

**AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**TUBA İŞBORA**

**‘ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ’**

**Danışman**

**Yard. Doç. Dr. M. Barış GÜNAY**

**Özel Hukuk Anabilim Dalı**

**Yüksek Lisans Tezi**

**Antalya, 2009**

## İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ.....	vii
ÖZET.....	viii
SUMMARY.....	x
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ KAVRAMI, UNSURLARI, ŞEKLİ, TÜRLERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

<b>1. ARSA PAYI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ KAVRAMI .....</b>	<b>2</b>
<b>2. ARSA PAYI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI.....</b>	<b>3</b>
2.1. ARSA SAHİBİNİN BELİRLİ ARSA PAYLARINI DEVRETME TAAHHÜDÜ.....	3
2.2. MÜTEAHHİDİN BELİRLENEN BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİ YAPMA TAAHHÜDÜ.....	4
2.3. TARAFLARIN ANLAŞMASI .....	5
<b>3. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ .....</b>	<b>6</b>
3.1. GENEL OLARAK .....	6
3.2. ŞEKLE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI .....	11
3.2.1. Genel Olarak .....	11
3.2.2. Şekle Aykırılığın İleri Sürülemeyeceği Haller .....	12
<b>4. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ .....</b>	<b>14</b>
4.1. ARSANIN TAMAMININ VEYA BELİRLİ PAYLARIN YÜKLENİCİYE DEVRİ .....	14
4.2. ARSA PAYLARININ DEVRİNİN İNŞAATIN ULAŞTIĞI SEVİYEYE GÖRE DEVRİ .....	15

4.3. ARSA SAHİBİNİN ARSA PAYLARININ SATIŞINI VAAD ETMESİ, YÜKLENİCİNİN DE ARSA ÜZERİNE İNŞAAT YAPMAYI TAAHHÜT ETMESİ .....	16
<b>5. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ .....</b>	<b>17</b>
5.1. TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN BİR SÖZLEŞME OLMASI .....	17
5.2. KARMA BİR SÖZLEŞME OLMASI .....	17
5.3. SÜREKLİ- GEÇİCİ KARMAŞIĞI OLAN BİR BORÇ İLİŞKİSİ KURMASI .....	19
5.4. TAPU KÜTÜĞÜNE ŞERH EDİLEBİLMESİ .....	23

## İKİNCİ BÖLÜM

### ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

<b>6. MÜTEAHHİDİN BORÇLARI .....</b>	<b>25</b>
6.1. YAPI YAPMA BORCU .....	25
6.1.1. Genel Olarak .....	25
6.1.2. Yapıyı Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu .....	26
6.1.2.1. Kural .....	26
6.1.2.2. Müteahhidin İşi Başkasına (Alt Müteahhide) Yaptırma Yetkisi .....	27
6.1.2.2.1. Müteahhidin İşi Başkasına Yaptırma Yetkisi ve Alt Müteahhit Kavramı .....	29
6.1.2.2.2. Asıl Müteahhit ile Alt Müteahhit Arasındaki İlişki .....	30
6.1.2.2.3. Asıl İş Sahibi ile Alt Müteahhit Arasındaki İlişki .....	31
6.1.2.2.4. İlk Müteahhidin Alt Müteahhidin Davranışlarından Dolayı Asıl İş Sahibine Karşı Sorumluluğu .....	31

6.1.3. Sadakat ve Özen Borcu .....	32
6.1.3.1. Sadakat Borcu .....	33
6.1.3.2. Özen Borcu .....	35
6.1.3.2.1. Yüklenicinin Göstermek Zorunda Olduğu başlıca Özen Yükümleri .....	36
6.1.3.2.2. Özen Borcuna Aykırılığın Özel Bir Düzenlemesi: BK m. 358/II .....	39
6.2. YAPIYI TESLİM BORCU .....	41
6.2.1. Genel Olarak .....	41
6.2.2. Teslim Borcunun İfa Zamanı .....	43
6.2.3. Teslim Borcunu İfada Temerrüt ve Bunun Sonuçları .....	43
6.2.3.1. Teslim Borcunu İfada Temerrüdün Şartları .....	43
6.2.3.1.1 Edimin Muaccel Olması .....	43
6.2.3.1.2. Edimin İfasının Mümkün Olması .....	46
6.2.3.1.2.1. Genel Olarak .....	46
6.2.3.1.2.2. BK m. 371 Hükümü .....	47
6.2.3.1.3. Edimin Yerine Getirilmemiş Olması .....	49
6.2.3.1.4. İhtar .....	51
6.2.3.2. Teslim Borcunu İfada Temerrüdün Sonuçları .....	51
6.2.3.2.1. Genel Olarak .....	51
6.2.3.2.2. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı .....	52
6.2.3.2.2.1. İş sahibi adına yapılan inşaatlarda aynen ifa isteği .....	52
6.2.3.2.2.2. Kat karşılığı yapılan inşaatlarda aynen ifa isteği .....	54

6.2.3.2.2.3. Gecikme süresinin hesabı .....	55
6.2.3.2.2.4. Gecikme tazminatı –kira mahrumiyeti isteği .....	56
6.2.3.2.3. İfadadan Vazgeçme ve Müsbet Zararın Tazmini .....	63
6.2.3.2.3.1. Temerrüde düşen müteahhidin işe başlamamış olması .....	63
6.2.3.2.3.2. Temerrüde düşen müteahhidin işi kısmen yapmış olması .....	64
6.2.3.2.4. Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazmini .....	66
6.2.3.3. BK m. 358/I Hükümü .....	73
6.2.3.3.1. BK m. 358/I'in Uygulanma Şartları.....	74
6.2.3.3.2. BK m. 358/I'in Sonuçları .....	77
6.3. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU .....	78
6.3.1. Ayıba Karşı Tekeffülün Şartları .....	79
6.3.1.1. Yapının Teslim Edilmiş Olması .....	79
6.3.1.2. Yapının Ayıplı Olması .....	79
6.3.1.2.1. Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerin Eksikliği .....	80
6.3.1.2.2. Gerekli Niteliklerin Eksikliği .....	80
6.3.1.2.3. Ayıp Türleri .....	81
6.3.1.2.3.1. Hukuki Ayıp- Fiili (Maddi) Ayıp .....	81
6.3.1.2.3.2. Gizli Ayıp- Açık Ayıp .....	81
6.3.1.2.3.3. Önemli Ayıp-Önemsiz Ayıp .....	82
6.3.1.3. Ayıbın Arsa Sahibine Yüklenmemesi .....	81

6.3.1.4. Arsa Sahibinin Yapıyı Kabul Etmemiş Olması .....	84
6.3.1.5. Arsa Sahibinin Muayene ve İhbar Külfetlerini Yerine Getirmiş Olması .....	84
6.3.1.5.1. Muayene Külfeti .....	84
6.3.1.5.2. İhbar Külfeti .....	88
6.3.2. Arsa sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları .....	93
6.3.2.1. Genel Olarak .....	93
6.3.2.2. Sözleşmeden Dönme Hakkı .....	94
6.3.2.2.1. Yapıdaki Ayıpların Arsa Sahibinin Kabule Zorlanamayacağı Derecede Önemli Olması .....	95
6.3.2.2.2. Yapının Yıkılması ve Kaldırılması Aşırı Bir Zararı Gerektirmemesi.....	96
6.3.2.2.3. Dönme Beyanı .....	98
6.3.2.3. Ücretin İndirilmesini Talep Hakkı .....	98
6.3.2.4. Ayıbın Giderilmesini Talep Hakkı .....	103
6.3.2.5. Tazminat Talep Hakkı .....	106
6.3.3. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı.....	108
<b>7. ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI .....</b>	<b>112</b>
7.1. ARSA PAYLARINI DEVİR BORCU .....	112
7.2. İNŞAATIN YAPILMASI İÇİN KENDİSİNE DÜŞEN YÜKÜMLERİ YERİNE GETİRME BORCU .....	115

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE ORTAYA ÇIKAN BAZI ÖZEL DURUMLAR

<b>8. İNŞAATTAN HAK ELDE EDEN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN DURUMU .....</b>	<b>118</b>
8.1. GENEL BİLGİLER .....	118
8.2. ARSA SAHİBİNİN PAYLARINI BAŞLANGIÇTA MÜTEAHHİDE DEVRETMİŞ OLMASI HALİNDE .....	119
8.2.1. Müteahhidin arsa payının mülkiyetini üçüncü kişiye devretmesi .....	119
8.2.2. Müteahhidin arsa payının satışını üçüncü kişiye vaad etmesi .....	123
8.3. ARSA PAYLARININ MÜTEAHHİDE DEVREDİLMEMİŞ OLMASI HALİNDE .....	126
<b>9. AYIP DIŞINDAKİ EKSİK İŞLER SORUNU .....</b>	<b>129</b>
<b>10. İLAVE İŞ VE İLAVE BAĞIMSIZ BÖLÜM YAPILMASI SORUNU .....</b>	<b>130</b>
10.1. İLAVE İŞ .....	130
10.2. İLAVE BAĞIMSIZ BÖLÜM .....	131
<b>11. ESER SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN BAZI HÜKÜMLERİN ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNE UYGULANMASI SORUNU .....</b>	<b>135</b>
11.1. BK m. 365 /II HÜKMÜNÜN UYGULANMASI SORUNU.....	135
11.2 BK. m. 369 HÜKMÜNÜN UYGULANMASI SORUNU.....	136
<b>12. SONUÇ.....</b>	<b>139</b>
<b>13. KAYNAKÇA.....</b>	<b>141</b>
<b>13. ÖZGEÇMİŞ.....</b>	<b>143</b>

## KISALTMALAR LİSTESİ

BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
HD	: (Yargıtay) Hukuk Dairesi
HGK	: (Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu
İBK	: (Yargıtay) İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	: Karar
Karş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay



## ÖZET

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, inşaat sözleşmelerinin bir türüdür. Özel bir tür olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhit, belirlenen bağımsız bölümleri yapmayı taahhüt ederken arsa sahibi de, belli arsa paylarını devretmeyi taahhüt eder. Müteahhit yönünden inşaat yapma yükümlülüğünü, arsa sahibi yönünden tapuda pay geçirme yükümlülüğünü içerdği için, hem inşaat yapma, hem satış vaadi sözleşmelerini bünyesinde birleştiren özel bir tiptir. Yargıtay kararlarında da çift tipli sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Teoride karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde yaratma (kıyas) teorisinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için taşınmaz satımı ile istisna sözleşmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanabilecektir. Hükümlerin uygulanmasında çatışma olduğu zaman, tarafların sözleşmedeki amaçları ve tarafların menfaatleri göz önüne alınarak hakkaniyet çerçevesinde karar verilecektir. Şayet bir sonuç elde edilemezse örf ve adet hukukuna başvurulacak, bundan da bir sonuç elde edilemediği takdirde hakim TMK m. 1'e göre hukuk kuralı yaratacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin bir takım borçları bulunmaktadır. Bunlar; yapıyı sözleşmeye uygun bir şekilde yapma ve zamanında teslim etmedir. Ayrıca yapının ayıplı olduğu durumlarda müteahhidin arsa sahibine karşı ayıba karşı tekeffül borçu da bulunmaktadır. Arsa sahibinin borçları ise; arsa paylarını devretme ve inşaatın yapılması için kendisine düşen yükümlülüklerini yerine getirmedir.

Doktrinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani edimli sözleşmeler mi yoksa sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler mi olduğu tartışma konusudur. Ani edimli borç ilişkilerinde edimin ifasıyla borcun sona ermesi aynı anda gerçekleşmektedir. Alacaklı ifaya ilişkin menfaatini borcun sona ermesi anında sağlar. Sürekli borç ilişkisi doğuran edimlerde ise taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi bulunmakta ve borçlar da zaman içerisinde bölümler halinde ifa edilmektedir. Şayet borç ilişkisinin sürekli olduğunu kabul edersek, arsa sahibi sözleşmeyi sona erdirdiğinde, sözleşme ileriye yönelik sonuç doğuracağı için yerine getirilmiş kısımlar varlığını koruyacaktır. Fakat borç ilişkisinin ani edimli olduğunu kabul edersek de sözleşme geçmişe etkili bir şekilde ortadan kalkacağı için müteahhit o ana kadar

yapmış olduğu işlerin karşılığını sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak isteyebilecektir.

## SUMMARY

Building Contract in return to land share is a kind of Building Contracts. Concerning with this type of contracts, a contractor promises to build separate parts and a land owner promises to turn over land share. Since the contract includes obligations of each party, the contractor obliged to construct the building, the land owner obliged to title deed in return to share, in another way it includes constructions and in return sale promise and these conditions make the contract special. Supreme Court considers this kind of contracts double kind contract. In theory, many ideas were put forward concerning what kind of rules will be applied for mixed contracts. According to doctrine, creation theory must be applied. Rules related to sale of immovable and exception contract can be applied by comparison. If any conflict occurs during the application, aims and benefits of the both parties as promised in the contract will be reviewed and will be judged being equal to both parties. If the conflict can not be solved, law of custom and usage will be applied. If the conflict still exists, a judge will create law rule according to TMK m.1.

The contractor owes the land owner in some ways according to building contract in return to land share. To construct the building as signed in the contract and terminate it on time. Besides, in case of fault, the contractor owes the land owner again because of fault. Like the contractor, the land owner owes the contractor as well. The debts of land owner are turn over the land share and do other obligations from which he/she is responsible.

Within the doctrine, the situation of the contract whether it is continuous or non continuous is on debate. At non continuous contract, the debt terminates when the obligation has done. The obligee benefits, the sooner the other party done his/her obligation. At continuous debt relations, parties are related to each other continuously in debt. And debts are paid in time in separately. If we consider the dept as continuous, in case of the land owner cease the contract, since the contract considers future, it contains some parts which are already done. If we consider the dept as non continuous, the contract do not considers past. In that case the contractor could claim against the works he has done till that time.

## GİRİŞ

Son yıllarda özellikle büyük şehirlerde konut ve işyeri üretimi için, müteahhitler arsa satın almak ve bunun için büyük maliyetlere katlanmak yerine, arsa sahipleriyle aralarında yapacakları sözleşmeyle belli bir oran ve miktarını arsa sahiplerine vermek koşuluyla konut ve iş yerleri inşa ederler. Buna halk dilinde “Kat Karşılığı İnşaat” denilmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, diğer bir deyim ile, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, inşaat sözleşmelerinin bir türüdür. İnşaat sözleşmelerinde, iş sahibi ile inşaatı yapacak müteahhit arasında, iş yapılmasına dair karşılıklı iradelerin birleşmesiyle sözleşme oluşur. Yani, genel olarak inşaat sözleşmeleri şekle tabi değildir. Ancak, şekle bağlı olmaksızın yapılan sözleşmenin varlığında uyumsuzluk çıktığı takdirde, sözleşmenin varlığını iddia eden taraf, HUMK m. 288 vd. maddelerine göre iddiasını ispatlamak zorundadır. Özel bir tür olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhit, kendi malzemesiyle yapacağı inşaatın bir bölümünü arsa sahibine vermeyi üstlenmesine karşılık, arsa sahibi de, üzerine inşaat yapılacak arsanın belli bir payının mülkiyetinin devrini müteahhit adına geçirilmesini taahhüt eder. Sözleşme bu özelliğine göre, müteahhit yönünden inşaat yapma yükümlülüğünü, arsa sahibi yönünden tapuda pay geçirme yükümlülüğünü içerdiği için, hem inşaat yapma, hem satış vaadi sözleşmelerini bünyesinde birleştiren özel bir tiptir. Bundan dolayı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, karma nitelikli sözleşmelerdir. Karma sözleşmeyi oluşturanlar, “istisna sözleşmesi” ile “taşınmaz satış sözleşmesi”dir. Sözleşmelerden arsa sahibi, taşınmazın satışını vaat eden konumundadır; müteahhit ise bu taşınmazı almayı vaat edendir. Bu yönden bakıldığında sözleşme, “satış sözleşmesi” niteliği taşımaktadır. Ancak müteahhit, taşınmazın alımı için para ödemek yerine, bu taşınmaz üzerinde bina yapacak ve bu binanın bir kısmını arsa sahibine verecektir. Bu yönden bakıldığında ise sözleşme, istisna (eser) sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Bu karma sözleşmenin geçerliliği, taşınmaz satış vaaadinin baskın olduğu görüşüyle, resmi şekle bağlanmış, en az noterce düzenleme şeklinde yapılması gerektiği kabul edilmiştir.

Tezde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kavramı, unsurları, şekli, türleri, hukuki niteliği, sözleşmenin hüküm ve sonuçları ile sözleşmede ortaya çıkan bazı özel durumları incelenmiştir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ KAVRAMI, UNSURLARI, ŞEKLİ, TÜRLERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

#### § 1. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

Ülkemizde sanayinin gelişmesiyle birlikte çarpık kentleşme meydana gelmiş, bunun sonucu olarak da konut sorunu ortaya çıkmıştır. Bu sorunu çözmek için gittikçe çok katlı apartmanlar yapılmaya başlanmıştır. Bir tarafta müteahhit, diğer tarafta arsa sahibi aralarında anlaşarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapmaya başlamışlardır. Uygulamada, “taşınmaz satışı ve inşaat sözleşmesi”, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, “arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi” şeklinde değişik isimlerle adlandırıldıkları görülmektedir<sup>1</sup>. Netice itibarıyla bu sözleşmelerin temel amacı aynıdır. Bu amaç, müteahhidin belli bir arsa payı karşılığında, arsa sahibine binayı ve bağımsız bölümlerini yapıp teslim etmesidir

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi<sup>2</sup>, Borçlar Kanunu’muzda düzenlenmediği için herhangi bir tanımı bulunmamaktadır. Bununla birlikte Borçlar Kanunumuzda yer alan taşınmaz satış sözleşmesi ile eser sözleşmesinin unsurlarını taşımaktadır<sup>3</sup>.

Eser sözleşmesinin BK m. 355’te tanımı yapılmıştır. Buna göre, “İstisna bir akittir ki, onunla bir taraf diğer tarafın vermeyi taahhüt ettiği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.”

Eser sözleşmesinin unsurlarını arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uyarlayacak olursak şu şekilde bir tanım yapabiliriz: Bina (bir şey, eser) imal etmek taahhüdünde bulunan kişi yani müteahhit ile imal edilen şey karşılığında arsa payı (maddi bir değer) veren arsa sahibi arasında yapılan sözleşmeye arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi diyebiliriz. Ama

<sup>1</sup> KARAHASAN, İnşaat, s. 301.

<sup>2</sup> Bu sözleşmeye Yargıtay kararlarında “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” denilmektedir. (Yarg. İBK, 30.09.1988, 2/2-RG. 20026, s.30).

<sup>3</sup> ERMAN, s. 1.

unutmamak gerekir ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri karma sözleşmeler olması ve sürekli bir edim doğurması sebebiyle istisna sözleşmelerinden ayrı özellik göstermektedirler<sup>4</sup>.

## **§ 2. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI**

### **2.1. ARSA SAHİBİNİN BELİRLİ ARSA PAYLARINI DEVRETME TAAHÜDÜ**

Müteahhidin sözleşme gereği borcunu yerine getirmesi karşılığında, arsa sahibi de sözleşmede belirtmiş oldukları arsa paylarını müteahhide devretme borcu altına girmektedir. Arsa sahibi birden fazla kişi olabileceği gibi, gerçek veya tüzel kişi de olabilir<sup>5</sup>. Arsa sahibi bu borcunu yerine getirirken dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket etmeli, hukuki ve maddi imkansızlıklar içeren bir arsa için sözleşme yapmamalıdır. Örneğin, arsa üzerinde imar yasağının bulunması durumunda hukuki bir imkansızlık var demektir. Burada arsa sahibinin borcunu yerine getirmiş olmasından bahsedilemez. Bununla birlikte taşınmazın tapuya kayıtlı olmaması durumunda ise, mülkiyetin devri zilyetliğin verilmesiyle gerçekleştiğinden, arsa sahibinin arsa paylarının zilyetliğini müteahhide vermesiyle, arsa sahibi devir borcunu yerine getirmiş sayılır<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> KOSTAKOĞLU, s. 17.

<sup>5</sup> Yarg. HGK, 30.03.1994, 1993/860 E. 1964/181: "... Öncelikle, kooperatif ana sözleşmesinin ve ticaret sicili dosyasının getirtilerek, ana sözleşme ile yönetim kurulu üyelerine ne gibi yetkilerin verildiği ve bu yetkileri kimlerin ne şekilde kullanabileceklerinin belirlenmesi, kooperatifin amacı ve bu amaç içinde kat karşılığı inşaat yapıp yapmayacağının tespiti gerekir.

Kooperatif sözleşmesinin inikadından sonra müdür olarak tayin olunan Hayati tarafından imzalanan akitlere ve yapılan inşaata, kooperatifçe onay verilip verilmediğinin tartışılması gerekir. Kooperatiflerde en yetkili organ genel kurul olup yasanın amir hükümleri dışında kooperatifle ilgili her konuda karar almaya yetkilidir. Bu nedenle, vekilce gerçekleştirilen sözleşmelerin geçersiz olduğu kabul edilse bile, genel kurulca benimsenmişse artık bu akdin feshinin istenmesi iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. O halde, Genel Kurulun bu işleme onay verip vermediği araştırılıp tartışılmalıdır..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>6</sup> ERMAN, s. 2.

## 2.2. MÜTEAHHİDİN BELİRLENEN BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİ

### YAPMA TAAHHÜDÜ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhit, bağımsız bölüm (kat) yapma borcu altına girmiştir.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) m. 2’de tanımlara yer verilmiştir. Buna göre; “Kat mülkiyetine konu olan gayrimenkulün bütününe (Ana gayrimenkul); yalnız esas yapı kısmına (Ana yapı) ana gayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümlerine (Bağımsız bölüm); bir bağımsız bölümün dışında olup, doğrudan doğruya o bölüme tahsis edilmiş olan yerlere (Eklenti); bağımsız bölümler üzerinde kurulan mülkiyet hakkına (Kat mülkiyeti) ve bu hakka sahip olanlara (Kat maliki)”denir.

KMK m. 2’den de anlaşılacağı üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin borcu, sadece bağımsız bölümleri inşa etmek değil, aynı zamanda bağımsız bölümlerin dışında olup da doğrudan doğruya bu bağımsız bölümlere özgülenmiş olan eklentileri de inşa etmektir. Çünkü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin temel amacına baktığımızda taraflar, binanın tamamlanarak kat mülkiyetine geçirilmesini ve herkesin kendisine ait bağımsız bölümlerinin olmasını istemektedirler<sup>7</sup>.

Müteahhidin sözleşme gereği kendisine düşecek bölümleri eksik yapmış olması (örneğin, müteahhidin kendisine düşecek olan bölümlerdeki odaların duvarlarının boyanmamış olması, mutfak dolaplarının yapılmamış olması, muslukların takılmamış olması vs.) taşınmazın kat mülkiyetine dönüştürülmesine engel teşkil etmediği sürece müteahhidin borcunu yerine getirmediğinden söz edilemez<sup>8</sup>. Bu durum müteahhidin kendisine düşecek bölümleri istediği gibi yapabileceği anlamına gelmemektedir. Şayet müteahhit kendisine düşecek bölümleri imara aykırı bir şekilde yaparsa (örneğin, kendisine düşecek olan bölümlerin balkonunu yapmayarak odaları genişletmesi, pencereleri projeye aykırı olarak daha farklı veya büyük-küçük yapması vs.) ve bu durum kat mülkiyetine geçmeyi engellerse, burada müteahhidin borcunu yerine getirmemesi durumu söz konusu olur.

---

<sup>7</sup> ERMAN, s. 3.

<sup>8</sup> Karş. KARTAL, s. 101.

### 2.3. TARAFLARIN ANLAŞMASI

Bir sözleşmenin geçerli olabilmesi ve hukuki sonuç doğurabilmesi için, tarafların sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmış olmaları gerekmektedir. Ayrıca tarafların kanunda gösterilen şekil şartına uygun olarak iradelerini açıklamaları gerekmektedir. Aksi takdirde sözleşme taraflar için bir hak ve yükümlülük doğurmaz<sup>9</sup>.

BK m. 1, “iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur” ifadesiyle sözleşmenin ne zaman meydana geleceğini; ikinci paragrafı ile “rızanın beyanı sarıh olabileceği gibi zımni dahi olabilir” demekle de rızanın ne şekilde olabileceğini belirtmiştir.

BK m. 2’de, “iki taraf akdin esaslı noktalarında uyuşurlar ise ikinci derecedeki noktalar sükutla geçilmiş olsa bile akde münakit olmuş nazariyle bakılır...” demek suretiyle tarafların mutlaka esaslı noktaları belirtmeleri gerektiği, ikinci derecedeki noktaları belirtmemiş olsalar bile sözleşmenin geçerli olacağı hükme bağlanmıştır.

BK m. 11’de ise sözleşmenin şekil şartı düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmenin geçerli olabilmesi için kanun koyucu bir şekil şartı aramış ise, sözleşmenin geçerli olması tarafların bu şekil şartına uymalarına bağlıdır. Tarafların bu şekil şartına uymamaları durumunda, taraflar için herhangi bir hak ve yükümlülük doğmaz.

Borçlar Kanunu’nda her ne kadar şekil serbestisinden bahsedilse de, kamu düzenini ilgilendiren sözleşmeler, tarafların rıza ve iradelerine rağmen kanunda belirtilen biçimde düzenlenmedikçe hukuki sonuç doğurmazlar. Bu tür sözleşmeler toplum ve düzeni korudukları için kanun koyucu tarafından belirli bir şekil şartına bağlanmışlardır<sup>10</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, eser sözleşmesi ile taşınmaz satım sözleşmelerinin unsurlarının bulunduğundan bahsetmiştik. Müteahhidin borcunu yerine getirmesi yani binayı yapıp arsa sahibine teslim etmesi istisna sözleşmesi niteliğinde; buna karşılık, arsa sahibinin borcu yani arsanın kararlaştırılan paylarını müteahhide devretmesi ise satım sözleşmesi niteliğindedir. BK m. 335’te düzenlenen eser sözleşmesine baktığımızda, sözleşme serbestisine tabi olduğunu, yani sözleşmenin şekle bağlı olmadığını görmekteyiz.

---

<sup>9</sup> EDİS, s. 209.

<sup>10</sup> ÖZDEMİR, s. 11-12.



Her ne kadar eser sözleşmesinde şekil serbestisi söz konusu olsa da, arsa sahibinin borcunu yerine getirebilmesi için arsa paylarının mülkiyetinin devri gerektiğinden dolayı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerekir<sup>11</sup>. Bununla birlikte taraflar sözleşmenin içeriğini istedikleri gibi belirleyebilirler. Taraflar, inşaatın başlama ve bitim tarihi, müteahhidin borcunu zamanında yerine getirmemesi durumunda ne yapacakları, müteahhidin arsa sahibine ödeyeceği ceza miktarı, inşaatla ilgili sigorta, ipotek, resim harçlarının kimin tarafından ödeneceği, sözleşmeden doğacak ihtilaflar için hangi mahkemenin yetkili olacağı (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 22’de yer alan yetki sözleşmesi) gibi konularda anlaşabilirler<sup>12</sup>.

### **§ 3. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ**

#### **3.1. GENEL OLARAK**

Tarafların birbirine uygun olarak iradelerini sözlü veya yazılı bir şekilde açıklamaları halinde sözleşme kurulmuş olur. Yani sözleşmenin belli bir şekilde yapılması gerekmemektedir. Ancak taraflardan birinin sözleşmeyi inkar etmesi durumunda, MK m. 6 uyarınca sözleşmenin varlığını iddia eden taraf bu iddiasını ispat külfeti altındadır. İspat hukuku yönünden iddia, HUMK m. 288 ve devamı hükümlerince ispatlanmalıdır. Örneğin, eğer arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sözlü yapılmış ise ve arsa sahibi de yapılan sözleşmeyi inkar etmişse müteahhit, yaptığı işin değeri 400 YTL’yi geçtiği takdirde<sup>13</sup> inşaatı kendisinin yaptığını ve aralarında sözleşme olduğunu ispat için şahit dinletemez. Müteahhit iddiasını ancak yazılı bir delille ya da karşı tarafa teklif edeceği yeminle ispat edebilir. Görülüyor ki şekil şartı aranmayan durumlarda bile ispat bakımından sözleşmelerin şekle bağlı yapılmaları gerekmektedir<sup>14</sup>. Konuyla ilgili Yargıtay 15. HD’nin 03.10.1984 tarih,

---

<sup>11</sup> Şekil konusu ilerde ayrıca incelenmiştir. Bkz. § 3.

<sup>12</sup> KAYA, s. 9.

<sup>13</sup> 14.07.2007 tarih ve 5219 sayılı kanunla senetle ispatın 40.000.000 TL olan alt sınırı 4000.000.000 TL (400YTL)’ye yükselmiştir.

<sup>14</sup> KOSTAKOĞLU, s. 21.

1984/1631 E. ve 1984/3265 K. sayılı kararı aynen şöyledir<sup>15</sup>: “Eser sözleşmesi borçlar kanunumuzda belli bir şekle tabi tutulmamıştır. Ancak olayımızda, yapımı yüklenilen inşaat, iş sahibi davalı tarafından inkar edilerek taraflar arasında akde ilişkinin mevcudiyeti, inkar ile ihtilafli hale gelmektedir. HUMK’un değişik 288. maddesi hükmünce; uyuşmazlığın miktarı veya değeri beş bin lirayı (14.7.2007 T. 5219 sayılı kanunla halen 400.000.000 TL’dir) geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu maddede ön görülen şekil koşulu, geçerlik için değil, usul hukuku yönünden konulmuş bir ispat şeklidir. İspat şeklinin zorunluluğu nedeni ile hukuki işlemlerin kural olarak tanık sözleri ile ispatı olanağı da yoktur”.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsanın yani taşınmazın mülkiyetinin devri söz konusudur. Taşınmaz satım sözleşmeleri de resmi şekil şartına tabidir (TMK m. 706, BK m. 213, Tapu K. m. 26). TMK m. 706’ya göre, “taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş olmalarına bağlıdır”. BK m. 213’e göre de, “gayrimenkul satımı muteber olmak için resmi senede raptedilmek şarttır”. Tapu Kanunu m. 26’ya göre de taşınmaz malların satımına ilişkin sözleşmelerin tapu memuru huzurunda yapılması ve resmi senetlerin de tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından düzenlenmesi gerekmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hukuki niteliği bakımından karma bir sözleşmedir. Müteahhidin borcunu yerine getirmesi yani binayı yapıp arsa sahibine teslim etmesi istisna sözleşmesi; buna karşılık, arsa sahibinin borcunu yerine getirmesi, yani arsanın kararlaştırılan paylarını müteahhide devretmesi satım sözleşmesi niteliğindedir. Eser sözleşmesi resmi şekle tabi değilken, satım sözleşmesi resmi şekle tabidir. Yani taraflardan birinin (arsa sahibinin) edimi resmi şekle tabi iken, diğerinin (müteahhidin) edimi resmi şekle tabi değildir. Taraflardan birinin ediminin resmi şekle tabi olduğu durumlarda, sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekir. Nitekim Yargıtay 15. HD’nin, 16.05.1994 tarih ve 1994/3202 E. ve 1994/3218 sayılı kararına göre<sup>16</sup>: “...Tapulu taşınmaz üzerine, arsa payı devrini de öngören eser sözleşmelerinin ve hatta eser sözleşmesindeki bazı hususların ileride yapılacağına dair akitlerin, noterlerce, "düzenleme" şeklinde yapılması gerekmektedir. Sözleşme, "onaylama" şeklinde yapılmışsa, arsa maliklerinin, tapu paylarını devir borcu doğmaz...”

