini kendi üzerinde tutacak ve daha sonra bunları satması halinde aynı taşınmaz üzerinden iki kere kazanç sağlamış olacaktır. Masrafları yükleniciye ait olmak üzere inşa edilmiş bağımsız bölümlerin arsa sahibinin mülkiyetinde kalmasına karşın, üzerine ilave olarak yükleniciden sanki bağımsız bölümler satılmışçasına pay alması, kabul edilebilir bir sonuç değildir. Yüklenicinin satılamayan bağımsız bölümlerin mülkiyetlerini üzerine almasında dikkat edilecek husus, yüklenicinin alış bedelinin, gerçek satış değeri üzerinden olması gerektiğidir⁴⁸⁷.

Dolayısıyla yüklenicinin asgari gelir taahhüdü, bağımsız bölümlerin tamamının satılamaması sonucunda asgari gelire ulaşamaması halinde, satılamamış bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından satın alınması ve arsa sahibine taahhüt edilen asgari geliri bu şekilde tamamlamayı vaat etmesi şeklinde nitelendirmek gerekir⁴⁸⁸.

Konuyu bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse; gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde yüklenici, inşa edilecek bağımsız bölümlerin satışından toplamda 50.000.000 TL. elde edileceğini planlamıştır. Burada elde edilecek toplam gelirin içinde hem arsa sahibinin payı hem de inşaatın yapılması ve diğer masraflar bulunmaktadır. Sözleşmenin kurulması esnasında da arsa sahibinin 10.000.000 TL. asgari gelir elde edeceği taahhüt edilmiş olsun. Şu halde arsa sahibi % 20, yüklenici ise % 80 gelir pay oranına sahiptir. Arsa sahibine taahhüt edilen 10.000.000 TL. yüklenici tarafından taahhüt edilen asgari gelir miktarıdır. Satışlardan 40.000.000 TL. gelir elde edilse dahi, arsa sahibi yine 10.000.000 TL.'sini alacaktır. Yani arsa sahibinin payı % 25'e çıkarken, yüklenicinin payı % 75'e düşecektir.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde taraflar, bağımsız bölümler için bir satış taban fiyatı belirleyip, bu miktarın altına satış yapılamayacağını kararlaştırabilirler. Sağlıklı bir fiyat belirlenebilmesi için taraflar bu değerlendirmeyi kendileri yapmamalı, bağımsız değerlendirme firmaları kullanılmalıdır⁴⁸⁹. Yapılan değerlendirme, rayiç değer olarak kabul edilir. İnşa edilmiş veya edilecek bağımsız bölümlerin satılacağı fiyatlar ise, belirlenen rayiç değerden az olmamak kaydıyla yüklenici tarafından belirlenir. Kuşkusuz yüklenici bağımsız bölümleri rayiç değerinde satabilir ancak daha düşük fiyata satamaz. Eğer ki satarsa, arsa sahibinin zararını karşılamak zorunda kalır.

⁴⁸⁷ Yelmen, sf. 138

⁴⁸⁸ İnal, sf. 153

⁴⁸⁹ Yelmen, sf. 120

Bağımsız bölümlerin satışından elde edilen gelirin tarafların sözleşmede öngördüğü toplam gelirin üzerine çıkması mümkündür. Böyle bir durumda arsa sahibi, beklentiyi aşan miktar üzerinde de, bu hususta sözleşmede başkaca bir oran kararlaştırılmamış ise, toplam gelirdeki payı oranında hak sahibi olacaktır⁴⁹⁰. Yargıtay da bu görüştedir⁴⁹¹.

F. Sözleşmede Ayni Paylaşım Esasının Kararlaştırılması

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi içerisinde tarafların, inşa edilen bağımsız bölümlerin, tarafların kararlaştıracakları bir süre zarfı içerisinde satılamaması halinde, satılamayan bağımsız bölümlerin ayni paylaşımını kararlaştırabilirler.

İnşa edilen bağımsız bölümlerin uzunca bir süre satılamaması olasılığını dikkate alan taraflar, gelir paylaşımı esasının sürüncemede kalmamasını isteyebilirler. Bu doğrultuda tarafların yapmaları gereken, sözleşmeye belli bir süre koyarak, bu sürenin sonunda gelir paylaşımı esasının sonlandırılacağını ve bağımsız bölümlerin ayni paylaşımının yapılacağını kararlaştırmaktır.

Ayni paylaşım koşulu bulunan gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde taraflar, gelir paylaşımı oranlarından farklı oranlar da kararlaştırabilirler. Buna karşın böyle bir belirleme yapmadıkları takdirde sözleşmedeki gelir paylaşım oranları, ayni paylaşıma da uygulanır.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde taraflar hem ayni paylaşım esasını kabul etmiş hem de yüklenici, arsa sahibine karşı bir asgari gelir taahhüdünde bulunmuş ise ve yüklenici, asgari gelir taahhüdü sebebiyle arsa sahibine belli bir miktar ödemiş veya ödemesi gerekiyor ise, öncelikle bu miktar ödenir ve bedel karşılığı olan bağımsız bölümler yükleniciye devredilir. Sonrasında ise kalan bağımsız bölümler; sözleşmede ayrıca bir oran belirlenmişse bu oranda, belirlenmemişse gelir paylaşımına esas oranlar kullanılarak taraflar arasında paylaşılır⁴⁹².

Sözleşmede ayni paylaşım esasına ilişkin bir hüküm bulunmaması halinde taraflar, bağımsız bölümlerin tamamı satılana kadar, sözleşme kapsamında gelir paylaşımı esasına

⁴⁹⁰ Yelmen, sf. 121

⁴⁹¹ Y. 15.HD., 02.11.2012 T., E. 2012/4439, K. 2012/6771, Karar için bkz. <http://www.kazanci.com>, (ET. 01.08.2019)

⁴⁹² İnal, sf. 154

göre bağımsız bölümlerin satılmasını bekleyeceklerdir. Ancak satışların planlanan düzeyde seyretmemesi, hatta uzunca bir süre satılmasının pek de mümkün gözükmemesi söz konusu olabilir. Bu ihtimalde taraflar ya bekleyecek ya da bağımsız bölümlerin satış fiyatını aralarında anlaşılarak belki de zarar edecekleri bir miktara düşüreceklerdir. İşte bu noktada, bekleme ya da fiyatın düşürülmesi nedeniyle uğranılacak zararın yüksek olması halinde, taraflardan birisinin, sözleşmede hüküm bulunmamasına karşın, dürüstlük kuralı uyarınca somut olay şartlarının haklı göstermesi halinde, aynı paylaşımı talep edip edemeyeceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Belirtmeliyiz ki kural olarak, dürüstlük kuralı uyarınca taşınmaz mülkiyeti naklini talep edebilmek pek de mümkün değildir⁴⁹³. Ancak gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi açısından dürüstlük kuralı uyarınca, somut olay şartlarının haklı göstermesi halinde, istisnai de olsa, bu şekilde bir aynı paylaşıma gidilmesi, bizim de katıldığımız görüş uyarınca kabul edilebilir⁴⁹⁴. Yukarıda bahsedilen sorun, aşağıda sona erme bölümünde adi ortaklık sözleşmesine ilişkin tasfiye hükümlerin kıyasen uygulanması başlığı altında ayrıca incelenecektir⁴⁹⁵.

II. ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI

Arsa sahibinin borçları belirlenip incelenirken, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin unsurları içerisinde arsa sahibi hakkında olan unsurlar, bu unsurların bazılarının ait oldukları sözleşme sistematığı içerisinde bulunan borçlar ve sözleşme hükümleri dikkate alınmıştır.

A. İnşaatın Yapılacağı Arsayı Yükleniciye Teslim Borcu

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi taraflar arasında imzalandıktan sonra, sözleşmede belirlenen tarihte arsa sahibi, inşaatın yapılacağı arsayı yükleniciye teslim eder. Yüklenicinin inşaatı başlayabilmesinin en önde gelen koşullarından birisi, arsa sahibinin arsayı, fiilen ve hukuken inşaatın yapılmasına uygun bir şekilde, yüklenicinin fiili

⁴⁹³ İnal, sf. 155

⁴⁹⁴ İnal, sf. 155

⁴⁹⁵ Bkz. sf. 148

hâkimiyetine sunmasıdır⁴⁹⁶. Bu şekilde yüklenici, TMK. m. 973 ve m. 975 uyarınca arsanın dolaysız zilyedi haline gelmektedir.

Yer tesliminin yapıldığı tarih, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi açısından yadsınamaz bir öneme sahiptir. Zira gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi çerçevesinde inşa edilecek yapının tamamlanması, genellikle bir süreye bağlı tutulmaktadır. Sözleşmede örneğin yüklenicinin işi 48 ayda tamamlayacağı hüküm altına alınır. İşte bu sürenin başlangıcı, arsa sahibi tarafından arsanın teslim edilmesi ile başlar⁴⁹⁷. Arsa sahibi teslim borcunu yerine getirmediği müddetçe, yükleniciden inşaat borcunun ifasını talep edemez. İşin niteliği uyarınca bu noktada bir ifa sırası mevcuttur⁴⁹⁸.

Yer tesliminin yapılması ile birlikte uygulamada hemen hemen her zaman bir yer teslim tutanağı düzenlenir. Tutanak, teslimle ilgili bir karine teşkil etse de daima teslimi kesin olarak kanıtlayacak nitelikte değildir. Nitekim arsa üzerinde bir taşınmaz bulunması ve taşınmazda da bir kiracının bulunması durumunda, kiracı tahliye edilene dek yüklenici inşaatla başlayamaz, dolayısıyla bu ve benzer hallerde teslimin gerçekleştiği söylenemez.

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde tarafların arsanın tesliminde yaşanabilecek gecikmeleri bazı yaptırımlara tabi tutmaları mümkündür ve uygulamada da göze çarpmaktadır. Genellikle arsanın tesliminde gecikme dolayısıyla arsa sahibinin cezai şart ödemesi gerektiği hükmü sözleşmede kendisine yer bulmaktadır.

B. Yükleniciye Temsil Yetkisi Verilmesi

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde, inşaatın yapılacağı arsanın yükleniciye teslim edilmesini takiben, sözleşme konusu inşaat ile ilgili proje ve mahal listelerinin hazırlanması, tüm üst ve altyapı işlerin yapılması, her türlü ruhsatın alınması, vb. iş ve işlemlerin yapılması ve bağımsız bölümlerin satılmasında yüklenici, arsa sahibinin temsilcisi sıfatıyla hareket etmektedir⁴⁹⁹. Bu işlemlerin ise, arsa sahibinin yükleniciye vereceği vekâletnameye dayanan yetki ile yapılacaktır.

⁴⁹⁶ Yeniocak, sf. 81

⁴⁹⁷ Yelmen, sf. 134

⁴⁹⁸ Yeniocak, sf. 81

⁴⁹⁹ Yeniocak, sf. 82

Düzenleme şeklinde yapılması zorunlu işlemler başlığı altında düzenlenen NK. m. 89, taşınmaz satışı işlemlerinin bir temsilci vasıtası ile yapıldığı hallerde temsilcinin, noter tarafından düzenlenmiş ve taşınmaz satışı ile ilgili özel yetki ihtiva eden bir vekâletnameyi ibraz etmesi gerektiğini ifade eder. Dolayısıyla arsa sahibi, inşa edilecek taşınmazların satılması konusunda yükleniciye vereceği temsil yetkisini, noter vasıtasıyla gerçekleştirecektir.

Belirtmemiz gerekir ki tarafların anlaşmaları koşuluyla satışların arsa sahibi tarafından yapılacağını kararlaştırabilmesinin önünde bir engel yoktur. Tarafların uygun görmesi halinde sözleşmeye hüküm koyularak inşa edilecek bağımsız bölümlerin satışlarını, arsa sahibinin yapacağı kararlaştırılabilir. Ancak uygulamada hemen hemen bu koşulu içeren bir sözleşmeye rastlamak mümkün değildir. Zira sözleşmenin mantığını oluşturan olgulardan birisi, arsa sahibinin arsayı teslim ve yetkilerin verilmesi ile işin dışına çıkması ve yüklenicinin kalan her noktayı kendisinin yapmasıdır. Dolayısıyla her ne kadar mümkün de olsa gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde satışların arsa sahibi tarafından yapılması pek olağan bir hal değildir.

Arsa sahibi tarafından yükleniciye verilecek temsil yetkisi ve bunun geri alınması ile alakalı doktrindeki düşünceler ve kanaatimiz yukarıda açıklandığı için, tekrara düşmemek adına burada yukarıda yapılan açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.⁵⁰⁰

C. Arsa İle Alakalı Tasarruf İşlemleri Yapmama Borcu

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin sözleşmede belirlenen inşaat borcunu yerine getirebilmesi ve sözleşmeden hedeflenen sonucun elde edilebilmesi için arsa sahibinin, bir takım yapmama, başka bir ifadeyle, katlanma, kaçınma borçları altında olduğu bir gerçektir⁵⁰¹. Arsa sahibinin yapmamaya ilişkin borçları, arsası üzerinde hukuki işlem yapma yetkisini, yani ekonomik faaliyetini sınırlayıcı bir etki yaratır⁵⁰².

Arsa sahibinin, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan yapmama borçları içerisinde en öne çıkanı, inşaatın yapılacağı arsaya alakalı mülkiyet hakkına ilişkin

⁵⁰⁰ Bkz. sf. 24 vd.

⁵⁰¹ Olumsuz Edimler başlığı altında yapmama ve katlanma edimleri hakkında bkz. Eren, Genel Hükümler, sf. 102-105

⁵⁰² Eren, Genel Hükümler, sf. 103; Yeniocak, sf. 92

tasarruf işlemleri yapmama borcudur⁵⁰³. Arsa sahibi, arsanın mülkiyetini başka bir kişiye devrederse veya arsa üzerinde bir sınırlı ayni hak tesis ederse, bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satılması son derece zorlaşır hatta imkansızlaşır. Üzerinde rehin kurulmuş bir taşınmazın satılma olasılığı hele ki inşaat daha tamamlanmamışken satılma ihtimali oldukça düşüktür.

Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, arsa sahibinin yapmama edimleri, sözleşme kapsamında genel olarak borçlandığı, arsasını inşaat yapılmasına uygun bir durumda teslim etmesi ve inşaatın yapılmasına katlanması borcu olarak gözükmektedir⁵⁰⁴.

Belirtmemiz gerekir ki gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi çerçevesinde arsa sahibinin borçlandığı yapmama edimleri, borca konu arsa üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırmamaktadır. Sözleşme kurulduktan sonra arsa sahibi, arsayı başkasına satabilir yahut üzerinde bir sınırlı ayni hak tesis edebilir. Bu durumda yüklenici, sadece uğradığı zararın tazmin edilmesini arsa sahibinden talep edebilecektir. Ancak yukarıda açıklanan⁵⁰⁵ gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin tapuya şerh edilmesi durumunda yüklenici, sözleşmeden kaynaklanan haklarını üçüncü kişi nezdinde de kullanabilecektir.

D. Bağımsız Bölümlerin Mülkiyetini Üçüncü Kişilere Devretme Borcu

1. Taşınmaz Satış Vaadi Niteliği

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin inşa edilmiş veya edilecek bağımsız bölümleri, kural olarak yüklenicinin bulacağı alıcılara, satmayı yükleniciye sözleşme kurulurken vaat etmesi, taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin ön sözleşme yani satış vaadi niteliğinde olduğu⁵⁰⁶ yukarıda daha önce açıklanmıştı⁵⁰⁷. Bu başlık altında ise husus, daha derinlemesine incelenecektir.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde tam bir satış vaadi sözleşmesinden ziyade, karma sözleşmenin bir unsuru olarak karşımıza çıkan, eksik üçüncü kişi yararına olan bir önsözleşme mevcuttur.

⁵⁰³ Yeniocak, sf. 92

⁵⁰⁴ Yeniocak, sf. 93

⁵⁰⁵ Bkz. Sf. 48 vd.

⁵⁰⁶ Yeniocak, sf. 93

⁵⁰⁷ Bkz. sf. 48 vd.

Önsözleşme, TBK. m. 29/1 hükmü de dikkate alındığında, tarafların, ileriki bir zamanda borçlandırıcı niteliği haiz bir sözleşmeyi kurmak amacıyla önceden yaptıkları bir anlaşmadır⁵⁰⁸. Önsözleşmenin sözleşme öncesi görüşmeler vb. kurumlardan farklı en dikkat çekici özelliği, önsözleşme dolayısıyla ileride bir sözleşme kurulması borcu doğmasıdır⁵⁰⁹.

Bir satış vaadinin geçerli olarak kurulabilmesi, alıcının belli olmasına bağlı değildir⁵¹⁰. Dolayısıyla gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi sistemi içerisinde arsa sahibince, yüklenici tarafından bulunacak alıcılara, inşa edilmiş veya edilecek bağımsız bölümlerin satılacağına vaat edilmesi, geçerli bir satış vaadi sözleşmesi niteliğini taşımaktadır⁵¹¹. Arsa sahibi satış vaadinde bulunarak, yükleniciye karşı bir borç üstlenmektedir. Bu borcun konusu ise, ilerleyen süreçte yüklenicinin bulacağı üçüncü kişiler ile sözleşme yapmaktır.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi çerçevesindeki taşınmaz satış vaadinin konusu, yüklenicinin inşa edeceği sözleşmede kararlaştırılmış bağımsız bölümlerdir. İfade edilmelidir ki önsözleşmenin kurulması esnasında bağımsız bölümler ve bunların satış bedelleri net olarak belirli değildir. Önsözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesinin şartlarından birisi de, asıl sözleşmenin konusunun, yeterli derecede belirli ya da belirlenebilir olmasıdır⁵¹². Satış sözleşmesinin zorunlu unsurları, satış bedeli ve satışa konu olan şeydir. İşte satış vaadinin de geçerliliği bu iki unsurun belirli veya belirlenebilir olmasına bağlıdır⁵¹³. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin inşa edeceği bağımsız bölümleri hangi fiyattan satışa sunacağı açıkça belli olmasa da belirlenebilir niteliktedir. Zira sözleşmede genellikle taraflar inşa edilecek bağımsız bölümler için bir taban fiyat belirlemektedir. Yine sözleşmenin asgari gelir taahhüdü içermesi halinde de bedel, belirlenebilir niteliktedir.

Belirtmemiz gereken bir diğer husus, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde taraflardan yalnızca arsa sahibinin bir sözleşme kurulması vaadinde bulunduğuudur. Yüklenici, sözleşme kapsamında bu nitelikte bir vaatte bulunmamaktadır. İşte bu nedenden ötürü arsa sahibinin taahhüdü, tek taraflı bir önsözleşme niteliğindedir⁵¹⁴.

⁵⁰⁸ Eren, Genel Hükümler, sf. 308; Yeniocak, sf. 94

⁵⁰⁹ Eren, Genel Hükümler, sf. 310; Oğuzman / Öz, Genel Hükümler, C. I, sf 188; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sf. 142

⁵¹⁰ Yeniocak, sf. 94-95 ve dn. 88

⁵¹¹ Yeniocak, sf. 96

⁵¹² Eren, Genel Hükümler, sf. 311

⁵¹³ Eren, Genel Hükümler, sf. 313

⁵¹⁴ İki taraflı ve tek taraflı önsözleşme hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, Genel Hükümler, sf. 308- 309

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin satış vaadi ile ilgili üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da, arsa sahibinin satış vaadinin, eksik üçüncü kişi yararına⁵¹⁵ bir önsözleşme niteliğinde olduğu hususudur⁵¹⁶. Sözleşmede arsa sahibi, ileride muayyen olacak üçüncü kişi ile satış sözleşmesi kurma borcu altına girmekte fakat üçüncü kişiye, arsa sahibinden sözleşmenin kurulmasını talep etme hakkı tanınmamakta, sözleşmenin kurulmasını talep edebilme yetkisi yüklenicide kalmaktadır. Aksinin sözleşmede kararlaştırılması mümkün olmakla birlikte uygulamada genellikle bu duruma pek rastlanılmamaktadır.

Önsözleşme, bir sözleşme kurma borcu doğurmaktadır ve bu noktada borcun konusu esasen bir irade beyanında bulunmaktadır⁵¹⁷. HMK. irade beyanı yerine geçen mahkeme kararlarını özel olarak düzenlememiştir ancak TMK. m. 716 ve TBK. m. 185 hükümlerinden kıyasen yararlanılmasıyla, sözleşmeden kaynaklanan irade beyanında bulunulması borcunu ifa etmeyen borçluya karşı olarak, aynen ifanın talep edildiği dava açılabilceği ve mahkemenin vereceği kararın borçlunun irade beyanı yerine geçeceği kabul edilmektedir⁵¹⁸. Taşınmaz satış vaadi hakkında doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen görüş de mahkemenin vereceği kabul kararının, hükmen tescil niteliğinde ve etkisinde olduğu yönündedir⁵¹⁹. Yargıtay da bu yönde karar vermektedir. Bir içtihadı birleştirme kararı uyarınca⁵²⁰ önsözleşmeden kaynaklanan sözleşme yapma borcunu ifaya yönelik mahkemece verilen karar, önsözleşmenin gereğini yerine getirmeyen tarafın, esas sözleşmenin kurulması yönündeki irade beyanı hükmünde olmaktadır. Yargıtay tarafından kabul edilen bu görüş çerçevesinde taşınmaz, kararın kesinleşmesiyle birlikte, lehine satış vaat edilmiş kişinin mülkiyetine intikal etmektedir.

Bu bakımdan gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde yer alan taşınmaz satış vaadinin ayrıca incelenmesi gerekir. Zira gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesindeki satış vaadi, niteliği itibariyle eksik üçüncü kişi yararına bir sözleşmedir⁵²¹. Yapılan satış vaadinde sözleşme kurma borcunun alacaklısı olan yüklenici, ilgili borcun ifasının, üçüncü kişiye yapılmasını talep etmektedir. Dolayısıyla mahkeme tarafından verilen kararın hükmen

⁵¹⁵ Üçüncü kişi yararına sözleşme hakkında detaylı bilgi için bkz. Kemal OĞUZMAN / Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul – 2016, sf. 437 – 458

⁵¹⁶ Yeniocak, sf. 99

⁵¹⁷ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, sf. 248; Eren, Genel Hükümler, sf. 313

⁵¹⁸ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, sf. 249; Oğuzman / Öz, Genel Hükümler, C. I, sf 190; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sf. 147; Eren, Genel Hükümler, sf. 313

⁵¹⁹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, sf. 249; Oğuzman / Öz, Genel Hükümler, C. I, sf 190

⁵²⁰ Karar için bkz. Yeniocak, sf. 97

⁵²¹ Yeniocak, sf. 97

tescil etkisinde olması olası değildir. Sözleşmenin ve davanın tarafı burada yüklenici olmaktadır⁵²². Bu nedenle mahkeme tarafından verilecek karar, davada taraf olmayan bir üçüncü kişiye mülkiyet hakkı tahsis edecek şekilde hüküm doğuramaz⁵²³.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi kapsamında yüklenici tarafından sözleşme içeriğindeki satış vaadine dayanılarak açılacak aynen ifa davasına mahkemenin vereceği kabul kararı, arsa sahibinin davaya konu bağımsız bölüm ile ilgili bir satış sözleşmesinin kurulması noktasındaki iradesi hükmündedir⁵²⁴. İlgili karar ile üçüncü kişi, tapu idaresinden mülkiyetin kendi üzerine naklini talep ederek sonuca ulaşacaktır.

2. Borcun İfası

Yukarıda detaylıca açıklandığı üzere gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, inşa edilmiş veya edilecek bağımsız bölümleri, yüklenicinin bulacağı üçüncü kişilere satma borcu altındadır. Arsa sahibin de bağımsız bölümlere alıcı bulması mümkündür ancak bu noktada unutulmamalıdır ki arsa sahibi, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi hükümlerine uygun davranmak zorundadır. Mülkiyetin devri, yapı inşa edilirken kat irtifakına geçildikten sonra veya inşaat tamamlandıktan sonra kat mülkiyetine geçilmesiyle gerçekleşebilir. Arsa sahibinin temel borçlarından birisi olan bu borç, paylaşılacak gelirin elde edilmesinin ön şartıdır. Bu sebeptendir ki ilgili borcun ifası, aslında her iki tarafın da çıkarına hizmet etmektedir⁵²⁵.

Arsa sahibinin ilgili borcunu ifa etmemesi, borçlunun temerrüdü sonuçlarını doğurur. Bu noktada da TBK. m. 117 ve 126 arasındaki hükümlerin uygulanması gündeme gelir. Ancak burada belirtmemiz gerekir ki bu durum gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde pek sık rastlanan bir hal değildir. Zira arsa sahibi yukarıda açıklanan⁵²⁶ temsil yetkisi verme borcunu yerine getirmek ile dolaylı olarak bu borcunu da ifa etmektedir. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, inşa edilen veya edilecek bağımsız bölümlerin satılması için yükleniciye taşınmaz satış yetkisini içeren bir vekâletname verdiğinden dolayı satış işlemleri sözleşmenin sistemiği gereğince zaten yüklenici tarafından

⁵²² Yeniocak, sf. 97

⁵²³ Yeniocak, sf. 97

⁵²⁴ Yeniocak, sf. 97

⁵²⁵ Yelmen, sf. 136

⁵²⁶ Bkz. sf. 80 vd.

gerçekleştirilmektedir⁵²⁷. Bu nedenle arsa sahibi, bağımsız bölümlerin satılması hakkında yükleniciye geçerli bir vekâlet vererek ve sözleşme süresince vekil olarak tutarak, bu borcunu da ifa etmiş olmaktadır⁵²⁸.

E. Gelir Paylaşma Borcu

1. Genel Olarak

Gelir, bir zaman aralığında, bir gerçek veya tüzel kişinin elde ettiği kazanç anlamı taşımaktadır. İrat, getiri ve hasılat kavramları da aynı anlamdadır ve birbirlerinin yerine kullanılabilirler⁵²⁹. GVK.'da ise gelir, gerçek kişinin bir takvim yılı içerisinde elde ettiği kazançlar ve iratların safi tutarı şeklinde ifade edilmiştir.

Net kar kavramı da ifade edilen gelir tanımına dayanılarak, işletmenin mal varlığında, bir yıl süren faaliyet neticesinde masraflar ve amortismanlar çıkıldıktan sonra meydana gelen fazlalık olarak tanımlanır. Konuyla ilgili kavramlardan bir diğeri olan brüt kar da, toplam satış bedelinden masrafların düşülmesi suretiyle elde edilir⁵³⁰.

İfade edildiği üzere esasen gelir kavramı, emek karşılığında kazanılan ücret, doğal kaynak açısından oluşan rant, teşebbüs sonucu elde edilen kar veya sermaye karşılığı elde edilen faiz vb. anlamlarda kullanılmaktadır. Bir örnekle ifade etmek gerekirse, bir mobilya satışından elde edilen gelir, esas olarak maliyet bedelinin satış bedelinden düşülmesi sonrasında ortaya çıkan miktardır.