---

<sup>15</sup> Kazancı Hukuk Otomasyon Programı.

<sup>16</sup> Kazancı Hukuk Otomasyon Programı.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri şekle uyulmadan yapıldıkları takdirde kural olarak geçersiz olurlar<sup>17</sup>. Sözleşmenin geçersizliği durumunda taraflar sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde verdiklerini isteyebilirler<sup>18</sup>. Sebepsiz zenginleşme BK m. 61 ve devamında düzenlenmiştir. BK m. 61'e göre, "haklı bir sebep olmaksızın aharın zararına mal iktisabeden kimse, onu iadeye mecburdur. Hususiyle muteber olmayan veya tahakkuk etmemiş bulunan bir sebebe yahut vücudu nihayet bulmuş olan bir sebebe müsteniden ahzolunan şeyin, iadesi lazımdır." Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçersiz olduğu hallerde, müteahhit edimini yerine getirdiği takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine

---

<sup>17</sup> ERMAN, s.16.

<sup>18</sup> Yarg. 15. HD, 30.05.1979, 1979/947 E. ve 1979/1313: "Çift tipli bir karma sözleşme olan arsa karşılığında kat (daire) yapımı sözleşmesinin geçerliği ise, kamusal biçimde (resmi şekilde) yapılmasına bağlıdır. 16.5.1973 günlü sözleşmeyle, arsa malikinin, arsasını yükleniciye geçirim borcu altına girdiği çok belirgindir. Taşınmaz ya da pay mülkiyetinin geçirimine yönelik anlaşmanın, MK. m.634; BK. m. 213 gereğince kamusal biçimde düzenlenmesinde zorunluluk vardır. TK. md. 26'ya göre, böyle bir sözleşmeyi senetleme yetkisi de, tapu kütük memuruna tanınmıştır. Taşınmaz ya da pay mülkiyetinin satış vaadinin ise, noterlerce düzenleme biçimde (re'sen) yapılacağı, MK. m. 60/b. 3'de yer alan hüküm gereğindedir. Yargıtay'ın 24.4.1978 gün, 3/4 sayılı İnançları Birleştirme Kararı ile de noterlerce düzenlenen kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaadi sözleşmelerinin geçerli olduğu kabul edilmiştir. Davanın dayanağını oluşturan 16.5.1973 günlü sözleşmenin ise, yukarıda açıklandığı gibi düzenlenmiş olmayıp, noterlikçe yalnızca onama işlemi yapılmıştır. Öyleyse bu sözleşmeye geçerlik, tanımak, yasa hükümlerinin kesin buyruğuna aykırı düşer. Geçerlilik koşulu olan biçim, kamu düzenini ilgilendirdiğinden, hakimin, bu yönü görevinden ötürü, doğrudan göz önünde bulundurması gerekir. Geçersiz 10.5.1973 günlü sözleşme, hukuk alanında bağlayıcı olarak hiç bir sonuç doğurmayacağı için davacı, bu sözleşmenin II. maddesine dayanarak istemde bulunamaz. O nedenle 30.000 liranın ödetilmesi asla söz konusu olamaz. Öte yandan, geçersiz bir sözleşmenin ihlali giderim (tazmin) borcu doğuramaz. Olumlu zarar niteliğinde bulunan kardan yoksunluk için istemde bulunulması, sözleşmenin geçerli olmasına bağlıdır. Yerel mahkemenin dayandığı 27.12.1978 günlü bilirkişi raporunda %25 yüklenici karı dahil olarak sonuçta 146.053 lira hesaplanmış, bu tutarın ödetilmesine karar verilmekle kardan yoksunluk istemi benimsenmiştir ki, yukarıda apaçık belirtildiği üzere, geçersiz bir sözleşmeye dayanılarak olumlu zarar niteliğinde kardan yoksunluğa yönelik olarak istemde bulunulamaz. Tüm bu yönler gözden kaçırılarak 30.000 lira ile %25 yüklenici karının ödetilmesine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Dava dilekçesinde 250.000 lira inşaat giderlerinin ödetilmesi istemine de yer verilmiş, bilirkişi % 25 yüklenici karını da katarak 146.053 lira hesaplamıştır. Oysa geçersiz bir sözleşme uyarınca, sözleşenler verdiklerini, nedensiz zenginleşme kuralları çerçevesinde geri isteyebileceklerinden, davacının inşaat giderlerinden dolayı, davalıların mal varlıklarında meydana gelen artışın, uzman bilirkişiçe saptandıktan sonra, bir karar verilmesi gerekir ki, yerel mahkemenin bu yönü de gözden kaçırmaması, usul ve yasaya aykırı olup hüküm, kazanılmış hak kuralı gözetilmek üzere bu nedenle de bozulmalıdır". (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

dayanarak arsa sahibinden yapmış olduğu edimleri tazmin eder<sup>19</sup>. Bu gibi durumlarda hakkaniyete dikkat ederek “denkleştirici adalet prensibini” uygulamak gerekir. Şöyle ki, müteahhidin yapmış olduğu kısımların inşaat ve maliyet bedelleri, inşaatın yapıldığı tarih dikkate alınarak verildiği takdirde burada hakkaniyete aykırılıktan söz edilir. Bu nedenle müteahhidin sözleşmenin geçerli olduğu düşüncesiyle yapmış olduğu imalatların bedellerinin, sebepsiz zenginleşme çerçevesinde imalatın yapıldığı tarih değil de ifanın gerçekleşmeyeceğini öğrendiği tarih dikkate alınarak hesaplanmalıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, noter önünde düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir (Noterlik K. m. 60). Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri noterde tasdik (onaylanma) şeklinde yapıldıkları takdirde şekil yönünden geçerli olmazlar<sup>20</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekilde yapılmış olsa bile sonradan tarafların sözleşmenin içeriğini değiştirmeleri durumunda BK m. 12 uyarınca<sup>21</sup> tarafların bu değişikliği de resmi şekilde yapmaları gerekmektedir<sup>22</sup>. Aynı şekilde taraflar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapmak için ön sözleşme düzenleyeceklerse, bunu da BK m. 22 uyarınca<sup>23</sup> resmi şekilde yapmaları gerekmektedir<sup>24</sup>. BK m. 22/II tarafların hukuki menfaatlerini korumakta ve şekle ilişkin uyumsuzlukları da çözümlenmektedir<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> ÖZ, s. 83.

<sup>20</sup> ERMAN, s. 17.

<sup>21</sup> BK m. 12’ye göre, “kanunen tahriri olması lazım olan bir akdin tadili dahi tahriri olmak lazımdır.”

<sup>22</sup> Yarg. 15. HD, 13.12.2002, 2002/ 4641 E., 2002/961 sayılı kararına göre: “... Davacı yüklenicinin cezanın artırılmasına dair taahhüdü adi yazılı düzenlenmiştir. BK 12. maddesi hükmünce yüklenicinin durumunu ağırlaştırılan bu taahhüt ilk ek sözleşmeler gibi noterde düzenlenmediğinden geçerli sonuç doğurmaz...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Tapulu taşınmaz üzerine, arsa payı devrini de öngören eser sözleşmelerinin ve hatta eser sözleşmesindeki bazı hususların ileride yapılacağına dair aktlerin, noterlerce, "düzenleme" şeklinde yapılması gerekmektedir. Sözleşme, "onaylama" şeklinde yapılmışsa, arsa maliklerinin, tapu paylarını devir borcu doğmaz.

<sup>23</sup> BK. m. 22’ ye göre: “Bir akdin ileride inşa edilmesine dair yapılan mukavele muteberdir. Kanun iki tarafın menfaatleri için bu akdin sıhhatini bir nevi şekle riayet etmeğe tabi kıldığı takdirde, bu şekil o akdin yapılması taahhüdüne de tatbik olunur.”

<sup>24</sup> Yarg. 15. HD. 30.10.1990 tarihli 1990/3418 E. ve 1990/4382 sayılı kararına göre: “... Taraflar arasında yapılmış olan ön protokoller içeriğinden, ileri de tarafların kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapacakları anlaşılmaktadır. BK. 22 hükmü gereğince bir sözleşmenin ileride yapılması için sözleşme yapılması olanağı bulunmaktadır. Ancak, kanun iki tarafın yararı için bu sözleşmenin geçerliliğini şekle bağlamış ise, bu şekle ön sözleşmenin yapılmasında da uyulması gerekmektedir. Taraflar arasında yapılan ön protokoller adiyen ve

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekilde yapılmadığı takdirde sözleşme geçersiz olduğu için, müteahhit ediminin tamamını veya büyük bir kısmını yerine getirmiş olsa bile sözleşmenin geçersizliğinden dolayı arsa sahibinden arsa paylarının kendisine geçirilmesini talep edemez. Bu noktada müteahhidin durumu ne olacaktır? Bu gibi durumlarda tarafların iradeleri dikkate alınarak “tahvil” yoluyla<sup>26</sup> müteahhidin hakkını alması sağlanmalıdır. Uygulamaya baktığımızda müteahhidin amacı arsa payını veya daireyi almak değil, bunların satışı sonucu elde edilen değerini yani parayı almaktır. Burada şekil eksikliğinden dolayı sözleşmenin geçersiz olduğunu belirtmek yerine, arsa sahibiyle müteahhit arasında bir istisna sözleşmesinin var olduğunu, arsa paylarının da önceden bedellerinin belli olmadığından “yaklaşık ücretle” yapılmış olan bir istisna sözleşmesinden bahsetmek daha doğru olur<sup>27</sup>.

Şekil bakımından bir diğer konu da, müteahhit kendisine devredilecek olan arsa paylarını üçüncü kişilere devrettiği durumlarda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şekil bakımından eksik olduğu takdirde üçüncü kişilerin durumlarının ne olacağı konusudur. Müteahhidin haklarını üçüncü kişilere devretmesi teknik anlamda “alacağın temlik”dir. BK m. 163 uyarınca<sup>28</sup> alacağın temlik resmi şekil şartına tabi değildir. Yani adi yazılı şekilde yapılan bir alacağın temlik sözleşmesi geçerlidir. Müteahhit BK m. 169 uyarınca<sup>29</sup> üçüncü kişi alacaklıya borcu garanti etmiş olur ve üçüncü kişinin yani temlik alanın menfi zararını BK m. 171/I uyarınca<sup>30</sup> karşılamak zorundadır<sup>31</sup>.

---

haricen düzenlenmiş olup, biçim yönünden hukuken geçerli ve tarafları bağlayıcı nitelikte değildir...”  
(Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>25</sup> KOSTAKOĞLU, s. 66.

<sup>26</sup> Hukuki muamelelerin “tahvil” yolu ile geçerli sayılması konusunda Bkz. KANETİ, s. 226 vd.

<sup>27</sup> ERMAN, s. 18.

<sup>28</sup> BK. m 163’e göre: “...Bir alacağın temlikini va’detmek, hususi şekle tabi değildir.”

<sup>29</sup> BK. m 169’e göre: “Alacağın temlik ıvaz mukabilinde icra edilmiş ise temlik eden kimse alacağın temlik zamanında mevcudiyetini zamandır.”

<sup>30</sup> BK. m 171/1’e göre: “Temlik eden zaman ile mükellef ise; temellük edene karşı ancak resülmal ve faiz olarak almış olduğu miktar nispetinde mesuldür. Bundan başka temlikin mucip olduğu ve alacaklının borçluya karşı semeresiz takibi dolayısıyla ihtiyar ettiği masrafları da zamin olur.”

<sup>31</sup> ERMAN, s. 19.

## 3.2. ŞEKLE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

### 3.2.1. Genel Olarak

BK m. 11/II uyarınca<sup>32</sup> kanunen belirli bir şekle tabi olan sözleşmeler, bu şekle uygun olarak yapılmadıkça geçerli olmazlar. Taraflar sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmemiş olsalar bile hakim tarafından re'sen dikkate alınması gerekmektedir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre de resmi şekilde yapılmamış bir sözleşmenin müeyyidesi kesin hükümsüzlüktür. Bu konuyla ilgili Yargıtay'ın 30.09.1988 tarih 1987/2 E. ve 1988/2 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı şu şekildedir:

“... Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen "butlan" görüşüne karşı son yıllarda "kendine özgün geçersizlik görüşü" de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (Şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça def'i olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hakim tarafından re'sen gözetilemeyeceği...) ileri sürülmekte ise de; İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hakim şekil noksanlığını (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re'sen göz önüne almak zorundadır. Keza, geçersiz bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak, kural olarak, ahlaka aykırılık teşkil etmez; ifa edilmeyen edimlerin ifası istenemez ve karşı tarafın iyi niyeti göz önünde tutulamaz...” ( A. von Tuhr; Oser/Schöenberger; Dr. H. Becker; Prof. Dr. H. Tandoğan; BGE 86 II 400 vd; 92 II 324 vd; 95 II 42 vd; 98 II 316; 104 II 101, 106 II 151; 26.5.1954 gün 8/18 ve 12.4.1944 gün 14/13 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları...)

Birçok hukukçu tarafından ileri sürülen görüş, şekle aykırılık hakim tarafından re'sen dikkate alınamayacağı ve şekle aykırılığı sadece tarafların ve külli haleflerinin ileri sürebileceği yönündedir<sup>33</sup>. Bu görüşü savunan yazarlar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kamu düzenini ihlal etmediği için sadece tarafları bağladığı, bundan dolayı da taraflardan biri sözleşmenin şekli koşullarını taşımadığını iddia etmediği sürece hakim tarafından re'sen

---

<sup>32</sup> BK. 11/II'ye göre, “Kanunun emrettiği şeklin şümül ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz.”

<sup>33</sup> GÜRAL, s. 107-108; SUNGURBEY, s. 26; KARAHASAN, s. 364.

dikkate alınamayacağı görüşündedirler<sup>34</sup>. Hakim, HUMK m. 74 ve 75/1 çerçevesinde tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlıdır ve re'sen araştırması yargılama kurallarına aykırıdır<sup>35</sup>.

Kanaatimizce, BK m. 11/II emredici bir hükümdür. Emredici bir hüküm olduğunu “şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise” sözünden çıkartıyoruz. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kanunda ayrıca düzenlenmemiştir ve de şekil bakımından yasada başka bir hüküm bulunmadığından dolayı “kendine özgü geçersizliğin”<sup>36</sup> benimsenmesi kanunun düzenlenmesine uygun düşmez.

### 3.2.2. Şekle Aykırılığın İleri Sürülemeyeceği Haller

Şekil eksikliğini hakim re'sen dikkate alması gerekir. Ancak bazı durumlar vardır ki, şekil eksikliğinden dolayı sözleşmenin hükümsüz olduğunu iddia etmek hakkaniyete aykırılık oluşturur. Bu durum somut olaya göre ayrıca değerlendirilmelidir. Sözleşmede şekil eksikliğinden söz etmek, hakkın kötüye kullanılması şeklinde ise ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa artık sözleşmenin geçersizliğinden söz edilmemelidir<sup>37</sup>.

Şekil şartına uyulmadan yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflar borç ve haklarını tamamen yerine getirdikleri takdirde hukuki sonuç doğmuş olur. Bu durumda artık sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek verilen şeyin iadesinin istenmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder<sup>38</sup>.

Yargıtay HGK'nın 23.10.1991 tarih 1991/396 E. ve 1991/511 sayılı kararı şu şekildedir: “... olayda davacı arsa sahibi tarafından tapuda davacı yüklenici şirkete arsa payı devir ve kaydı yapıldığı gibi, davalı yüklenici de inşaatı bitirerek davacı arsa sahibine dört adet bağımsız bölümü teslim etmiş ve böylece taraflar karşılıklı olarak ifada bulunmuşlardır. Bu durumda taraflar arasında ki sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi MK. 2.

---

<sup>34</sup> ÖZDEMİR, s. 50.

<sup>35</sup> KOSTAKOĞLU, s. 57.

<sup>36</sup> Bu görüşe göre geçersizlik ancak taraflar arasında söz konusu olur, hakim tarafından re'sen göz önüne alınmaz. Bu nedenle geçersizlik herkes tarafından değil ancak sözleşmenin taraflarınca ileri sürülebilir.

<sup>37</sup> ERMAN, s. 22.

<sup>38</sup> DOĞAN, s. 42.

maddesinde öngörülen objektif iyi niyet kurallarına aykırıdır, sözleşme artık geçerli olup, hukuki sonuç doğurur...”

Görüldüğü üzere sözleşme şekil bakımından geçersiz bile olsa hakkın kötüye kullanılması söz konusu olduğu durumlarda sözleşmenin geçersizliği iddia edilemeyecek ve sözleşme hukuki sonuçlarını doğuracaktır.

Öte yandan, bir tarafın sözleşmedeki edimlerini yerine getirmesine rağmen diğer taraf edimini yerine getirmeyip sözleşmenin geçersizliğini iddia etmesi de hakkın kötüye kullanılmasıdır. Örneğin, müteahhidin sözleşmeye uygun olarak binayı yapmasına rağmen arsa sahibinin müteahhide arsa paylarını devretmemesi ve bu durumda şekil eksikliğini iddia etmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır<sup>39</sup>. Burada müteahhit arsa paylarının kendisine devredileceği düşüncesiyle hareket etmiş ve edimini yerine getirmiştir. Arsa sahibinin de inşaatı görmesine rağmen hiç bir itirazda bulunmamış olması hakkın kötüye kullanılmasıdır ve böyle bir durum yasa ile korunamaz<sup>40</sup>. **Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında sözleşme şekil bakımından geçersiz olsa bile hakim dürüstlük kuralını gözeterek karar vermesi gerektiğini belirtilmiştir.**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şekil bakımından eksik olsa bile, müteahhidin inşaata başlaması ve aynı şekilde arsa sahibinin de sözleşmede müteahhide düşen arsa paylarını müteahhide veya onun gösterdiği kişiler üzerine geçirmek suretiyle tarafların edimlerini kısmen dahi olsa yerine getirmeleri sözleşmeyle kendilerini bağlı saydıkları iradesini gösterir<sup>41</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kısmi edim olarak “ifanın büyük kısmı itibariyle yerine getirilmiş olması”nı kabul ederken, sonraları Yargıtay 15. HD kısmi ifa olarak edimin en az yarısının ifasını sözleşmenin gerekliliği için yeterli görmektedir<sup>42</sup>.

Taraflardan biri sözleşmeden sonra davranışlarıyla sözleşmenin geçerli olduğu konusunda karşı tarafta güven uyandırmışsa, sözleşme henüz tamamen ifa edilmiş

---

<sup>39</sup> ERMAN, s. 24.

<sup>40</sup> ÖZYÖRÜK, s. 7.

<sup>41</sup> DOĞAN, s. 45.

<sup>42</sup> Yargıtay 15. HD. 01.04.1991 tarih 1991/4445 E. ve 1991/1613 sayılı kararına göre: “... Uyuşmazlık konusu inşaat sözleşmesi kat karşılığı olup; doğal olarak tapuda pay devrini de içerdiğinden, resmi biçimde yapılmadıkça geçersizdir. Ancak, davacılar tapudaki payların tümünü davalıya güvenerek intikal ettirdiklerine ve böylece pay devri yapıldığına göre artık sözleşmenin geçersizliğinden söz edilmesi olanaksızdır...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).



olmamasına rağmen taraflardan birinin sözleşmenin geçersizliğini iddia etmesi hakkını kötüye kullandığını gösterir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekle tabi olduğunu bildiği halde istediği zaman sözleşmeyi hükümsüz kılabilmek için kendi yararına eksiklik yapan bir kimse sözleşmenin şekle aykırılığını iddia edemez<sup>43</sup>.

Müteahhit ile arsa sahibi arasında şekle uygun olmadan yapılan bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhit kendisine düşen payı üçüncü bir kişiye devrettiği zaman üçüncü kişinin durumu ne olacaktır? Müteahhidin haklarını üçüncü bir kişiye devretmesi alacağın temlikidir. Alacağın temlik resmi bir şekle tabi olmadığı gibi borçlunun da rızasına gerek yoktur. Alacağın temlikıyla, alacağı devralan kişi devirle birlikte tüm imtiyaz ve ferî haklara da sahip olur. Müteahhidin sözleşmeye göre inşaatı tamamlaması durumunda alacağı devralan kişi arsa sahibine karşı tescil isteminde bulunabilir<sup>44</sup>.

#### **§ 4. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gerek Borçlar Kanununda gerekse diğer kanunlarda düzenlenmiş tipik bir sözleşme değildir. Uygulamada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sözleşme serbestisi çerçevesinde çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Biz de, uygulamada en çok karşılaşılan türlerini ele alacağız.

##### **4.1. ARSANIN TAMAMININ VEYA BELİRLİ PAYLARIN YÜKLENİCİYE DEVRİ**

Taraflar aralarında yapacakları eser sözleşmesinde, bir taraftan müteahhidin arsa sahibi için yapacağı dairelerin niteliklerini, diğer taraftan da müteahhide arsa paylarının ne zaman geçirileceğini ve diğer koşulları belirtirler.

Bu sözleşmeden sonra arsa sahibi, kat irtifakı kurulmuş olan arsadan müteahhitle yapmış olduğu sözleşme uyarınca, müteahhide düşecek payları (arsanın tamamını veya bir

<sup>43</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 107.

<sup>44</sup> ERMAN, s. 25-26; DOĞAN, s. 47-48.

kısmını) tapuda devretmektedir. Arsa sahibi devredilen paylar üzerinde kendi lehine ipotek hakkı kurar<sup>45</sup>. Bunun amacı, arsa sahibinin kendi haklarını güvence altına almak istemesidir. Ancak bu teminat çoğu zaman arsa sahibinin haklarını yeterince güvence altına alamamaktadır. Şöyle ki, müteahhidin inşaatı tamamlamadan bırakması durumunda, müteahhit kendisine devredilmiş olan arsa paylarını üçüncü bir kişiye devretmiş veya satış vaadinde bulunmuşsa ve bunu da tapuya şerh ettirmişse, arsa payları üzerindeki mevcut ipotek arsa sahibinin haklarını karşılamamaktadır<sup>46</sup>.

Anlaşma gereğince konulan ipotek inşaatın ulaştığı seviyeye paralel olarak kaldırılır<sup>47</sup>.

Arsa payları müteahhit adına devredilirken tescil sırasında taşınmaz üzerinde kat irtifakı da kurulmaktadır. Kat irtifakı bünyesinde, müteahhide devredilen ve devredilmeyip de arsa sahibinde kalan bütün bağımsız bölümler belirtilmektedir<sup>48</sup>.

Bunun yanında, arsa üzerinde kat irtifakı kurulmadan, arsa paylarının satışı, müteahhide devredilmiş şeklinde de gösterilebilir. Aslında tarafların devirdeki amacı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Burada iki sözleşme yani taşınmaz satım sözleşmesi ve inşaat sözleşmesi bulunmaktadır. İki sözleşme de birbirinden bağımsız olmadıklarından dolayı devir ile inşaat sözleşmesini bir arada değerlendirmek gerekir<sup>49</sup>. Çünkü buradaki amaç arsa paylarını devretmek değil, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapmaktır.

#### 4.2. ARSA PAYININ DEVRİNİN İNŞAATIN ULAŞTIĞI SEVİYEYE GÖRE DEVRİ

Arsa sahibi, inşaatın ulaştığı seviyeye göre arsa paylarını müteahhide kısım kısım devretmektedir<sup>50</sup> ya da inşaatın belli aşamaya ulaşması durumunda, müteahhide arsa payını

---

<sup>45</sup> DOĞAN, s. 21.

<sup>46</sup> ERMAN, s. 11-12.

<sup>47</sup> YAVUZ, s. 519; KARTAL, s. 29; KAYA, s. 14; AYAZLI, s. 44.; KARAHASAN, s. 307.

<sup>48</sup> KARAHASAN, s. 30; AYAZLI, s. 44; DOĞAN, s. 22.

<sup>49</sup> YUVUZ, s. 520; KARTAL, s. 30; KAYA, s. 26.

<sup>50</sup> Yarg. 15 HD. 30.05.1994 tarih 1983/5125E ve 1984/3380 sayılı kararına göre; "... Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmeleri, geçici-sürekli karmaşığı özellik taşıdığından; yüklenici bakımından edim yükümü, eser ortaya çıkıncaya kadar, uzun bir süreye yayılmıştır. Dürüstlük kuralı gereğince; bu süre içerisinde, yanlar karşılıklı anlayış içinde bulunmalıdır. Sözleşme ile, tapuda ferağ verilmesi şarta bağlanmıyorsa, şart

satabilmesi için vekalet vermektedir<sup>51</sup>. Örneğin, arsa sahibi, inşaatın temel atma işinin bittiği zaman arsa payının 2/5'ini, ikinci kat bittikten sonra 1/3'ünü devredeceği gibi ya da ikinci katın duvarları örüldüğünde bir dairenin arsa payı ile birlikte satışına izin verileceği gibi.

Her ne kadar arsa sahibi satış için müteahhide vekalet verse de satış bedeli kendisine ödenmekte ve gerçekte temsilci değil satıcı olmaktadır. Tabi ki, arsa sahibinin baştan arsa paylarını müteahhide devretmeyip inşaatın aşamalarına göre devretmesi de arsa sahibine güvenceli bir durum yaratmaktadır.

#### 4.3. ARSA SAHİBİNİN ARSA PAYLARININ SATIŞINI VAAT ETMESİ, YÜKLENİCİNİN DE ARSA ÜZERİNE İNŞAAT YAPMAYI TAAHÜT ETMESİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulamada en çok rastlanan sözleşme türüdür<sup>52</sup>. Taraflar noterde iki sözleşme yapmaktadırlar. Bunlar satış sözleşmesi ve inşaat sözleşmesidir. Taraflar bu iki sözleşmeden dolayı hem alacaklı hem de borçlu sıfatına sahiptirler. Her iki tarafın da bazı yükümlülükleri ve hakları bulunduğu için dolayı tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme söz konusudur. Bu çeşit bir sözleşmede bir taraftan arsa sahibi, müteahhide bırakılacak olan bağımsız bölümleri satmayı vaat ederken (taşınmaz satış vaadi), diğer taraftan müteahhit de inşaatı yapmayı vaat etmektedir. Yani eser sözleşmesi yapmaktadır ve bu sözleşmede taşınmaz satış vaadi ve eser sözleşmesi bir arada bulunmaktadır<sup>53</sup>.

Tapu K. m. 26'ya göre taşınmaz satım sözleşmesi tapu memuru önünde yapılır. Noterlik K. m. 26'ya göre taşınmaz satış sözleşmeleri noter tarafından yapılamaz. Noterler tarafından taşınmaz satış sözleşmesi düzenlenmiş olsa bile bu sözleşme tahvil yoluyla

---

gerçekleştiğinde çekilen ihtara uymayan arsa sahipleri, mütemerrit duruma düşer. Arsa sahipleri; hatalı ve noksan işler sebebiyle ihtar çekmişler ancak, seçimlik haklarını kullanmamışlarsa, pay devri, ipotek koşuluyla yapılacağından, güvenceden yoksun kalmaları söz konusu değildir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>51</sup> ERMAN, s. 12-13; DOĞAN, s.22; KARTAL, s. 30; KAYA, s. 26; YAVUZ, s. 520; AYAZLI, s. 44.

<sup>52</sup> ERMAN, s. 13; KAYA, s. 26; KARTAL, s. 31.

<sup>53</sup> KARTAL, s. 31.

taşınmaz satım sözleşmesi vaadi olarak çevrilebilir. Çünkü noterler tarafından taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılabilir.

## **§ 5. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, geçici-sürekli karmaşığı karma bir sözleşmedir.

### **5.1. TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN BİR SÖZLEŞME OLMASI**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen (sinellagmatik) bir sözleşmedir. Her iki taraf da hem alacaklı hem de borçlu sıfatına sahiptirler. Borçlar bakımından, müteahhidin borçları, inşaatı tamamlamak, arsa sahibine düşecek olan bağımsız bölümleri teslim etmektir; arsa sahibinin borcu ise arsa paylarını müteahhide devretmektir. Alacaklar bakımından ise, müteahhit, arsa payının devrini isteme hakkına sahipken; arsa sahibi de, inşaatın tamamlanmasını ve kendisine düşecek olan bağımsız bölümlerin devrini müteahhitten isteme hakkına sahiptir.

### **5.2. KARMA BİR SÖZLEŞME OLMASI**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hem taşınmaz satım sözleşmesinin hem de istisna sözleşmesinin unsurlarını bir araya getirdiğinden dolayı karma bir nitelik taşımaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi istisna sözleşmesi niteliğini taşımakla birlikte aslında tam bir istisna sözleşmesi değildir. Çünkü müteahhit yapılan iş karşılığında ücret değil arsa payının devrini istemektedir. Diğer taraftan arsa payının devri sözleşmesi bir meblağ karşılığında yapılmadığı için satım sözleşmesi olarak da nitelendirilemez<sup>54</sup>. Arsa payı

---

<sup>54</sup> TANDOĞAN, s. 42.

karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların karşılıklı edimleri bakımından karma bir sözleşme meydana gelmiştir. Yargıtay kararlarında da çift tipli sözleşme olarak nitelendirilmektedir<sup>55</sup>.

Karma sözleşmeler kanunda öngörülmemiş bir şekilde birden çok sözleşmenin unsurlarının bir araya gelmesiyle oluşan sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmelerden ve bileşik sözleşmelerden farklıdır<sup>56</sup>. Şöyle ki;

Kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmelerde, taraflar diledikleri gibi sözleşme yapma serbestisinden yararlanarak (BK m. 19 ve 20 ile sınırlı olmak üzere) kanunda daha önce düzenlenmemiş olan bir sözleşme hazırlayabilirler. Ama arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kanunda daha önce düzenlenmeyen bir sözleşme değildir. Bilakis istisna sözleşmesinin ve taşınmaz satım sözleşmesinin unsurları bulunmaktadır.

Bileşik sözleşmeler ise, iki ayrı sözleşmenin birleşmesi neticesinde oluşmaktadır. Ama burada her sözleşme kendi varlığını korumakta ve her sözleşmeye kendine özgü hükümler uygulanmaktadır. Yapılan sözleşmenin geçerliliği her iki sözleşmenin de geçerli olmasına bağlıdır. Buradan da anlaşılacağı üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bileşik bir sözleşme değildir. Çünkü bu sözleşme gerek istisna sözleşmesinin gerekse taşınmaz satım sözleşmesinin birleşmesinden oluşmuş ise de bu sözleşmeler iç içe geçerek bağımsızlıklarını koruyamamışlardır. Bu yüzden her iki sözleşme için de kendine özgü hükümler uygulanamamaktadır<sup>57</sup>.

Teoride, karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür<sup>58</sup>. Doktrinde yaratma (kıyas) teorisi kabul edilmektedir. Arsa payı

---

<sup>55</sup> Yarg. 15. HD. 17.05.1982 tarih, 1982/573 E. ve 1982/1184 sayılı kararına göre: "... Taraflar arasında bu maksatla düzenlenen 12.4.1979 günlü sözleşme ise, taraflarca haricen düzenlenmiş olup ancak tarafların imzaları noterlikçe tasdik edilmiş bulunmaktadır. Bu gibi sözleşmeler, iki tip karma sözleşmelerdir. Arsa sahibinin pay mülkiyetinin devrine yönelik vaadini kapsayan böyle bir sözleşmenin geçerliliği, ancak resmi şekilde düzenlenmesine bağlıdır. MK'nın 634, BK'nın 213 ve 1512 sayılı Noterlik Kanununun 60. maddeleri uyarınca, taşınmaz ya da pay mülkiyetinin aktarılmasını veya aktarma vaadini ön gören sözleşmelerin kanunda belli edilen şekilde düzenlenmeleri gerekir. Buradaki biçim ise, sözleşmenin geçerlilik koşuludur ve kamu düzenine ilişkindir. Bu gibi sözleşmelerin geçerliliği, resmi şekilde düzenlenmesine bağlıdır..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>56</sup> ERMAN, s. 5.

<sup>57</sup> KARTAL, s. 110.

<sup>58</sup> Teoride ileri sürülen görüşler şunlardır: a) Çeşitli tiplerin birbirini götürmesi teorisine göre; karma sözleşmeyi meydana getiren sözleşmelere ilişkin özel hükümler kıyas yoluyla dahi uygulanamaz; uyumsuzluklar borçlar hukukunun genel hükümlerine göre çözümlenir. b) Soğurma teorisi uyarınca; hangi tipe ait unsur daha

karşılığı inşaat sözleşmeleri için taşınmaz satımı ile istisna sözleşmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanabilecektir. Hükümlerin uygulanmasında çatışma olduğu zaman, tarafların sözleşmedeki amaçları ve tarafların menfaatleri göz önüne alınarak hakkaniyet çerçevesinde karar verilecektir. Şayet bir sonuç elde edilemezse örf ve adet hukukuna başvurulacak, bundan da bir sonuç elde edilemediği takdirde hakim TMK m. 1'e göre hukuk kuralı yaratacaktır

### 5.3. SÜREKLİ- GEÇİCİ KARMAŞIĞI OLAN BİR BORÇ İLİŞKİSİ KURMASI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli bir borç ilişkisi mi yoksa sürekli borç ilişkisi mi olduğu doktrinde tartışma konusudur.

Doktrinde çok taraf toplamış bir görüşe göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ani edimli<sup>59</sup> sözleşmelerdir. Ani edimli borç ilişkilerinde edimin ifasıyla borcun sona ermesi aynı anda gerçekleşmektedir. Alacaklı ifaya ilişkin menfaatini borcun sona ermesi anında sağlar. Tandoğan'a göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ani edimli sözleşmelerdir. Çünkü bir sözleşmenin ani edimli borç ilişkisi mi yoksa sürekli bir borç ilişkisi mi olduğunu anlayabilmek için tarafların çıkarlarının bir anda mı gerçekleştiği yoksa zaman içinde mi gerçekleştiğine bakılır. Müteahhidin edime yönelik hareketlerinin uzun sürmesi önemli değildir. Önemli olan alacaklının çıkarının bir anda gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların amaçlarına bakıldığında, müteahhit bağımsız bölümlerin teslimini, arsa sahibi de binanın yapımını istemektedir. Yani inşaatın teslimiyle edimin sonucunun gerçekleşmesi aynı anda olmaktadır. Bu yüzden arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir.

---

önemli ise, o sözleşme tipine ait hükümler bütün sözleşmeye uygulanmalıdır. c) Birleştirme teorisinde ise, karma sözleşmedeki her edime ait olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümler doğrudan uygulanacaktır. (Yarg. HGK. 9.6.1982-YDK.1982, Sayı 10.) d) Yaratma (kıyas) teorisine göre, karma sözleşmeye herhangi bir kanun hükmü ancak kıyas yoluyla uygulanabilir, hakim sözleşmenin amacını ve tarafların karşılıklı menfaatlerini gözönüne alarak sözleşmeyi meydana getiren sözleşme tiplerine ait hükümleri kıyasen karma sözleşmeye uygulamalı, gerekirse bunları bir tarafa bırakarak genel hükümleri uygulama yoluna gitmeli, böylece bir sonuca varamıyorsa örf ve adet hukukuna başvurmalı, bundan da bir sonuç alamıyorsa MK. 1 uyarınca hukuk kuralı yaratmalıdır. (Yarg. 15 HD. 25.12.1975) (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>59</sup> SELİÇİ, s. 7; YAVUZ, s. 507; DOĞAN, s. 23; TANDOĞAN, s. 147.

Bizim de katıldığımız görüşe göre<sup>60</sup>, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi doğuran edimlerdir. Müteahhidin uzun süren edimlerini hazırlayıcı faaliyet olarak görmenin doğru olmayacağını düşünüyoruz. Çünkü taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi bulunmakta ve borçlar da zaman içerisinde bölümler halinde ifa edilmektedir.

Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 25.01.1984 tarih ve 1983/3 E. 1984/1 sayılı kararında<sup>61</sup>, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin “geçici-sürekli karmaşığı” taşıdığını kabul etmiştir.

---

<sup>60</sup> SUNGURBEY, s. 489; SEROZAN, s. 174; KARTAL, s. 110; ERMAN, s. 8, ÖZDEMİR, s. 20.

<sup>61</sup> İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanında bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Ancak, olayın, niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshi ileriye etkili sonuç doğurur.

Borçlar Kanununun 360. maddesinin son fıkrasındaki, "yapılan şey iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olup da mahiyeti itibariyle ref'i ve kal'i fazla bir zararı mucip ise, iş sahibi ancak ikinci fıkra mucibince işlem yapar" hükmünün (müteahhidin kusuruyla temerrüde düşmesi halinde) uygulanması konusunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 6.10.1982 günlü ve 1982/15-356 Esas, 1982/817 Karar sayılı kararı ile 15. Hukuk Dairesi kararları arasında içtihat uyuşmazlığı meydana gelmesi nedeniyle içtihatların birleştirilmesi 15. Hukuk Dairesi Başkanlığı'nın 26.4.1983 gün ve 1983/54 sayılı yazısıyla (bu konudaki daire kararına dayanılarak) istenilmiş, olmakla, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nda kararlar arasında içtihat uyuşmazlığının varlığı kabul edilerek... Karar: 1 - Kararlar arasındaki içtihat uyuşmazlığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin teslim gününde yapıyı bitirmeyerek kusuruyla temerrüde düşmesi halinde, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Borçlar Kanununun 360. maddesinin kıyas yoluyla uygulanıp uygulanamayacağına toplanmaktadır. 15. Hukuk Dairesi'nin kararlarında, bu hallerde 360. maddenin kıyas yoluyla uygulanacağı kabul edilmektedir. Hukuk Genel Kurulu kararında ise müteahhidin kusuruyla temerrüde düşmesi durumunda uyuşmazlığın yalnızca Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri hükümleri uyarınca çözümlenmesi, 360. maddenin kıyasen uygulanamayacağı görüşü benimsenmiştir.

2 - Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna sözleşmelerinde borçlunun (müteahhidin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları hakkında Borçlar Kanununda özel bir hüküm yer almamaktadır. Genel hükümlerde (madde 106-108) tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdü düzenlenmiştir. O halde, ortada kanun boşluğu yoktur ve Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, içtihadı birleştirmeye konu olaylarda uygulanacak kanun hükümleri Borçlar Kanununun 106-108. maddeleridir. Çünkü, bir konu hakkında kanunda hiç hüküm bulunmadığı hallerde kanun boşluğundan söz edilebilir. Olaya uygulanabilecek kanun hükümleri bulunduğu göre, hakim görevi her şeyden önce bu hükümleri uygulamaktadır. Az önce belirtildiği üzere, kıyas yoluyla kanun boşluğunun doldurulması, ancak konu hakkında uygulanacak bir hüküm bulunmaması halinde mümkündür (MK. m. 1).

---

Kusur halinde iş sahibinin hakkı başlığı altında düzenlenen Borçlar Kanununun 360. maddesi hükmü, kural olarak bir eserin istenen vasıflara uygun olarak meydana getirilmemesi yani işin ayıplı tamamlanması) hallerinde uygulanabilir. İnceleme konusu olaylarda ise müteahhidin teslim gününde yapıyı bitirmemesi yüzünden temerrüde düşmesi ve yapıyı kısmen tamamlaması söz konusudur. Bu nedenlerle, uyuşmazlık konusu olaylarda 360. maddenin doğrudan doğruya uygulanabileceği yolundaki görüş de benimsenmemiştir.

Öte yandan, Borçlar Kanununun 358. maddesi genellikle iş sahibinin sözleşmeden erken dönebilmesi haline ilişkindir. Bu nedenle, içtihadı birleştirmeye konu olayda 358. maddenin uygulanabileceğini kabul etmek de mümkün görülmemiştir.

3 - A) Borçlar Kanunumuzda (özellikle 106-108. maddelerde) borçlunun kısmi temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça bahsedilmemektedir. Kuşkusuz, borçlunun kısmi temerrüdü halinde de uygulanacak kanun hükümleri 106-108. maddeler olacaktır. Ancak, 108. maddenin 1. fıkrasında, "Akitten rücu eden alacaklının, tediye eylediği şeyi istirdat edebileceği" belirtildiği halde, borçlunun kısmi ifasının karşılığının iadesi hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde, bu yönden kanunun yorumlanması ve mevcut "kanun içi" boşluğun tamamlanması gerekmektedir. Bu hususta, Medeni Kanunun 1. maddesi ile birlikte 2. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen "doğruluk kuralından" yararlanılmalıdır. Zira, doğruluk kuralının fonksiyonlarından (ödevlerinden) biri de, kanundan ve sözleşmeden doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumunda ve tamamlanmasında görülür. MK. 2/1. maddedeki doğruluk kuralıyla, kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında akla aykırı ve ifrata kaçan sonuçlara varılmaması amacı güdülmüştür. Öte yandan, istisna sözleşmelerinde karşılıklı güven esastır. Güven kuralı uyarınca da, hiç kimse haklı olarak beklediklerinde hayal kırıklığına uğratılmamalı, herkes karşısındakinin kendisinden beklediği şeyi düşünmeli ve ona göre davranmalıdır. Konuya bu kurallar açısından bakıldığında, müteahhidin yapının tamamlandığı kısmın (mütemmim cüz kuralı gereği olarak) arsa (iş) sahibine ait olacağı için, sözleşmeyi fesih yolunu seçen iş sahibi de kabul ettiği veya kabul edebileceği bu kısmi ifanın karşılığını elbette müteahhide iade edecektir. İade edilecek bu kısmi ifanın karşılığı belirlenirken, ifanın geçerli bir sözleşmeye dayanılarak yerine getirildiği gerçeği ile feshi söz konusu olan sözleşme türünün özelliği de gözden uzak tutulmamalıdır.

B) İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süresi içinde yapılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi inşaat sözleşmeleri" geçici sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır. Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, hukuki sonuçları farklı olan iki ayrı kural karşılaşmaktadır. Aynı mesele hakkındaki bu zıt kuralların birbirine karşılıklı olarak yol edebilecekleri ve böylece örtülü bir kanun boşluğunun meydana geleceği öğretide ifade edilmektedir. Karşılaşan bu iki zıt kuraldan hangisine üstünlük tanınacaktır? Başka bir anlatımla, inşaat sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde bu fesih (geriye mi, ileriye mi etkili) sonuç doğuracaktır?



---

Bazen, inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin, yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşır ki, böyle bir durumda müteahhidin bir kısmı ifasının karşılığı yalnızca 106-108. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi normal hallede sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa müteahhidin olaydaki kusuru, borçlar hukuku yönünden müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir (BK. m. 98/2, 43). Görülmektedir ki, 106-108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde "hakkı şekle mahkum edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkar olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir?

İşte, bu meselelerin objektif bir şekilde çözümü ancak Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir. Çünkü, Türk-İsviçre Hukukuna göre, bu gibi durumlarda Medeni Kanunun 1. maddesinden değil, 2. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen "hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralından" yararlanılabilir. Bugün hakim olan fikre göre, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanını sağlamaktadır. Madde hükmünün bu özelliği, İsviçre Federal Kurulu'nun Medeni Kanun tasarısını Millet Meclisi'ne sevkine ilişkin 1904 tarihli mesajında şöyle açıklanmaktadır: "Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik teşkil ettiği ve gerçek hakkın tanınması ve ferdin korunması için bütün hukuki yolların kapalı bulunduğu hallerde, MK. m. 2 f. 2 hükmünün amacı zaruretten doğan ve olağanüstü bir imkan sağlamaktır". Prof. Dr. Zahit İmre'nin Türk Medeni Hukukuna Göre Hakimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu başlıklı makalesinde (Prof. Dr. Fikret Arık'a Armağan, Ankara-1973, sh. 173) görüşüne yer verilen İsviçre'de Medeni Hukuk Profesörü MERZ'in ifade ettiği gibi, bu durumlarda, şekli hukuktaki hakkı, maddi, adalet mülahazaları sınırlar ve onu gerçek ölçülerine götürebilir. Ord. Prof. Dr. Andreas B SCHWARZ'ın (Medeni Kanunun 2. maddesi ile Borçlar Kanununun 106-108. maddelerine ilişkin) görüşü de özetle şöyledir:

I - MK.nun 2. maddesindeki esaslar, kanunun harfi harfine tatbikinin hakkaniyete uymayan neticelere götürdüğü hallerde, bir tashih vasıtası olarak bütün hukuk sistemine hakim bulunmaktadır. Bu umumi esaslar kanuna ve onun hükümlerine, hayatın değişik durumlarına uymak kabiliyetini vermekte ve kanuna geniş bir elastikiyet bahşetmektedir (Medeni Hukuka Giriş, İstanbul - 1946, sh. 203 vd.).

II- MK.nun 2. maddesindeki esaslar da gözetildiğinden, alacaklı, ihlal edilen sözleşmeyi vaziyete göre geri yetkili veyahut ilerisi için feshi ihbar suretiyle tek taraflı olarak bozabilir. Sözleşmenin ihlali sebebiyle fesih hakkı kuralı takdiri bir kuraldır. Bu hususta hakimin, her hadisede "feshin doğuracağı sonuçlar bakımından" böyle bir münferit hal suretini kabul etmenin ne dereceye kadar doğru olacağını, halin icaplarına göre tartması gerekir (Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdın İhlali Sebebiyle Fesih başlıklı makale; Ebül'ula Mardin'e Armağan, İstanbul-1944, Sh. 759 vd.).

Bu açıklamalar da göstermektedir ki, Medeni Kanunun 2/2. maddesindeki kuralla, kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak, bu kuralın taliliği (yani ikinciliği) de gözetilerek, öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilecek uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği bazı istisnai durumlarda da, 2/2. maddedeki kural, haksızlığı tashih edici

Borç ilişkisinin ani edimli olması veya sürekli olması, sözleşmenin sona erdiğinde doğuracağı sonucu etkileyeceği için önemlidir. Şöyle ki, şayet borç ilişkisinin sürekli olduğunu kabul edersek, arsa sahibi sözleşmeyi sona erdirdiğinde, sözleşme ileriye yönelik sonuç doğuracağı için yerine getirilmiş kısımlar varlığını koruyacaktır. Fakat borç ilişkisinin ani edimli olduğunu kabul edersek de sözleşme geçmişe etkili bir şekilde ortadan kalkacağı için müteahhit o ana kadar yapmış olduğu işlerin karşılığını sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak isteyebilecektir<sup>62</sup>.

#### 5.4. TAPU KÜTÜĞÜNE ŞERH EDİLMESİ

Resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 07.06.1994 tarihli Tapu Sicil Tüzüğü'nde (m. 55/b-c) arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin noterde düzenlenmesi halinde tapuya şerh edilebileceği öngörülmektedir. Bu kanuna göre, sözleşme tapuya şerh edilmişse, arsa sahibi inşaat yapılacak arsayı üçüncü bir kişiye devretse bile müteahhit kişisel haklarını, yani sözleşmeye göre kendisine düşecek olan bağımsız bölümlere ilişkin payların devrini,

---

bir şekilde uygulanabilecektir. O halde, içtihadı birleştirmeye konu meselelerin çözümünde izlenecek yol şöyle olmalıdır:

Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca BK.nun 106-108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa, sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu özelliği de sonucu etkilemez.

Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) halı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit, kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.

Sonuç: İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verilmiştir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>62</sup> ERMAN, s. 9.

arsayı satın alan kişiye karşı ileri sürebilir. TMK m. 1009 “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”ni tapuya şerh edilebilir nispi haklar arasında saymıştır.

Tapuya şerhin bir etkisi de, müteahhitten arsa payı alan üçüncü kişilerin TMK m. 1027’ye göre iyi niyet iddialarını engellemektedir.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

#### § 6. MÜTEAHHİDİN BORÇLARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin inşaatı yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Müteahhit, inşaatı bizzat kendisi yapabileceği gibi kendi idaresi altında başkasına da yaptırabilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi genellikle kişisel bir beceriyi gerektirmediği için müteahhit tarafından bir başkasına da yaptırılabilir (BK m. 356/II). Bununla beraber tarihi bir yapının restorasyonu gibi özel bilgi ve beceriyi gerektiren ve iş verilirken müteahhidin şahsı gözetilerek verilmiş olan işler, müteahhit tarafından başkasına yaptırılamaz.

#### 6.1. YAPI YAPMA BORCU

##### 6.1.1. Genel Olarak

Müteahhit arsa sahibine karşı borcunu yerine getirebilmesi için inşaatı teslim etmesi gerekmektedir. Bunun için de ilk önce inşaatı yapması gerekmektedir. Yani müteahhidin ilk asli borcu yapı yapma borcudur. Müteahhidin borcunu yerine getirmesi için, inşaatı proje ve plana uygun bir şekilde ve sözleşmede belirtilen zamanda yapıp teslim etmesi gerekmektedir.

Arsa sahibi müteahhide, eserin meydana getirilmesi şekline ilişkin veya eserin kendisine ilişkin talimatlar verebilir. Arsa sahibi inşaatı kullanılmak üzere malzemeler hakkında da müteahhide talimatta bulunabilir<sup>63</sup>. Arsa sahibinin vereceği talimatlar eserin zamanında ve

---

<sup>63</sup> EREN, s. 63.

gereği gibi yapılmasını engelleyecek ise müteahhit durumu arsa sahibine haber vermekle yükümlüdür<sup>64</sup>.

BK m. 356/I' e göre, "Müteahhidin mesuliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mesuliyetine dair olan hükümlere tabidir." BK m. 356/I umumi "suretle yani" (genellikle) demekle istisnai durumların da olabileceğinden bahsetmiştir<sup>65</sup>.

## **6.1.2. Yapıyı Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu**

### **6.1.2.1 Kural**

Müteahhidin inşaatı şahsen yapıp yapmayacağı konusunda BK m. 356/II'de şu şekilde bir hüküm getirilmiştir: "Müteahhit, imal olunacak şeyi bizzat yapmağa veya kendi idaresi altında yaptıрмаğa mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir."

Doktrinde bu hüküm, müteahhidin inşaatı şahsen yapıp yapmaması ile ilgili bir kural teşkil edip etmediği konusunda tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız ve doktrinde çoğunluk bulan görüşe göre, müteahhit inşaatı bizzat kendisi yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur; ancak, inşaatın yapılması için şahsi bir maharete ihtiyaç duyulmuyorsa, başkasına da yaptıırabilir<sup>66</sup>. Yani BK m. 356/II'de, BK m. 67'nin aksine müteahhidin inşaatı şahsen yapması kural teşkil etmekte, üçüncü bir şahsa yaptıırması ise istisna oluşturmaktadır<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> DOĞAN, s. 51.

<sup>65</sup> KARTAL, s. 69.

<sup>66</sup> Yarg. 15. HD. 10/12/1990 tarih 1990/2197 E. ve 1990/2583 sayılı karara göre: "... Sözleşmede, inşaatın bizzat davacı tarafından yapılacağı taraflarca kararlaştırılmış değildir. Davacı kendi mesuliyeti altında inşaatın bir bölümünü üçüncü kişilere de yaptıırabilir. Bu işte davacının şahsi mahareti sonuca etkili görülmemiştir (BK. m. 365)..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>67</sup> KILIÇOĞLU, s. 188; DAYINLARLI, s. 33; BECKER, s. 319; KAYA, s. 50; YAVUZ, s. 80; TANDOĞAN, s. 70 vd; TUNÇOMAĞ, s.993

BK m. 67'ye göre, borçlu borcunu bizzat kendisi yapak zorunda değildir. Müteahhidin eseri bizzat kendi yapma borcu ise, BK m. 67'nin istisnaen uyguladığı bir durum olmaktadır<sup>68</sup>.

Müteahhidin inşaatı yapma borcundan, inşaatı bizzat kendisi yapması gerektiği anlaşılmamalıdır. Çünkü müteahhidin inşaatı tek başına yapması beklenemez. Bu yüzden müteahhidin inşaatı bizzat yapma borcu, müteahhidin kendi idaresi altında yapma borcu olarak düşünülmelidir<sup>69</sup>.

Müteahhidin yapıyı şahsen yapma veya kendi idaresi altında birine yaptırma borcunun asıl sebebi müteahhidin işi özenle yapacağına dair güvendir. Güveni oluşturan sebepler ise, müteahhidin işi yürütebilecek kadar sermayeye sahip olması, bilgi ve tecrübesi, daha önceki işleri zamanında ve noksan yapmış olması gibi müteahhidin şahsından ve mal varlığından doğan sebeplerdir<sup>70</sup>.

Müteahhidin gerek uzmanlık gerekse iş gücü bakımından yapıyı tek başına yapması çok zor olduğundan, inşaat yapılırken müteahhit yardımcı şahıslara veya alt müteahhitlere başvurmaktadır. Bundan dolayı aşağıda müteahhidin yardımcı kişilere başvurması incelenmiştir.

#### **6.1.2.2. Müteahhidin İş Başkasına (Alt Müteahhide) Yaptırma Yetkisi**

Günümüzde, bina inşaatının tamamının bizzat müteahhit tarafından yapılması mümkün değildir. Çoğu zaman iş gücü ve uzmanlık yeterli olmamaktadır. Binanın bir bütün olarak meydana gelebilmesi için, cam, doğrama, elektrik, su, sıva gibi uzmanlık gerektiren işlerin yardımcı kişilerce yapılması gerekmektedir<sup>71</sup>. Müteahhidin işi bizzat yapmayı üstlenmesi, sadece kendisinin yapacağı anlamına gelmeyip bu durum yardımcı kişi çalıştırmasına engel teşkil etmemektedir. Müteahhit işi yaparken usta, çırak gibi yardımcı kişiler çalıştırabilir.

---

<sup>68</sup> ÖZDEMİR, s. 73.

<sup>69</sup> KAYA, s. 50; KARTAL, s. 72; TANDOĞAN, s. 71; KILIÇOĞLU, s. 189.

<sup>70</sup> ÖZYÖRÜK, s. 15-16.

<sup>71</sup> SELİÇİ, s. 24.

Yardımcı kişiler ile müteahhit arasında bağıllık bulunmakta, bu bağıllık da çoğu zaman hizmet sözleşmesinden kaynaklanmaktadır<sup>72</sup>. Müteahhit yardımcı kişilerin seçiminde gerekli özeni göstermeli ve yardımcı kişiler işe başladıklarında onlara eserin nasıl yapılacağı konusunda gerekli talimatları vermelidir. Müteahhidin, işi yaptırırken işi iyi bir şekilde organize etmesi ve gerekli bütün emniyet tedbirlerini alması gerekmektedir<sup>73</sup>.

Müteahhidin kendi görevini ihmal etmesinden doğan sorumluluk ile yardımcı kişilerin verdikleri zararlardan doğan sorumluluğu ayırmak gerekir. Müteahhidin görevini ihmal etmesinden doğan sorumluluk, doğrudan doğruya kendi fiil ve kusurundan doğan sorumluluktur. Müteahhidin yardımcı kişilerin vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumluluğu ise dolaylı sorumluluktur<sup>74</sup>.

BK m. 96 ve devamına göre müteahhidin görevini ihmalden dolayı arsa sahibi bir zarara uğrarsa, müteahhit bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Çünkü burada doğan zarar sözleşmeye uyulmaması sonucunda doğan zarardır. Tabi ki görevi ihlal aynı zamanda BK m. 41’de yer alan haksız fiilden doğan zararlardan da kaynaklanabilir.

Müteahhit gerekli özeni göstermesine rağmen bir zarar doğarsa, müteahhidin sorumluluğu BK m. 100’e göre olur. Bu sorumlulukta müteahhidin kusurlu olup olmaması aranmamakta ve müteahhide kurtuluş beyyinesi getirme imkanı dahi tanınmamaktadır<sup>75</sup>. Şu kadar ki, müteahhit yardımcı kişinin davranışında kendisi bulunsaydı kusurlu sayılmayacağını ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulur<sup>76</sup>. Yardımcı kişiler yapmış oldukları fiillerden dolayı başkalarına zarar verdikleri takdirde müteahhit BK m. 55’e göre sorumlu olacaktır. Şayet yardımcı kişilerin zarar veren fiilleri haksız fiil de teşkil ediyorsa, müteahhit ile birlikte yardımcı kişiler de sorumlu olurlar.

---

<sup>72</sup> ERDOĞAN, s. 140; KAYA, s. 50; KILIÇOĞLU, s. 189-193.

<sup>73</sup> KILIÇOĞLU, s. 190; DAYINLARLI, s. 34.

<sup>74</sup> KILIÇOĞLU, s.191; YAVUZ, s. 82; KARAHASAN, s.104.

<sup>75</sup> ÖZYÖRÜK, s. 16; KARTAL, s. 72; KAYA, s. 50; TANDOĞAN, s. 76; ERDOĞAN, s. 76; TUNÇOMAĞ, s. 995; KILIÇOĞLU, s. 192-193; BİLGE, s. 249; KARAHASAN, s. 105; ARTUKMAÇ, s. 29; ÖZDEMİR, s. 76.

<sup>76</sup> TANDOĞAN, s. 76.

### 6.1.2.2. Müteahhidin İi Başkasına Yaptırma Yetkisi ve Alt Müteahhit Kavramı

Müteahhit ii bizzat kendisi yapmakla veya kendi idaresi altında yaptırmakla yükümlüdür (BK m. 356/2). İçin niteliği gereği özel bir yeteneğe ve beceriye ihtiyaç duyulmuyorsa müteahhit, yapının tamamını veya bir kısmını kendi hesabına bağımsız çalışan alt müteahhitlere bırakabilir.

İin niteliğine göre, için yapılmasında müteahhide ait özel bir beceri aranmıyorsa için alt müteahhide yaptırılmasında arsa sahibinin rızası aranmaz<sup>77</sup>. Burada yer alan “için niteliği” deyimini, müteahhidin edimleri göz önünde bulundurulurken belirlenir. Bu belirlemede, sözleşmenin konusu önemli bir rol oynarken, müteahhit ile i sahibi arasındaki akrabalık ve dostluk gibi şahsi ilişkiler ve müteahhidin ödeme gücü önemli değildir. Edim bakımından tüzel kişilerde önem taşıyan şahsi nitelikler, özellikle tecrübe, know-how, personelin seviyesi gibi, işletmenin edimle ilgili özelliklerini ifade eder<sup>78</sup>.

BK m. 356/II emredici nitelikte olmadığı için taraflar bu hükmün aksini kararlatırabilirler. Taraflar, müteahhidin ii başkasına devir yetkisini geniletebilecekleri gibi, bu yetkiyi daraltabilirler ya da tamamen i sahibinin iznine tabi tutabilirler<sup>79</sup>.

Bayındırlık İleri Genel artnamesinin (BİG) “sözleşmenin devri” kenar başlığını taşıyan 46. maddesine göre, “Müteahhit üstlenmiş olduğu ii tümüyle veya kısımlar halinde, hiçbir özür ve nedenle başkasına devredemez. Devredebilmesi için, birinci derece veya yetkili kılınan ikinci derece ita amirinin yazılı izninin alınması gerekir. Ayrıca, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır.”

Müteahhidin izinsiz devir yapması halinde sözleşme bozulur ve müteahhit hakkında 2886 sayılı kanunun 62. madde hükmü uygulanır.” 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun, Kamu İhale Kanunu’na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin devrini düzenleyen m. 16’ya göre, “sözleşme zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Ayrıca isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme

<sup>77</sup> KILIçOğLU, s. 195.

<sup>78</sup> ARAL, s. 327.

<sup>79</sup> ARAL, s. 327.



devredilemez veya devir alınamaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takiben üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden veya devir alanlar hakkında 20, 22, 26 ıncı madde hükümleri uygulanır.”