2. Arsa Sahibinin Elde Edilen Geliri Paylaşma Borcu

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesindeki gelir kavramı ise, yukarıdaki açıklamalardan daha farklı bir anlam içermektedir. Sözleşmedeki gelir kavramından anlaşılması gereken, bağımsız bölümlerin satılması sonucunda elde edilen satış bedelidir. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde tarafların paylaşımına esas olacak meblağ, gerçek anlamda gelir

⁵²⁷ Yelmen, sf. 136

⁵²⁸ Yelmen, sf. 136

⁵²⁹ Yeniocak, sf. 102

⁵³⁰ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/2, sf. 335

diğer bir ifadeyle kâr değildir⁵³¹. Sözleşme neticesinde tarafların alacakları para miktarı, sözleşmede kararlaştırılan paylaşım oranlarının, tahsil edilmiş bağımsız bölüm satış bedellerinin tamamına uygulanmasıyla hesaplanmaktadır. Bir örnek ile konuyu açıklamak gerekirse; sözleşmede arsa sahibinin pay oranı yüzde otuz, yüklenicinininki ise yüzde yetmiş olarak belirlenmiş olsun. Her biri bir milyon liradan satılmış on bağımsız bölüm olduğu kabul edilirse, on milyon lira gelir elde edilmiş olur. Oranlar doğrultusunda paylaşım yapıldığında da arsa sahibi üç milyon lira, yüklenici ise yedi milyon lira almaktadır. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi sistemi ve mantığı içerisinde bağımsız bölümlerden elde edilen bedelden, inşaat maliyetler, vergiler, harçlar, arsa bedeli vb. maliyet kalemleri düşülmeksizin paylaşım yapılmaktadır. Yani sözleşmede elde edilen kâr değil, gelir paylaşmaktadır.

Yukarıda ifade ettiğimiz paylaşım yöntemi, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi çerçevesinde oluşan hukuki ilişkinin, adi ortaklık ilişkisinden farklılaşması sonucunu doğuran en önemli ölçütlerden birisidir⁵³².

Bağımsız bölümlerin satılabilecek en yüksek değerden satılması, sözleşmenin her iki tarafının da menfaatine olan bir husustur. Ne var ki gelirin elde edilebilmesi, bir noktada az da olsa tesadüfe bağlıdır, nitekim yüklenici her türlü çaba ve özeni gösterse bile, beklenmeyen seviyede ya da hiç gelir elde edilememesi de ihtimal dâhilindedir. Gelirin elde edilmesi, inşa edilmiş veya edilecek bağımsız bölümlerin satışına, satış ise piyasanın talebi neticesinde olacaktır. Çok büyük ekonomik kriz, milli seferberlik, topyekün savaş, inşaatın yapıldığı yerde büyük ölçekli deprem vb. olayların cereyan etmesi ihtimalinde, inşa edilen bağımsız bölümlerden bir tane dahi bile satılamaması ihtimali mevcuttur. Böyle bir durumda ise, paylaşılabilecek bir gelirden bahsetmek söz konusu olmayacaktır.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde bağımsız bölümlerin satılması sonucu elde edilen gelir, uygulamada çoğunlukla arsa sahibi adına açılmış bir banka hesabında birikmektedir. Bu durumda arsa sahibi yüklenicinin payını, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi hükümleri uyarınca, yüklenicinin hakimiyet alanına geçirecektir⁵³³. Yüklenicinin bu şekilde elde edeceği miktar, yüklenici için büyük önem taşımaktadır zira uygulamada genellikle yüklenici, bu gelirlerle inşaatın finansmanını sağlamaktadır. Yüklenicinin payının onun hakimiyetine geçinceye kadar nasıl değerlendirileceği

⁵³¹ Yeniocak, sf. 103

⁵³² Yeniocak, sf. 104

⁵³³ Yelmen, sf. 137

genellikle sözleşmede kararlaştırılmaktadır. Genel uygulama paranın mevduat faizi çerçevesinde değerlendirilmesidir. Belirtmeliyiz ki sözleşmede başkaca bir hüküm olmadığı takdirde, meblağ kimin adına bankada nemalandırılıyor olursa olsun, her iki taraf da, nema üzerinde gelir paylaşım oranlarınca hak sahibi olmaktadırlar. Tarafların elde edilen geliri ortak bir banka hesabında toplamaları da mümkündür. Nitekim bir Yargıtay kararında da ifade edildiği üzere; satışlardan elde edilen gelirin ortak bir banka hesabında tutulmasının doğal neticesi olarak banka tarafından uygulanacak faiz miktarı da ortak gelir olarak kabul edilmektedir⁵³⁴.

Satışlardan elde edilen gelirin hangi zamanda paylaşılacağı hakkında genellikle iki yöntem tatbik edilmektedir. İlk olarak her bağımsız bölüm satışının ardından, satıştan elde edilen gelir taraflar arasında sözleşmede belirlenen oranlarda paylaşılır. Bu şekilde yapılan paylaşım en son bağımsız bölüm satılana dek devam eder. İkinci yöntemde ise taraflar, arsa sahibin payının ödenmesi hakkında bir ödeme planı kabul etmektedirler. Bu noktada belirtmeliyiz ki ödeme planının belirlenebilmesi için sözleşmede yüklenici tarafından bir asgari gelir taahhüdünde bulunulmuş olması gerekir zira oluşturulacak ödeme planı, sözleşmede taahhüt edilen asgari geliri ve inşa edilecek bağımsız bölüm adedini esas alır. Ödeme planı çerçevesinde bu asgari gelir, belirli vadelerde, taksitler halinde arsa sahibine ödenir⁵³⁵. Bu yöntemde satışlardan sağlanan gelir yine genellikle arsa sahibi adına açılacak bir banka hesabında toplanır. Vade günü gelinceye kadar elde edilmiş gelirler, hesapta birikir. Taksit tarihi gelince arsa sahibi, kendi payını uhdesine alır, aşan kısmı yükleniciye intikal ettirir. Taksit ödeme günü gelmesine karşın, hesapta arsa sahibi hakkında kararlaştırılan asgari miktarın birikmemesi durumunda, aradaki fark, yüklenici tarafından tamamlanacaktır. Bu şekilde ödeme planı sona erdiğinde, arsa sahibi, kendisine yüklenici tarafından taahhüt edilmiş asgari gelire sahip olmuş olur.

Ödeme planının tamamlanarak arsa sahibinin kendisine taahhüt edilen asgari geliri sağlamış olmasına karşın, henüz tüm bağımsız bölümler satılmamış olabilir. Bu halde inceleyeceğimiz iki ihtimal söz konusudur. Birincisi, arsa sahibine taahhüt edilen asgari gelir, yüklenici tarafından karşılanmış fakat henüz satılamayan bağımsız bölümler kalmıştır. Bu halde yüklenici ya kendi payını ileride yapılacak satışlardan elde edecek ya da kendisi alıcı olacak ve taksit vadelerindeki paylaşıma isabet eden bağımsız bölüm

⁵³⁴ Y. 15. HD., T. 13.07.2011, E. 2010/2018, K. 2011/4628, Karar için bkz. <http://www.kazanci.com>, (ET. 01.08.2019)

⁵³⁵ Yelmen, sf. 137-138

mülkiyetlerini kendi üzerine alacaktır⁵³⁶. İkinci ihtimalde ise, satışlar sonra elde edilen gelir, sözleşmede öngörölmüş toplam gelir miktarının üzerine çıkmıştır. Diğer bir ifadeyle bağımsız bölümler tahmin edilenden daha yüksek fiyatlara satılmış, dolayısıyla arsa sahibine taahhüt edilen asgari gelir sağlanmış hem de daha satışı yapılmayan bağımsız bölümler kalmıştır. Bu durumda eğer ki sözleşmede bu hal için özel bir düzenleme yapılmamışsa, sözleşmedeki paylaşım oranınca bağımsız bölümler satıldıkça ilgili oranlar uygulanarak elde edilen gelir paylaşılacaktır. Bahsedilen durumda tarafların anlaşması suretiyle, paylaşım oranlarınca bağımsız bölümlerin mülkiyetinin paylaşılması da gündeme gelebilmektedir.

Bu başlık altında inceleyeceğimiz son ihtimal ise, bankada arsa sahibi adına açılan hesapta biriken miktardan yüklenicinin payının ödenmesinin, yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan binayı inşa etmede geldiği seviyeye, diğer bir ifadeyle tamamlanma oranına endekslenmesidir⁵³⁷. Bu halde ortaya ikili bir paylaşım modeli çıkmaktadır şöyle ki; arsa sahibi, taksit tarihini takiben kendi payını alır, yüklenici ise gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde belirlenen yapı seviyelerine geldikçe payını alma hakkı kazanır⁵³⁸. Yüklenici tarafından üstlenilen işin geldiği seviyenin tespiti, “yapı ilerleme durum tespit tutanağı” düzenlenerek yapılır. Yüklenicinin hazırlayacağı ilgili tutanak, arsa sahibince inşaatla gerekli kontroller yapıldıktan sonra onaylanır. Bu şekilde inşaatın ilerleyişi tespit edilir ve yüklenici de sözleşmede kararlaştırılan payını almaya hak kazanır⁵³⁹.

⁵³⁶ Yelmen, sf. 138

⁵³⁷ Yelmen, sf. 139

⁵³⁸ Yelmen, sf. 139

⁵³⁹ Yelmen, sf. 139

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

I. GENEL OLARAK

Borcu sona erdiren haller, TBK. m. 131 vd. hükümlerince düzenlenmektedir. Bu noktada dikkat edilmelidir ki ilgili maddelere yalnızca dar anlamda borcu sona erdiren nedenler düzenleme alanı bulmuş, borç ilişkisini ve özellikle sözleşme ilişkisinin sona ermesine yol açan nedenler düzenlenmemiştir⁵⁴⁰.

Geniş anlamda borçtan maksat, borç ilişkisidir ve bu ilişkiyi ortaya çıkartan en önemli kaynak da sözleşmedir⁵⁴¹. Sözleşme ilişkisini sona erdiren nedenler ise; bozma (ikale) sözleşmesi, ifa, dönme, fesih, iptal ve geri almadır⁵⁴². Buna karşın sözleşmenin içerdiği hükümler ve niteliği uyarınca, başka nedenlerde sözleşmenin sona ermesine yol açabilir. Nitekim kural, sözleşme taraflarından birinin ölümü ile sözleşmenin sona ermemesi şeklindedir ve sözleşme kaynaklı alacak ve borçlar mirasçılara intikal etmektedir ancak, şahsi edimler ihtiva eden, edimi ifa edenin şahsının alacaklı nazarında önem taşıdığı sözleşme ilişkilerinde borçlunun ölümü bir sona erme sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Hizmet ve vekâlet sözleşmeleri bu hallere örnek olarak gösterilebilir.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi çerçevesinde incelendiğinde öncelikle taraflar sona erme sebeplerini, sözleşme kapsamında özel olarak belirleyebilirler. Bu halde taraflarca belirlenen sona erme sebepleri, taraflar arası sözleşme ilişkisine öncelikle uygulanır⁵⁴³. Bu hükümlere ilave olarak gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesini oluşturan unsurlar hakkında hüküm altına alınmış sona erme nedenleri de, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine kıyasen uygulanabilir niteliktedir⁵⁴⁴. Ne var ki bahsedilen husus gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin sistemi ve mantığı dikkate alındığında her halde mümkün olmayabilir. Sözleşmeyi oluşturan unsurların sözleşme içi yer ve ağırlığı, bu noktada göz önünde tutulmalıdır. Örneğin; yüklenicinin vekâleten gördüğü işlerdeki yetersizliğine dayanılarak TBK. m. 512 uyarınca vekâlet ilişkisinin arsa sahibince sonlandırılması halinde, vekâlet

⁵⁴⁰ Eren, Genel Hükümler, sf. 1257

⁵⁴¹ Eren, Genel Hükümler, sf. 1257

⁵⁴² Eren, Genel Hükümler, sf. 1257; Hatemi / Gökyayla, sf. 301; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sf. 984; Oğuzman / Öz, sf. 533

⁵⁴³ Yelmen, sf. 141

⁵⁴⁴ Yelmen, sf. 141

sözleşmesine ilişkin bir sona erme nedeninin gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi açısından da bir sona erme nedeni oluşturup oluşturmadığı hususu gündeme gelmektedir. Burada kesin bir çıkarım yapmak mümkün olmamakta, somut olay ışığında bir yaklaşım belirlemek, olayın çözümü için daha uygun olmaktadır. Nitekim inşaat tamamlanmış, kat mülkiyeti tesis edilmiş ancak pazarlama ve satış faaliyetleri hala devam etmekte olan bir sözleşme ilişkisinde; yüklenicinin pazarlama faaliyetlerindeki yetersizliği gerekçe gösterilerek vekâlet ilişkisi sonlandırılıp, pazarlama faaliyetlerinin yapılması bir başkasına devredilebilir, ancak bu halde gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin de sona erdirilmesi düşüncesini ortaya koymak hukuken karşılık bulur bir nitelikte değildir⁵⁴⁵. Netice itibarıyla verilen örnekte gelir paylaşımli inşaat sözleşmesini oluşturan unsurlardan bir tanesi hakkındaki kanundan kaynaklanan sona erme nedenlerinden biri, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesini sona erdirecek nitelikte olmamaktadır⁵⁴⁶.

Bu noktada ifade edilmelidir ki, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesini meydana getiren sözleşme unsurları açısından ortaya çıkan tüm sona erme nedenlerini, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi hakkında da sona etme nedenleri olarak kabul etmek mümkün değildir. Gündeme gelen sona erme nedeninin, taraf iradeleri ışığında, sözleşmeyi hangi oranda etkilemekte ve ne önemde olduğunun dikkate alınması gerekmektedir⁵⁴⁷.

Yukarıdaki ifadelerimiz ışığında gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin sona ermesi hakkında sona erme nedenleri tespit edilirken, özellikle karma sözleşmeler hakkında, içeriğini oluşturan isimli sözleşmelere ait hükümlerin kıyasen, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesine uygun olduğu ölçüde uygulanıp uygulanamayacağı hususu büyük önem taşımaktadır. Bu noktada cevap, somut olay çerçevesinde sona erme nedeninin gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin bünyesine uygun düşüp düşmediğinin değerlendirilmesi sonucunda elde edilecektir⁵⁴⁸.

Sonuç olarak gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinin sona ermesi hakkında ikili bir ayrıma gidilmesi mümkündür. İlkin, genel olarak sona erme ya da gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi içerisinde yer alan unsurların ait oldukları sözleşme tiplerine ilişkin sona erme nedenlerin tez konumuz sözleşme açısından da bir sona erme nedeni teşkil etmesi karşımıza çıkmaktadır. İkinci olarak ise, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde tarafların belirledikleri sona erme nedenleri gündeme gelmektedir. Tarafların sözleşmede

⁵⁴⁵ Yelmen, sf. 141

⁵⁴⁶ Yelmen, sf. 141

⁵⁴⁷ Yelmen, sf. 141

⁵⁴⁸ Yelmen, sf. 142

kararlaştırabilecekleri nedenler, önceden belirlenmesi ve incelenmesi tam olarak mümkün olmadığından ötürü tezimizin kapsamı içerisine alınmamıştır.

II. İKALE SÖZLEŞMESİ

Arsa sahibi ile yüklenicinin aralarında anlaşmaları sonuncunda sözleşmeyi sona erdirebilmeleri, irade özerkliği ilkesi gereğince, her zaman mümkündür⁵⁴⁹. İ kale sözleşmesi; tarafların önceden akdettikleri bir sözleşmeden kaynaklanan borç ve alacaklarından karşılıklı olarak vazgeçmeleri, borçlu ve alacaklı sıfatlarına son vermeleri şeklinde ifade edilmektedir⁵⁵⁰. Hukuki nitelik itibarıyla bir tasarruf işlemi olan ikale sözleşmesi ile taraflar, bir ifa gündeme gelmeksizin anlaşma suretiyle borç ilişkisini sonlandırmaktadırlar⁵⁵¹.

İ kale sözleşmesinin geçerliliği, bir şekil şartına tabi değildir⁵⁵². Geçerlilik şartı açısından ikale sözleşmesinin hangi şekilde yapıldığı önem taşımamaktadır. Şekil şartına bağlı olmama hususu, ortadan kaldırılması amaçlanan sözleşmenin kurulmasının bir şekil şartına tabi olduğu hallerde de geçerlidir⁵⁵³. Bu noktada TBK. m. 13 gereğince şekil şartına tabi tutulan sözleşmelerin değiştirilmesinde de ilgili şekil şartının uygulanacağı kuralının gündeme gelmesi düşünülebilse de; ilgili düzenleme yapılan sözleşmenin ayakta tutulması, korunması amacını taşımakta ve sözleşmenin ortadan kaldırılması ise bu kapsamda olmamaktadır⁵⁵⁴.

Taraflar ikale sözleşmesinin sonuçlarını ileriye etkili mi yoksa geçmişe etkili mi olacağına serbestçe karar verebilirler. Sözleşmede herhangi bir belirleme yapılmaması halinde ise kural olarak, sürekli sözleşmelerde ileriye etkili hüküm ve sonuç doğurmaktadır⁵⁵⁵.

⁵⁴⁹ Öz, sf. 238; Eren, Genel Hükümler, sf. 1258; Sarper Süzek, İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul – 2013, sf. 511

⁵⁵⁰ Eren, Genel Hükümler, sf. 1258; Süzek, sf. 511; Öz, sf. 238; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sf. 984; Cevdet İlhan GÜNAY, İ kale Sözleşmesi, sf. 6, <https://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale139.pdf> (ET. 07.06.2019)

⁵⁵¹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sf. 984; Eren, Genel Hükümler, sf. 1258; Süzek, sf. 511; Öz, sf. 238; Günay, İ kale, sf. 6 – 7

⁵⁵² Eren, Genel Hükümler, sf. 1258; Öz, sf. 238; Günay, İ kale, sf. 15

⁵⁵³ Eren, Genel Hükümler, sf. 1258; Öz, sf. 238; Günay, İ kale, sf. 15

⁵⁵⁴ Eren, Genel Hükümler, sf. 1258; Öz, sf. 238

⁵⁵⁵ Eren, Genel Hükümler, sf. 1259; Yelmen, sf. 144

Konu gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi özelinde ele alındığında, arsa sahibi ile yüklenici, her zaman karşılıklı iradeleri ile akdetmiş oldukları sözleşmeyi sonlandırabilir. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi taraflarının bir ikale sözleşmesi sonucu sözleşme ilişkilerini sonlandırması, kural olarak ileriye etkili hüküm ve sonuç doğurmaktadır buna karşın taraflar ikale sözleşmesi içeriğinde bunun aksini her zaman kararlaştırabilirler⁵⁵⁶.

III. GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN

Öncelikle ifade edilmelidir ki diğer tüm sözleşmelerde olduğu gibi gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde de sözleşmeden kaynaklanan borçların tamamının ifa edilmesi yahut yukarıda incelediğimiz ikale sözleşmesinin yapılması neticesinde taraflar arasındaki borç ilişkisi sona erer⁵⁵⁷.

Bu esnada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, yüklenicinin inşa ettiği veya edeceği bağımsız bölümleri pazarlama ve satma borcudur. Zira bahsedilen borcun ifası bir noktada tesadüfe bağlıdır ve yüklenici elinden gelen tüm imkanları kullansa dahi bazı durumlarda alıcı bulabilmesi mümkün olmayabilmektedir. Bağımsız bölümlerin uzun bir süre satılamaması halinde ise sözleşmenin akıbetinin ne olacağı hususu gündeme gelir⁵⁵⁸.

Uygulamada bu belirsizlik hali, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesine bir hüküm koyularak, yüklenicinin pazarlama ve satış faaliyetlerinin belli bir süreye bağlanması ile giderilmektedir. Süre genelde, inşaatın yapılacağı sürenin üzerine ilave edilecek bir zaman şeklinde belirlenmektedir. Tarafların sözleşmede bahsedilen şekilde bir süre kararlaştırmaması halinde ise, benzer işlerdeki emsal süreler ve dürüstlük kuralı çerçevesinde bir sonuca varılması isabetli olacaktır⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶ Yelmen, sf. 144

⁵⁵⁷ Eren, Genel Hükümler, sf. 1257; Rona SEROZAN, Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / Hüseyin HATEMİ / Rona SEROZAN / Abdülkadir ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 3, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul- 2016, sf. 7 – 8

⁵⁵⁸ Yeniocak, sf. 124

⁵⁵⁹ Yeniocak, sf. 124

A. Eser Sözleşmesine İlişkin Sona Erme Sebeplerinin Kıyasen Uygulanması

Eser sözleşmesi ile ilgili kanunda düzenlenmiş sona erme nedenlerinin tez konumuz gelir paylaşımı inşaat sözleşmesine kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı hakkında öncelikle ifade etmemiz gerekir ki değerlendirme, sözleşmenin ruhu ve somut olay göz önünde tutularak yapılmalıdır.

1. Yüklenicinin İşe Başlama ve Yürütmede Gecikmesi

Yüklenicinin işe başlaması ve yürütmesi esnasında gecikmesi hali, TBK. m. 473/1 ile düzenlenmiştir. İlgili madde yüklenicinin işe başlama ve yürütmede gecikmesi, *“Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Genel bir ifade ile temerrüt; ifa noktasında muacceliyete ve ihtar yapılmasına bağlı olarak gerçekleşir⁵⁶⁰. Özellikle vadeye bağlanmış bir borç açısından vadenin dolmasına kadar borçlunun temerrüdü gündeme gelmez, buna bağlı olarak alacaklı vadenin gelmesinden önce borçlunun temerrüdüne ilişkin kanuni haklarını kullanamaz⁵⁶¹. Buna karşın TBK. m. 473/1 özel bir düzenleme yapmak suretiyle, yüklenicinin eseri teslim borcuna ilişkin olarak, vadenin gelmesinden önce temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesini sağlamıştır⁵⁶². Bu hal ile eser sözleşmesi kapsamında yüklenicinin eseri teslim etme borcuna ilave olarak, işe başlama ve devam etme borcu altında da olduğu, işe başlama ve devam etmenin bir ifa hazırlığı niteliğinde değerlendirilmediğini ifade etmek mümkündür.

Bu hüküm ile kanun koyucu, üç ayrı sebepten birinin gerçekleşmesi halinde iş sahibine, eserin teslim süresini beklemeksizin, sözleşmeden dönme imkanı tanımıştır⁵⁶³.

⁵⁶⁰ Yavuz, sf. 1018

⁵⁶¹ Yavuz, sf. 1018

⁵⁶² Yavuz, sf. 1018

⁵⁶³ Karadağ, sf. 444; Öz, sf. 135; Eren, Özel Hükümler, sf. 629; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 112 – 113

İfade edilen bu sebepler; ilk olarak yüklenicinin işe zamanında başlamaması, ikinci olarak başladığı işi sözleşmede belirlenen hükümlere aykırı bir şekilde geciktirmesi, üçüncü ve son olarak ise iş sahibinin kusuru olmaksızın işin belirlenen zamanda tamamlanmayacağını açıkça anlaşılmasıdır⁵⁶⁴.

Bu noktada ifade edilmelidir ki, yüklenicinin işe başlamada ya da işe başladıktan sonra devam etmesinde gecikmesinden ötürü sorumlu tutulabilmesi, kusurlu olması şartına bağlı değildir. Bu noktada gecikmenin arsa sahibine yüklenemeyecek bir nedenden kaynaklanması gerekli ve yeterlidir⁵⁶⁵. Şu halde yüklenicinin işe hiç başlamaması ya da işi gerektiğinden yavaş bir şekilde sürdürmesi yahut vade belirlenmiş ise işin vade gününde bitmeyeceğinin belli olması durumunda, iş sahibi, bu vaziyet yüklenicinin kusuru olmaksızın meydana gelmiş olsa bile, kanun tarafından kendisine tanınan sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir⁵⁶⁶.

Meydana gelen gecikmeler, iş sahibinin verdiği talimatlardan ya da üzerine düşen bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı yaşanıyor ise, bu halde iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamamaktadır⁵⁶⁷.

Yüklenicinin işe başlamasında ya da yürütmesinde gecikmesi durumunda iş sahibine ifa zamanından önce sözleşmeden dönme imkanı tanıyan TBK. m. 473/1, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesine de kıyasen uygulanabilir. Sözleşmenin yapısı, içeriği ve niteliği, ilgili hükmün uygulanmasına engel oluşturacak herhangi bir unsur taşımamaktadır.

a. İşe Zamanında Başlanmaması

Eseri sadakat ve özenle meydana getirme borcunun bir gereği olarak yüklenici, işe sözleşmede belirlenen zamanda başlamalı ve sürdürmelidir. İşe başlama ve eserin teslim edileceği tarih, genellikle taraflarca sözleşme içerisinde hüküm altına alınır. Buna karşın sözleşmede bahsedilen nitelikte bir hüküm bulunmaması halinde yüklenici kendi uygun gördüğü zamanda değil, TBK. m. 90 uyarınca işe derhal başlamalı ve ara vermeksizin

⁵⁶⁴ Eren, Özel Hükümler, sf. 629; Karadaş, sf. 444; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 112 – 113

⁵⁶⁵ Becker, sf. 608; Öz, sf. 129

⁵⁶⁶ Öz, sf. 129

⁵⁶⁷ Eren, Özel Hükümler, sf. 630; Öz, sf. 129

çalışmalarını devam ettirmelidir⁵⁶⁸. Madde kapsamında ifade edilen işe başlanmamasından, inşaat yapma faaliyetlerine hiçbir şekilde başlanmaması hali anlaşılmalıdır⁵⁶⁹.

Meydana getirilecek inşaat için malzeme tedarik edilmesi, proje hazırlanması veya inşaat ruhsatı alınması için yapılan iş ve işlemler de yüklenicinin işe başladığını göstermektedir. Zira bir inşaatın meydana getirilmesinde gerek hazırlık gerekse imalat sürecinde bir hazırlık zamanına ihtiyaç duyulmaktadır. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir⁵⁷⁰. Bu doğrultuda yüklenici henüz fiilen binayı inşa etmeye başlamasa dahi arsanın imar mevzuatı uyarınca engelsiz bir hale gelebilmesi için her türlü faaliyette bulunan yükleniciye karşı olarak arsa sahibinin, işe zamanında başlanmadığı gerekçesiyle sözleşmeden dönme iradesi, iyi niyet kuralıyla bağdaşır nitelikte değildir. Yargıtay da bir kararında bu hususa dikkat çekerek, feshin iyi niyetle bağdaşmadığından ötürü ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁵⁷¹.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin işe ne zaman başlayacağı uygulamada genellikle hüküm altına alınmaktadır. Bu hüküm de çoğunlukla yer teslimini takiben yüklenicinin işe başlayacağı şeklindedir. Yer teslimini takiben yüklenicinin işe başlamaması durumunda arsa sahibi, TBK. m. 473/1 uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

b. İşe Başladıktan Sonra İşin Geciktirilmesi

Yüklenici işe başlamasına karşın, işi normalin altında bir tempoda yürütmekte, aynı nitelikte bir işi yapan başka bir yüklenicinin göstereceği temponun altında kalmaktaysa, yüklenici işi geciktiriyordur⁵⁷². Yine sözleşmede yapılacak inşaatın belli zamanlarda belli seviyelere geleceğinin kararlaştırılması halinde de yüklenicinin belirlenen bu programın gerisinde kalması da işin geciktirilmesi olarak değerlendirilmektedir⁵⁷³.

⁵⁶⁸ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 114

⁵⁶⁹ Öz, sf. 131

⁵⁷⁰ "Yüklenici tarafından üzerinde inşaat yapılacak taşınmaz için imar durumunun alınması, inşaat projelerinin düzenlenmesi ve onayı için gerekli bir süreye ihtiyaç bulunduğu aşıkardır." Y. 15. HD., 14.12.1989 T., K.2384/5231, karar için bkz. Karadaş, sf.445; hazırlık faaliyetlerinin iş görme fiili oluşturmadığı görüşü için bkz. Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 23

⁵⁷¹ Y. 15. HD., 06.11.2002 T., K.3513/4971, karar için bkz. Karadaş, sf.446

⁵⁷² Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 23; Öz, sf. 133

⁵⁷³ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/2, sf. 113 – 114; Karadaş, sf. 446 – 447

c. Eserin Belirlenen Zamanda Tamamlanmasının Mümkin Olmaması

Tarafların, eserin teslimi için bir vade belirlemeleri halinde kural, iş sahibinin bu tarihten önce eserin teslim edilmesini talep edemeyeceğidir. Buna karşın vade gelmemiş olmakla birlikte, eserin kararlaştırılan teslim tarihine yetiştirilemeyeceği somut olayın şartlarına göre anlaşılabiliyor ise, iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Burada dikkat edilmelidir ki, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, tarafların sözleşmede teslim tarihini önceden kararlaştırmasına bağlıdır⁵⁷⁴.