Müteahhit, BK m. 356/II hükmü çerçevesinde, yüklendiği işin bir kısmını veya tamamını başkasına yaptırması halinde altmüteahhitlik ilişkisi söz konusu olur. Alt müteahhit, müteahhidin yaptığı eser sözleşmesi ile (asıl) iş sahibine karşı borçlandığı işin bir kısmını veya tamamını yerine getirmeyi taahhüt eden kişidir<sup>80</sup>.

İşin tamamının veya bir kısmının yapılması amacıyla asıl müteahhitte alt müteahhit arasında yapılan sözleşmeye “alt müteahhitlik sözleşmesi” denir. Müteahhit bu sözleşmeyi kendi adına ve hesabına yapmaktadır.

Asıl müteahhit ile onun iş sahibi arasındaki istisna sözleşmesine “asıl sözleşme” denir. Alt müteahhit asıl müteahhitten bağımsız olarak çalışmaktadır. Yani alt müteahhitler, asıl müteahhidin denetim ve gözetimine bağlı olmadan çalışan ifa yardımcılardır<sup>81</sup>.

#### **6.1.2.2.2. Asıl Müteahhit ile Alt Müteahhit Arasındaki İlişki**

Alt müteahhit, asıl (ilk) müteahhidin bir istisna sözleşmesiyle işi kendisine bıraktığı, kendi hesabına çalışan kişidir<sup>82</sup>.

BK m. 356/II’ye göre, işin niteliğine göre işin başkası tarafından yapılması elverişli ise veya arsa sahibinin rızasıyla müteahhit, işin tamamını veya bir kısmını kendisine tabi olmayan bağımsız bir alt müteahhide devredebilir. Her iki durumda müteahhit sözleşmeden doğan borçlarını üçüncü şahıslara devretmiş olur. Bundan dolayı asıl borçluyu istihdam eden, alt müteahhidi de müstahdem sayma imkanı yoktur<sup>83</sup>.

Alt müteahhit ile müteahhidin yardımcıları birbirinden farklıdır. Alt müteahhit ile asıl müteahhit arasında bağlılık unsuru bulunmamakta iken, müteahhidin yardımcıları, müteahhit ile bağlıdırlar.

---

<sup>80</sup> ARAL, s. 328.

<sup>81</sup> ARAL, s. 328.

<sup>82</sup> YAVUZ, s. 83.

<sup>83</sup> UYGUR, s.121; ERDOĞAN, s. 140; KARAHASAN, s. 100-103.

### **6.1.2.2.3. Asıl İş Sahibi ile Alt Müteahhit Arasındaki İlişki**

Alt müteahhitler bağımsız hareket ederler ve asıl müteahhidin yerine geçerler. Doktrinde bunlara “ikame eden şahıs” denmektedir ve bu şekilde müteahhit yardımcılarında ayırmaya çalışılmışlardır<sup>84</sup>. Alt müteahhitle asıl müteahhit arasında astlık üstlük ilişkisi bulunmamaktadır ve alt müteahhitle asıl müteahhit arasındaki sözleşme istisna sözleşmesi niteliğinde değildir<sup>85</sup>. Bu nedenle asıl iş sahibi, alt müteahhitten eser meydana getirmesini ve eserin kendisine teslimi konusunda bir talep hakkı bulunmamaktadır. Alt müteahhit eser meydana getirmeyi sadece asıl müteahhide taahhüt eder. Alt müteahhitlik sözleşmesinin ihlalden dolayı asıl müteahhit lehine doğan hakları asıl iş sahibi, kendi adına ileri süremez. Asıl iş sahibi haksız fiil hükümlerine dayanarak alt müteahhide başvurabilir<sup>86</sup>.

Müteahhit işin bir kısmını alt müteahhide devrettiği takdirde alt müteahhidin uzman olup olmasını araştırmış olması gerekir. Aksi takdirde müteahhit gerekli özeni göstermemiş olur<sup>87</sup>. Bunun yanında, müteahhide yardımcı kişiler müteahhidin gözetim ve idaresi altında bulunmaktadır. Bağımlı yardımcı kişilerle asıl müteahhit arasında genellikle hizmet sözleşmesi bulunmaktadır ve müteahhidin inşaatı yaparken başvurduğu yardımcı kişilerin uzman olmaları gerekmemektedir<sup>88</sup>.

### **6.1.2.2.4. İlk Müteahhidin Alt Müteahhidin Davranışlarından Dolayı Asıl İş Sahibine Karşı Sorumluluğu**

Arsa sahibi ile alt müteahhit arasında herhangi bir sözleşme bulunmamaktadır. Bu sebeple arsa sahibi asıl müteahhide karşı bazı haklar ileri sürebilirken alt müteahhide karşı bu hakları ileri sürememektedir. Aynı şekilde alt müteahhit de asıl müteahhide karşı ileri sürebileceği hakları arsa sahibine karşı ileri sürememektedir. Alt müteahhit alacağını

---

<sup>84</sup> KILIÇOĞLU, s. 194; UYGUR, s. 121; ÖZDEMİR, s. 77.

<sup>85</sup> ERDOĞAN, s. 140; TANDOĞAN, s. 51; KAYA, s. 51.

<sup>86</sup> ARAL, s. 329.

<sup>87</sup> KARAHASAN, s. 101; TANDOĞAN, s. 51; UYGUR, s.121.

<sup>88</sup> ERDOĞAN, s. 140; TANDOĞAN, s. 51; KAYA, s. 51.

koruyabilmek için inşaat üzerinde kendi adına kanuni ipotek tescil edilmesini isteyebilir<sup>89</sup>. Tescil edilen kanuni ipotek yönünden iş sahibi sadece tescil yapılan taşınmazla sorumludur. Yani bütün mallarıyla sorumluluk söz konusu değildir<sup>90</sup>.

Müteahhit yetkisi olmadan inşaatın yapımını alt müteahhide devrettiği takdirde sözleşmeye aykırı hareket etmiş olur. Müteahhit böyle bir devirde bulunmuşsa ve arsa sahibi de bundan dolayı zarar görmüşse, asıl müteahhit borca aykırı kusurlu eyleminden dolayı iş sahibine karşı BK m. 96 'ya göre sorumlu olur<sup>91</sup>. Her ne kadar alt müteahhitler müteahhit yardımcıları sayılmasalar da, müteahhitlerin alt müteahhitler dolayısıyla sorumluluğunun BK m. 100'e dayandığını kabul etmek gerekir<sup>92</sup>. Asıl müteahhidin alt müteahhidi denetim yetkisi olmadığından, asıl müteahhidin denetimdeki özensizliğinden bahsedilemez<sup>93</sup>. Asıl müteahhit alt müteahhidin eyleminden ancak kendisi böyle bir eylem yapmış olsaydı kusurlu sayılamayacağını ispat edebilirse kurtulur<sup>94</sup>.

### 6.1.3. Sadakat ve Özen Borcu

Müteahhit inşaatı yaparken arsa sahibine zarar verecek davranıştan kaçınmak zorundadır ve arsa sahibinin yararına olacak şekilde inşaatı yapmakla yükümlüdür. Müteahhit arsa sahibinin hukuken korunan değerlerine saygı göstermek zorundadır ve inşaatı yaparken kendine duyulan güvene uygun olarak davranmalıdır<sup>95</sup>.

---

<sup>89</sup> Yarg. 15. HD. 05/02/1990 tarih 1990/355 E. ve 1990/364 sayılı kararına göre: "... Davalılar arasında kat karşılığı inşaat yapımına ilişkin sözleşmeyle davalı müteahhidin yüklendiği inşaatın kalıp işlerini taşaron sıfatı ile yapan davacı ile, diğer arsa sahibi arasında akdi bir ilişki bulunmamaktadır. Sözleşmenin niteliği itibariyle, inşaatın bedeli arsa sahibi tarafından müteahhide arsa payı olarak ödeneceğinden, taşaronca yapılacak iş arsa sahibi yönünden haksız zenginleşme olarak kabul edilemez. Bu nedenle davanın arsa sahibi yönünden reddi gerekirken, yazılı şekilde kabulü usul ve yasaya aykırıdır..." (KOSTAKOĞLU, s. 309); TANDOĞAN, s. 84 vd.

<sup>90</sup> EREN, s. 67.

<sup>91</sup> EREN, s. 68; DOĞAN, s. 55; ÖZDEMİR, s. 79.

<sup>92</sup> KILIÇOĞLU, s. 198; YAVUZ, s. 83-87; KARAHASAN, s. 101-103.

<sup>93</sup> EREN, s. 67.

<sup>94</sup> TANDOĞAN, s. 94; EREN, s. 68.

<sup>95</sup> DAYINLARLI, s. 28; KARAHASAN, s. 90; YAVUZ, s. 75.

Müteahhidin sadakat ve özen borcu birbirine sıkı bir şekilde bağlıdır. Hatta sadakat borcunun sonucu olarak özen borcu doğmaktadır<sup>96</sup>.

### 6.1.3.1. Sadakat Borcu

Arsa sahibine karşı müteahhit genel sadakat borcu altındadır. BK m. 357 müteahhidin sadakat borcunun bazı hallerini düzenlemiştir. Buna göre, arsa sahibi inşaatın yapılması için gerekli olan malzemeyi müteahhide verdiği takdirde, müteahhit bunlara gerekli özeni göstererek, bunlardan dolayı hesap vermek ve artan mal olduğu takdirde iade etmekle yükümlüdür.

BK m. 357/II'ye göre de, müteahhit, arsa sahibinin verdiği malzeme veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşıldığı takdirde veya eserin gereği gibi ya da vaktinde yapılmasını tehlikeye düşürecek ayıplar olduğu takdirde derhal arsa sahibine bildirmekle yükümlüdür aksi takdirde müteahhit neticeye katlanmak zorundadır<sup>97</sup>.

Müteahhit iş yapıldığı esnada arsa sahibinin sırlarını, buluşlarını, kararlarını üçüncü kişilere açıklamaktan dikkatle kaçınmak zorundadır<sup>98</sup>. Örneğin, iş sahibi tarafından müteahhide verilen planlar müteahhit tarafından başka işlerde kullanıldığı takdirde, müteahhit sadakat borcunu yerine getirmemiş olur. Bazı durumlarda müteahhitle arsa sahibi arasında

---

<sup>96</sup> TANDOĞAN, s. 49; Yarg. 15. HD. 25.01.1999 günlü 1999/4289 E. ve 1999/115 sayılı kararına göre: "... Eser sözleşmesinde yüklenici , yüklendiği işi kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Özen borcu, sadakat borcunun bir sonucudur. Yüklenici, sözleşmeye uygun olmayan proje ve projeye aykırı iş yapmakla sadakat ve özen borcunu ağır biçimde ihmal etmek, davacı da var olan güveni kökünden sarsmakla kusurlu olduğu gibi, kamu düzenine ilişkin imar kurallarına uymamakla da başka bir neden aranmaksızın kusurludur..." (YKD. 1999, S. 5, s. 657-659)

<sup>97</sup> TANDOĞAN, s. 109; Yarg. 15. HD. 22.03.1994 günlü 1994/4902 E. ve 1994/1716 sayılı kararına göre: "... kaldı ki, davalı taraftan noter kanalıyla 28.06.1990 tarihinde gönderilen ihtar cevapta dahi kusurların varlığı inkar edilmemiş, ancak bunların varlığı iş sahibince verilen malzemenin hatalı olmasına dayandırılmıştır. Oysa, verilen malzemenin işe ve amaca elverişli olmaması halinde, işin ehli yüklenicinin bunlardan iş sahibini önce haberdar etmesi, ancak ısrar edilirse o malzemeyi kullanması gerektiği BK. 357/son maddesi hükmünden olduğu gibi, genelde de sadakat borcunun sonucudur. Bu nedenle malzemelerden doğan kusurlardan ("ayıplardan" olaca) ötürü kendisine kusur verilmeyeceğini de yüklenici ileri süremez..." (KARATAŞ, s. 96).

<sup>98</sup> EREN, s. 77.

sözleşme bitmiş olsa bile müteahhidin sadakat borcu devam eder. Örneğin, müteahhide iş sahibi tarafından verilen teknik bir bilgiyi sözleşme bitse bile iş sahibinin izni olmadan müteahhit sonraki işleri için kullanmamalıdır<sup>99</sup>.

Müteahhit inşaat devam ederken sadakat borcunu ağır bir şekilde ihlal ederse arsa sahibi BK m. 369'ya veya BK m. 358/II ile birlikte BK m. 106'ya dayanarak sözleşmeden dönebilir<sup>100</sup>. Ayrıca müteahhit sözleşmeye uygun olarak inşaatı teslim etmiş olsa dahi sadakat borcunu ihlal ettiği takdirde bu yüzden uğranılan zararlar istenebilir. Bundan başka, sadakat borcuna aykırı hareket eden müteahhit bu davranışından dolayı bir kâr elde ettiyse, arsa sahibi BK m. 414'e göre kârın kendisine verilmesini isteyebilir<sup>101</sup>.

BK m. 357/III'te müteahhidin bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre, "İş devam ettiği sırada, iş sahibinin, verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut imalatın noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal hadis olursa müteahhit, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeğe mecbur aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir." Müteahhit, işin zamanında ve noksansız ifasını engelleyecek bütün tehlikeleri iş sahibine derhal bildirmekle yükümlüdür<sup>102</sup>. Müteahhit ihbar yükümlülüğünü zamanında yerine getirmediği takdirde doğacak zararlardan, özellikle de gecikmeden doğacak zararlardan dolayı sorumlu olur<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> EREN, s. 77.

<sup>100</sup> TANDOĞAN, s. 50-51; DAYINLARLI, s. 18; YAVUZ, s. 467.

<sup>101</sup> TANDOĞAN, s. 51; UYGUR, s. 154; YAVUZ, s. 76.

<sup>102</sup> SELİÇİ, s. 105; Yarg. 15. HD. 18.09.1989 günlü 1989/636 E. ve 1989/3659 K. (YKD. 1990, S. 1. s. 90); Yarg. 15. HD. 25.03.2004 günlü 2004/4398 E. ve 2004/1690 sayılı kararına göre: "... yüklenici işin ehli ve basiretli tacirdir. Eser meydana gelirken fen ve tekniğe uygun hareket etmeli, iş sahibini her türlü zararlandırıcı sonuçlardan korumalıdır. Yüklenicinin bu yükümlülüğü özen borcunun bir sonucudur. Bk. m. 357 uyarınca da projesinde bir hata bulunsa veya arsa seçiminde bir yanılğı olsa bile, özen borcu gereği iş sahibine durumu bildirerek talimatını almayan yüklenici ortaya çıkan sonuçlara katlanmak zorundadır..." (KARATAŞ, s. 231-232). Yarg. HGK. 01.07.1992 günlü 1992/309 E. ve 1992/452 sayılı kararına göre: "... somut olayda, inşaatın çok yakınından elektrik tellerinin geçtiği herkesce görülebilir olması itibariyle tehlike açıkken ve hele yanındaki kişilerin ikazlarına rağmen yüklenicinin çıplak elektrik teline elle müdahalesiyle sonuç doğurmuş olduğuna göre, iş sahibinin tehlikeden yükleniciyi haberdar etmediğinden ötürü kusurlu olduğu söylenemez. Öte yandan, arsanın kusurlu olması ya da eserin yapılmasını tehlikeye koyacak halin varlığında, bunların giderilmesi için iş sahibinin uyarılması görevi, Bk. 357/son maddesi hükmünce yükleniciye aittir..." (KARATAŞ, s. 100-1001).

<sup>103</sup> ERMAN, s. 34.

### 6.1.3.2. Özen Borcu

Müteahhit inşaatı yaparken kendisinden beklenen özeni göstermekle mükelleftir, aksi takdirde sorumlu olur. BK m. 356/I de müteahhit, işçinin hizmet sözleşmesinde göstermekle zorunda olduğu özeni göstermekle mükelleftir diyerek BK m. 321'e yollama yapmıştır. Ama müteahhitle işçinin göstermek zorunda olduğu özeni aynı tutmamak gerekir. Çünkü müteahhit mesleki açıdan uzman bir kişidir ve işçi gibi iş sahibinin emirlerine bağlı değildir. Ayrıca müteahhit tacir sıfatını taşıdığı için basiretli iş adamı gibi davranmak zorundadır (TTK m. 20). Bu yüzden müteahhidin göstermesi gereken özen işçiden beklenen özenden daha ağır, daha fazladır<sup>104</sup>. Müteahhit, işi üstlenirken eserin yapımı için gerekli ön koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmalıdır. Plan ve projeleri arsa sahibi onaylamış olsa dahi, müteahhit bunların hatalı olmasından dolayı meydana gelecek zararlardan sorumludur<sup>105</sup>. Müteahhit yapı tekniği kurallarına uymak zorundadır ve bunlara uymadığı takdirde sorumlu olur<sup>106</sup>. TTK m. 20/II'deki "basiretli bir iş adamı" ölçüsünde olduğu gibi, tecrübeli ve uzman bir müteahhidin davranış biçimi ölçü olarak alınmalıdır. Tabii ki burada yapılacak binanın kapsamı, niteliği, özellikleri dikkate alınmalıdır. İki katlı üçüncü sınıf bir binayı yapacak olan müteahhitle, birçok blok ve kattan oluşan, komplike bir inşaatı yapan müteahhitten beklenen özenin ölçüsü farklıdır<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Yarg. HGK. 09.10.1991 günlü 1991/340 E. ve 1991/467 sayılı kararına göre: "... eser sözleşmesinde yüklenici, kural olarak işin görülmesi ve tesliminde işçiye göre daha yüksek özen göstermelidir (BK. 356/1). Yüklenici, bir işi yüklenir iken, kendi uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise, sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde, özen borcuna aykırı davranmış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulmuş olur. Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder..." (YKD. 1992, S. 1. s. 33-42). Yarg.15. HD. 18.09.19989 günlü 1989/636 E. ve 1989/3659 sayılı kararına göre; "... yüklenici, işçinin tabii olduğu özen ve dikkati göstermek zorunda olup savsama ve dikkatsizlik sonucunda iş sahibinin uğradığı zararlardan sorumludur..." (YKD. 1990, S. 1. s. 435-437).

<sup>105</sup> TANDOĞAN, s. 56; Yarg. 15. HD. 04.06.1974 günlü 1974/439 E. ve 1974/516 sayılı kararına göre: "... davalının sözleşme ile kendisine tahmil edilen vecibelerini yerine getirmeden, yani arsanın çapını, imar durumunu tespit etmeden, projeyi düzenleyip tasdik ettirmeden ve inşaat ruhsatı alınmadan hafriyata başlamasında ve şantiye kurup ihzarat temini cihetine gitmesinde gösterdiği tedbirsizlik ve basiretsizliğin müterafık kusur olarak yüzde nisbetinin belirlenmesinden sonra..." (TANDOĞAN, s. 56).

<sup>106</sup> SELİÇİ, s. 94.

<sup>107</sup> ERMAN, s. 36.

Müteahhit, inşaatı yaparken tecrübeli ve uzman, makul ve dürüst bir müteahhitten beklenen tüm dikkat ve özeni sarf etmek zorundadır Örneğin, arsa sahibi malzeme vermişse müteahhit, malzemenin istenilen işe uygun olup olmadığı konusunda malzemeleri özenle kontrol etmeli, malzemeyi kendisi sağlamışsa malları özenle seçmeli, alt müteahhit çalıştıracaksa bunun seçiminde özen göstermelidir<sup>108</sup>.

Bunların dışında müteahhit arsa sahibinin hukuken korunan değerlerine zarar vermemelidir. Arsa sahibinin yaşama hakkına, kişilik değerlerine, vücut bütünlüğüne saygı göstermelidir.

Müteahhit borcunu hiç veya gereği gibi yapmadığı takdirde BK m. 96 vd. hükümlerine göre sorumludur. BK m. 358/II'ye göre, inşaatın tamamlanmasını beklemek arsa sahibi için mahsurluysa arsa sahibi bu durumu müteahhide ihtar edebilir. Bu ihtarda, müteahhidin inşaatı özenle yapmasını ister. Aksi takdirde masrafları müteahhide ait olmakla birlikte inşaatın yapımını üçüncü bir şahsa yaptıracığını bildirir. Ya da arsa sahibi BK m. 106'daki seçimlik haklarını kullanabilir<sup>109</sup>.

Müteahhide yüklenilmiş olan sorumluluk sözleşme ile genişletilebileceği gibi, yine sözleşme ile hafifletilebilir de<sup>110</sup>.

#### **6.1.3.2.1. Müteahhidin Göstermek Zorunda Olduğu Başlıca Özen Yükümleri**

Müteahhidin göstermek zorunda olduğu özen yükümlülüklerinin başında kullandığı malzemeye ilişkin özen borcu gelir. BK m. 357/I'e göre, "Müteahhit, imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta bayi gibi mütekeffildir". BK m. 357/I'de malzemelerin kim tarafından temin edeceğine dair bir açıklık yoktur. Bu konuda doktrinde tartışma bulunmasına rağmen<sup>111</sup>, kanımızca inşaatla kullanılacak malzemelerin müteahhit tarafından temin edilmesi gerekmektedir<sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> EREN, s. 74; ERDOĞAN, s. 135-172; ERMAN, s. 29; KOSTAKOĞLU, s. 303.

<sup>109</sup> TANDOĞAN, s.60-70, YAVUZ, s. 469 vd.; SELİÇİ, s. 110 vd.; KARAHASAN, s. 95.

<sup>110</sup> TUNÇOMAĞ, s. 991; DOĞAN, s. 67.

<sup>111</sup> Bu tartışma için bk. TANDOĞAN, s. 104 vd.

<sup>112</sup> ERMAN, s. 37.

Yapıda kullanılan malzemeler ile eserin yapımı için gerekli araç ve gereçler farklı kavramlardır. Örneğin, çimento, demir gibi inşaatta kalan mallar yapı malzemesi iken; beton kalıplar iskeleler ise çalışma araç ve gereçleri kavramına girer. İnşaatin yapımı için kullanılan araç ve gereçler işin doğası gereği müteahhit tarafından temin edilmek zorundadır<sup>113</sup>.

Müteahhit, sözleşmede belirtilen yapıya uygun nitelikteki malzemeleri seçmelidir. Eğer sözleşmede malzemelerin özellikleri belirtilmemişse müteahhit, orta kalitede malzeme seçmelidir. Malzemeler yapının niteliğine göre değişebilir. Örneğin, sert zeminde yapılacak bina ile yumuşak zeminde yapılacak bina için kullanılacak malzemeler farklı olabilir. Müteahhit Deprem Yönetmeliği ve diğer Yönetmeliklerde öngörülen kıstasları esas alacaktır. Bu sınırlar çerçevesinde müteahhit malzemenin türünü, imalatçısını veya satıcısını seçmekte serbestir<sup>114</sup>. BK m. 357/I'de malzemenin müteahhit tarafından sağlandığı eser sözleşmelerinde, malzemenin iyi kalitede olmaması halinde müteahhidin satıcı gibi tekeffül borcu altında olduğu belirtilmektedir. Doktrindeki baskın görüş, müteahhidin sağladığı ayıplı malzemelerden dolayı eserin ayıplı olduğu hallerin satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül kurallarına tabi tutulduğu ve zapta karşı tekeffül hükümlerine de yollama yapıldığı yönündedir<sup>115</sup>. Yani malzemelerdeki ayıplardan dolayı inşaatta bozukluk olduğu takdirde müteahhit hakkında BK m. 359–360 hükümleri değil, satım sözleşmesine ilişkin BK m. 194–207 hükümleri uygulanır.

Eserde meydana gelen ayıp malzemelerden kaynaklanmadığı takdirde müteahhide karşı BK m. 360 hükümleri uygulanır.

Tandoğan bu görüşe katılmamaktadır. Tandoğan'a göre BK m. 357/I, BK m.360 hükmüne başvurmayı engellemektedir<sup>116</sup>.

Tunçomağ'a göre, müteahhit malzemeyi seçmede kusurlu olduğu takdirde, malzemedan dolayı meydana gelen zarardan mesul olacaktır<sup>117</sup>.

Öz ise, BK m. 357/I'in satıcının zapta karşı tekeffül hükümlerine yollama yapmadığını ve zapt halinde dahi bu hükümlerin uygulanamayacağını belirtmektedir. Ayıba karşı tekeffül

---

<sup>113</sup> TANDOĞAN, s. 102; ERMAN, s. 37.

<sup>114</sup> TANDOĞAN, s.106; ERMAN, s. 37.

<sup>115</sup> TANDOĞAN, s. 107; SELİÇİ, s. 99 vd.; ERMAN, s. 37.

<sup>116</sup> TANDOĞAN, s. 107.

<sup>117</sup> TUNÇOMAĞ, s.515.



hükümleri bakımından ise sadece iş sahibinin uğradığı zararların tazminine ilişkin satım hükümlerinin uygulanacağını ileri sürmektedir<sup>118</sup>.

Kanımızca BK m. 207/I, müteahhidin seçtiği kusurlu malzemelerden dolayı arsa sahibinin uğradığı zararları tazmin için uygulanmalıdır. Zaman aşımı, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkının sınırlandırılması gibi durumlarda BK m. 360 uygulanmalıdır. Bunun sebebi, zaman aşımı süresinin BK m. 207/I'de 1 yıl, hatta ticari eser sözleşmelerinde 6 ay olmasıdır. Oysa BK m. 360'a göre zaman aşımı süresi 5 yıldır. BK m. 360'a göre şartları varsa arsa sahibine onarım ve ıslah hakkı tanırken, satım sözleşmesini düzenleyen BK m. 207 böyle bir hak tanımamaktadır. Ayrıca ayıplardan dolayı BK m. 360 istisnai hallerde arsa sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanırken; satım sözleşmelerinde alıcının önemsiz bölümlerde bile ifayı reddetmesi mümkündür.

Müteahhidin göstermek zorunda olduğu özen yükümlülüklerinin bir diğeri de müteahhidin inşaatı kendi yönetimi altında yürütmesine ilişkin özen borcudur. Müteahhit yapmayı taahhüt ettiği inşaatı kendi yönetimi altında yürütme ve tamamlama borcu altındadır. Bu borç sadece alt müteahhitlerin ve yardımcı kişilerin seçimi değil, aynı zamanda işlerin organizasyonu, talimat verme, denetleme, araç ve gereç seçimini de kapsamaktadır. Müteahhit tüm bu hususlarda gerekli özen ve dikkati göstermekle yükümlüdür. Müteahhit bu yükümlülüğüne aykırı davrandığı takdirde, arsa sahibine karşı meydana gelen zararlardan dolayı BK m. 96 vd. hükümlerine göre sorumlu tutulur<sup>119</sup>.

BK m. 356/II'ye göre, "Müteahhit, imal olunacak şeyi bizzat yapmağa veya kendi idaresi altında yaptıрмаğa mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir." Bu madde müteahhidin inşaatı şahsi bilgisine ihtiyaç duyulmadığı sürece kendi idaresi altındaki kişilere de yaptırabileceğini göstermektedir. Yardımcı kişilerin işi gereği gibi yerine getirmedikleri takdirde meydana gelen zararlardan dolayı, müteahhit BK m. 100'e göre sorumlu olur.

Müteahhit alt müteahhitlere başvurabilmekle birlikte, üstlendiği tüm inşaatı alt müteahhide devretmesi BK m. 356/II hükmüne aykırılık teşkil eder<sup>120</sup>. Asıl müteahhit sıva

---

<sup>118</sup> ÖZ, s. 55.

<sup>119</sup> ERMAN, s. 39.

<sup>120</sup> TANDOĞAN, s. 70; ERMAN, s. 40. Yarg. 15. HD. 08.04.1991 günlü 1990/5458 E. ve 1991/1795 sayılı kararına göre: "... Davacıların maliki oldukları tapulu taşınmaz, dosyada mevcut sözleşmeler ve protokoller gereğince arsa üzerine yapılacak inşaatın davacılar tarafından yapılacak belli bağımsız bölümler karşılığında davalı kooperatife devredilmiştir. Yani, devrin amacı satış değil eser sözleşmesidir. Davacılar arsının bedelini,

işlerini, elektrik tesisatı gibi çeşitli işleri alt müteahhide verebilir. Bunlara bir engel olmamakla birlikte asıl işi asıl müteahhit yapar<sup>121</sup>.

Asıl müteahhitle alt müteahhit arasında istisna sözleşmesi bulunmaktadır<sup>122</sup>. Müteahhidin, alt müteahhit gözetimde bulunma yükümlülüğü olmamasına rağmen alt müteahhidi kötü seçmesi halinde özen borcuna aykırı davranmış olur.

#### **6.1.3.2.2. Özen Borcuna Aykırılığın Özel Bir Düzenlemesi: BK m. 358/II**

Müteahhidin özen borcuna aykırı davranması sonucunda eserde meydana gelen bir ayıbın varlığı halinde veya eserin sözleşmeye aykırı biçimde meydana gelmesi durumunda arsa sahibine BK m. 358/II uyarınca bazı haklar tanınmıştır.

BK m. 358/II'ye göre, "İmal sırasında işin müteahhidin kusuru sebebi ile ayıplı veya mukaveleye muhalif bir surette yapılacağını katiyetle tahmin etmek mümkün olursa, iş sahibi, bunlara mani olmak için müteahhide münasip bir mühlet tayin ederek veya ettirerek bu

---

taşınmazın üzerine yapılacak inşaatın pay almak suretiyle alacaklardır. Olayda müteahhit kişiler davada taraf değil iseler de davalı kooperatif cevap ve savunmalarında bu hususu açıkça kabul etmekte inşaatın bitiminde de edimini ifa edeceğini bildirmektedir. Her ne kadar taraflar arasında eser sözleşmesi resmi biçimde yapılmamış ise de kooperatif müteahhitlerin fiillerini Borçlar Kanununun 110. maddesi uyarınca üstlenmiş ve tapuyu da devir almakla inşaatın bitiminde davacılar sözleşmelerdeki nispetler dahilinde pay aktarma borcu altına girmiştir. Bu durumda, tapunun iptali şartlarının eser sözleşmelerinin ışığında incelenmesi gerekmektedir. ... Henüz inşaat başlanmamasında davalı kooperatife atfi kabil bir kusur olmadığı gibi, inşaat müddeti de sözleşmeye göre henüz sona ermediğinden inşaatın yapılamamasından dolayı bir iptale gidilmesinde isabet yoktur. Dosyadaki belge ve protokole göre, yukarıda açıklandığı üzere tapu devrinin amacı inşaat yapmak olup ortada bir muvazaa da bulunmamaktadır. Tapunun devri inşaat yapılmasına yöneliktir. O halde davanın reddine karar verilmek gerekirken yazılı gerekçelerle tapunun iptali cihetine gidilmesi yerinde değildir. Şüphesiz sözleşmelerin yerine getirilmemesi halinde ileride oluşacak duruma göre davacıların dava hakları ayrıca incelenebilecektir. Ancak şu safhada tapunun iptali şartları oluşmadığından davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün bozulması gerekmiştir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>121</sup> Yarg. 15. HD. 010.12.1990 günlü 1990/2197 E. ve 1990/2583 sayılı kararına göre: "... Sözleşmede, inşaatın bizzat davacı tarafından yapılacağı taraflarca kararlaştırılmış değildir. Davacı kendi mesuliyeti altında inşaatın bir bölümünü üçüncü kişilere de yaptırabilir. Bu işte davacının şahsi mahareti sonuca etkili görülmemiştir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>122</sup> TANDOĞAN, s. 77.

mühlet içinde icabını icra etmediği halde hasar ve masraflar müteahhide ait olmak üzere tamiratın veya imalata devamın üçüncü bir şahsa tevdi olunacağını ihtar edebilir” .