Bu noktada eserin teslim tarihine yetişmeyeceği ihtimalinin varlığı, dönme için yeterli olmamaktadır. Dönmenin söz konusu olması, teslimin vadede yapılamayacağının kesin olarak saptanmasına bağlıdır⁵⁷⁵. Geçen süreye göre eserin olması gerekenden daha alt bir seviyede olmasına karşın kalan süre içerisinde yüklenicinin çalışma hızını arttırarak eseri vadede teslim edebileceği durumlarda iş sahibi, dönme hakkını kullanamayacaktır⁵⁷⁶. Bu durum tespit edilirken, somut olayın özelliklerine göre hareket etmek, eserin geldiği mevcut seviyeye, işin hacmine ve yüklenicinin maddi imkanları dikkate alınarak karar verilmelidir. Her ihtimal değerlendirildikten sonra eserin kesin olarak teslim tarihine yetişmeyeceğinin saptanması halinde iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

İş sahibi tarafından TBK. 473/1 uyarınca ifa süreci içerisinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, yukarıda ifade edilen üç sebepten birinin gerçekleşmesine ek olarak, yükleniciye işin gecikmeksizin ifasına yönelik ve iş hacmine uygun bir süre tanıyarak ihtarda bulunmasını gerektirmektedir⁵⁷⁷. İfaya yönelik mehil verilmesi ihtar ile aynı anda yapılabilmektedir. Bu durumda ihtar önem taşımaktadır çünkü iş sahibi vereceği ihtarda iradesini, eserin teslim edilmesini sağlamaya yönelik bir şekilde açıklamış ve bu doğrultuda süre tanımış ise, ileride bu ihtarına dayanarak sözleşmeden dönemez⁵⁷⁸. Zira bu tip hallerde iş sahibinin gecikmeden ziyade eserin teslimine, diğer bir ifadeyle sözleşmenin ifa edilmesine önem verdiği kabul edilmektedir. Buna karşın, durum ve davranışlarından, uygun süre verilse de işe başlamayacağı, işe başlamamasından dolayı eserin zamanında tamamlanamayacak halde olması ve bu nedenle de meydana getirilmesinin iş sahibi

⁵⁷⁴ Karadaş, sf. 448; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 23; Öz, sf. 134

⁵⁷⁵ Karadaş, sf. 448

⁵⁷⁶ Karadaş, sf. 448

⁵⁷⁷ Eren, Özel Hükümler, sf. 631; Karadaş, sf. 449; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 118; Yavuz, şerh, sf. 2477

⁵⁷⁸ Karadaş, sf. 449

açısından yararsız olması ya da sözleşmede belirlenen işe başlama zamanında yüklenicinin işe başlamaması sonucu sonradan çalışmasının kabul edilmeyeceğinin belirlenmiş olması halinde, TBK. m. 124 hükmü gereğince ayrıca mehil verilmesi gerekmediğinden iş sahibi sözleşmeden doğrudan dönebilir⁵⁷⁹.

2. Yaklaşık Bedelin Aşılması

TBK. m. 482, yaklaşık bedelin aşılması halini düzenlemektedir. İlgili madde uyarınca, *“(1)Başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin, işsahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılabacağı anlaşılırsa işsahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir.(2)Eser işsahibinin arsası üzerine yapılıyorsa işsahibi, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, eser henüz tamamlanmamışsa yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir. ”* demek suretiyle bu hususu düzenlemiştir.

İş sahibince ilgili maddeye dayanılarak sözleşmeden dönülebilmesinin ilk şartı, sözleşmenin içeriğinde iş bedeli hakkında yaklaşık olarak bir belirleme yapılmış olmasıdır⁵⁸⁰. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde ise bahsedilen nitelikte bir hüküm bulunmadığından dolayı, ilgili hüküm gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde uygulama alanı bulmaz.

İfade edilmelidir ki gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde işin bedeli yaklaşık olarak belirlenmez, yüklenici, bağımsız bölümlerin satılması sonucu elde edilecek gelirden belli bir oranda payını almakla amacına ulaşacaktır. Bu noktada inşaat maliyet ve masraflarının beklenilenden daha yüksek olması veya hedeflenen gelirin elde edilememesi riski yüklenicinin üzerindedir. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde kural olarak yüklenici, maliyet artışına katlanmak zorundadır⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ Karadaş, sf. 449; Öz, sf. 127 – 128; Yavuz, şerh, sf. 2477

⁵⁸⁰ Öz, sf. 59; Karadaş, sf. 451

⁵⁸¹ Yeniocak, sf. 128

3. Eserin Yok Olması

TBK. m. 483, “(1)Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa işsahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur. (2)Eserin işsahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya işsahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İşsahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır.” şeklindedir.

İlgili hüküm uyarınca, eser sözleşmesi kapsamında hem hasardan dolayı sorumluluk hem de meydana getirilen eserin yok olması nedeniyle imkansızlık hali düzenlenmiştir⁵⁸². Madde metni, eserin yok olmasından dolayı sözleşmenin sona ermesinin koşullarını ve sonuçlarını hüküm altına almıştır. Bu doğrultuda sözleşmenin sona ermesinin şartlarını; eserin tesliminden önce, beklenmedik bir olay sonucu, yok olması şeklinde ifade edebiliriz⁵⁸³.

Sözlük anlamı ile yok olma, “ortadan kalkmak, kaybolmak, varlığı sona ermek”⁵⁸⁴ anlamlarını taşımaktadır. Bu çerçevede eserin yok olması, eserin ortadan kalkmasını veya varlığının sona ermesini yahut eserin kaybolmasını ifade etmektedir. Eser sözleşmesini sona erdirici bir neden olan yok olma hali ise, eserin kısmen yok olması halini de kapsamaktadır⁵⁸⁵. Kısmen yok olma, eserin hasara uğramasını ifade etmektedir ve bu halde eserin tamamlanması mümkün olmamakta, dolayısıyla iş sahibinin kısmen yok olmuş eseri kabul etmesi de beklenmemektedir⁵⁸⁶.

Beklenmedik olaydan anlaşılması gereken, iş sahibi ya da yükleniciye yükletilemeyen, diğer bir ifadeyle taraflardan ikisine de atfedilemeyen durumlardır⁵⁸⁷. Eğer ki ortaya çıkan

⁵⁸² Karadağ, sf. 460; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 96 – 97; Öz, sf. 187

⁵⁸³ Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 97 – 98

⁵⁸⁴ Bkz. <http://sozluk.gov.tr/>, (ET. 10.06.2019)

⁵⁸⁵ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 319; Eren, Özel Hükümler, sf. 690; Hüseyin ALTAŞ, Eserin Tesliminden Önce Telef Olması (BK. Mad. 368), Yetkin Yayınları, Ankara – 2002, sf. 60; Aral / Ayrancı, sf. 380; Karadağ, sf. 460; Öz, sf.

⁵⁸⁶ Altaş, sf. 62; Eren, Özel Hükümler, sf. 690

⁵⁸⁷ Eren, Özel Hükümler, sf. 691; Altaş, sf. 66; Güleç, sf. 41 – 42

durum taraflardan birisine yükletilebiliyorsa, durumdan dolayı oluşan sorumluluk da ona ait olacaktır⁵⁸⁸.

Beklenmedik olay, geniş ifadesiyle umulmayan hal olarak karşımıza çıkabileceği gibi mücbir sebep olarak da meydana gelebilir⁵⁸⁹. Buna ilave olarak bir üçüncü kişinin kusuru da beklenmedik olay olarak değerlendirilir⁵⁹⁰. Şu halde, sözleşmenin iki tarafına da atfedilemeyen bir beklenmedik olayın sonuçlarına kimin katlanacağı, ilgili madde ile hüküm altına alınmıştır.

Beklenmedik olaydan dolayı eserin yok olması, eser daha teslim edilmemişken söz konusu olmaktadır ve eserin teslimi de öncelikle yüklenici tarafından tamamlanmasına bağlıdır⁵⁹¹. Nitekim ilgili düzenleme de, yüklenici tarafından tamamlanmış eserin iş sahibine teslim edilmesinden önce yok olması halini düzenlemektedir.

Yukarıda ifade edilen üç koşulun gerçekleşmesi ile birlikte TBK. m. 483/1, sözleşmenin sona ermesinin sonuçlarını da hüküm altına almıştır. Hüküm uyarınca yüklenicinin meydana getirdiği eserin yok olması sonucu yaptığı işin ücret ve giderlerini talep edip edemeyeceği düzenlenmiştir. Beklenmedik olay neticesine eser, iş sahibine teslim edilmeden önce yok olmuş ise kural olarak yüklenici, yaptığı işin ücret ve giderlerini iş sahibinden talep edemez⁵⁹². Bu kuralın istisnası ise, iş sahibinin eseri teslim almada temerrüde düşmüş olmasıdır. Eser bu esnada yok olmuş ise artık yüklenici, yaptığı işin ücretini ve masraflarını talep edebilmektedir⁵⁹³. Belirtmemiz gerekir ki bu düzenleme ile eserin yok olması durumunda hasarın kimin üzerinde kalacağı, diğer bir ifadeyle hasara kimin katlanacağı düzenlenmektedir. İlgili madde uyarınca eser teslim edilene dek hasar, kural olarak yüklenicinin üzerinde kalmaktadır. Eserin teslim edilmesinden sonra ise hasar iş sahibi üzerindedir. Eserin teslim edilmemesine karşın hasara iş sahibinin katlandığı istisnai halin koşulu ise iş sahibinin, eseri teslim almada temerrüde düşmesidir.

TBK. m. 483/2 hükmü ise, eserin yok olmasının iş sahibinin kusuruna bağlı olduğu üç hali düzenlemektedir. Bu durumlardan ilki, eserin iş sahibi tarafından sağlanan malzemeden dolayı yok olması, ikincisi, gösterilen arsanın ayıbı dolayısıyla eserin yok

⁵⁸⁸ Yelmen, sf. 155 – 156

⁵⁸⁹ Eren, Özel Hükümler, sf. 691; Altaş, sf. 76; Güleç, sf. 42

⁵⁹⁰ Eren, Özel Hükümler, sf. 691

⁵⁹¹ Eren, Özel Hükümler, sf. 691

⁵⁹² Karadaş, sf. 460; Eren, Özel Hükümler, sf. 692; Öz, sf. 187; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 321; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 97

⁵⁹³ Karadaş, sf. 461; Eren, Özel Hükümler, sf. 693; Öz, sf. 187; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 321; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 97

olması, üçüncüsü ise, iş sahibince imal ve inşa hakkında verilen talimatlar sonucunda eserin yok olmasıdır. Yukarıda ifade edilen üç durumdan birinin gündeme gelmesi halinde yüklenici; tehlikeleri zamanında iş sahibine ihbar etmişse, diğer bir ifadeyle, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında iş sahibine bildirmişse, yaptığı işin bedelini ve buna dâhil olmayan giderlerinin ödenmesini iş sahibinden talep edebilmektedir⁵⁹⁴. İş sahibinin ayrıca kusurunun bulunması halinde yüklenici, zararının giderilmesini de talep edebilir⁵⁹⁵.

Bir sona erme nedeni olarak düzenlenmiş TBK. m. 483, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesine de kıyasen uygulanabilecek niteliktedir⁵⁹⁶. Bu doğrultuda sözleşmede kararlaştırılan yapının arsa sahibine teslim edilmesinden önce yok olması durumda, kural olarak, zarara katlanacak olan yüklenici olacaktır.

Eserin teslimi, tamamlanmış bir eserin, sözleşmenin ifa edilmesi amacıyla iş sahibine verilmesidir⁵⁹⁷. Tamamlanmış bir eserin yüklenici tarafından iş sahibinin hakimiyet alanına sokulması ile teslim gerçekleşir⁵⁹⁸. Sözleşmenin konusunun bir inşaat meydana getirme olduğu sözleşmelerde ise teslim, inşaatın tamamlandığının iş sahibine bildirilmesi ile gerçekleşir⁵⁹⁹. İş sahibinin arsası üzerine meydana getirilen yapılarda kural, eserin tamamlandığının arsa sahibine açık ya da örtülü olarak bildirilmesidir⁶⁰⁰. Yapılan açıklamalara ilave olarak, arsa sahibinin meydana getirilen bina ya da bağımsız bölümlere fiili hakimiyeti sağlanmaksızın yahut hakimiyetine engel olacak durumlar ortadan kaldırılmaksızın salt bildirim yapılması ile teslim gerçekleşmiş olmaz⁶⁰¹. Arsa sahibince, bildirim olmaksızın meydana getirilen bağımsız bölümler üzerinde hakimiyet kurulması ve bunların kullanılmaya başlanması da teslim olarak değerlendirilir⁶⁰².

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesinde ise yüklenici bağımsız bölümleri tamamladıktan sonra pazarlama ve satışlarını da gerçekleştirmektedir. Bu nedenle inşaat tamamlansa dahi yüklenicinin bağımsız bölümler üzeri hakimiyeti, satışlar yapılana dek devam etmektedir. Bu noktada dikkat edilmelidir ki yüklenicinin bir borcu sözleşmede kararlaştırılan inşaatı meydana getirmek, diğer bir borcu ise bunların pazarlanması ve satışlarının yapılmasıdır.