Arsa sahibi işin sonunda ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yaralanarak meydana gelen zararları isteyebileceği gibi, müteahhidin özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda arsa sahibi işin sonucunu beklemeden de bazı önlemler alabilir. Müteahhit özen borcunu yerine getirmediği için inşaatın ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağı kesin olarak tahmin edilebiliyorsa, arsa sahibi müteahhide süre vererek işin gereği gibi yapılmasını isteyebilir. Ya da arsa sahibi mahkemeden böyle bir süre tayin ettirir. Bu süre içinde müteahhit tarafından ayıpların gidermemesi durumunda hasar ve masraflar müteahhide ait olmak üzere tamiratın veya imalatın üçüncü şahıslara yaptırılacağı, müteahhide arsa sahibi tarafından ihtar edilir<sup>123</sup>. Bu ihtarın semeresiz kalması halinde ise arsa sahibi işi başkasına yaptırabilir<sup>124</sup>.

BK m. 358/II'nin uygulanabilme koşulları şunlardır:

1) Eserin yapıldığı esnada işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde olacağı kesin olarak tahmin edilebilir olmalıdır. Eser tamamlandıktan sonra BK m. 358/II değil, ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanır<sup>125</sup>.

BK m. 358/II ayıplı imalat ve sözleşmeye aykırılığı ayrı ayrı ele almıştır. Projeye aykırı olarak inşaatın yapılması sözleşmeye aykırılığa bir örnektir. Bunun yanında, belli bir aşamada belli bir özelliğin bulunmaması inşaatın tamamlanmasında onun ayıplı olduğunu gösterir bir durumsa, ayıplı imalat söz konusu olur<sup>126</sup>.

2) Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı yapılması müteahhidin kusuruna dayanmalıdır. “Müteahhidin kusuru” deyiminden, ayıbın doğumundan arsa sahibinin kusurunun olmaması anlaşılmalıdır<sup>127</sup>.

3) İşin düzgün yapılmamış olması durumunda müteahhide işi düzeltmesi için uygun süre verilmeli ve bu süre zarfında işi düzeltmediği takdirde işin yapılması için üçüncü bir şahsa yaptırılacağı ihtar edilmelidir. İş üçüncü kişiye yaptırmak için BK m. 97/I'den farklı

---

<sup>123</sup> TANDOĞAN, s. 62.

<sup>124</sup> TANDOĞAN, s. 62.

<sup>125</sup> ERMAN, s. 47.

<sup>126</sup> TANDOĞAN, s. 63.

<sup>127</sup> TANDOĞAN, s. 64.

olarak, hakimin iznine gerek bulunmamaktadır<sup>128</sup>. Mütahhede verilecek süre işin icrası gereği uygun bir süre olmalıdır. Mütahhit sürenin yetersiz olduğunu düşünüyorsa verilen süreye derhal itiraz etmelidir; aksi takdirde verilen sürenin uygun olduğu kabul edilir ve sonradan itiraz edilemez. Şayet mütahhit baştan beri ayıpları gidermeyi reddediyorsa, bu durumda mütahhede süre vermeye gerek yoktur. Bununla birlikte işin düzeltilmesi için mütahhede verilen süre işin teslim süresinin uzatıldığı anlamına gelmemektedir. Mütahhit verilen süre içinde ayıbı giderse de sözleşmede belirtilen tarihte inşaatı teslim etmediği takdirde gecikmeden dolayı sorumlu olur. Arsa sahibi, mütahhede verdiği uygun sürenin sonuçsuz kalması durumunda işi üçüncü kişilere yaptırmak zorunda değildir. İsterse zararın para ile tazminini de isteyebilir<sup>129</sup>.

## 6.2. YAPIYI TESLİM BORCU

### 6.2.1. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğundan bahsetmiştik. Bundan dolayı arsa sahibinin edimdeki çıkarının gerçekleşmesi için eserin yapılması önem taşır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi iş görmenin değil, iş sonucunun sağlanmasına yöneliktir. Bundan dolayı arsa sahibinin çıkarı inşaatın yapılıp ona ayıpsız teslimiyle gerçekleştirilir. Borçlar Kanunumuzda teslim borcu açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte “teslim için tayin edilen zaman” (BK m. 358/I), “şeyin tesliminden sonra” (BK m. 360), “tesellüm zamanı” (BK m. 363/II), “işin parası teslim zamanında ödenir” (BK m. 364/I) hükümleriyle borçların yasa koyucu tarafından örtülü olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılabilir<sup>130</sup>.

Teslim borcu “bir nesne (şey) verme borcudur. Teslim doğrudan doğruya zilyetliğin geçirilmesi veya geriye geçirilmesi ya da geçici bir zilyetlik ihlalinin ortadan

---

<sup>128</sup> TANDOĞAN, s. 65; ERMAN, s. 47.

<sup>129</sup> TANDOĞAN, s. 66; ERMAN, s. 47.

<sup>130</sup> KARAHASAN, s. 261.

kaldırılmasıdır”<sup>131</sup>. Yani üstlenici, iş sahibinin eser üzerinde dolaysız zilyetliğini sağlayarak teslim borcunu yerine getirmiş olur<sup>132</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi müteahhide doğrudan doğruya zilyetliği geçirmek zorunda değildir. Yani zilyetlik arsa sahibinde kalabilir. Tabii ki bu durum, müteahhidin inşaatın yapısını engelleyici bir durum yaratmaması gerekir. Örneğin, müteahhit çukur varsa buraları kapatmalı, getirdiği araç ve gereçleri götürmeli yani binayı arsa sahibine temiz olarak teslim etmelidir. Yani arsa sahibinin binayı kullanabilmesini engelleyecek durumlar ortadan kalktığı anda, teslim borcu yerine getirilmiş olur<sup>133</sup>.

Arsa üzerine inşaat yapma sözleşmelerinde teslimin nasıl olacağı sorunu önem kazanır. Şöyle ki, müteahhide iş görme borcunu yerine getirmesi için arsa sahibi tarafından arsanın zilyetliğinin doğrudan doğruya geçirilmesinin gerekli olup olmamasına göre farklı sonuçlar doğar. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş görmesi için müteahhide arsanın zilyetliğinin doğrudan doğruya verilmesi zorunlu değildir. Böyle bir durumda arsa sahibinin arsa üzerinde eylemsel gücünün kullanılmasında ihlal edici bir engelleme durumu yani zilyetlik ihlali ortaya çıkar. Bundan dolayı bina tamamlandıktan sonra müteahhit inşaat yerindeki tüm araç ve gereçlerini, makinelerini uzaklaştırmalı, yanında çalıştırdığı kişileri oradan çekmelidir. Yani arsa sahibinin eylemsel gücünü ihlal edici hiç bir engel olmamalıdır. Böylece eserin teslimi gerçekleşmiş olur<sup>134</sup>.

Müteahhidin yüklendiği tüm işler yapıldığı zaman, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için teslim yapılmış sayılır. Tamamlanmış eserler, teslim borcunun konusunu oluşturabilirler<sup>135</sup>. Binanın henüz tamamlanmadan kullanılmaya başlanmış olması teslimin gerçekleştiği anlamına gelmemektedir. Yani tüm işler bitmeden arsa sahibinin eve taşınmış olması teslimin yapıldığı anlamında bir kıstas oluşturduğu kabul edilemez<sup>136</sup>.

---

<sup>131</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1012; TANDOĞAN, s. 125; BURCUOĞLU, s. 287; Yarg. 15. HD. 17.11.1986 günlü 1986/830 E. ve 1986/3860 sayılı kararına göre: “... yüklenici (müteahhit) eseri hukuki ve fiili anlamda tamamlayıp teslim etmedikçe ayıpların ihbarı yükümlülüğünden yararlanamaz...” (YKD. 1983, S. 4, s. 578 vd.).

<sup>132</sup> KARAHASAN, s. 262.

<sup>133</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1013, TANDOĞAN, s. 126.

<sup>134</sup> KARAHASAN, s. 263; Bir inşaat işinin bittiğinin müteahhit tarafından iş sahibine bildirilmesi ve onun da işi bitmiş sayması zaman aşımının işlemeye başlaması için yeterlidir. Bkz. BGE 89 II 405; TANDOĞAN, s. 81.

<sup>135</sup> TUNÇOMAĞ, s.521.

<sup>136</sup> TANDOĞAN, s. 125.

## **6.2.2. Teslim Borcunun İfa Zamanı**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle arsa sahibi ile müteahhit arasında eserin teslim günü belirlenmiştir. Böylece sözleşmenin kurulduğu gün ile teslim günü arasında bina müteahhit tarafından tamamlanır ve arsa sahibine teslim edilir. Sözleşmede teslim zamanı kararlaştırılmamış olsa bile arsa sahibi müteahhitten eserin teslimini hemen isteyemez. Yapılması gereken binanın niteliği ve özelliğine göre müteahhide uygun bir zaman verilmesidir. Dürüstlük kuralı çerçevesinde ve adet (görenek) uyarınca uygun zaman belirlenir<sup>137</sup>.

## **6.2.3. Teslim Borcunu İfada Temerrüt ve Bunun Sonuçları**

### **6.2.3.1. Teslim Borcunu İfada Temerrüdün Şartları**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflardan birinin temerrüde düştüğünden bahsedebilmemiz için Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde ki borçlunun temerrüde düştüğüne ilişkin genel koşulların gerçekleşmesi gerekir. Genel koşullar şunlardır; borcun muaccel olması, edimin yerine getirilmesinin mümkün olmasıyla birlikte borçlunun edimini yerine getirmemiş olması ve ihtar koşullarının varlığı gerekmektedir<sup>138</sup>.

Gerek müteahhidin gerekse arsa sahibinin temerrüde düşmesi mümkündür. Her iki taraf için de temerrüdün koşullarının oluşup oluşmadığı aranır.

#### **6.2.3.1.1. Edimin Muaccel Olması**

Müteahhidin asli edimi inşaatı tamamlayıp sözleşme gereği arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümleri teslim etmek iken; arsa sahibinin asli görevi, sözleşmede belirlenen arsa paylarının mülkiyetini müteahhide geçirmektir.

---

<sup>137</sup> KARAHASAN, s. 266.

<sup>138</sup> ERMAN, s. 55.

Sözleşmede vade belirlenmişse bu vadenin gelmesiyle borç muaccel olacakken, sözleşmede vade belirlenmediği durumlarda BK m. 74 uygulanacaktır. BK m. 74'e göre, "Ecel meşrut olmadığı veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı takdir de borcun hemen ifa ve derhal icrası talep olunabilir." Bu hükmü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulamak doğru olmaz. Müteahhidin borcunu yerine getirebilmesi için belli bir süreye ihtiyacı vardır. Sözleşmede vade bulunmadığı durumlarda müteahhidin borcunun muaccel olduğunu ileri sürmek hakkaniyete aykırı bir davranış olur. Bu gibi durumlarda deneyimli ve tedbirli bir müteahhit tarafından inşaat ne zaman bitirebilecek ise, müteahhidin borcunun ancak bu süre dolduktan sonra muaccel olacağı kabul edilmelidir. Borcun muaccel olabilmesi için bu sürenin dolmuş olması yeterli değildir. Ayrıca müteahhide "muacceliyet bildirimi"nin yapılmış olması gerekir. Bu bildirim temerrüt ihtarından farklıdır. Bu bildirimle arsa sahibi sadece borcun yerine getirilmesini istemektedir<sup>139</sup>. Bu durumda borcun muaccel olduğuna varmak gerekir<sup>140</sup>. İşin ne zaman muaccel olacağı konusunda mahkemece tespit yapılmış olması daha sonra çıkacak tartışmaları önlemek açısından faydalıdır.

Arsa sahibi sözleşmede süre öngörmemişse müteahhide ayrıca makul bir süre tanımadan da borcun muaccel olduğu gerekçesiyle BK m. 74'e göre edimin derhal ifasını isteyebilir<sup>141</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde borcun muaccel olması için ayrıca BK m. 81 incelenmesi gerekmektedir. BK m. 81'e göre, "Mütekabil taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse, akdin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylemiş olmak lazımdır." Bu hüküm müteahhit bakımından uygulanabilir. Ancak arsa sahibi tarafından uygulanamaz;

---

<sup>139</sup> ÖZ, s.155.

<sup>140</sup> TANDOĞAN, s. 129; ÖZ, s. 155; Yarg. 15. HD. 18.06.2003 günlü 2003/767 E. ve 2003/3319 sayılı kararına göre: "... Yanlar arasındaki biçimine uygun düzenlenen 28.4.1994 günlü sözleşmede işin teslim tarihi kararlaştırılmamıştır. Kuşku yok ki, tarafların sözleşmelerinde bu hususu eksik bırakmaları yükleniciye eseri belirsiz sürede teslim hakkı vermez. Bu gibi durumlarda işin olağan seyrine göre yürüyüp yürümediğini saptamak için o ana kadar yapılan iş ve işlemlere ve eserin hacmine bakmak gerekir. Arsa sahiplerince yüklenicinin temerrüde düşürülüp düşürülmediği de önemlidir. Bu kısa açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde; sözleşmeden sonra kooperatif inşaat faaliyetlerine bağladığı, 27.7.1994 tarihinde ifraz işlemlerini tamamladığı inşaat ruhsatı alınması için gereken işleri de yaparak bu ruhsatı 5.9.1995 tarihinde aldığı görülmektedir. İşler olağan akışında yürürken ve ruhsatın alınmasından sonra, arsa sahipleri tarafından yükleniciye gönderilen 30.10.1995 tarihli ihtarın ve bundan sonra fesih için 23.1.1996 tarihinde dava açılmasının iyiniyetle bağdaşır bir yanı yoktur..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>141</sup> ERMAN, s. 57.

çünkü arsa sahibi için uygulanması gereken hüküm BK m. 364/I'dir. Buna göre, "İşin parası, teslim zamanında ödenir." Bu suretle arsa sahibi öncelikle karşı edimin yerine getirilmesini isteyebilecektir<sup>142</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde işin bitirilmesi için belli bir süre öngörülmediği takdirde müteahhidin borcu inşaatın tamamlanması için gerekli olan makul sürenin dolmasıyla muaccel hale gelir. Bu durumda müteahhit sözleşmenin ifa edilmediği def'ini ileri süremez. Buna karşılık arsa sahibi BK m. 364/I'e dayanarak öncelikle müteahhidin edimini yerine getirmesini talep eder. Müteahhit tarafından borç ifa edilmedikçe de arsa sahibi arsa payının mülkiyetini geçirme borcundan kaçınabilir<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> Yarg. 15. HD. 23.11.1987 günlü 1987/2268 E. ve 1987/4051 sayılı kararına göre: "... Davacı, davalı idare ile yapılan 17.8.1983 tarihli sözleşme ile K. ikmal inşaatı yapımını üstlendiğini, davalı idarenin sözleşmenin feshine ilişkin işlemini yasa ve sözleşmeye aykırı bulunduğundan, akdin feshine ilişkin işlemin iptaline, kat'i teminat mektuplarına ilişkin sataşmanın önlenmesine, bunların irad kaydedilmesine ilişkin işlemin iptalini istemiştir. Davalı, davacı şirketin sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle gerekli uyarılar yapılarak 4.4.1984 tarihli yazı ile sözleşmenin feshedildiğini, davanın reddini dilemiştir. Taraflar arasındaki 17.8.1983 tarihli sözleşmenin ( işin süresi ve başlama zamanı ) başlığın taşıyan 4. maddesine göre; yüklenici Sayıştay tescilinin kendisine yazı ile duyurulması gününden başlayarak 15 gün içerisinde çalışmaya başlamak zorundadır. Sözleşmenin 3/4. maddesine göre liman inşaatı genel şartnamesi sözleşmenin ekidir. Bunun ( işlerin yükleniciye teslimi ) başlığını taşıyan 9. maddesine göre; sözleşmenin imzasından sonra, kontrol görevlisi tarafından yüklenicinin sözleşmede yazılı süreler içinde işe başlayabilmesi için hazır bulunan eksen kazıkları, someler ve röperler, zemin üzerinde yükleniciye teslim edilir ve ortaklaşa bir tutanak düzenlenir denilmektedir. Sayıştay tescilinin yükleniciye yazı ile duyurulduğu isbat edilmediği gibi, yüklenicinin 8.12.1983 tarih 34947 sayılı ihtarına rağmen sözleşmeye uygun yer teslimi yapılarak tutanak da düzenlenmemiştir. BK. nun 81. maddesine göre, karşılıklı taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse; akdin şartları ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylemiş olmak lazımdır. Aynı Yasanın 90/2. maddesine göre, borçlunun borcunu ifa edebilmesi için tekaddümen kendi tarafından yapılması lazım gelen muameleleri icradan imtina eder ise mütemerrit olur. Taraflar arasındaki eser sözleşmesi karşılıklı taahhütleri havil bir akit, aktin icrası için Sayıştay tescilinin yazı ile yükleniciye duyurulması ve yer teslimi şarttır. Borç ifasında öncelik davalı iş sahibine düşmektedir. İhtara rağmen bunu yerine getirmediğinden mütemerrid addolunur. Sözleşmeyi fesih haklı olamaz. BK. nun 106/1 maddesine göre, karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde, alacaklı her zaman onun ifasını talep edebilir. Davacı yüklenici bu dava ile, mütemerrit olan iş sahibinden, BK. nun 106/1. maddesine istinaden akdi ifa edeceğini bildirerek vecibelerini yerine getirmesini istemiştir. Karşı tarafın yükleniciyi kusurlu kabul edip sözleşmeyi tek taraflı fesih ederek, teminatları irad kaydetmesi sözleşme ve yasa hükümlerine aykırıdır. Bu sebeplerle davanın kabulü gerekirken aksi düşünce ile davanın reddine karar verilmesi bozma nedenidir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>143</sup> ERMAN, s. 57.



Sözleşmede tarafların borçlarını inşaatın belli aşamalarına göre ödeyecekleri kararlaştırılabilir. Örneğin, inşaatın ikinci katının yapılmasıyla bir dairenin devrinin gerçekleşeceği, ipoteklerin kaldırılacağı gibi düzenlemeler yapılabilir. Karşılıklı edimlerin yerine getirilmesi bakımından sözleşmede bir sıralama söz konusu ise, sözleşmeye göre borcunu zamanında ifa eden taraftan geri kalan bütün borçlarını ifa etmesi istenemez. Örneğin, sözleşmeye göre inşaatı belirli seviyeye getiren müteahhit arsa sahibinden arsa payının kendisine verilmesini, ipoteğin kaldırılmasını vs. talep edebilir. Böyle bir durumda arsa sahibi BK m. 81'e dayanarak bütün inşaatın tamamlanmasını talep edemez.

### **6.2.3.1.2. Edimin İfasının Mümkün Olması**

#### **6.2.3.1.2.1. Genel Olarak**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde temerrüdün varlığından bahsedebilmemiz için edimin ifasının imkansız olması gerekmektedir. Buradaki imkansızlık sözleşmenin kuruluşundan sonra meydana gelen imkansızlık olup<sup>144</sup>, maddi imkansızlık ya da hukuki imkansızlık olabilir.

İfanın imkansızlığı durumunda temerrüitten söz edilemeyeceği için imkansızlık bir kusura dayandığı takdirde BK m. 96'ya göre karşı tarafın uğradığı zararlar tazmin edilirken,

---

<sup>144</sup> Başlangıçtaki bir imkansızlık olduğu takdirde, imar izninin olmaması gibi, BK m. 20 uyarınca sözleşme yapıldığı andan itibaren geçersizdir. Böyle bir durumda sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda verilen şeylerin iadesi söz konusu olur (Bkz. Yarg. 15. HD. 25.04.1981 günlü 1981/5458825 E. ve 1981/1234 sayılı kararı- ÖZENLİ, s. 401-402) Enkaz yıkıtıldığı takdirde enkaz müteahhide verilecek, müteahhit de devredilmiş olan arsa payını arsa sahibine iade edecektir. Yarg. 15. HD. 15.02.1994 günlü 1993/2577 E. ve 1994/789 sayılı kararına göre: "... Yanlar arasında sözleşme yapıldığı tarihte imar ve inşaat izni alınamayacağı bilindiğine göre, sözleşmede işin süresi için konulan koşul kamu düzeni ile bağdaşmaz, dolayısı ile geçersizdir. Her ne kadar 19.10.1990 tarihinde parselin bulunduğu mevkiide imar durumu belirlenmiş ve imar yasağı kaldırılmış ise de, bu kez sözleşme eki projenin uygulama kabiliyeti kalmamış, durdurulan inşaata aynı projeyle devamı yine imkansız kalmıştır. Sözleşmenin eki projeye ve dolayısıyla amacına uygun yerine getirilmesi imkansız olduğuna göre davalının temerrüdünden değil, akdi ilişkiye son verilmesi imkansızlık nedeniyle yerindedir. Bunun sonucu olarak tapu kaydındaki satış vaaadinin terkinine karar verilmesi gerekir. Kuşkusuz yapılan işlerin bedeli hakkında davalının ayrıca dava hakkı saklıdır. Açıklanan nedenlerle davacının da bildiği objektif imkansızlıktan ileri gelen gecikmeden ötürü kira mahrumiyeti istenemeyeceğinden..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

kusursuz imkansızlık durumlarda ise BK m. 117'ye göre tarafların karşılıklı edimleri sona erer<sup>145</sup>.

BK m. 386 özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, “Yapılan şey teslimden evvel kazara telef olmuş ise iş sahibi, onu tesellümden temerrüt etmiş bulunmadıkça müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masraflarının tediyesini isteyemez.”

Bu takdirde, telef olan malzeme kime ait ise hasarı da ona aittir. Buradan da anlaşılacağı üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bina tamamlanıp müteahhit tarafından arsa sahibine teslim edilmeden önce binanın telef olması durumunda kusursuz imkansızlık söz konusu olur. Bu durumda tarafların karşılıklı edimleri sona erer. Böyle bir durumda arsa sahibinin bir kusuru olmadığı için müteahhit ücret talep edemeyecek hatta o ana kadar yapmış olduğu masrafları dahi isteyemeyecektir. Eğer o ana kadar müteahhide tapuda arsa payı verilmişse, müteahhit bunu arsa sahibine geri devretmekle yükümlüdür. Bu sonuç, BK m. 117/II ve 368/I hükümlerinin uygulanması ile bulunur<sup>146</sup>.

#### **6.2.3.1.2.2. BK m. 371 Hükümü**

Müteahhidin şahsını ilgilendiren imkansızlık durumunu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini incelerken ayrıca değinmek gerekir. Bu durum BK m. 371'de düzenlenmiştir. Buna göre, “Müteahhit öldüğü yahut sun'u taksiri olmaksızın işi bitirmekten aciz kaldığı takdirde, mukavele müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış ise istisna akdi münfesihi olur.” Doktrindeki çoğunluk görüşüne göre bu hükmün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de uygulanması gerekir<sup>147</sup>. Yargıtayın ise inşaat işleri açısından müteahhidin şahsının önemli

---

<sup>145</sup> Yarg. 15. HD. 31/01/2002 tarihli 2001/4351E. ve 2002/545 sayılı kararına göre: “... imar yasalarıyla buyurucu nitelikte hükümler getirilerek şehirleşmede kargaşanın, alt yapıda sıkıntının çevrede kirliliğin önüne geçilmesi ..... kısaca toplum yararının korunması amaçlanmıştır. Kamu düzeninden olan hükümlerin mahkemece doğrudan gözönünde tutulması zorunludur. Durdurma isteğini bildiren belediye yazıları arsa sahibi sıfatıyla bizzat davacılar tebliğ edilmiştir. Kamu düzenine aykırılığı mahkeme kararı ile saptanmış inşaatın devam edilmesi yükleniciden beklenemez. O halde sözleşmeden sonra ortaya çıkan bu objektif imkansızlık nedeniyle davalı yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemeyeceği açıkken...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>146</sup> TANDOĞAN, s. 317-318.

<sup>147</sup> YAVUZ, s. 526; TANDOĞAN, s. 332; ÖZ, s. 162; ERMAN, s. 63.

olup olmadığı konusunda farklı kararları bulunmaktadır<sup>148</sup>. BK m. 371 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağını anlamak için sözleşme yapılırken müteahhidin kişiliğinin göz önüne alınıp alınmadığına bakılması gerekmektedir. Şayet müteahhit olmasaydı o sözleşme taraflar arasında kurulmayacak idiyse yani müteahhidin kişiliği göz önüne alınarak sözleşme yapılmışsa BK m. 371 hükmünün uygulanacağını kabul etmek gerekir.

BK m. 371/I hükmünün uygulandığı durumlarda BK m. 371/II'ye göre binanın biten kısmı kullanılabilir durumda arsa sahibi bu kısmı kabul etmek ve bedelini müteahhide vermek zorundadır. Doktrinde, bu durumun, eserin müteahhitten başka birine tamamlattırılması mümkün olmakla birlikte, müteahhidin haleflerine ve yardımcılarına güvenilmeyen hallerde geçerli olacağı kabul edilmektedir<sup>149</sup>. Bu durumda müteahhidin külli haleflerine ne kadar bedel verileceği önem taşımaktadır. Verilecek bedel, bina tamamlanmış olsaydı taşıyacağı değer ile tamamlanmış kısmının değeri arasındaki orantıya göre hesaplanır. Şayet böyle bir orantı kurulamıyorsa BK m. 366'ya göre yapılan işin değeri ve yapılan masraflara göre bedel hesaplanır<sup>150</sup>. Verilecek olan bedelin nakden değil aynen yani arsa payı karşılığı olarak verilmesi mümkün olmalıdır<sup>151</sup>. BK m. 371/II hükmüne göre verilmesi gereken bedelin sözleşmede kararlaştırılmış olan bedele göre belirleneceği aşıkardır. Sözleşmede belirtilen bedel arsa payının devri olarak verilirken, sözleşmeye aykırılık teşkil eden bir durumda nakdi olarak ödeme yapılmasının mantıklı bir açıklaması olmayacaktır<sup>152</sup>. Yargıtay kararlarında, “bedelin pay olarak düşünülmesi, bütünleyici parça kuralı gereğince inşaatın arsaya bağlı olması nedeniyle, meydana getirilen inşaatın karşılığını alan mirasçılarının

---

<sup>148</sup> Yarg. 15. HD. 07.07.1975 günlü 1975/3149 E. ve 1975/3436 sayılı kararına göre: “... Yasanın adı geçen 371/I maddesinde yüklenicinin kişisel yetenekleri söz konusudur. Sosyal ve ekonomik hayatın akışına göre, apartman yapımı kişisel yetenek isteyen bir şey olmakla eser sözleşmesinde esas tutacak kişisel yetenekler arasında yüklenicinin özel mesleki bilgisi, kuvvetle güven vermesi, özel krediye layık olması, tecrübesi, denenmiş olması ve üni gibi kişisel ve mal varlığına ilişkin özellikler sayılabilir...” Buna karşılık, Yarg. 15. HD. 12.11.1990 günlü 1990/1503 E. ve 1990/4707 sayılı kararına göre: “..müteahhit Ahmet'in öldüğünden dolayı Borçlar Kanununun 371. maddesine göre bu olguyu gerekçe yaparak sözleşmenin feshine karar vermiştir. Anılan maddedeki müteahhitin ölmesi durumu, yapılacak işin müteahhidin şahsi meziyet ve mahareti nazara alınması hallerine münhasırdır. Olayımızda, normalde inşaatı müteahhidin mirasçıları da yapabilir. İnşaatın tamamlanmasında müteahhidin şahsi becerisi nazarı itibare alınmamıştır...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>149</sup> TANDOĞAN, s. 333; TUNÇOMAĞ, s.563; ÖZ, s. 163.

<sup>150</sup> TANDOĞAN, s. 336.

<sup>151</sup> Yarg. 15. HD. 24.01.1980 günlü 1980/2543 E. ve 1980/3198 K.

<sup>152</sup> ERMAN, s. 64.

(müteahhidin) ayrıca arsa üzerinde inşaatın da paydaşı durumuna gelmeleri sonucunu doğurur ki, bedelin yukarıda açıklandığı gibi saptanmasından sonra para olarak ödetilmesine yönelik çözümün yeğlenmesinde zorunluluk vardır” şeklindeki gerekçede arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerindeki amaca aykırı hareket edildiği görülmektedir. Çünkü bu sözleşmelerdeki amaç müteahhidin inşaata paydaş olmasıdır. Yargıtayın bu yönde vermiş olduğu kararlar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin özüne aykırı kararlardır<sup>153</sup>.

### 6.2.3.1.3. Edimin Yerine Getirilmemiş Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesi için edimin yerine getirilmemiş olması gerekir. Müteahhidin edimini yerine getirdiğinden bahsedebilmemiz için, müteahhidin binayı tamamlaması ve arsa sahibinin yararlanmasına hazır bir şekilde terk etmesi gerekir. Zorunlu olmamakla birlikte müteahhidin arsa sahibine yapının tamamlandığını bildirmesi yerinde olur. Bunun yanında, müteahhidin bildiri yapmamasıyla birlikte arsa sahibi binanın bittiğini anlayacak durumdaysa, müteahhidin edimini yerine getirdiği kabul edilmelidir. Yapıda önemsiz ayıpların bulunduğu durumlar arsa sahibine edimi kabulden kaçınma imkanı sağlamaz. Müteahhidin bildiri üzerine veya müteahhit bildirim yapmamasına rağmen arsa sahibi binanın bittiğini anlayacak durumdaysa, arsa sahibinin inşaatı teslim almaktan kaçınması durumunda arsa sahibi temerrüde düşmüş olur. Yani böyle bir durumda alacaklının temerrüdünden bahsedilir<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> Bkz. ERMAN, s. 65; SUNGURBEY, s. 635 vd.

<sup>154</sup> Yarg. HGK. 12.02.1986 günlü 1986/42 E. ve 1986/134 sayılı kararına göre: “... Eser sözleşmelerinde yüklenici alacaklının olumsuz tutumu yüzünden borcunu ifa edemeyecek duruma düştüğü takdirde, sözleşmeden dönme hakkını elde eder. Burada borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler, alacaklının temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde aynen uygulanır. Olumsuz tutum, borçlunun kasten veya ihmal suretiyle edanın icap eden zamanda yerine getirilmesini temin için gerekli önlemleri almamak, ifaya mani olabilecek engelleri etkisiz kılmamak gibi eylemleri de içerir. Bu takdirde borçlu fesih hakkı ile birlikte borcu zamanında ifa olanağının verilmemiş olmasından dolayı önceden tahmin etmemiş ya da edememiş olsa dahi, uğradığı zararları istemek durumundadır. Bu durumda davalı kurumun ortaya çıkan temerrüdü nedeniyle davacı yüklenicinin akdi fesih ederek menfi zararlarını istemeğe hakkı olduğu kabul edilmelidir. ( BK. 94 ve 106 ncı maddeleri ). Sözleşmenin eki bulunmadığına ve süre uzatımını gerektiren durumların ortaya çıkması halinde yüklenicinin süre uzatımından başka talepte bulunamayacağına dair sözleşmede bir hüküm mevcut olmadığına göre, davalı işverenin yükleniciye ( 198 ) gün ek süre tanımış olması, davacının bu yasal hakkını kullanmasını engellemez...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

Müteahhidin binayı arsa sahibiyle aralarında yapmış oldukları anlaşmaya göre tamamlamış olmasına rağmen, müteahhidin iskan izni alamaması durumunda da müteahhidin temerrüde düşürülmesi mümkündür<sup>155</sup>. Arsa sahibi izin alınmamakla birlikte hiç bir ihtirazi kayıt koymadan daireleri kullanmaya başlamışsa, artık müteahhidi temerrüde düşürebileceğinden bahsetmemek gerekir. Ayrıca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek durumlarda da temerrüden bahsedilemez. Örneğin, binadaki önemsiz bir ayıptan dolayı arsa sahibinin binayı teslim almak istememesi müteahhidin temerrüde düştüğü anlamına gelmez<sup>156</sup>. Aynı şekilde, projeye uygun olarak müteahhit binayı tamamlamasına ve zamanında belediyeye başvurmasına rağmen belediyenin işi savsaklaması neticesinde iskan izni alınamamışsa, burada temerrüt hükümleri uygulanmaz. Bununla birlikte, projenin hatalı olarak onanmasından dolayı belediye onay vermekten kaçınıyorsa ne olur? Kanaatimizce böyle bir durumda tarafların menfaatlerini dürüstlük kuralı çerçevesinde dengelememiz gerekir. Şayet müteahhit projenin hatalı olduğunu bilerek onanmasını sağlamışsa veya bu duruma göz yummuşsa böyle bir durumda müteahhit hakkında temerrüt hükümlerinin uygulanması gerekir. Arsa sahibi haklı nedenlere dayanarak binayı teslim almaktan kaçınıyorsa aynı şekilde müteahhidin temerrüdünden bahsedilir. Müteahhidin iskan izni alamaması temerrüt sonucunu doğurmadığı durumlarda müteahhidin sözleşmeden doğan iskan alma borcunun devam ettiği kabul edilmektedir<sup>157</sup>. Müteahhit bu borcunu yerine getirmediği veya geç getirdiği taktirde tazminat yükümlülüğü doğar<sup>158</sup>.

İskan izni alınmasına ve bina tamamlanmasına rağmen müteahhide ait malzemeler arsa sahibinin binadan yararlanmasını önemli ölçüde engelliyorsa, burada da temerrüt hükümlerinden yararlanılabilir. Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus, arsa sahibinin binadan yararlanmasının önemli ölçüde engellenmiş olup olmadığıdır. Eğer binadan yararlanma mümkün ise, ayıplı bir ifanın varlığı kabul edilmelidir<sup>159</sup>.

---

<sup>155</sup> Yarg. 15. HD. 27.06.1988 günlü 1988/4043 E. ve 1988/2427 sayılı kararına göre: "... Sözleşmede aksine hüküm olmadığı sürece kural olarak inşaat ruhsatı alma yükümlülüğü arsa sahibine aitti..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>156</sup> ÖZ, s. 170.

<sup>157</sup> SELİCİ, s. 42; ÖZ, s. 170.

<sup>158</sup> ERMAN, s. 67.

<sup>159</sup> ÖZ, s. 169.

#### 6.2.3.1.4. İhtar

Kural olarak taraflardan biri diğerini temerrüde düşürmek istediği takdirde ihtar çekmesi gerekmektedir. Bununla birlikte BK m. 101/II anlamında teslim günü belirlenmişse veya vade tayin edilmişse, belirtilen günün gelmesiyle ihtara gerek kalmadan diğer taraf temerrüde düşer<sup>160</sup>. BK m. 107/I hükmünü kıyasen uyguladığımızda ihtarın yararsız kalacağı anlaşılıyorsa ihtara gerek kalmaz; temerrüt oluşur. Örneğin, müteahhit inşaatı bırakıp gitmişse temerrüde düştüğünü kabul etmek gerekir.

#### 6.2.3.2. Teslim Borcunu İfada Temerrüdün Sonuçları

##### 6.2.3.2.1. Genel Olarak

Arsa sahibi mehil verilmesi gerekmeyen hallerde temerrütten hemen sonra, mehil verilmesi gereken hallerde en geç mehilin sonunda müteahhide aynen ifadan vazgeçerek diğer iki seçimlik hakkından hangisini kullanmak istediğini derhal bildirmelidir<sup>161</sup>. Burada “derhal” kelimesinden kastedilen somut olayın koşullarına, niteliklerine ve dürüstlük kurallarına göre en kısa zamandır<sup>162</sup>.

Arsa sahibi müteahhide verdiği mehil sonunda hangi seçimlik hakkını kullandığını bildirmelidir. Aksi takdirde aynen ifa ve gecikme tazminatını kabul etmiş olur<sup>163</sup>. Arsa sahibinin sadece aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmesi yeterli olmayıp, diğer iki seçimlik haktan hangisini seçtiğini belirtmesi gerekir<sup>164</sup>.

---

<sup>160</sup> Yarg. 15. HD. 07.04.1988 günlü 1988/866 E. ve 1988/2520 sayılı kararına göre: “... Somut olayda; eserin tamamlanarak teslim edileceği tarih kesin biçimde kararlaştırılmış olduğundan, davalı ve karşılık davacının yükleniciye sözleşmenin yerine getirilmesi için ayrıca bir süre tanınmasına veya uygun bir sürenin belirlenmesi için hakimden istekte bulunmasına gerek yoktur. Sözleşmenin fesh edilmesi, fesih gününe kadar kira tazminatının ödetilmesine engel değildir...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>161</sup> ÖZ, s. 178; KILIÇOĞLU, s. 497; REİSOĞLU, s. 335.

<sup>162</sup> KILIÇOĞLU, s. 497; REİSOĞLU, s. 335.

<sup>163</sup> TANDOĞAN, s. 133; KILIÇOĞLU, s. 497.

<sup>164</sup> SEROZAN, s. 194; REİSOĞLU, s. 335.

### **6.2.3.2.2. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı**

Müteahhit, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi süresi içerisinde inşaatı tamamlamadığı takdirde temerrüde düşer. İş (arsa) sahibi seçimlik haklarından olan aynen ifayı kullandığı takdirde, BK m. 97/I doğrultusunda inşaat arsa sahibi tarafından tamamlatılarak yapılan işler bedeli müteahhitten istenebileceği gibi, iş sahibi, işi tamamlatmadan da noksan iş bedelini müteahhitten talep edebilir<sup>165</sup>.

#### **6.2.3.2.2.1. İş sahibi adına yapılan inşaatlarda aynen ifa isteği**

İş sahibi, noksan işleri müteahhit namına başkasına tamamlattığı takdirde müteahhit bu konuda yapılan giderleri ödemekle yükümlüdür. Aynı zamanda, iş sahibinin noksan işi müteahhide tamamlatmadan, ondan noksan iş bedelini talep etmesinin yasal bir engeli bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, sözleşmenin götürü bedelli veya birim fiyatlı olup olmadığına bakılmaz. İnşaattaki noksanlık, seçimlik hakkın kullanıldığı tarihteki rayiç fiyatlara göre hesaplanır<sup>166</sup>.

Müteahhit inşaat sözleşmesini süresinde tamamlamayarak temerrüde düştüğü takdirde iş sahibi, mahkemeye başvurarak inşaatın müteahhit namına yapılması veya yaptırılmasını talep eder (BK m. 97/I).

İş sahibinin müteahhit namına işin yapılmasını mahkemeden talep edeceği davada, yapılacak işin bedeline ilişkin üç seçimlik hakkı bulunmaktadır:

1) İş sahibinin, müteahhit namına inşaatın kendisi tarafından yapılmasına izin verilmesini talep edip, davada başkaca bir istekde bulunmaması.

Bu durumda mahkeme, inşaatın hali hazır durumunu tespit ettirip, bilirkişilere yapılmasına izin verilecek işin kapsam ve nitelikleriyle gününün rayiç bedeli ile sarfedilecek giderler hesaplatır. Mahkeme talep olmadığı için, yapılmasına izin verilen işin bedeline hükmetmez.

---

<sup>165</sup> KOSTAKOĞLU, s. 708.

<sup>166</sup> KOSTAKOĞLU, s. 708.

Mahkemenin vermiş olduğu kararın kesinleşmesinden sonra uygun bir süre içerisinde iş sahibi tarafından eksik işler tamamlanmış olmalıdır. Aksi takdirde, fiyat artışından dolayı iş sahibi sorumlu olur<sup>167</sup>.

11) İş sahibinin, müteahhit namına inşaatın kendisi tarafından yapılmasına izin verilmesini taleple birlikte, inşaatın noksanlığı için sarfi gereken masrafın da müteahhitten alınmasının dava edilmesi.

Böyle bir davada noksan işlerin bedeli dava tarihindeki rayiç fiyatlara göre hesaplanır. Ayrıca iş sahibinin kendi adına inşaatı yaptırmasına izin verilmekle birlikte müteahhitten tahsiline hükümlenir. Böyle bir durumda artan fiyatlar nedeniyle hükmedilen bedelin işin ifası için yetersiz kaldığından bahisle müteahhitten ek bedel istenmesi haklı görülmez<sup>168</sup>. Konuyla ilgili Yarg. 15. HD. 10.04.1980 günlü 1980/383 E. ve 1980/945 sayılı kararına göre: “... her dava açıldığı tarihte saptanan duruma göre karar bağlanır. Dava koşullarının varlığı da dava tarihine göre tartışılır. Hukuki ilişkinin devamını gözönüne alıp, dava tarihinden sonraki artışları karar altına almak yanlıştır. – HMUK. 178, 185/II. Maddeleri ve 28.11.1956 T. 15/15 Sayılı Tevh. İçt. Hukuk Genel Kurulu kararı.”

111) Müteahhit namına inşaatın kendisi tarafından yapılmasına izin verilmesini taleple birlikte, yapılacak işin giderlerini karşılayabilmek üzere, inşaatın gerçek giderleri yönünden fazlaya ilişkin hakkını saklı tutarak, dava tarihindeki rayiç fiyatlara göre inşaat masrafının talep edilmesi.

Dava sonunda mahkeme, inşaatın izinle birlikte, yapılacak inşaatın kapsamına göre dava tarihi itibarıyla saptanan rayiç fiyatlara göre bedele hükmeder. Aynı zamanda fazlaya ilişkin hakların saklı bulunduğu hususunu da karar bağlar. Böyle bir dava ile iş sahibi, müteahhitten peşinen alınacak para ile inşaatın giderlerini karşılayabileceği gibi, dava tarihinden inşaatın tamamlanması için geçecek süre arasındaki fiyat artışları nedeniyle müteahhitten, iş sahibinin yapmış olduğu fazlaya ilişkin gerçek masraflar da tahsil edilebilecektir. Bu durumda da yukarıda belirttiğimiz gibi iş sahibinin, inşaatın kendisi tarafından yapılmasına izin verilen mahkeme kararının kesinleşmesinden uygun bir süre sonra inşaatı yapmış olması ve gerçek giderlerin rayiç fiyatlara uygun olması gerekir<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> KOSTAKOĞLU, s. 708.

<sup>168</sup> KOSTAKOĞLU, s. 709.

<sup>169</sup> KOSTAKOĞLU, s. 709.



Nama ifa için izin verilen inşaatlara ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken bir husus, müteahhit namına inşaat tamamlattırılacak ve masrafı da müteahhitten alınacaktır. Ama sözleşmeye göre iş sahibinin tamamlatılan kısımlar için ödemesi gereken bedel varsa bu bedelin müteahhide verilmesi gerekir. Bu nedenle sözleşmeye göre müteahhidin alacağı varsa, inşaat giderlerinden bu alacağı mahsup edilir<sup>170</sup>.

BK m. 97/I'e göre iş sahibi her türlü zarar ve ziyanı da müteahhitten talep edebilir.

#### **6.2.3.2.2.2. Kat karşılığı yapılan inşaatlarda aynen ifa isteği**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin inşaatı süresinde tamamlayamayıp temerrüde düşmesi halinde ve arsa sahibinin de seçimlik haklarından aynen ifayı seçmesi üzerine, müteahhidin namına inşaatı ifa ederken, müteahhidin payına düşen kısımları da ifa etmek zorunda değildir. Bu nedenle iş sahibi BK m. 97/I'e göre mahkmeden, kendisine düşecek bağımsız bölümler ile ortak kullanım alanları için, müteahhit adına tamamlamak üzere izin isteyebilir. Mahkemenin izin vermesi üzerine müteahhit, ortak alanlar ile arsa sahibine düşecek alanlardan elini çekmesi gerekir.

Taraflar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bağımsız bölümlerin paylaşımını yapmamışlarsa, arsa sahibi mahkmeden, inşaatın tamamı için nama ifa izni talep edebilir<sup>171</sup>.

Mahkemece verilen izin kararın kesinleşmesinden sonra arsa sahibinin uygun bir süre içerisinde inşaatı başlaması gerekir. Arsa sahibinin işe başlamada ihmali ve kusurundan dolayı bir gecikme olduğu takdirde, yükselen fiyatlar nedeniyle artacak zararlardan dolayı arsa sahibi, BK m. 98/II ve 44 hükümlerine göre sorumlu olur<sup>172</sup>.

Müteahhidin, arsa sahibine düşecek olan bağımsız bölümleri noksan halde teslim etmek istemesi veya noksan halde terk etmesi halinde arsa sahibi, nama ifaya izin almadan kendisine düşecek bağımsız bölümlerin rayiç fiyatlarına göre bedellerini ve payı oranında ortak yerlerdeki eksik kalan işlerin bedellerini müteahhitten talep edebilir<sup>173</sup>.

---

<sup>170</sup> KOSTAKOĞLU, s. 710.

<sup>171</sup> KOSTAKOĞLU, s. 711.

<sup>172</sup> KOSTAKOĞLU, s. 711.

<sup>173</sup> KOSTAKOĞLU, s. 711.

Görüldüğü üzere, arsa sahibi noksan işleri müteahhit namına yaptırdığı takdirde arsa sahibince yapılan masraflar müteahhitten aynen tahsili mümkün iken; inşaat tamamlanmadan müteahhitten noksan iş bedelleri istendiği takdirde, yalnızca arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin noksanlığı ve yine arsa sahibinin payına düşen ortak yerlerdeki noksanlıkların bedeli oranında müteahhit sorumlu tutulmaktadır.

Müteahhit işi zamanında tamamlamadığı takdirde sözleşmenin ihlali söz konusu olmaktadır. Böyle bir durumda, BK. m. 158/II niteliğinde bir ceza mevcutsa arsa sahibi, bu cezayla birlikte işin tesliminin gecikmesinden dolayı tazminatı talep edebilir<sup>174</sup>.

#### **6.2.3.2.3. Gecikme süresinin hesabı**

Hakim tarafından gecikme süresinin hesaplanmasında gözönünde tutulması gereken hususlar şunlardır:

- Arsa sahibi ile müteahhit aralarında yapmış oldukları arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırdıkları teslim tarihi, müteahhidin edim borcunun muaccel olduğu tarihtir. Hakimin dikkat etmesi gereken ilk husus, müteahhidin bu tarihte inşaatı tamamlayamamasında haklı bir nedeninin olup olmadığıdır. Yani arsa sahibinin sözleşmedeki edim borcunu veya yasal yükümlülüklerini zamanında yerine getirip getirmediği, bu durumların işin ilerleyişine olumsuz bir etkisinin olup olmadığı hakim tarafından dikkate alınmalıdır. Çünkü böyle durumlarda müteahhidin ek süre talep hakkı vardır. İşin ilerlemesine etki eden sebeplerin süresi miktarında sözleşmenin süresine ilave edilerek sözleşmenin teslim tarihi saptanır ve bu duruma göre gecikme süresi hesaplanır<sup>175</sup>.

- Gerek arsa sahibinin isteği üzerine gerekse vekaletsiz iş görme hükümleri kapsamında arsa sahibi yararına sözleşme dışında müteahhit tarafından yapılmış olan fazla işler olabilir. Fazla işlerin yapılmasında geçen süre, sözleşme süresine eklenerek inşaatın teslim süresi bulunmalıdır. Yani edim borcunun muaccel olduğu tarih saptanarak bu süreye göre gecikme süresinin hesaplanması gerekir<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup> KOSTAKOĞLU, s. 711.

<sup>175</sup> KOSTAKOĞLU, s. 712; Ayrıca Bkz. Yarg. 15. HD. 30.04.1986 günlü 1985/2908 E. ve 1986/1732 K. (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>176</sup> KOSTAKOĞLU, s. 712.

Konuyla ilgili olarak Yarg. 15. HD. 07.04.1989 günlü 1988/3316 E. ve 1989/1827 sayılı kararında yer alan "... proje tadilatı yapılarak ilave kat yapıldığına göre, inşaatın sözleşme süresinde bitirilemeyeceği kuşkusuzdur. İlave işin ne kadar sürede yapılabileceği saptanıp, sözleşme süresine ilave edilmesine..." hükmü uygulamada emsal olmaktadır.

- Taraflar teslim süresi dışında ayrıca belirli bir cezalı süreyi de kabul etmiş olabilirler. Edim borcu, müteahhit yararına kabul edilen bu cezalı sürenin sonunda muaccel hale gelmiş olur. Bu nedenle kararlaştırılan sözleşme süresine kabul edilen cezalı süre eklenerek teslim tarihinin belirlenmesi ve bu tarihe göre gecikme süresinin hesaplanması gerekir<sup>177</sup>.

- BK m. 97/I'e göre, müteahhit namına ifaya izin için dava açıldığı takdirde, davanın sonuçlanıp kesinleşmesine kadar geçen sürenin gecikme süresi olarak dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte, noksan işin bedelinin talep edildiği durumlar bu kapsama girmemektedir<sup>178</sup>.

- İnşaattaki noksan işin tamamlanması için gerekli olan sürenin gecikme süresi olarak dikkate alınması gerekmektedir<sup>179</sup>.

#### **6.2.3.2.2.4. Gecikme tazminatı –kira mahrumiyeti isteği**

Taraflar, aralarında yapmış oldukları sözleşmede gecikme cezası veya gecikme tazminatı ya da kira gibi isimler altında ödeme kararlaştırabilirler. Taraflar sözleşmede gecikmeden dolayı ödenecek maktu bir bedel kararlaştırmışlarsa bu ifaya ekli bir ceza niteliğinde kabul edilmelidir. Buna karşılık günlük ya da aylık şeklinde ödenecek tazminatın ise kira kaybı karşılığı olduğu kabul edilmelidir. Yarg. 15. HD. 10.04.1986 günlü 1985/3018 E. ve 1986/1454 sayılı kararında belirtilen "... sözleşmede kararlaştırılan geç teslimden dolayı kira kaybı koşulu cezai şart değildir..." hükmünü bu anlamda kabul etmek gerekir. Sözleşmede belirlenen kira tazminatını aşacak şekilde rayiç kira üzerinden tazminat talebi ise, dinlenmez<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> KOSTAKOĞLU, s. 712.

<sup>178</sup> KOSTAKOĞLU, s. 712.

<sup>179</sup> KOSTAKOĞLU, s. 712.

<sup>180</sup> KOSTAKOĞLU, s. 713.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflar genellikle, gecikilen günler için müteahhidin belirli bir cezai şart ödeyeceğini kararlaştırmaktadır. Böyle bir durumda, arsa sahibinin zararı ispatlama yükümlülüğü olmadığı gibi, bu cezai şartın ödenmesini talep edebilir<sup>181</sup>. Ayrıca, sözleşmede ayrı bir hüküm olmadığı takdirde, teslim gününün gecikmesiyle birlikte müteahhidi temerrüde düşürmek için ihtar yapılmadan da ceza işlemeye başlar<sup>182</sup>. Ancak müteahhit, gecikmede kusurunun olmadığını, gecikmenin kendisine isnat edilemeyeceğini kanıtlayarak cezai şart ödemekten kurtulabilir<sup>183</sup>.

Cezai şartı taraflar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırabilecekleri gibi sonradan yapacakları bir sözleşme ile de ayrıca kararlaştırabilirler<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> Yarg. 15. HD. 10.06.2002 günlü 2002/1885 E. ve 2002/3123 sayılı kararına göre: "... taraflar arasındaki sözleşmenin 10. maddesinde belirtilen ve gecikme nedeniyle ödenmesi kararlaştırılan tazminat, kira tazminatı değil, sözleşmede açıkça yazıldığı gibi cezai şarttır. Davalı yüklenici şirket tacir olup, sözleşmeyi imzaladığı anda basiretli tacir gibi hareket etmek ve kararlaştırılanın ne anlama geldiğini de bilmek durumundadır. Taşınmaz üzerinde arsa sahibine isabet eden bağımsız bölümlerin 3. kişilere devri - muvafakatnameler bir an için göz ardı edilirse- kira tazminatı istemine engel teşkil ederse de, yükleniciye sözleşme ile yüklediği edimlerini yerine getirmekten ve gecikme halinde cezai şart ödemekten kaçınma hakkı da vermez..." (KARATAŞ, s. 105); Yarg. 15. HD. 15.12.1997 günlü 1997/ 4639 E. ve 1997/5375 sayılı kararına göre: "... sözleşmenin 8. maddesinde kararlaştırılan ceza BK'nin 158/III. maddesinde öngörülen. "Dönme Cezası"dır. Yani, sözleşmeden haksız dönen tarafın diğer tarafa ödemesi gereken cezadır. Oysa, sözleşmeden dönülmediğine ve kira alacağı talep edilmek suretiyle sözleşmenin ifası istendiğine göre, anılan cezaya ilişkin istemin de reddine karar verilmesi yerine, kabulüne hükmedilmesi, yine doğru olmamıştır..." (YKD. 1998, S. 5, s. 710-711); Ayrıca Bkz.Yarg. 15. HD. 14.11.1989 günlü 1989/1024 E. ve 1989/4780 K. (YASA, 1990, S. 11, s. 1562-1563);

<sup>182</sup> ERMAN, s. 80; TANDOĞAN, s. 135; Yarg. 15. HD. 13.03.1996 günlü 1996/665 E. ve 1996/1346 sayılı kararına göre: "... gecikmeden dolayı talep edilen cezai şartın hesabında eksik işlerin ikmal için gereken süre kadar değil, işin teslimi gereken tarih ile fiilen teslim edildiği tarihler arasındaki sürede yüklenicinin kusuruna isabet eden gecikme kadar cezai şartta hükmedilmesi icabettir..." (KARATAŞ, s. 288).

<sup>183</sup> Yarg. 15. HD. 25.12.1996 günlü 1996/6551 E. ve 1996/6962 sayılı kararına göre: "... işin uzmanı olan yüklenicinin sözleşmenin yapıldığı tarihte her yıl için var olan sezonluk çalışma yasağını bilmemesi ve bunu gecikme nedeni olarak savunması, herhalde kabul edilemez. Ancak, sözleşmenin yapıldığı tarihte olmayan ve daha sonra konulan çalışma yasağı nedeniyle de yükleniciye bir kusur atfetmek doğru olmaz..." (YASA, 1997, S.11, s. 1574-1575); TANDOĞAN, s. 135.

<sup>184</sup> Yarg. 15. HD. 20.11.1978 günlü 1978/1898E. ve 1987/2199 sayılı kararına göre: "... Geçersiz bir sözleşmede yer alan ceza şartı da geçersiz olduğundan davanın kabulü ile sözleşmenin 20. maddesinde yazılı 200.000 lira ceza şartının ödetirilmesine karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır..."; Karş. Yarg. 13. HD. 12.06.1975 günlü 1975/6756 E. ve 1975/4005 K. (KARATAŞ, s. 310); Yarg. 13. HD. 12.06.1975 günlü 1975/6756 E. ve 1975/4005 K. (KARATAŞ, s. 310); Yarg. 3. HD. 06.02.1989 günlü 1989/6897 E. ve

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir durum da, arsa sahibinin cezai şart miktarını arttırmak için diğer haklarını kullanmayarak aynen ifayı talepte ısrar etmesidir. İş sahibinin bu tür davranışı dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği gibi, arsa sahibinin zararının artmasına sebebiyet vereceğinden dolayı müterafik kusur sayılacağı ve bu nedenle iş sahibinin en geç ne zaman aynen ifadan vazgeçmesi gerekiyorsa o tarihe kadar cezai şart talep edebileceği Yargıtay kararlarında belirtilmiştir<sup>185</sup>. Yerleşmiş gibi gözükten Yargıtay özel hukuk dairelerinin bu görüşlerinin aksine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1991 tarihli kararında<sup>186</sup> tamamen aksi bir sonuca varılmıştır. Bu karara göre, borçlu temerrüde düştüğü

---

1989/1319 K. (KARATAŞ, s. 310); Yarg. 13. HD. 25.12.1973 günlü 1973/1137 E. ve 1973/1081 K. (KARATAŞ, s. 310); Yarg. 13. HD. 04.02.1974 günlü 1974/199 E. ve 1974/258 K. (KARATAŞ, s. 310); Yarg. 15. HD. 03.05.2001 günlü 2001/483 E. ve 2001/2420 K. (KARATAŞ, s. 310).

<sup>185</sup> Yarg. 15. HD. 02.02.1978 günlü 1978/1943 E. ve 1978/181 sayılı kararına göre: "... eksik ve kusurlu işleri müteahhit adına gidermesi gerekirken 320 gün beklemesi gecikme cezası istemesi iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz ve sadece 30 günlük sürenin beklenmesi ve bu süreye ait cezaya hükmelidir..." (YKD. 1979, S. 3, s. 544); Yarg. 15. HD. 15.11.1990 günlü 1990/1643 E. ve 1990/4806 sayılı kararına göre: "... Sözleşmede davalılar, davacıya ait bağımsız bölümleri 4.1.1982 tarihinde teslim etmeyi taahhüt etmişlerdir. Oysa yüklenildiği tarihte davalılar bağımsız bölümleri davacıya teslim edemediklerine göre mahkemece, BK. nun 44,98/2 ve 106. maddeleri hükümleri gözönünde tutularak, davalıların durumunu ağırlaştırmamak bakımından muayyen bulunan teslim tarihine, münasip bir bekleme süresi, eksik ve ayıplı işlerin ne kadar sürede bitirileceği de belirlenerek bu sürelerin eklenmesi ve böylece bulunacak tarihe kadar kira tazminatına hükmedilmesi ve hususlar için bilirkişilerden ek rapor alınması gerekirken..." (YKD. 1991, S. 5, s. 745-746). Ayrıca Bbz. Yarg. 15. HD. 17.04.1989 günlü 1989/2719 E. ve 1989/1964 K. (YASA, 1990, S. 10, s. 1447-1449).

<sup>186</sup> Yarg. HGK. 09.10.1991 günlü 1991/340 E. ve 1991/467 sayılı kararına göre: "... Özel Dairenin görüşüne göre: Eser sözleşmelerinde, işin belirli süre sonunda bitirilmemesi ( teslimde gecikme ) halinde, iş sahibinin uygun bir süre bekledikten sonra, ( olayımızda davacının beş ay beklemesi uygun süre kabul edilmiştir ) "Borçlar Kanununun ( BK ) 106/II. maddesinde belirlenen seçimlik hakkını kullanması gerekeceği" ve alacaklının ( davacı ) sözleşmenin yerine getirilmesi ve tazminat istemesi halinde", işin teslimini geciktiren eksikliklerin tamamlanması için gerekli olan süre de belirlenerek"; sonuçta, "sözleşmeye göre teslim tarihi ile seçimlik hakkını davalıya bildirdiği ( ihtar ) tarihi arasındaki uygun süre" ve ihtar tarihinden sonra" işin tamamlanabileceği süreyle "sınırlı olmak üzere tazminata hükmedilmelidir. Başka bir deyişle, sözleşme eylemli olarak daha uzun sürede yerine getirilmiş olsa bile, "uygun süre ve soyut olarak belirlenen bitiş için gerekli süreyi aşan günler için" gecikme tazminatına ( cezai şarta ) hükmedilemeyecektir. Bu yargının dayanağı ise BK.nun 44 ve Medeni Kanunun ( MK ) 2. maddesi olduğu ileri sürülmüştür.

Taraflar arasındaki eser sözleşmesinin bitimi ve işin teslimi belirli süreye bağlandığına göre; bu sürenin dolmasıyla, davalı yüklenicinin, borcunu yerine getirmede direndiği ( Mütemerrit ) ve bu olgusunun hukuksal sonuçlar doğurduğu kabul edilmelidir ( BK. m. 101/I ).

---

Borçlar Kanununun 106. maddesinde, karşılıklı yükümlülükleri içeren sözleşmelerde borcun yerine getirilmemesi ( ifada gecikme ) halinde, alacaklının hakkını, nasıl kullanacağı düzenlenmiştir.