⁵⁹⁴ Karadaş, sf. 461; Eren, Özel Hükümler, sf. 694-695; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 98; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 323

⁵⁹⁵ Eren, Özel Hükümler, sf. 694

⁵⁹⁶ Yelmen, sf.158; Yeniocak, sf. 129

⁵⁹⁷ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 124 – 125; Eren, Özel Hükümler, sf. 621; Güleç, sf. 38; Erman, sf. 34; Altaş, sf. 80

⁵⁹⁸ Eren, Özel Hükümler, sf. 622; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 125

⁵⁹⁹ Erman, sf. 34; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 126; Altaş, sf. 84

⁶⁰⁰ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 125; Erman, sf. 34

⁶⁰¹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 126; Erman, sf. 34; Yelmen, sf. 159

⁶⁰² Erman, sf. 34

Sözleşmenin bu özelliğinden ötürü yüklenici, inşaatı bitirdiğini arsa sahibine bildirmekle teslim borcunu gerçekleştirmiş olmaktadır⁶⁰³. Açıklanan sebepler doğrultusunda meydana getirilen yapının arsa sahibine teslim edilmesinden önce, yapının yok olması halinde kural olarak, meydana gelen zarara yüklenici katlanacaktır.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde inşaat malzemelerini sağlamak, kural olarak yüklenicinin borçlarındandır. İnşaatı kendi malzemesiyle yapacak olduğundan ötürü yüklenici, malzemeye gelecek hasara da kendisi katlanacaktır.

4. Arsa Sahibinin Tazminat Karşılığı Fesih Hakkı

Eser sözleşmesinde iş sahibinin tazminat karşılığı fesih hakkı, TBK. m. 484 ile düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca, “ *İş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir.*” denilerek iş sahibinin bu hakkı düzenlenmiştir. İlgili madde gereğince iş sahibi, eser tamamlanmadan önce, herhangi bir gerekçe diğer bir ifadeyle haklı sebep ileri sürmeden, yapılan kısmının karşılığını ödeyerek ve yüklenicinin bu nedenle uğrayacağı bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir⁶⁰⁴.

Hemen ifade etmemiz gerekir ki sözleşmeden dönülmesi hakkını düzenleyen ilgili maddenin niteliği doktrinde tartışmalıdır⁶⁰⁵. Kısaca ifade etmek gerekirse bir görüş ilgili maddenin emredici nitelikte olduğunu savunurken⁶⁰⁶ diğer görüş hükmün düzenleyici nitelikte dolayısıyla aksi kararlaştırılabilir bir hüküm olduğunu savunmaktadır⁶⁰⁷. Biz de ikinci görüşe katılmaktayız. Nitekim sözleşme çerçevesinde ilgili maddenin aksinin kararlaştırılması hukuka, ahlaka ya da kamu düzenine aykırı değildir⁶⁰⁸.

TBK. m. 484 uyarınca iş sahibi tarafından sözleşmenin tazminat karşılığı feshedilebilmesi, kanunda belirtilmiş iki şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartlardan

⁶⁰³ Yelmen, sf. 159

⁶⁰⁴ Eren, Özel Hükümler, sf. 683; Vedat BUZ, İş Sahibinin BK. M. 369’a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, BATİDER, Aralık – 2001, C. XXI, S. 2, sf. 222; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 343; Yavuz, Şerh, sf. 2529

⁶⁰⁵ Fesih hakkın niteliği ile ilgili tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, Özel Hükümler, sf. 683 ve dn. 5 – 6; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 343 ve dn. 82 ve 82a

⁶⁰⁶ Yavuz, sf. 1059 ve dn. 332 ve 333

⁶⁰⁷ Eren, Özel Hükümler, sf. 683

⁶⁰⁸ Eren, Özel Hükümler, sf. 683

birincisi eserin henüz tamamlanmamış olması, ikincisi ise iş sahibi tarafından yükleniciye fesih iradesinin bildirilmesidir.

İlgili madde hükmü, “*eserin tamamlanmasından önce*” ifadesini kullanarak, fesih hakkının kullanılmasını bir süreye tabi tutmuştur⁶⁰⁹. Bu noktada yüklenicinin eseri tamamlaması ile birlikte iş sahibinin fesih hakkı sona ermektedir⁶¹⁰. Dikkat edilmelidir ki eserin tamamlanması, teslim edilmesi veya teslim alınmasına bağlı değildir.

Fesih hakkının kullanılabilmesinin ikinci şartı ise, fesih iradesinin iş sahibi tarafından yükleniciye bildirilmesidir. Fesih beyanı, yükleniciye varması gereken tek taraflı bir irade beyanıdır⁶¹¹. Niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir hak olan fesih hakkı, fesih beyanının yüklenicinin hakimiyet alanına ulaşması ile birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır⁶¹². Bu noktada fesih geleceğe etkili hüküm ve sonuçlar doğurmakta, bir defa kullanılmakla birlikte sona ermekte dolayısıyla bir kere kullanıldıktan sonra geri alınması mümkün olmamaktadır⁶¹³.

Sözleşmenin fesih beyanı ile iş sahibi tarafından geleceğe etkili olarak sona erdirilmesi ile yüklenicinin eseri meydana getirme borcu da sonlanmaktadır⁶¹⁴. Bu noktada bedel alacağının yerine tazminat alacağı geçmektedir⁶¹⁵. Madde metninde açıkça ifade edildiği üzere, eserin tamamlanmasından önce yapılan kısmın karşılığı ve yüklenicinin bütün zararları, iş sahibi tarafından ödenmek mecburiyetindedir.

Eserin tamamlanmasından evvel meydana getirilen kısmın karşılığı, malzeme bedeli ve işçilik ücretidir⁶¹⁶. İş sahibi meydana getirilen kısmın karşılığı olan miktarı ödedikten sonra, meydana getirilmiş kısmın kendisine teslim edilmesini talep edebilir⁶¹⁷.

Meydana getirilmiş kısım ile ilgili ödemeye ilave olarak iş sahibi ayrıca, yüklenicinin bütün zararlarını da gidermek zorundadır. Yüklenicinin bütün zararlarından maksat, müspet zarardır⁶¹⁸. Bu ise hem yoksun kalınan kâr hem de fiili zarardır. Şu halde yüklenici,

⁶⁰⁹ Eren, Özel Hükümler, sf. 684

⁶¹⁰ Eren, Özel Hükümler, sf. 684; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 344; Yavuz, sf. 1059; Yavuz, Şerh, sf. 2529

⁶¹¹ Eren, Özel Hükümler, sf. 685; Buz, sf. 229; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 345; Yavuz, sf. 1060

⁶¹² Eren, Özel Hükümler, sf. 685; Buz, sf. 229; Güleç, sf. 104; Yavuz, Şerh, sf. 2530

⁶¹³ Eren, Özel Hükümler, sf. 685; Buz, sf. 230

⁶¹⁴ Eren, Özel Hükümler, sf. 686; Yavuz, Şerh, sf. 2529

⁶¹⁵ Eren, Özel Hükümler, sf. 686

⁶¹⁶ Eren, Özel Hükümler, sf. 686; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 347

⁶¹⁷ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 347; Eren, Özel Hükümler, sf. 686 – 687

⁶¹⁸ Yavuz, sf. 1061; Eren, Özel Hükümler, sf. 687; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 347 – 348; Yavuz, Şerh, sf. 2531

eseri oluşturup teslim etse hangi durumda olacak idi ise, iş sahibinden kendi malvarlığının o duruma getirilmesini talep edebilir. İfade edilmelidir ki sözleşme feshedildiği anda tazminat alacağı muacceliyet kazanır⁶¹⁹. Belirtilmelidir ki iş sahibinin tazminat ödemesi kapsamında kusur aranmamakta, kusursuz sorumluluk hali gündeme gelmektedir⁶²⁰.

TBK. m. 484 her tür eser sözleşmesine uygulanır ancak sürekli borç ilişkisi kuran isimsiz “sürekli eser sözleşmelerine” ilgili madde doğrudan doğruya uygulanamaz⁶²¹. Dolayısıyla gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi çerçevesinde ilgili maddenin uygulama alanı bulup bulmayacağının değerlendirilmesi gerekmektedir. Doktrinde bir görüş ilgili hükmün gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesine uygulanamayacağını savunurken⁶²² bir diğer görüş ise bu görüşe kısmen katılıp kısmen katılmamakta ve sonuç olarak gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesine ilgili hükmün uygulanabileceğini ifade etmektedir⁶²³. İfade etmeliyiz ki biz de ilk görüşe katılmakta ve gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesine ilgili maddenin uygulanamayacağını düşünmekteyiz.

Katıldığımız görüş uyarınca TBK. m. 484 gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesine kıyasen dahi uygulanamaz⁶²⁴. Eser sözleşmesinde kanun koyucunun ilgili maddeyi koyarken güttüğü amaç hakkında birden fazla görüş vardır⁶²⁵. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde ise, ortak menfaat ilişkisinin oldukça belirgin olmasından ötürü sözleşme ilişkisi bir noktada ortaklık ilişkisine benzemekte ve eser sözleşmesinde ifade edilen maddenin ratio legis burada geçerlilik taşımamaktadır. ,

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin eseri yani sözleşmede belirlenen yapıyı inşa etmekte, arsa sahibi ile birlikte ortak menfaati söz konusudur. Eser sözleşmesi için pek de söz konusu olmayan bu husus, tez konumuz sözleşme çerçevesinde tarafların inşa edilecek bağımsız bölümlerin satılması sonucu elde edilecek geliri paylaşmayı

⁶¹⁹ Eren, Özel Hükümler, sf. 688

⁶²⁰ Eren, Özel Hükümler, sf. 687

⁶²¹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 343 – 344; Eren, Özel Hükümler, sf. 684 ve dn. 7’de belirtilen yazarlar. İfade edilmelidir ki bu husus doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Yelmen, sf. 163 ve dn. 407, 408, 409 ve 415’de adı geçen yazarlar.

⁶²² Yeniocak, sf. 132; Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ilgili hükmün uygulanamayacağı görüşü hakkında detaylı bilgi için bkz. Erman, sf. 212 - 217

⁶²³ İlgili görüş için bkz. Yelmen, sf. 163 – 166

⁶²⁴ Yeniocak, sf. 132

⁶²⁵ “Eser sözleşmesinde taraflar arasındaki güven ilişkisine kanun koyucunun büyük önem vermesi ve özellikle iş sahibinin her ne sebeple olursa olsun artık güven duymadığı bir yükleniciyle arasındaki ilişkiyi dilediği zaman sona erdirebilmesinin gerekli olduğu” düşüncesi için bkz. Yavuz, sf. 1058 – 1059. “Hükmün sözleşme özgürlüğü ilkesiyle ve işin icrasının müteahhit için sadece bir borç olup aynı zamanda bir hak olmadığı, müteahhidin faaliyeti iş sahibinin yararına olduğundan onun isterse bu faaliyetin yapılmasından vazgeçebileceği” düşüncesi için bkz. Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 343 dn. 81. Görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Yeniocak sf. 130 – 131 dn. 301, 302 ve 305

amaçlamaları şeklinde karşımıza çıkar. Yüklenicinin kararlaştırılan inşaatın tamamlanmasında en az arsa sahibi kadar menfaati bulunmaktadır. Bu doğrultuda sözleşme kapsamında yüklenicinin inşaatı tamamlaması arsa sahibine karşı bir borç olduğu kadar aynı zamanda kendi açısından da bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır⁶²⁶.

Önceki açıklamalarımızda gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin ani – sürekli karmaşığı bir borç ilişkisi niteliğinde olduğunu ifade etmiş ve sebeplerini açıklamıştık. Sözleşmenin bu niteliği de TBK. m. 484’ün gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerine uygulanamayacağına bir dayanağıdır. Nitekim ilgili hüküm ile iş sahibine tanınan tek taraflı fesih hakkının, sürekli borç ilişkisi doğuran eser sözleşmelerine doğrudan uygulanamayacağı, ancak haklı bir nedenin olması halinde tek taraflı fesih yapılabileceği doktrinde de kabul edilen bir husustur⁶²⁷.

Sonuç olarak ifade etmeliyiz ki iş sahibinin tazminat ödemek suretiyle eser tamamlanmadan sözleşmeyi feshetme hakkı, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde uygulama alanı bulmayacaktır. İlgili hüküm sözleşme ile tarafların hedefledikleri amaca ulaşmasını adeta bir bariyer gibi engellemektedir. Zira gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerini diğer eser sözleşmelerinden ve çoğu inşaat sözleşmesinden, bu noktada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden de ayıran en önemli husus, eser meydana getirilmesinin bir amaç değil, amaca ulaşmak doğrultusunda kullanılan bir araç olduğudur. Nitekim hemen hemen tüm eser sözleşmeleri ve inşaat sözleşmelerinde amaç, eserin meydana getirilmesidir. Eserin meydana getirilmesi ve teslim edilmesiyle sözleşme sona ermektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin özellikle kentsel dönüşüm kapsamında kurulanlarında da arsa sahibi açısından genellikle amaçlanan, meydana getirilecek bağımsız bölümü kullanmaktır. Buna karşın gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, tarafların meydana getirilecek bağımsız bölümleri kullanma amacını içerisinde barındırmamaktadır. Burada taraflar bağımsız bölümlerin satılması sonucunda gelir elde etmeyi hedeflemektedirler. Meydana getirilecek bağımsız bölümler, nihai amaç olan gelir elde edilmesine yönelik bir araç olarak kullanılmaktadır.

⁶²⁶ Yeniocak, sf. 132

⁶²⁷ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 343 – 344; Yeniocak, sf. 133; Eren, Özel Hükümler, sf. 684 ve dn. 7’de belirtilen yazarlar.

5. İş Sahibi (Arsa Sahibi) Yüzünden İfanın İmkânsızlaşması

İş sahibi yüzünden ifanın imkânsızlaşması hali TBK. m. 485 ile düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca, “(1)Eserin tamamlanması, işsahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. (2)İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında işsahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.”. Madde metninde de ifade edildiği üzere iş sahibi ile alakalı beklenmedik bir olay neticesinde eserin tamamlanması imkânsızlaşır ise yüklenici, yaptığı işin değerine ilave olarak bu değer kapsamında olmayan giderlerini de isteyebilmektedir⁶²⁸.