Alacaklı, 106/II'de öngörülen seçimlik hakkını kullanabilmesi için borcu yerine getirmemekte direnen ( mütemerrit ) borçluya mehil vermek zorundadır ( BK. 106/1 ). Ancak 107. maddede yazılı hallerden birinin bulunması halinde ( 1-Borçlunun hal ve vaziyetinden bu tedbirin tesirsiz olacağı anlaşılırsa; 2-Borçlunun temerrüdü-direnmesi-neticesi olarak borcun ifası alacaklı için faidesiz kalmış ise; 3-Akdin hükümlerine göre borç tayin ve tesbit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmek lazım geliyorsa ) mehil tayinine gerek yoktur ). Davalı yüklenicinin, borcunu 36 ay içinde yerine getireceği sözleşmede kabul edildiğine göre, BK.nun 106/1. maddesi gereğince bir önel ( mehil ) belirlenmesine gerek yoktur. Buraya kadar açıklanan hususlarda görüş ayrılığı bulunmamaktadır, sorun bundan sonra ortaya çıkmaktadır.

1- BK.nun 106/II. maddesinde, ( birinci bende göre önel verilsin veya verilmesin ), borcun yerine getirilmemesinde direnilmesi halinde alacaklıya, üç seçimlik hak verilmiştir: 1- Her zaman gecikmiş işi yerine getirme ( ifayı ) ve gecikme tazminatı isteme; 2- Sözleşmenin yerine getirilmesinden vazgeçilerek olumlu ( müsbet ) zararını isteme; 3- Sözleşmeden dönme ( fesih ) ve olumsuz ( menfi ) zararı isteme.

Seçimlik hakkı, gündeme geldiğinde şu soruya cevap aranması gerekmiştir: İş sahibi alacaklı, direnen yüklenici davalıya uygun bir süre bekleyip BK.nun 106/II. maddesindeki seçimlik hakkını kullandığını bildirmek zorunda mıdır?

Onbeşinci Hukuk Dairesi'nin süreklilik kazanan görüşüne göre davacı alacaklı, uygun bir süre bekledikten sonra borçluya seçimlik hakkını kullandığını bildirmek zorundadır; bu bildirim 106/1. maddedeki önel ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

Hukuk öğretisindeki yerleşmiş görüşe göre: Alacaklı, borcun yerine getirilmemesi halinde, başka bir anlatımla yerine getirmede direnme halinde ( gecikmiş ifa ) alacaklı, BK. 106/II'deki hakkını "her zaman" kullanabilir; ancak kullanmak zorunda da değildir. Bu nedenle alacaklı borcun yerine getirilmesini ( ifayı ) ve gecikme tazminatını zamanaşımına ( kural olarak 10 sene ) içerisinde isteyebilir ( Bkz., H. Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Sh: 501 ; Becker, İsviçre Medeni Kanun Şerhi Borçlar Kanunu 1. Kısım Genel Hükümler IV. Fasikül, Dr. S. Özkök Çevirisi, Sh: 21; Oser Schönnenberger, Borçlar Kanunu, Recai Seçkin Çevirisi, Sh: 777 ). Davacı olan alacaklı, bu seçimlik hakkını kullanmadığı takdirde, sözleşmenin yerine getirilmesini ve tazminat istediği ( birinci seçimlik ) yolunda "bir karinenin varlığı kabul edilir ( F. Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: III, 1. Bası, Sh: 292 ). Bu karine yasa koyucunun alacaklının borcun ifasının ve gecikme nedeniyle zarar ve ziyanını "her zaman" isteyeceğini kabul etmekle oluşmuştur.

Bu nedenlerle, Hukuk Genel Kuruluna oluşturan üyelerin çoğunluğu, hukuk öğretisindeki yasaya uygun düşen yorumu benimseyerek, alacaklının BK.nun 106/II. maddedeki seçimlik hakkını kullanmak zorunda olmadığını ve bu halde dahi gecikme tazminatı isteyebileceği sonucuna varmıştır.

2- Teslim borcunun yerine getirilmemesinde ( teslimde gecikme ), gecikme tazminatının ( cezai şart ) gecikmenin belirli bir süreyi aşması halinde tamamı istenebilir mi? Özel Onbeşinci Hukuk Dairesi, bu soruya BK.nun 44 ve MK.nun 2. maddesine dayanarak, olumsuz cevap vermek suretiyle yukarıda açıklanan yöntemi benimsemiştir.

---

Bu konuyu tartışmaya almadan önce, eser sözleşmelerinde yüklenicinin "özen borcu" üzerinde durulmalıdır: Eser sözleşmelerinde yüklenici, kural olarak, işin görüşülmesi ve tesliminde işçiye göre "daha yüksek özen" göstermelidir ( BK. m. 356/I ). Yüklenici bir işi üstlenirken, kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna aykırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder ( Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C: II, 1987 Bası, Sh: 56, 58 ).

A- BK.nun 44. maddesinin somut olayda uygulama alanı: Zarar görenin kusuruna hukuki sonuçlar veren bu madde, BK.nun 98. maddesinin yaptığı yollama ile sözleşme ilişkilerinde de uygulanır. BK.nun 44. maddesinde, kural olarak, zarar görenin kusuru, tazminattan indirim sebebi olarak ( tazminatın tenkisi ) kabul edilmiştir; buradaki kusur BK.nun 41. maddesindeki teknik anlamdaki kusurdan farklıdır. Özel olarak belirlenen davranışlar tazminatın saptanmasında etkili neden olarak kabul edilmiştir. Zarar görenin "zarara razı olması" yahut "eylemi zararın oluşmasına" veya zararın artmasına yardım etmesi". Bu özel nedenler olmadıkça zararın sonuçlarının bir kısmı davacı işverene ( davacıya ) yükletilemez. Teknik anlamda bir kusur olmamakla beraber zarar görenin kusuru belirlenirken kusuru belirlenmesine ilişkin yöntem ve tanımlardan yararlanılmaktadır. Bu nedenle zarar görenin kusurundan sözdebilmek için de, "başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken o şekilde davranmayı somut olaydaki gibi kınanabilen bir eylemin bulunması" gerekir. Diğer taraftan kusuru belirlerken alınan objektif ölçü burada da geçerlidir.

Davacının, zararın nedeni olan işin geç tesliminde kınanabilecek bir eylemiyle zarara razı olduğu yahut zararın oluşmasına veya artmasına neden olması kanıtlanmamıştır. Diğer taraftan davacının, sözleşmeye göre, davalı yükleniciye vermesi gereken dairelerden bir tanesinin satış yetkisini vermemiş olması gecikmeye neden olan kusur olarak nitelendirilemez. Çünkü, bu dairenin satış yetkisi davalının işi bitirmede direnmesi nedeniyle meydana gelecek zarara karşılık güvence olarak verilmemiştir. Kaldığı, davalı yükleniciler satış yetkisi verilseydi bu dairenin satılacağı satımın bu nedenle engellendiğini kanıtlamamışlardır. Bu nedenle satış yetkisinin verilmemesiyle gecikme arasında uygun illiyet bağı da yoktur. Son dairenin satış yetkisinin verilmemesi olgusu ne mahkeme ve nede, Onbeşinci Hukuk Dairesi'nin bozma kararında tartışılmadığından davacı yararına kazanılmış hak oluşmuştur. İş sahibinin 106/II. maddedeki seçimlik hakkını geç kullanması kınanabilecek bir davranış olarak kabul edilemez. Çünkü, yukarıda açıklandığı gibi seçimlik hakkını dilediği zaman ve zamanaşımı süresince kullanmak iş sahibinin yasal hakkıdır; O nedenle bu kınanacak bir davranış değildir. Diğer taraftan davacı sözleşmenin yerine getirilmesinde ve işin tesliminde davalıyı duraksamaya düşürerek, işin gecikmesine neden olan bir eylemi de bulunmamaktadır. Her iki tarafın, sözleşmenin yerine getirilmesi ve teslimi konusundaki eylemli durumu bunun kanıtıdır.

Bu nedenlerle davacının, BK.nun 44. maddesindeki özel halleri oluşturma yönünde bir eylemi bulunmadığı gibi Yasaya uygun davranışını tazminatın indirilmesinin nedeni ( kusur ) olarak kabul etmek olanağı da yoktur.

B- MK.nun 2/I. maddesinde belirlenen "doğruluk ve güven kurallarının ( objektif hüsnüniyet ) somut olayda tartışılması: Sözleşmelerde kararlaştırılan hususların yerine getirilmesi, verilen sözün tutulması ( Pacta sunt serventa ahta vefa ) ilkesi gereğidir. Çünkü, doğruluk ve dürüstlüğü gereği budur. Bu nedenle olayımızda davalı eser sözleşmesiyle işin geç tesliminden dolayı ve geç teslim süresinin bütünü için tazminat ( cezai şart

taktirde alacaklı, her zaman borcun yerine getirilmesini ve gecikme tazminatını isteyebilecektir. Ayrıca, seçimlik hakkını geç kullanmak hakkın kötüye kullanılması olarak

---

)ödemeyi kabul etmiş olduğuna göre bunu davacıya eksiksiz olarak ödemek zorundadır; bundan kaçınma sözleşmeye, doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı davranış olur. Ne varki, bu kuralın ayrıcalıksız uygulanması bazı durumlarda yine doğruluk, güven kurallarına aykırı olacak sonuçlar doğurabilir. Bunun için "öngörülmeleyen bir nedenin" sözleşmenin tamamının veya bir koşulunun yerine getirilmesini taraflardan biri için çekilmez ve yıkım teşkil edecek yoğunluğa getirmesi gerekir ( S. Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Sh: 309 ).

Olayımızda, ne öngörülmeleyen bir hal ve ne de yapılan işin kapsamı gözetildiğinde 45.000.000 TL. tazminatın davalı için çekilmez ve ekonomik yönden yıkım teşkil ettiği söylenemez. Kaldı ki, davalının sözleşmeye sadakat göstermeyerek gecikme tazminatını ( Cezai şartı ) ödememekte direnmekte, onun yönünden doğruluk ve güven kurallarına ( MK. m. 2/1 ) aykırıdır.

Davacının gecikme süresinin tamamını kapsayan tüm tazminatı istemesi "hakkın kötüye kullanılması olarak da nitelendirilemez ( MK. 2/2 ). Hakkın kötüye kullanılması hakkın sırf başkasına zarar vermek için kullanıldığı hallerin dışında "hem kendine yarar sağlamak ve hem de karşı tarafa zarar vermek kastı ile hakkın kullanıldığı haller" de söz konusu olabilir ( S. Edis, age., Sh: 324 ). Davacı, sözleşmeden doğan hukuka uygun bir hakkını kullanmakla kendine yarar sağlamaktadır; ancak bu hakkını davalıya zarar vermek kasdıyla kullandığını söylemek olanağı yoktur.

Sözleşme ilişkilerinde; alacaklının, borcun uzun süre yerine getirilmemesine göz yumması halinde: Sözleşmenin yerine getirilmesi ve tazminat istemenin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesini gündeme getirebilir. Ancak bu yola seyrek ve olağan üstü hallerin varlığı halinde başvurulmalıdır; özellikle uzun süre bekleme nedeniyle fiyat dalgalanmalarından yararlanma borçluyu zarara sokmak ve onun durumundan yararlanma kastının varlığı aranmalıdır ( Tandoğan, Mesuliyet, Sh: 501, Borçlar, Sh: 133-134; Becker, age., Sh: 21; Oser-Schönenberger, age., Sh: 777 ).

Yargıtay denetiminin yapıldığı bu davada ise, davacıyı sözleşmeden doğan hakkını istemesinde ne eleştirilecek yan ve ne de davalıya zarar vermek kastı olduğu söylenebilir. Davacının geç teslim nedeniyle gerçekleşen zararının karşılığını istediği de gözardı edilmemelidir.

C- Davalı, işin süresinde teslim edilmemesi halinde davacıya verilecek her daire için aylık 300.000 lira ödeyeceğini kabul etmiştir. Bu, BK.nun 158/II maddesinde belirlenen bir cezai şart niteliğindedir. BK.nun 161/3. maddesi gereğince cezai şartın, "fahiş olduğu gerekçesi ile tenkisi" gerekeceği düşünülebilir. Ancak davalılar tacir olduğundan böyle bir indirim söz konusu olamaz ( Türk Ticaret Kanunu madde 24 ). Özen borcuna aykırı davranarak kusurlu durumda bulunan davalı yüklenici teslim gününden itibaren işleyecek cezai şartı tam olarak ödemek zorundadır ( Tandoğan, Borçlar, Sh: 133-135 ). Kaldı ki, davacının geç teslim süresince enaz kabul edilen cezai şart kadar zarara uğradığı da bir olgudur. Bu nedenle de davacı hiç bir indirime tabi tutulmadan gerçek zararını isteyebilecek durumdadır ( BK. m. 159/II ).

Bu durumda, tüm bu nedenlerle yüklenici olan davalıların, işi zamanında teslim etmemesinden doğan cezai şartı davacıya hiç bir indirim yapılmaksızın ödemesi sözleşmeye, Borçlar Kanununun 356/I maddesindeki özen borcuna ve doğruluk ve güven kurallarına uygun düşer... ” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).



nitelendirilmeyeceği gibi, müterafik bir kusur olarak da sayılmayacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce burada bir ayırım yapmak doğru olur. Şayet müteahhit inşaatı yapmayı bırakmışsa ya da artık inşaatı tamamlamayacağını bildirmişse arsa sahibi, müteahhidin nam ve hesabına inşaatı tamamlatma imkanı olduğu için en geç inşaatın bitirilmesi gereken süre sonuna kadar cezai şart talep edebilir. Bununla birlikte, müteahhit inşaatı elini çekmediği sürece arsa sahibi, seçimlik haklarını kullanıncaya kadar cezai şart hakkını kullanabilir<sup>187</sup>.

Arsa sahibi BK m. 158/II uyarınca cezai şart hakkından vazgeçmişse ya da ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin edimini kabul etmişse, cezai şart talep edemez<sup>188</sup>. Ancak sözleşmede ihtirazi kayıt konulmamakla birlikte eseri kabul etmenin cezai şarttan vazgeçme anlamına gelmeyeceği belirtilmişse, ihtirazi kayıt konulmamış olması cezai şart talep edilemeyeceği anlamına gelmez<sup>189</sup>.

Arsa sahibi BK m. 159/II uyarınca cezai şartı aşan bir zarara uğramışsa, örneğin gecikme nedeniyle kira kaybına uğramışsa<sup>190</sup>, müteahhidin gecikmede kusuru olduğunu ve zararını ispatladığı takdirde tazminini talep edebilir. Ancak cezai şart, meydana gelen zarardan daha fazla ise arsa sahibi, başka bir talepte bulunamaz<sup>191</sup>.

Sözleşmede ceza ile birlikte maktu tazminatın veya zararın ayrı ayrı ve birlikte talep edilebileceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmadığı durumlarda, BK m. 159 hükmünün uygulanması gerekmektedir<sup>192</sup>. Konuya ilişkin Yarg. 15. HD. 04.11.1988 günlü 1988/3278 E. ve 1988/3583 sayılı kararı, "... sözleşmelerde, gecikme nedeniyle hem ceza hem de kira tazminatının birlikte ödeneceğini öngören bir hüküm bulunmadığına göre, BK. 159. maddesi

<sup>187</sup> ERMAN, s. 86; Karş. SELİÇİ, s. 74 vd; ÖZ, s. 180.

<sup>188</sup> Yarg. 15. HD. 05.10.1987 günlü 1987/892 E. ve 1987/3421 sayılı kararına göre: "... mahkemece yapılacak iş, eserin ikmal edilmek suretiyle teslim edilmesi gereken tarihi saptamak, davalı yüklenicinin bunu hangi tarihte davacıya teslim ettiğini belirlemek, bunun ispat yükü davalıya ait olduğundan delillerini sorup toplamak, eserin teslim edildiği tarihten sonra davacı iş sahibinin BK. nun 158/2. maddesi hükmüne göre teslim anında cezai şarta ilişkin itirazı kayıt ileri sürüp sürmediğini ve buna dair delillerini incelemek ve sonucuna uygun bir karar vermek gerekir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Ayrıba Bkz. Yarg. 15. HD. 16.05.1975 günlü 1975/2407 E. ve 1975/2675 K.; Yarg. 15. HD. 10.11.1977 günlü 1977/1906 E. ve 1977/2073K. (YKD. 1981, S. 8, s. 1036).

<sup>189</sup> TANDOĞAN, s. 136; BECKER, Art. 60, Nr. 31. (ERMAN'dan naklen, s. 87).

<sup>190</sup> Yarg. 15. HD. 17.04.1989 günlü 1989/2719 E. ve 1989/1964 K. (YASA D., 1990, S.10, s. 1447-1449).

<sup>191</sup> Bkz. Yarg. 15. HD. 29.06.2002 günlü 2002/1906 E. ve 2002/3366 K. (KARATAŞ, s. 298); Yarg. 15. HD. 14.05.1998 günlü 1998/1459 E. ve 1998/2025 K. (KARATAŞ, s. 299).

<sup>192</sup> KOSTAKOĞLU, s. 713.

hükmünce kira tazminatı tutarından, cezayı aşan miktarının talep edilebileceğine...” ilişkin olup, uygulamada emsal haline gelmiştir.

#### **6.2.3.2.3. İfadan Vazgeçme ve Müsbet Zararın Tazmini**

Müteahhit sözleşmede belirtilen süre içerisinde inşaatı tamamlamadığı takdirde arsa sahibi, seçimlik haklarından olan ifadan vazgeçerek müsbet zararın tazminini talep edebilir. Bu hak BK m. 106/II’de yer almaktadır. Buna göre, “aktin icrasından ve teahhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vaz geçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyanı talep veya akdi fesh edebilir.”

Arsa sahibinin bu tercihi yapabilmesi için üç şartın gerçekleşmesi gerekir:

- 1) Sözleşmeyi feshetmemesi,
- 2) Aynen ifadan vazgeçmesi yani sözleşmede belirtilen inşaatın yapılmasından vazgeçmesi,
- 3) Sözleşmede belirtilen inşaatın gecikmesinden dolayı zarar ve ziyan talep hakkından vazgeçmesi gerekir.

Yasada belirtilen müsbet zarar, edim yerine getirilseydi alacaklının mal varlığında meydana gelecek durumla, edim yerine getirilmediği için alacaklının mal varlığında meydana gelen durum arasındaki farkı ifade eder.

Yarg. 15. HGK. 17.01.1990 günlü 1990/13-392 E. ve 1990/1 sayılı kararında müspet zararı, “... sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarar...” şeklinde ifade etmiştir ve bu anlatımla müspet zararın kar mahrumiyetini de içerdiği kabul edilmiştir.

Bu durumu, müteahhidin yapmayı üstlendiği inşaata başlamayarak veya başlamış olmakla birlikte süresi içerisinde tamamlamayarak temerrüde düşmüş olması halleri bakımından ayrı ayrı incelemekte yarar vardır<sup>193</sup>.

#### **6.2.3.2.3.1. Temerrüde düşen müteahhidin işe başlamamış olması**

Müteahhit yapmayı taahhüt ettiği inşaatı hiç bir haklı nedeni olmadan süresi sona ermesine rağmen inşaata hiç başlamamış olması halinde, arsa sahibi aynen ifadan vazgeçerek

---

<sup>193</sup> KOSTAKOĞLU, s. 714.

müspet zararı isterse bu müspet zarar, sözleşme konusu inşaat için müteahhide ödenmesi kararlaştırılan bedel ile arsa sahibinin tercih hakkını kullandığı tarihteki bina yapılmış hali itibariyle rayiç değeri arasındaki farktır<sup>194</sup>.

#### **6.2.3.2.3.2. Temerrüde düşen müteahhidin işi kısmen yapmış olması**

Müteahhit sözleşmede belirtilen sürede inşaata başlamakla birlikte herhangi bir haklı sebebi olmaksızın inşaatı tamamlamadığı takdirde borçlu temerrüdüne düşeceği için, kısmen yapılan iş, arsanın mütemmim cüzü olduğundan arsa sahibine geçecektir. Arsa sahibi müspet zararını talep ettiği takdirde, inşaat bedelinden, inşaatın yapılmayan kısmın oranına isabet eden miktarı arsa sahibinin müspet zararı olarak kabul edilecektir<sup>195</sup>.

Arsa sahibi aynen ifa yerine müspet zararı talep ettiği takdirde, müteahhitten başkaca zarar ve ziyan yahut cezai şart talep edemez<sup>196</sup>.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus, tercih hakkının kullanılmasındaki gecikmedir. Özel Daire, Yargıtay HGK. 09.10.1991 günlü kararından sonra görüşünü değiştirerek, arsa sahibinin tercih hakkını muayyen süre içerisinde kullanmak zorunda olduğunu benimsemiştir. HGK. Kararında, TMK m. 2'yi işaret ederek, hakkın kötüye kullanılması “hem kendisine yarar sağlamak, hem de karşı tarafa zarar vermek kastı ile kullanıldığı hallerde” de söz konusu olabileceği gibi “uzun süre beklemek suretiyle fiyat artışlarından yararlanmak için borçlunun zararını artırıp, durumunun ağırlaşmasına kasten neden olması” halinde söz konusu olabilir<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> KOSTAKOĞLU, s. 714.

<sup>195</sup> KOSTAKOĞLU, s. 715.

<sup>196</sup> KOSTAKOĞLU, s. 715.

<sup>197</sup> KOSTAKOĞLU, s. 715; TANDOĞAN, s. 502; TUNÇOMAĞ, s.529. Yarg. 15. HD. 06.10.1987 günlü 1986/4375 E. ve 1997/3437 sayılı karara göre: “... Taraflar arasındaki 31.8.1983 tarihli sözleşmede eserin ikmal ve teslim tarihi 30.11.1983 tarihi olarak kararlaştırmışlardır. Görülüyor ki inşaat süresi 3 ay gibi kısa bir müddetle sınırlı tutulmuştur. O halde taraflardan birinin borçlu temerrüdüne düşmesi halinde diğer tarafın BK.nun 106. maddesinde yer alan seçimlik haklardan birini aynı ölçüler içinde kullanması gerekir. Nitekim sözü edilen maddede akdin icrasında gecikme vaki olduğu takdirde diğer taraf akdin icrasından vazgeçtiğini derhal karşı tarafa bildirmesi gerektiği öngörülmüştür. Olayda eserin kararlaştırılan sürede tamamlanıp teslim edilmediği ihtilafsızdır. Öyle ise davalının eserin teslimi gerektiği 30.11.1983 tarihinde borçlu temerrüdüne

düştüü sabittir ( BK. 107 md. ). Bu durumda davacının objektif ölçüler içinde temerrütten sonra kaç gün daha beklemesi gerektiği ve eksikliklerin ne kadar zamanda tamamlanacağı bilirkişilere hesabettirilmeli ve yalnız bu süre ile sınırlı olmak üzere gecikme tazminatına hükümlenmelidir ( BK. nun 98 ve 44 md.leri ). Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 30.11.1955 tarih 1955/14 E. ve 1955/20 sayılı kararına göre; “Terfin müddeti dolduğu halde terfi ettirilmeyerek bir müddet daha aynı derecede bırakıldıktan sonra gecikmiş olarak terfi ettirilen memur, bu muameleye itiraz etmeksizin ikinci bir terfi görmenin müteakip terfiine inikas ettirilmek suretiyle sonraki terfi tarihlerinin de tashihine kadar verilmesini isteyemez. Zira, gecikmiş olarak yapılan terfi itirazda bulunmayan ve ihtirazi bir kayıt dermeyan etmeyen ve terfi ettiği derecenin maaşlarını her ay bordroları imza etmek suretiyle alan ve bu derecede bir terfi müddeti kaldıktan sonra bir defa daha terfi ederek yeni bir derece iktisap eden memur evvelki derecedeki, geç terfie muvafakat etmiş ve böylece şayet bir hakkı mevcut ise bundan feragat etmiş sayılmak icap eder. Memur ile işletme arasındaki münasebet devamlı bir münasebettir. Bu nevi münasebetlerde, münasebetin devamınca taraflar için yeni haklar ve borçlar doğmakta ve bunun neticesi olarak da taraflar bir muamele yapmak veya muayyen bir harekette bulunmanın gerekli olduğu anın hululünde, bu hareketin icrası kendisinden beklenen taraf hiç bir harekette bulunmazsa iş ve muamele hayatındaki hakim telakkiler icabı olarak bu hareketsizliğe ve bu sükuta bir mana verilmesi zaruridir. Çünkü sükut ile iradenin izhar edildiği pek çok haller vardır. Bilhassa sükutun karşı tarafa hukuki neticeler doğuracak olan muayyen bir iradeyi beyanı gibi hüküm ifade eder. Sükut ile izhar olunan irade beyanı ile muayyen bir şahsa hitap edileceği de ilim sahasında kabul edilmektedir ( Profesör Doktor Hikmet Belbez - akitlerde sükutun ehemmiyeti. Hukuk Fakültesi Dergisi 1944 sayı iki sahife 210 ve atıfda bulunduğu Staudinger madde -116 ). Kanunen cevap verme veya bir müracaatta bulunma mecburiyeti olmamakla berebar objektif hüsnüniyet kaidesi icabı olarak cevap verme veya müracaatta bulunma mükellefiyetinin doğduğu hallerde bu mükellefiyetin yerine getirilmemesine ve bu suretle ihtiyar olunan sükuta muayyen neticeler izafe edilmesi icap ettiği de kezalik ilim sahasında ve karar Avrupasındaki telakkilere dayanan modern hukukun tatbik edildiği memleketlerin mahkeme içtihatlarıyla kabul edilmiştir. ( Dr. Hikmet Belbez adı geçen yazı ve Alman Temyiz Mahkemesi kararı cilt 54, sahife 181 ). Bu ilmi ve kanuni esasları tetkik mevzuumuz olan hadiseye tatbik ettiğimizde, terfi müddetini doldurmuş olan bir memuru işletmenin terfi ettirmemesini ve bu babta vaki olan sükutunu memura karşı tevcih edilmiş, ( Memurun terfi ettirilmeyeceği niyetini açığa vuran ) bir ifade beyanı olarak kabul etmek icap eder. Çünkü, işletme, terfi müddetini doldurmuş olan memura karşı muayyen bir harekette bulunmak, yani sicilini ele alıp incelemek ve bir manii yoksa onu terfi ettirmek mükellefiyetindedir. Diğer cihetten, memurda, kendisine tevcih edilen irade beyanına karşı ( şimdilik terfi ettirilmeyeceği yolundaki zımni beyana karşı, ) bu beyanı kabul etmiyorsa objektif hüsnüniyet kaidesi icabı olarak bir itirazda veya müracaatta bulunmak mükellefiyetindedir. Binaenaleyh bu mükellefiyeti yerine getirmeyen ve bilhassa gecikmiş olarak yapılan terfiden sonra o derecede de bir terfi gördüğü ana kadar sükut eden memurun bu sükutu ile duruma muvafakat ettiği hususundaki iradesini izhar ettiği kabul olunmak gerekir. Zira günlük hayatımızda esas olması lazım gelen objektif hüsnüniyet kaidesi bu devamlı sükutun irade beyanı yerine geçmesini zaruri kılar. Feragata mevzu olan hakkın akte, yahut, kanunun emredici veya tamamlayıcı hükümlerine müstenit bulunmasının bu noktada her hangi bir tesiri de olamaz. Çünkü feragatın, muteber olmaması ancak Medeni Kanunun yirmi üçüncü maddesiyle ve kanunların açık hükümleriyle derpiş edilen hallere münhasırdır. Halbuki terfie müteallik hükümlerin temin ettiği haklardan feragat edilemiyecini bildiren bir kanun maddesi mevcut değildir. Sarih veya zımni feragat, Medeni Hukukta anlaşılmanada bir ( itiraz ) olup bir ( defî )

İnşaatı ağır da olsa sürdüren müteahhit tarafından işin tamamlanmasını bekleyen arsa sahibini, seçimlik haklarını belirli bir sürede kullanmaya zorlamak haklı görülmemektedir. Bununla birlikte faaliyetlerine son vererek inşaatı terk eden ve süresi içerisinde inşaatı bitirmeyen müteahhit hakkında, arsa sahibinin uzun süre bekledikten sonra müsbet zararını talep etmesi iyi niyet kurallarına uygun olmayan bir davranış olarak kabul edilmektedir<sup>198</sup>.

Arsa sahibi ifadan vazgeçip müspet zararı talep ettiği taktirde, arsa sahibinin ifadan vazgeçme iradesini kullandığı tarihte, sözleşmeye göre arsa sahibine verilecek olan bağımsız bölümlerin bitmiş halindeki bedeli, müteahhit tarafından arsa sahibine ödenmesi gerekir. Bu durumda sözleşme taraflar arasında yürürlükte olup feshedilmemiştir. Müteahhidin sözleşmeye göre yükümlülüklerini yerine getirdiği göz önüne alınarak bedele dönüşen bağımsız bölümlerin arsa paylarının da müteahhide devredilmesi ve birlikte ifaya karar verilmesi gerekmektedir<sup>199</sup>.

#### **6.2.3.2.4. Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazmini**

Arsa sahibi belirlenen süre sona erince gecikmeksizin (derhal) müteahhide sözleşmeden döndüğünü bildirebilir ve bundan dolayı uğradığı menfi zararı isteyebilir.

---

olmadığından ( Andreos Von Tuhr - Borçlar Hukuku ) -birinci cilt- Cevat Edege tercemesi - İstanbul 1952 sahife 25-28; Pr. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu - Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları - dördüncü bası İst. 1951 sahife 364-368 ) usulün 76 ncı maddesi hükmünde kanunları resen tatbik ile mükellef olan Hakimin dosya muhtevassından anlaşılın feregat durumunu resen nazara alması da gereklidir. Maddi haktan feregat, o hakkı ortadan kaldırdığı halde müruruzamanın zati hakka tesiri etmeyip, o hakkın dava edilebilmesi imkanını bertaraf eylesine, feregat durumunun bertaraf edilmesi için alacaklının herhangi bir müracaatı kafi olduğu halde, müruruzamanın bertaraf edilmesi için alacaklının her hangi bir müracaatı kafi olmayıp, müracaatın dava veya defî şeklinde mahkemeye ve takip şeklinde icraya yapılması icap etmesine göre bu iki müessese arasında bilhassa bu noktalarda tebarüz eden fark dolayısıyla feregatla hakkın sükut edeceğinin kabulünün diğeri bir tevhidî içtihatla kabul olunan on yıllık müruruzaman esasına aykırı bulunduğu yolundaki ekalliyetin görüşü de isabetli değildir...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>198</sup> KOSTAKOĞLU, s. 716.

<sup>199</sup> KOSTAKOĞLU, s. 716.