İlgili maddenin gündeme gelebilmesi için öncelikle imkânsızlık iş sahibi ile alakalı beklenmedik bir olaydan kaynaklanmalıdır⁶²⁹. Şüphesiz bu olay sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkmış olmalıdır, aksi takdirde ilgili hüküm uygulanamaz. Beklenmedik olay, iş sahibi ile alakalı olmalı, diğer bir ifadeyle onun şahsında ya da risk alanında bulunmalıdır⁶³⁰. İş sahibi ile alakalı olan beklenmedik olay dolayısıyla yüklenicinin üstlenmiş olduğu edimin ifa edilmesi imkânsızlaşmış olmalıdır. Bu noktada ki imkânsızlık, objektif ve sürekli imkânsızlık olmalıdır⁶³¹. İfade etmemiz gerekir ki, imkânsızlık yasal nedenlerden kaynaklanabileceği gibi fiili nedenlerden de kaynaklanabilir⁶³². Bu noktada inşaat yapılacak arsanın kamulaştırılması, inşaat yapılacak alana yapı yasağı konması, heyelan neticesinde inşaat alanının yok olması ya da yapı yapılamayacak derecede küçülmesi halleri örnek olarak gösterilebilir⁶³³. Yargıtay, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yapılacak bir yapının bulunduğu arsanın kamulaştırılması ile alakalı bir kararında, ilk derece mahkemesinin sanki inşaat tamamlanmış gibi sonuca ulaştığı kararının bozulmasına hükmetmiştir⁶³⁴.

⁶²⁸ Eren, Özel Hükümler, sf. 696; Yavuz, Şerh, sf. 2532

⁶²⁹ Eren, Özel Hükümler, sf. 696; Yavuz, Şerh, sf. 2532; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 108; Aral / Ayrancı, sf. 383

⁶³⁰ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 326 – 327; Eren, Özel Hükümler, sf. 697

⁶³¹ Eren, Özel Hükümler, sf. 696; Yelmen, sf. 167; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 327; Aral / Ayrancı, sf. 383

⁶³² Yelmen, sf. 168

⁶³³ Eren, Özel Hükümler, sf. 697; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 327; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 108

⁶³⁴ Y. 15.HD., T. 25.04.2002, E. 2001/5744, K. 2002/2065, Karar için bkz. <http://www.kazanci.com>, (ET. 01.08.2019)

Beklenmedik olay neticesinde eserin tamamlanmasının imkânsızlaşması halinde, eser sözleşmesi geleceğe etkili olacak şekilde kendiliğinden sona erer⁶³⁵. İfa edilmemiş borçlardan taraflar kurtulur. Şu halde yüklenici, meydana getirdiği işin değerini ve bu değere dâhil olmayan giderlerini iş sahibinden talep edebilir. İmkânsızlığın ortaya çıkmasında iş sahibinin kusuru bulunması halinde ise yüklenici ayrıca müspet zararının da tazmin edilmesini talep edebilir⁶³⁶.

Sözleşmenin kurulmasını takiben iş sahibi ile alakalı bir beklenmeyen olay neticesinde ifanın imkânsızlaşması durumunda yüklenicinin yaptığı giderleri ve iş sahibinin kusuru bulunması halinde ayrıca müspet zararının tazmin edilmesini talep edebilme hakkı tanıyan TBK. m. 485, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesine de kıyasen uygulanabilir niteliktedir⁶³⁷.

İlgili madde hükmünce gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin sona ermesi durumunda arsa sahibinin herhangi bir kusuru bulunmuyor ise yüklenici, o zamana kadar yaptığı işin değerini ve buna dâhil olmayan giderlerini arsa sahibinden isteyebilir. Malzeme ve işçilik giderlerine ilave olarak yüklenici, o zamana kadar inşaat süreci ile ilgili harcadığı diğer giderleri de arsa sahibinden talep edebilir. Arsa sahibinin kusuru bulunması durumunda ise yüklenici, elde edilmesi hedeflenen toplam gelirdeki kendi payını ve inşaatın yapılması dâhil olacak şekilde bağımsız bölümler satılincaya dek yapacağı tüm masrafları talep edebilir⁶³⁸.

6. Yüklenicinin Ölümü veya Yeteneğini Kaybetmesi

TBK. m. 486, yüklenicinin ölümü ya da yeteneğini kaybetmesi durumunda sözleşmenin akıbetinin ne olacağını düzenlemektedir. Hüküm uyarınca *“Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda işsahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.”*. Hüküm metninde de ifade edildiği üzere yüklenicinin ölmesi ya da kusuru bulunmadan eseri tamamlama yeteneğini yitirmesi, eser

⁶³⁵ Eren, Özel Hükümler, sf. 698; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 329; Yavuz, Şerh, sf. 2533; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 109

⁶³⁶ Eren, Özel Hükümler, sf. 698; Yavuz, Şerh, sf. 2534; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 109

⁶³⁷ Yelmen, sf. 169; Yeniocak, sf. 133

⁶³⁸ Yelmen, sf. 170; Yeniocak, sf. 134

sözleşmesi açısından bir sona erme nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus ise, ilgili hükmün tüm eser sözleşmelerine uygulanamayacağı, sadece sözleşmenin kurulmasında yüklenicinin şahsi özelliklerinin dikkate alındığı sözleşmeler açısından geçerli olacaktır.

İlgili hükmün uygulanabilmesi, dört şartın varlığına bağlıdır. Bunlar; yüklenici açısından sonraki imkânsızlık halinin söz konusu olması, eser sözleşmesinin yüklenicinin şahsi özellikleri dikkate alınarak yapılmış olması, yüklenicinin ölmesi yahut eseri tamamlama yeteneğini kaybetmiş olması ve son olarak yüklenicinin bir kusuru bulunmamasıdır⁶³⁹.

Maddenin uygulanabilmesinin şartlarından ilk olarak inceleyeceğimiz, sözleşmenin yüklenicinin kişisel özelliklerin dikkate alınmak suretiyle kurulmasıdır. Eser sözleşmelerinde ilke, yüklenicinin kişisel nitelik ve özelliklerinin göz önünde tutulmasıdır⁶⁴⁰. İnşaat sözleşmelerinde de durum böyledir⁶⁴¹. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, sözleşmenin kurulması esnasında yüklenicinin kişisel özellik ve niteliklerinin nazara alınmadığı hallerde, ilgili madde uyarınca sözleşmenin sona ermesinin mümkün olmayacağıdır⁶⁴².

İkinci koşul, yüklenicinin ölmüş ya da eseri tamamlama yeteneğini kusuru olmaksızın kaybetmiş olmasıdır⁶⁴³. Yüklenici bir gerçek kişi ise gaipliğine karar verilmesi ya da ölmesi halinde, tüzel kişi ise, tüzel kişiliğin sona ermesi ile ilgili hüküm uygulanabilir hale gelmektedir⁶⁴⁴. Yüklenicinin çalışma gücünü, dolayısıyla eseri meydana getirme güç ve kabiliyetini kaybetmesi de mümkündür. Yüklenicinin eseri maddi olarak bitirme noktasında objektif nedenlerle imkânsızlık içerisinde olması halinde, yeteneğini kaybettiği kabul edilir⁶⁴⁵. Burada yetenek kaybının sürekli nitelikte olması gerekmektedir⁶⁴⁶. Yüklenicinin kusuru olmaksızın yeteneğini kaybetmesi durumunda da ilgili madde uygulama alanı bulmaktadır.

⁶³⁹ Eren, Özel Hükümler, sf. 696 – 697; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 111

⁶⁴⁰ Eren, Özel Hükümler, sf. 700; Öz, sf. 232; Karadaş, sf. 462; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 332; Yavuz, Şerh, sf. 2536

⁶⁴¹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 71; Eren, Özel Hükümler, sf. 700, dn. 76; Yüklenicinin şahsi özellikleri dikkate alınmadan akdedilen bir inşaat sözleşmesinde yüklenicinin ölümü dolayısıyla ilgili maddenin uygulanamayacağı hakkında bkz. Karadaş, sf. 462, dn. 31.

⁶⁴² Eren, Özel Hükümler, sf. 700; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 333; Yavuz, Şerh, sf. 2537; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 111; Aral / Ayrancı, sf. 385

⁶⁴³ Eren, Özel Hükümler, sf. 700 -701; Yelmen, sf. 171; Karadaş, sf. 463; Öz, sf. 232

⁶⁴⁴ Eren, Özel Hükümler, sf. 701

⁶⁴⁵ Eren, Özel Hükümler, sf. 701

⁶⁴⁶ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 334

Sona erme için gerekli üçüncü şart, yüklenici açısından sonraki imkânsızlık halinin söz konusu olmasıdır. İlgili hüküm sonraki ifa imkânsızlığına uygulanabilmektedir⁶⁴⁷. Madde kapsamında ifade edilen nedenlerin ortaya çıkardığı ifa imkânsızlığı, sözleşme kurulduktan sonraki döneme ait olduğundan, başlangıçtaki ifa imkânsızlığı, maddenin kapsamında olmamaktadır⁶⁴⁸. Hükümün uygulanabilmesi, sözleşme tarafı somut yüklenici açısından ifanın imkânsızlaşmasına bağlıdır. Yüklenicinin ölmesi durumunda sonraki imkânsızlık gündeme gelmektedir. Kusuru olmaksızın yeteneğini kaybetmesi halinde de eserin yüklenici tarafından tamamlanmasının imkânsız olması gerekmektedir⁶⁴⁹. Bu noktada dikkat edilmelidir ki yüklenicinin iflas etmesi, maddi sıkıntı içerisinde olması vb. haller ifa imkânsızlığı olarak değerlendirilmez⁶⁵⁰.

İlgili maddenin uygulanabilmesinin son koşulu ise yüklenicinin ölümü ya da yeteneğini kaybetmesinde kendi kusurunun bulunmamasıdır⁶⁵¹. Yüklenicinin kusurunun varlığı halinde artık TBK. m. 486 uygulanmayacak, TBK. m. 112 gündeme gelecektir.

Yukarıda ifade edilen koşulların oluşması halinde eser sözleşmesi ileriye etkili olarak kendiliğinden sona ermektedir⁶⁵². Şu halde iş sahibinin tamamlanan kısımdan faydalanabilmesi mümkün ise, o kısmı kabul etmek ve karşılığını ödemek zorundadır. Faydalanabilme imkânı bulunmuyor ise, bir bedel ödeme borcu söz konusu olmamaktadır⁶⁵³.

TBK. m. 486, niteliği itibarıyla gelir paylaşımli inşaat sözleşmesine kıyasen uygulanabilir⁶⁵⁴. Gerçekten gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinin kurulması aşamasında arsa sahipleri yüklenicinin kişisel nitelik ve özelliklerini göz önünde tutmakta, sözleşme tarafını seçerken yüklenicinin şahsı önem taşımaktadır. Bu durumda yüklenicinin ölmesi ya da inşaatı tamamlama yeteneğini kusuru olmaksızın kaybetmesi halinde gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi ileriye etkili olacak şekilde sona erer. Arsa sahibinin tamamlanan kısımdan yararlanması olası ise, bu kısmı kabul etmesi ve karşılığını vermesi

⁶⁴⁷ Eren, Özel Hükümler, sf. 699

⁶⁴⁸ Eren, Özel Hükümler, sf. 699; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 112

⁶⁴⁹ Eren, Özel Hükümler, sf. 701; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 112; Aral / Ayrancı, sf. 386

⁶⁵⁰ Eren, Özel Hükümler, sf. 700; Karadaş, sf. 464; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 112

⁶⁵¹ Doktrinde bu husustaki tartışmalar için bkz. Eren, Özel Hükümler, sf. 701 – 702; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 334; Yavuz, Şerh, sf. 2538; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 113; Aral / Ayrancı, sf. 386

⁶⁵² Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 336; Eren, Özel Hükümler, sf. 702; Yavuz, Şerh, sf. 2539; Gümüş, Özel Hükümler, C. II, sf. 112; Aral / Ayrancı, sf. 386

⁶⁵³ Yelmen, sf. 172; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. II, sf. 336

⁶⁵⁴ Yeniocak, sf. 136; Yelmen, sf. 136

gerekmektedir. Belirtmemiz gerekir ki gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde yüklenici taraf genellikle bir tüzel kişi olarak karşımıza çıkar.

Tüzel kişi yüklenicilerde eserin bizzat meydana getirilmesinden ziyade, kendi iradesi altına yapımının sağlanması öne çıkmaktadır. Tüzel kişinin daha önce tamamladığı işler, itibarı ve sermaye gücü gibi hususlar, yüklenicinin arsa sahibi tarafından tercih edilmesini sağlamış olabilmektedir. İşte bu gibi durumlarda da TBK. m. 486, kıyasen gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesine uygulanabilecektir.

B. Adi Ortaklık Sözleşmesine İlişkin Tasfiye Hükümlerinin Kıyasen Uygulanması

1. Genel Olarak

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde belirlenmiş olan sürenin tamamlanması nedeniyle sona erme halinde, satışı henüz gerçekleşmemiş bağımsız bölümlerin akıbetinin ne olacağının tespit edilmesi gerekmektedir. Taraflar genellikle sözleşmede sürenin sonunda satılamayan bağımsız bölümlerin nasıl paylaşılacağına ilişkin bir düzenleme ön görmek suretiyle bu belirsizliği gidermektedir. Buna karşın sözleşmede bu hususta bir boşluk bulunması ya da ilgili hükmün herhangi bir nedenle geçersiz olması halinde taraflardan birisi, satılamamış bağımsız bölümlerin tasfiye edilmesini mahkemeden talep edebilmektedir⁶⁵⁵. Şu halde tasfiye ile ilgili uygulanacak hukuk kurallarının tespit edilmesinde, TBK.'nın adi ortaklığın tasfiyesi ile alakalı hükümlerinden kıyasen faydalanılabilir⁶⁵⁶. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus ise şüphesiz tarafların amacı ve sözleşmedeki menfaat dengesidir.

Katıldığımız görüş uyarınca ifade edilen yaklaşımın, sözleşmenin tek taraflı sonlandırılması durumunda da kabul edilmesi isabetli olacaktır⁶⁵⁷. İnşaatın büyük bir kısmının tamamlandığı noktada taraflardan birisinin sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda, sözleşmenin adi ortaklık sözleşmesi ile olan yakınlığı ve ani – sürekli borç ilişki niteliğinin göz önünde tutulması gerekmektedir. Bu olasılık halinde de sözleşme ilişkisinin tasfiyesi ile ilgili olarak adi ortaklık sözleşmesine ilişkin TBK. hükümlerinden kıyasen yararlanılacaktır.

⁶⁵⁵ Yeniocak, sf. 138

⁶⁵⁶ Yeniocak, sf. 138

⁶⁵⁷ Görüş için bkz. Yeniocak, sf. 138

2. Uygulanması

Kısaca ifade etmek gerekirse adi ortaklık sözleşmesinde tasfiye, iç ve dış tasfiye olarak ikiye ayrılmaktadır⁶⁵⁸. Aktif malvarlığının paraya çevrilmesi ve mevcut borçların ödenmesi dış tasfiye, borçlar ödendikten sonra kalan miktarın ortaklar arası paylaşımı ise iç tasfiye olarak karşımıza çıkar⁶⁵⁹.

Adi ortaklığın tasfiyesinde dikkat edilmelidir ki varlıkların paylaşılması, ortaklar arasında başkaca bir düzenleme yapılmamış ise, aynen değil, paraya çevrildikten sonra nakden gerçekleşmektedir⁶⁶⁰. Bu doğrultuda gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi çerçevesinde inşa edilmiş bağımsız bölümlerin satılamayanları ile alakalı olarak sözleşmede hüküm bulunmaması ve tarafların bu konuda bir anlaşmaya varamamaları durumunda adi ortaklık hükümlerinin sözleşmeye doğrudan uygulanması, satılamayan bağımsız bölümlerin paraya çevrilmesi suretiyle tasfiye edilmesini gerektirecektir. Bu sonuç ise gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi tarafları açısından beklenen faydayı sağlamaz. Bunun sebebi ise, yüklenicinin tüm faaliyetlerine karşın alıcı bulamadığı bağımsız bölümlerin mahkeme kanalı ile paraya çevrilmesi halinde elde edilecek gelir, tarafların hedeflediklerinden oldukça düşük olacaktır. Şu halde her iki taraf da istediği sonucu elde edememektedir. Dolayısıyla gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde, adi ortaklığın tasfiyesine ilişkin uygulanan paraya çevirme esasının yerine, aynı paylaşım kuralının kabul edilmesi, bizim de katıldığımız görüş uyarınca daha isabetli olacaktır⁶⁶¹. Nitekim TOKİ de benzer bir model kullanmaktadır.

Tasfiye usulü başlıklı TBK. m. 644, niteliği itibarıyla gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesine kıyasen uygulanabilir bir hükümdür. Arsa sahibi ve yüklenici aralarında anlaşmak suretiyle tasfiye işlerini yürütmesi için bir görevli atayabilirler, anlaşamazlar ise mahkemeden konu ile ilgili talepte bulunabilirler.

⁶⁵⁸ Bozkurt, sf. 98

⁶⁵⁹ Bozkurt, sf. 98

⁶⁶⁰ Reha POROY / Ünal TEKİNALP / Ersin ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul – 2014, sf. 84; Tasfiye hakkında detaylı bilgi için bkz. Şener, sf. 99 - 104

⁶⁶¹ Yeniocak, sf. 139

SONUÇ

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesini; yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan yapıyı inşa etmeyi, inşa edilen yapının pazarlama faaliyetlerini gerçekleştirmeyi ve satışların gerçekleştirilmesine aracılık etmeyi, arsa sahibinin ise arsasını inşaatın yapılması için tahsis etmeyi, gerekli işlemler için yükleniciye temsil yetkisi vermeyi, yapılacak bağımsız bölümlerin satışını üçüncü kişilere vaat ettiği ve satıştan elde edilecek miktarı sözleşmede belirlenen oranda yüklenici ile paylaşmayı taahhüt ettiği bir sözleşme şeklinde tanımlamamız mümkündür.

İfade edilen tanım ışığında gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin unsurları; yüklenicinin sözleşmede belirlenen inşaatı meydana getirmesi, yaptığı ve yapacağı bağımsız bölümleri pazarlaması ve arsa sahibi adına satışlarını sağlaması, arsa sahibinin ise meydana getirilmiş ya da getirilecek bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satmayı taahhüt etmesi, gerekli işlemler için yükleniciye temsil yetkisi vermesi ve elde edilen geliri sözleşmede kararlaştırılan oranda yüklenici ile paylaşması olarak sıralayabiliriz. Tarafların anlaşmasının da gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin bir unsuru olduğu dikkatten kaçırılmamalıdır.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, rızai, ivazlı, ani – sürekli karmaşığı edimler içeren bir borç sözleşmesidir. İsimsiz bir sözleşme olan gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, geniş anlamda karma bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yüklenici açısından ele alındığında; inşaatı meydana getirme borcu hakkında eser sözleşmesi hükümleri, meydana getirdiğı ya da getireceğı bağımsız bölümleri pazarlama ve arsa sahibi adına satışlarını gerçekleştirmesi hakkında ise taşınmaz simsarlığı sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Arsa sahibinin, meydana getirilmiş veya getirilecek bağımsız bölümleri yüklenicinin bulacağı üçüncü kişilere satmayı taahhüt etmesi, eksik üçüncü kişi yararına taşınmaz satış vaadi niteliğindedir. Taşınmaz satış vaadine ilişkin olarak TBK.'nın satış sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanabilecektir. Kanaatimizce arsa sahibinin elde edilen geliri sözleşmede belirlenen oranda yüklenici ile paylaşması, sözleşmenin bir adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Buna karşın elde edilen gelirin yüklenici ile paylaşılması hususunda TBK.'nın adi ortaklık ile ilgili hükümleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi ihtiva eden arsa sahibinin edimi nazara alınarak, resmi şekilde yapılmalıdır. Şu halde gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin noterde düzenleme şeklinde yapılması bir geçerlilik şartıdır. Buna karşın TOKİ mevzuatı uyarınca TOKİ tarafından akdedilen gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinin noter tarafından tescil edilmesi ya da onaylatılması zorunlu değildir.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin arsa sahibine asgari gelir taahhüdünde bulunması, yaygınlık kazanmış bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada ifade edilmelidir ki ilgili taahhüt, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinden bağımsız bir garanti borcu olarak nitelendirilemez. Asgari gelir taahhüdü ile gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin sonucu, arsa sahibi açısından nispeten belirli bir hale gelmektedir. Dolayısıyla ilgili taahhüt, bir ferî teminat yükümlülüğü niteliğindedir.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde yüklenici; inşaatı meydana getirme, yaptığı ya da yapacağı bağımsız bölümleri pazarlayarak satışlarını yapmak, sadakat ve özen, hesap verme, ayıptan kaynaklanan ve talimata uygun ifade bulunma borçlarının altındadır. Arsa sahibi de arsasını sözleşme konusu iş için tahsis etme, yüklenicinin gerekli işlemleri tamamlayabilmesi için ihtiyacı olan yetkileri verme, satış yetkisi verilmemiş ise bizzat satışları gerçekleştirme ve elde edilen geliri yüklenici ile paylaşma borçları altındadır.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili olarak taraflar, sözleşme içerisinde özel sona erme sebepleri öngörebilirler. Bunlara ilave olarak sözleşmeyi oluşturan isimli sözleşmelere ait sona erme nedenleri de mahiyetlerine göre taraflar arası sözleşme ilişkisine kıyasen uygulanabilir niteliktedirler. Bu çerçevede incelendiğinde ilk olarak ifade edilmelidir ki ikâle sözleşmesi ile taraflar, aralarındaki sözleşme ilişkisini sone erdirebilmektedir. İlave olarak işe başlanması ve işin yürütülmesinde gecikme, inşaatın ayıplı ya da sözleşmede belirlenen standartlara aykırı olarak yapılacağının açıkça görülmesi, arsa sahibi yüzünden edimin ifasının imkânsızlaşması, inşaatın yok olması, yüklenicinin ölümü ya da yeteneğini kaybetmesi hallerini, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesini sona erdirecek nedenler olarak sıralayabiliriz.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi, inşaat sektöründe gün geçtikçe yaygınlaşan ve tercih edilen bir model olarak karşımıza çıkmaktadır. TOKİ tarafından kurulan sistem ve buradan elde edilen neticeler, sözleşmenin tanınması ve tercih edilmesinde büyük bir etken olmuştur. Ne var ki tez konumuz sözleşme ile ilgili olarak kanunda doğrudan bir düzenleme bulunmamakta, aynı şekilde Yargıtay kararlarında da bir içtihat birliği gözlemlenememektedir.

KAYNAKÇA

- AKYOL Şener**, Türk Medeni Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009
- ALTAŞ Hüseyin**, Eserin Tesliminden Önce Telef Olması (BK. Mad. 368), Yetkin Yayınları, Ankara, 2002,
- APAYDIN ÖCAL Bahar**, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, C. 2, Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, sf. 2244 - 2311
- ATAMULU İsmail**, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014
- AYAN Serkan**, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
- BARLAS Nami**, Adi ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012
- BECKER Herman**, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku-Çeşitli Sözleşme ilişkileri, C.VI, II. Kısım, Çev. Suat DURA, Yargıtay Yayınları Ankara, 1993
- BOZKURT Tamer**, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2018
- BUZ Vedat**, İş Sahibinin BK. M. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, BATİDER, Aralık – 2001, C. XXI, S. 2, sf. 209-265
- Cevdet İlhan GÜNAY**, İkale Sözleşmesi, <https://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale139.pdf> (ET. 07.06.2019) (günay, ikale)
- COŞKUN Gürkan**, Arsa Payı karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010
- DOĞANAY Ümit Y.**, Adi Şirket Akdi (Akdin Unsurları-Kurulması-Hükümsüzlüğü), Kurtulmuş Matbaası, İstanbul, 1968
- DUMAN İlker Hasan**, İnşaat Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2016
- EREM Turgut**, Ticaret Hukuku Prensipleri, 7. Baskı, İstanbul, 1977
- EREN Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015
- EREN Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015

ERMAN Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2010

ESENER Turhan / GÜNDOĞDU Fatih, Borçlar Hukuku I Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1 – 48), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017

ESENER Turhan / GÜVEN Kudret, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017

ESENER Turhan, Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara, 1961

GÜLEÇ Şafak, Eser Sözleşmesinin Beklenmeyen haller Nedeniyle Feshi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009

GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007

GÜMÜŞ Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, C.II, İstanbul, 2014

GÜMÜŞSOY KARAKURT Güler, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İKÜHFD) Prof. Dr. Turhan ESENER'e Armağan, C.15, S.1, Ocak 2016 (Özel Sayı) Armağan Cilt II, sf. 787 - 799

GÜNAY Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015

HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona / ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992

HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona / ARPACI Abdülkadir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991

İNAL Emrehan, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştay, XII LEVHA Yayınları, İstanbul, 2015

İNAL Emrehan, Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011

İNCEOĞLU M. Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009

KARADAŞ İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri Kurulması Uygulanması Sona Ermesi Sona Ermesinin Sonuçları, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013

KARAYALÇIN Yaşar, Ticaret Hukuku, C.II, Şirketler Hukuku, 2.Baskı, Ankara,1973

KILIÇOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2017

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip / HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona / ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017

KUNTALP Erden, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013

KUNTALP Erden, Sonuca Katılmalı Ödünç Sözleşmesi, TBB Yayınları, Ankara, 1980 (Ödünç)

NOMER Haluk. N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Beta Yayın, İstanbul, 2015

OĞUZMAN Kemal / BARLAS Nami, Medeni Hukuk, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018

OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015

OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, C. 2 Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016

OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012

ÖCAL APAYDIN Bahar, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu Özel Borç İlişkileri, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018

ÖZ Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013

ÖZMEN Etem Saba / AKÇURA KARAMAN Tuba, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S.1, Yıl:2013, sf. 47 - 74

ÖZYÖRÜK Sezer, İnşaat Sözleşmesi Yapısı-Feshi Borçlar Kanunu 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988

POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, sf. 84

- PULAŞLI Hasan**, Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015
- SARI Suat**, Arsa payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, İÜHFM, C. 64, S. 2, 2006, sf. 273-299
- SELİÇİ Özer**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978
- SEROZAN Rona, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip / HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona / ARPACI Abdülkadir**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 3, İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, sf. 7 – 8
- SEROZAN Rona**, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, C. 1, Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, sf. 15 – 84
- SEROZAN Rona**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1975
- SUNGURBEY İsmet**, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul, 1963
- SÜTÇÜ Nezh**, Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010
- SÜZEK Sarper**, İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013
- ŞAHİNİZ Salih**, Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı Sözleşmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2002
- ŞAHİNİZ Salih**, Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı Sözleşmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2002
- ŞENER Oruç Hami**, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Seçkin yayıncılık, Ankara, 2017
- TANDOĞAN Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/1, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008
- TANDOĞAN Haluk**, Borçlar Hukuku özel Borç İlişkileri, 6. Bası, C. I/2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008
- TANDOĞAN Haluk**, Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010
- TEKİNAY Selahattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Haluk / ALTOP Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993
- TUĞ Adnan**, Türk Özel Hukukunda Şekil, Mimoza Yayınları, 2. Bası, Konya, 1994

UĞUR Latif Onur, İnşaat Sözleşmelerinin Yönetiminde Modern Yaklaşımlar, Alter Yayıncılık, Ankara, 2007

UYGUR Turgut, İnşaat Hukuku Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, C.II, Adli Yayınevi, İstanbul, 1998

ÜNAL Mehmet / BAŞPINAR Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 7. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2015

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, ÖZDEMİR Refet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1987

YAVUZ Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2014

YAVUZ Nihat, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2. Baskı, C.II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015

YELMEN Adem, Asgari Gelir Taahhüdü İhtiva Eden Arsa Payı Karşılığı Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018

YENER Mehmet Deniz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, Beta Yayınları, İstanbul, 2011

YENİOCAK Umut, Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2014

YÜCER AKTÜRK İpek, Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012

YÜCER AKTÜRK İpek, İsimli Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016