Sözleşmeden dönme hakkı BK m. 106/II'ye göre<sup>200</sup> özellikle karşılıklı sözleşmeler için kabul edilmiştir<sup>201</sup>.

Dönme hakkı, alıcının tek taraflı varması gereken irade beyanıdır ve yenilik doğuran bir haktır. Dönme hakkının kullanılması sonucu yerine getirilmiş edimlerin iadesi gerekir. Dönmenin amacı, sözleşmenin kurulmadan önceki durumuma geri dönmek olduğu için elde edilen gelirlerin ve ödenen bedellerin faizlerinin iadesi gerekir<sup>202</sup>.

Dönme hakkı bölünmez bir bütün olup, kural olarak elbirliği ile kullanılması ve herkese karşı ileri sürülmesi gerekir. Bununla birlikte paylı mülkiyet söz konusu olduğu hallerde her bir paydaşın tek başına ortak çıkarları kollama yetkisi vardır. Bundan dolayı diğer paydaşların çıkarlarını koruyacak şekilde tek başına dönme hakkını kullanabileceğini kabul etmek gerekir<sup>203</sup>.

Dönme bildirimini bir koşula bağlandığı takdirde bunun açık-seçik, hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde kullanılması gerekir.

Dönme hakkı yalnız bir kez kullanılabilir. Dönme bildirimini bir şekil şartına bağlı olmadığı gibi bir ispat biçimine de bağlanmış değildir<sup>204</sup>.

Doktrindeki baskın görüşe göre, sözleşmeden dönme hakkı geçmişe etkili olarak ortadan kalkar<sup>205/206</sup>.

---

<sup>200</sup> BK m. 106'ya göre, "Karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde, diğeri borcun ifa edilmesi için münasip bir mehil tayin veya münasip bir mehilin tayinini hakimden isteyebilir.

Bu mehil zarfında borç ifa edilmemiş bulunduğu surette alacaklı her zaman onun ifasını talep ve teahhür sebebi ile zarar ve ziyan davası ikame eylemek hakkını haizdir; birde aktin icrasından ve teahhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vaz geçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyayı talep veya akdi fesh edebilir."

<sup>201</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.03.1963 günlü 1963/13 E. ve 1963/23 sayılı kararına göre: "... 106. madde karşılıklı borçları kapsayan yani birisi öbürünün karşılığı olan borçlardan meydana gelen akitlerde taraflardan birisinin bu karşılıklı borçlardan birisini yerine getirmemesi halinde, belli şartlar altında, diğer tarafın akti feshedebilmesini öngörmektedir. Buna göre, akitten doğan ve fakat biri öbürünün karşılığı bulunan borçlardan başka olan bir borç, yerine getirilmezse bu durum, 106. madde gereğince aktin feshi hakkını vermez..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>202</sup> ARAL, s. 135-136.

<sup>203</sup> KARAHASAN, s. 536.

<sup>204</sup> SEROZAN, s. 488 vd.

<sup>205</sup> TANDOĞAN, s. 505; TUNÇOMAĞ, s. 431; OĞUZMAN; s. 326; FEYZİOĞLU, s. 263; ÖZ, s. 34 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 395; SEROZAN, s. 63-64.

<sup>206</sup> Öğretide bu baskın görüş SEROZAN tarafından güçlü dayanaklarla eleştirilmiştir. Bkz. s. 78 vd. "Dönme işleminin sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmayıp sadece onun konusunu değiştirmekle yetinene bir yenilik doğurucu işlem olduğu kabul edilmeli ve yeni dönme kuramı benimsenmelidir." (SEROZAN, s. 78); Bkz. SELİÇİ, s. 205 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1286 vd.; Yargıtay İçtihadı Bielsştirme Büyük Genel Kurulu 25.01.1984 günlü 1983/3 E. ve 1984/1 sayılı kararına göre; "... İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin ( emeğe ve masrafa dayanan ) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır. Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, hukuki sonuçları farklı olan iki ayrı kural karşılamaktadır. Aynı mesele hakkındaki bu zıt kuralların birbirini karşılıklı olarak yok edecekleri ve böylece örtülü bir kanun boşluğunun meydana geleceği öğretide ifade edilmektedir. Karşılaşan bu iki zıt kuraldan hangisine üstünlük tanınacaktır?. Başka bir anlatımla, inşaat sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde, bu fesih ( geriye mi, ileriye mi etkili ) sonuç doğuracaktır?. Bazen, inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin, yapının tamamladığı kısmının kasamı o dereceye ulaşır ki; böyle bir durumda, müteahhidin bu kısmi ifasının karşılığı yalnızca 106-108. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi, normal hallerde sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa, müteahhidin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir. (Bk. m. 98/2, 43). Görülmektedir ki, 106-108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde "hakkı şekle mahkum edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkar olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir? İşte, bu meselelerin objektif bir şekilde çözümü, ancak Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir. Çünkü, Türk-İsviçre Hukukuna göre, bu gibi durumlarda, Medeni Kanunu'n 1. maddesinin değil, 2. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen "hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralından" yararlanılabilir. Bu gün hakim olan fikre göre, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde ( adalete uygun düşecek şekilde ) hüküm verme imkanını sağlamaktır. Madde hükmünün bu özelliği, İsviçre Federal Kurulunun Medeni Kanun tasarısını Millet Meclisine sevkine ilişkin 1904 tarihli mesajında şöyle açıklanmaktadır: "- Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik teşkil ettiği ve gerçek hakkın tanınması ve ferdin korunması için bütün hukuki yolların kapalı bulunduğu hallerde, MK. m. 2 f.2 hükmünün amacı, zaruretten doğan ve olağanüstü bir imkan sağlamaktır.-" Prof.Dr. Zahit İmre'nin Türk Medeni Hukukuna göre Hakimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu başlıklı makalesinde ( Prof. Dr. Fikret Arık'a Armağan, Ankara 1973. Sh. 173 ) görüşüne yer verilen İsviçre'de Medeni Hukuk Profesörü MERZ'in ifade ettiği gibi,

Dönme bozucu yenilik doğuran bir haktır ve var olan hukuksal ilişkiyi ortadan kaldırır. Dönme bildirim borçluya ulaşır ulaşmaz bu etki meydana gelmiş olur<sup>207</sup>. Sözleşmeden dönme ve sözleşmenin feshi arasındaki ayrım buradan kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkarken, sözleşmenin feshi sözleşmeyi ileriye etkili bir şekilde ortadan kaldırır. Yani sözleşmenin feshi ile borç ilişkisi yeni haklar ve borçlar meydana getirmez<sup>208</sup>.

Doktrindeki baskın görüşe göre sözleşmeden dönmeyen sonuçları hakkında şunlar söylenebilir<sup>209</sup>:

---

bu durumlarda, şekli hukuktaki hakkı, maddi adalet mülhazaları sınırlar ve onu gerçek ölçülerine götürebilir. Ord. Prof.Dr. Andreas B. SCHWARZ'ın ( Medeni Kanununun 2. maddesi ile Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddelerine ilişkin ) görüşü de; özetle şöyledir: I - Mk. 2. maddesindeki esaslar, kanunun harfi harfine tatbikinin hakkaniyete uymayan neticelere götürdüğü hallerde, bir tashih vasıtası olarak, bütün hukuk sistemine hakim bulunmaktadır. Bu umumi esaslar Kanuna ve onun hükümlerine, hayatın değişik durumlarına uymak kabiliyetini vermekte ve kanuna geniş bir elastikiyet bahşetmektedir. ( Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1946, Sh. 203 vd. ) II - MK. 2. maddesindeki esaslar da gözetildiğinde, alacaklı, ihlal edilen sözleşmeyi vaziyete göre geriye etkili veyahut ilerisi için feshi ihbar suretiyle tek taraflı olarak bozabilir. Sözleşmenin ihlali sebebiyle fesih hakkı kuralı takdiri bir kuraldır. Bu hususta hakimin, her hadisede "fesih doğuracağı sonuçlar bakımından" böyle bir münferit hal suretini kabul etmenin ne dereceye kadar doğru olacağını, halin icaplarına göre tartması gerekir. ( Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Fesih başlıklı makale; Ebül'ula Mardin'e Armağan, İstanbul 1944, Sh. 759 vd ).Bu açıklamalar da göstermektedir ki, Medeni Kanununun 2/2. maddesindeki kuralla, Kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak, bu kuralın taliliği ( yani ikinciliği ) de gözetilerek; öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilecek; uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği bazı istisnai durumlarda da, 2/2. maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilecektir. O halde, içtihadı birleştirmeye konu meselelerin çözümünde izlenecek yol şöyle olmalıdır:Şayet, olayın niteliği ( müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı ) ve özelliği ( uyuşmazlığın yalnızca BK: 106-108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini ) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez.Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin ( uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının ) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanununun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ( sürekli borç ilişkileride olduğu gibi ) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>207</sup> KARAHASAN, s. 538; TEKİNAY, s. 169; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1289.

<sup>208</sup> TEKİNAY, s. 169; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1290; TUNÇOMAĞ, s. 531, KARAHASAN, s. 538.

<sup>209</sup> KARAHASAN, s. 538-540.



a) Sözleşme ilişkisi sona erdiği için alacaklı edimin yerine getirilmesini reddedeceği gibi, kendi edimin de yerine getirmez. Sözleşme ilişkisi ortadan kalktığı için de borçlu edimini yerine getirmeyecektir.

b) Dönme ile sözleşme sona ereceğinden dolayı artık bir borç ilişkisi doğurmayacaktır. Ayrıca önceden doğmuş olan borçlar da sona ermiş olacağından tarafların dönmeden önce vermiş oldukları şeyler varsa bunları karşılıklı olarak iade etmeleri gerekir<sup>210</sup>.

Tarafların vermiş olduklarını geri isteme hakkının ve açacakları davanın ne olacağı, buna bağlı olarak zaman aşımı süresinin ne olacağı doktrinde tartışma konusudur. Taraf bulan bir görüşe göre<sup>211</sup>, “vücudu nihayet bulan bir sebebe dayanan haksız iktisap davası” açılmalıdır ve BK m. 66’daki zaman aşımına bağlı olmalıdır. Doktrindeki diğer bir görüşü savunanlara göre ise<sup>212</sup>, taraflar verdiklerini geri istemek amacıyla BK m. 108’e dayanırlar ve buradaki zaman aşımı için de BK m. 125 uygulanır. Tarafların verilenleri geri alma amaçları, sözleşmenin ihlalidir ve yasada da böyle bir durum özel olarak düzenlenmemiştir. Bu konuyla ilgili Yargıtay Genel Kurulu’nun 17.10.1962 gün 1962/14 E. ve 1962/35 sayılı kararı şu şekildedir: “...aylığını peşin almış olan hizmetlinin işe gelmemesi sebebiyle, Borçlar

---

<sup>210</sup> Yarg. 15. HD. 12.05.1983 günlü 1983/1307 E. ve 1983/1255 sayılı kararına göre; “... Kanunun 106. maddesinde öngörülen seçimlik haklardan akdin feshi ve uğranılan zararın istenebilmesi için davacı alacaklının akdin icrasından ve gecikme nedeniyle uğradığı zarar ve ziyan isteğinden vazgeçtiğini derhal karşı tarafa bildirmesi gerekir. Bunun nedeni borcun ifa edilmemesinden dolayı ortaya çıkan fiyat farkının fesih tarihindeki rayiçlere göre hesap edilmesi zorluğundan kaynaklanmaktadır. Öte yandan burada istenebilecek zarar olumsuz menfi zarardır. Bilindiği gibi olumsuz zarar, akit hiç yapılmamış olsaydı malvarlığının bulunacağı durum ile, akdin hükümsüzlüğü sonucu malvarlığının almış olduğu durum arasındaki farktır. ( K. Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku Cilt I. sh. 955 ve S.S. Tekinay, Borçlar Hukuku sh. 731 ). Davacı olayda akdin icrasından vazgeçtiğini derhal davalıya bildirmemiş cihazların teslim edilmesi gereken tarihten 2,5 yılı aşkın bir süreden sonra davalıya gönderdiği 29.5.1980 tarihli ihtarnamede ifa için 15 gün süre tanımış aksi halde akdi feshedeceğini bildirmiştir. Bu ihtarın BK.nun 106. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ( derhal beyan ) anlamında kabulüne olanak yoktur. Davacı peşin ödediği paranın iadesini talep ettiğine ve böylece BK.nun 106. maddesindeki seçimlik haklardan sözleşmenin feshine, ilişkin yolu seçerek iradesini fesih doğrultusunda kullandığına göre, isteyebileceği menfi zarar, sözleşmenin ifasından vazgeçtiğini derhal ihbar etmesi gereken tarihteki rayiç değerler üzerinden hesap edilecek miktardan ibarettir ( BK. 44, 98 ve 106. maddeleri ). Mahkemenin bu yönleri gözden kaçırarak bilirkişi kurulunun 9.12.1981 tarihli raporlarında ihtar tarihi olan 1980 yılı Mayıs ayı dönemine ait rayiç değerler esas alınarak vardıkları sonuç doğrultusunda fiyat farkının ödetilmesine karar vermesi doğru değildir...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>211</sup> TUNÇOMAĞ, s. 532; OĞUZMAN, s. 147; FEYZİOĞLU, s. 264; OĞUZMAN/ÖZ, s. 397.

<sup>212</sup> TANDOĞAN, s. 504; TEKİNAY, s. 171; TANDOĞAN, s. 1295.

Kanununun 107. maddesi gereğince akdi feshetmiştir ve peşin aylığı geri istemektedir. Bu istek, hukuk nitelikçe, Borçlar Kanununun 108. maddesinin 1. fıkrası hükmünde öngörülen bir ödeve dayanmaktadır, bu hüküm, sebepsiz mal edinmenin geri verilmesi hükmü olmayıp ortadan kalkan akdin doğurduğu bir sonuçtur ve sebepsiz mal edinme esasından ayrı olarak kanuna konulmuştur. Bu yüzden, geri alma alacağı, akde dayanan bir alacaktır ve zaman aşımı süresi, ( 125. madde uyarınca ) on yıldır.”

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin borcu bir şey yapmak olduğu için müteahhit bu edimin sonucunda zenginleştiği tutarı para olarak ödemek zorundadır. Burada BK m. 63 vd. hükümleri kıyasen uygulanarak sebepsiz zenginleşme çerçevesinde arsa sahibi müteahhitten verdiği şeyleri isteyecektir. Müteahhit şeyi karşılıksız olarak vermiş olsa dahi, arsa sahibine şeyin değerini vermekle yükümlüdür<sup>213</sup>.

Alacaklı dönmeden doğan zararlarının giderilmesini isteyebilir. Doktrindeki baskın görüşe göre<sup>214</sup>, buradaki giderilmesi gereken zarar olumsuz (menfi) zarardır<sup>215</sup>.

Menfi (olumsuz) zarar, gerçekleşmesine güvenilen bir sözleşmenin gerçekleşmemesinden ya da kurulacağına güvenilen bir sözleşmenin kurulmamasından dolayı uğranılan zarardır. Buradaki zararın dayanağı sözleşmenin gerçekleşmesinden beklenen çıkar değil, alacaklının göstermiş olduğu güvenden kaynaklanmaktadır<sup>216/217</sup>.

---

<sup>213</sup> TANDOĞAN, s. 505; TEKİNAY, s. 171; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.1295; OĞUZMAN/ÖZ, s. 51; OĞUZMAN, s. 328; EREN, s. 303; KARAHASAN, s. 541.

<sup>214</sup> TANDOĞAN, s. 505; OĞUZMAN/ÖZ, s. 397; OĞUZMAN, s. 148; EREN, s. 301; SEROZAN’a göre, “burada anılan zarar, düpedüz geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin zamanında ifa edileceği yolunda beslenmiş bir güvenin boşa çıkarılmasından, kısacası doğrudan doğruya ‘sözleşmeye aykırılıktan’ doğan bir zarardır.” (s.78).

<sup>215</sup> Olumsuz zarar konusunda bkz., TEKİNAY, s. 172-173; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1141-1142; KUTLUSUNGURBEY, s. 146; EREN, s. 301; “Menfi zarar, alacaklının uğramış olduğu fiili zararlarla yoksun kaldığı karı kapsar. Menfi zararın ikinci unsuru, alacaklının akidden dönme nedeniyle uğramış olduğu kazanç (kar) kaybını oluşturur. Alacaklının mütemerrit borçlu ile yaptığı akit nedeniyle üçüncü kişilerle yapma fırsatını açtığı akidlerden elde edeceği kazanç yoksun kılınarak ifade eder. Buna karşılık dönülen akidden elde edilecek kar, dönme ile taraflar borçlarından kurtuldukları için, yoksun kılınan kar arasına yer almaz. Zararın tespitinde easa alınacak tarih, hüküm tarihi olup, akdin bozulduğu veya akidden dönüldüğü an değildir.” (EREN, s. 301-302.)

<sup>216</sup> ARSEBÜK, s. 61; GÖKTÜRK, s. 89-90; TANDOĞAN, s. 420; OĞUZMAN, s. 279; FEYZİOĞLU, s. 474; SAYMEN/ELBİR, s. 462; ATAAY, s. 76; SEROZAN, s. 636; TEKİNAY / AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1140.

Doktrine göre, sözleşmenin geçersizliğine güvenden doğan menfi zararların kapsamına giren kalemler şunlardır<sup>218</sup>:

a) Yerine getirilmiş olan edim,

b) Zarar görenin yerine getirdiği bir edim varsa bu edimden elde edecek olduğu yararlanmalar ( faiz, kira, ecr-i misil),

c) Sözleşme giderleri ( noter harçları, posta giderleri),

d) Sözleşmenin yerine getirilmesi için ve edimin kabulü için yapılan harcamalar,

e) Edimin hazırlanmış veya yerine getirilmiş olmasından ötürü uğranılan zarar. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 27.02.1985 günlü, 1983/15–74 E. ve 1985/ 254 sayılı kararına göre:

“Taraflar arasında daha önce görülen 1981/335 E. sayılı davada verilen hükmün kesinleşmiş bulunması nedeniyle, 28.9.1978 günlü inşaat sözleşmesinin batıl olduğunu kabul etmek, hukuken zorunlu ise; gerek yerel mahkeme ilamında, gerekse Özel Daire bozma kararında benimsendiği gibi, olayda, yüklenicilerin meslek adamı niteliği ile gerekli özeni göstermedikleri, davacıların arsası üzerindeki yapının yıkılmasında kusurlu buldukları sabit olduğundan, yıkım nedeniyle doğan zarardan, birinci derecede sorumlu olmaları gerektiği tartışmasızdır.

Bu durumda, BK. nun 98/1. maddesi hükmüne göre, davalı borçlular, hafif kusurlarından dahi sorumlu olduklarından, gerçekleşen hukuki ve fiili imkansızlık karşısında, davacıların uğradıkları zararın ve ödenecek tazminatın miktar ve niteliğini tanımlamak gerekmektedir.

Olayda, davacıların uğradığı zarar, arsaları üzerinde bulunan ve davalılar tarafından yıkılan evin enkaz bedeli değil, kaybedilen şeyin objektif değeri ile bu yıkım nedeniyle elde edilemeyen kira gelirlerinin toplamıdır.

Gerçekleşen zararın nasıl ve ne oranda tazmin edilmesi gerektiği sonucuna gelince; BK.nun 98/II. maddesi hükmüne göre, haksız fiillerin sorumluluğa ilişkin hükümleri kıyasen akde aykırı davranışlara da uygulanacağından, kusurun ağırlığı, işin borçlular için fayda

---

<sup>217</sup> Yarg. 15. HD. 17.03.1977 günlü 1977/535 E. ve 1977/653 sayılı kararına göre: “... Davacı yüklenici, gerçekleşeceğine güvenilen bir sözleşmenin geçersiz olması yada kurulmasına inanılan bir sözleşmenin kurulmaması yüzünden uğradığı olumsuz zararı davalı belediyeden isteyebilir...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>218</sup> KARAHASAN, s. 546.

sağlayıp sağlamadığı ve haksız fiillerde söz konusu olan birlikte kusur gibi, tazminatın indirilmesini gerektiren nedenler burada da dikkate alınmalıdır.”

f) Sözleşmede cezai şart hükmü,

g) Sözleşmenin geçerliliğine güvenilerek başka sözleşme yapma fırsatını kaçırmaktan doğan zarar<sup>219</sup>.

### 6.2.3.3. BK m. 358/I Hükmü

BK m. 358/I'e göre, “Müteahhit, işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vakı olan tehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecede olursa iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeğe mecbur olmaksızın akdi feshedebilir.” Bu hüküm BK m. 106'nın tamamlayıcısı olduğundan dolayı, BK m. 106'daki temerrüdün sonuçlarını da doğurabileceği doktrinde genellikle benimsenmektedir<sup>220</sup>.

BK. m. 358/I'in Uygulanma Şartları:

İlk şart müteahhidin objektif olarak inşaatın yapımında gecikmiş olmasıdır. Müteahhidin inşaatın yapımında gecikmiş olması değişik şekillerde meydana gelir. Ya müteahhit işe zamanında başlamamıştır<sup>221</sup>, ya müteahhit işe zamanında başlamış olsa bile işin

<sup>219</sup> Yarg. 15. HD. 19.12.2000 günlü 2000/3861 E. ve 2000/5592 sayılı kararına göre: “... Taraflar arasındaki uyuşmazlık davalının yarım bıraktığı işin başka bir yükleniciye daha fazla bir ücretle yaptırılmasından kaynaklanan bedel farkı istemine ilişkindir. Davada yapılan işe nazaran ödenen fazla miktar ile bu iş nedeni ile davalıya verilen çekin iadesi istenmek suretiyle akitten dönüldüğünden, davacı BK. 106 ve 108. maddeleri uyarınca oluşan menfi zararını talep edebilir. Bu nedenle mahkemece davalının menfi zararının HGK. 17.1.1990 tarih 13/392-1 sayılı kararında belirtildiği üzere menfi zarar yöntemi ile hesaplanması gerekir. Bu yöntem uyarınca davacının menfi zararı, davalı yüklenici ile sözleşme akdettiği tarih itibarıyla bir başka yükleniciye işin verilmesi halinde o yüklenicinin teklif edeceği fiyatlarla kalan işin davalı dışındaki yeni yükleniciye yaptırıldığı fiyatlar arasındaki farktan ibarettir. Bu nedenlerle mahkemece yukarıda açıklanan doğrultuda bilirkişiden ek rapor alınarak ve taraflardan delilleri sorularak fark zararın tesbiti ile varsa ödenmeyen sözleşmedeki iş bedelinin düşülerek kalanına hükmedilmelidir. Bu hususlar üzerinde durulmadan yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>220</sup> DAYINLARLI, s. 63; KAPLAN, s. 6.

<sup>221</sup> Yarg. 15. HD. 08.05.1984 günlü 1984/1341 E. ve 1984/1611 sayılı kararına göre: “... Davanın açıldığı tarihte sözleşmedeki ifa süresinin bitimine 1 yıl 1 ay vardır... İnşaatın feshi için davanın açıldığı tarih ile inşaatın

icrası sözleşmeye aykırı olarak gerçekleşmiştir ya da gecikme eserin kararlaştırılan tarihte tamamlanmasına engel olacak derecededir<sup>222</sup>.

### **6.2.3.3.1. BK. M. 358/I'in Uygulama Şartları**

Arsa sahibinin BK m. 358/I'e göre sözleşmeden dönebilmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekir:

#### **İşe zamanında başlamama**

Müteahhidin işe ne zaman başlayacağı sözleşmede belirtilmiş olabilir. Eğer işe başlama zamanı sözleşmede belirtilmemişse veya işin niteliğinden de anlaşılıyorsa BK m. 74 uyarınca sözleşmenin kurulmasından hemen sonra müteahhidin işe başlaması gerekmektedir. Tabi ki müteahhide gereken mutad bir hazırlık zamanı tanınmalıdır<sup>223</sup>.

Taraflar, müteahhidin işe ne zaman başlayacağını sözleşmede göstermemekle birlikte inşaat süresinin müteahhidin işe başladığı tarihten itibaren başlayacağını kararlaştırmışlarsa böyle bir durumda tarafların, müteahhide dilediği zaman işe başlayacağını kararlaştırdıkları anlamına gelmemektedir. Böyle bir durumda müteahhit makul bir sürede işe başlamak zorundadır<sup>224</sup>.

---

sözleşmeye göre ikmal edilmesi gereken tarih arasındaki 1 yıl 1 aylık sürede kalan bölümün fiilen ikmal edilmesinin mümkün olup olmadığı yolunda bilirkişiden görüş almamış olması hatalıdır ve mahkemece değinilen yönde araştırma ve inceleme yapılması BK. m. 385/I hükmü gereğidir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>222</sup> Yarg. 15. HD. 11.03.1996 günlü 1996/1043 E. ve 1996/1261 sayılı kararına göre: "... Tespit raporu ile sözleşmede belirlenen sürede işin tamamlanmayacağı anlaşıldığı gibi, davalının ruhsatsız ve projesiz işe başlaması güven kuralının ihlali anlamındadır. Fesihte haklı olan arsa sahiplerinin istemlerinin reddi yasaya aykırıdır..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>223</sup> ARAL, s. 342.

<sup>224</sup> Yarg. 15. HD, 11.11.2002 günlü 2002/3551 E. ve 2002/5068 sayılı kararına göre: "... İnşaat süresi işe başlamasından itibaren 30 ay ise de, bu hususu davacının işe başlamak için dilediği kadar süresi olduğu anlamında yorumlanamaz. O halde, davacı geçen süre içerisinde işe başlamamasını makul nedene dayandıramazsa, 9 katlı bina yapılmasının olanaklı bulunduğunu ispatlayamazsa kendisine bir mehil tanınmasına gerek kalmaksızın, davalı arsa sahibinin arsa mülkiyetini diğer davalıya devretmek suretiyle

### **İşin icrasının sözleşmeye aykırı olarak gerçekleşmesi**

Müteahhidin sözleşmede belirtilen programa uymaması, sözleşmede belirtilen süreleri geçirmesi veya yeterli malzemeleri sağlamaması durumunda söz konusu olur<sup>225</sup>.

### **Gecikmenin eserin kararlaştırılan tarihte tamamlanmasına engel olacak derecede olması**

Gecikmeden dolayı kalan sürede eserin zamanında teslim edilemeyeceği anlaşılıyorsa yani gecikme kaçınılmazsa bu şart gerçekleşmiş olur<sup>226</sup>.

### **Müteahhidin gecikmesini haklı kılan bir sebebin bulunmaması**

Gecikmeden dolayı müteahhidi haklı kılan bir durum yoksa veya gecikme sebepleri müteahhidin yüklenmiş olduğu risk alanına giriyorsa BK m. 385/I'den bahsedilir.

Böyle bir durumda müteahhidin kusuru aranmazken, borca aykırı bir davranışının olması gerekir<sup>227</sup>. Edimin objektif olarak imkansızlaşması veya BK m. 81 ve 82'ye göre müteahhidin işi yerine getirmekten kaçınabileceği hallerde bu şartın varlığından bahsedilemez<sup>228</sup>. Yine aynı şekilde, arsa sahibinin kendisine düşen yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, örneğin arsayı teslim etmemesi, müteahhidin temerrüdünü önler<sup>229</sup>.

BK m. 358/I'e göre şartlar gerçekleştiği durumlarda müteahhidin temerrüdünden bahsedebilmek için BK m. 101–108 hükümlerinin de uygulanması gerekir. Burada BK m.

---

örtülü biçimde sözleşmeden vazgeçmiş olmasında haklı olduğunun kabulü gerekir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>225</sup> ARAL, s. 342.

<sup>226</sup> ARAL, s. 342

<sup>227</sup> EREN, s. 273.

<sup>228</sup> TANDOĞAN, s. 115 ; EREN, s. 273.

<sup>229</sup> TANDOĞAN, s. 115-116; ARAL, s. 343.

101–108 hükümleri tamamlayıcı bir rol oynamaktadır. Yani müteahhidin temerrüdünün geçerli olabilmesi için arsa sahibi müteahhide ihtar çekmeli, uygun bir süre vermeli ve bu sürenin bitiminden hemen sonra (derhal) müteahhide dönme beyanını bildirmelidir<sup>230</sup>.

Üzerinde durulması gereken bir husus da, müteahhidin inşaatın tamamlanmasındaki gecikmenin sebebi arsa sahibinin riziko ve sorumluluk alanına girmediği gibi müteahhide de isnat edilemiyorsa bu durumda ne yapılacağıdır. Böyle bir durumda BK m. 358/I hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı önemli durum teşkil eder. Bir görüşe göre<sup>231</sup>, arsa sahibinin sorumluluğunun ve riziko alanının dışında olan bir durum söz konusu olduğu takdirde, inşaatın yapımını geciktiren durumları müteahhit kendisinden beklenen durumları göstermiş olsaydı bile kaldıramayacak idiyse veya basiretli bir insanın öngöremeyeceği nitelikte olsa ve hatta bu durum mücbir sebepten dolayı bile gerçekleşse müteahhidin temerrüde düşmesini engellemeyecektir. Bunun sebebi de temerrüt hükümlerinin uygulanması için müteahhidin kusurunun aranmaması ve inşaatın yapılmasını geciktiren sebep arsa sahibinin riziko alanının dışında olmasıdır<sup>232</sup>. Kanaatimizce de daha uygun olan diğer bir görüşe göre, inşaatın tamamlanması müteahhidin kendi imkanı dışında kalan durumlarda temerrüde düşmesini engeller. Müteahhit bu gibi hallerde süre uzatımını talep edebileceği gibi süre uzatımını iyi niyet kurallarına göre kendiliğinden dahi çıkartabilir<sup>233</sup>.

BK m. 358/I hükmünün uygulanabilmesi için gerekli olan ikinci şart ise, müteahhide işe başlaması veya devam etmesi için ihtar çekilmeli ve makul bir süre verilmelidir. Ancak BK m. 107’de belirtilen ve süre verilmesine gerek olmayan durumlarda müteahhide ek süre verilmesi söz konusu olmayacaktır. Özellikle de müteahhidin inşaatı bırakıp gittiği durumlarda süre verilmesine gerek yoktur.

Sözleşmede hem teslim tarihi hem de işe başlama tarihi belirtilmişse salt müteahhidin zamanında işe başlamamasından dolayı arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.

---

<sup>230</sup> UYGUR, s. 853; ARAL, s. 344.

<sup>231</sup> TANDOĞAN, s. 117.

<sup>232</sup> ERMAN, s. 73.

<sup>233</sup> Yarg. 15. HD. 04.03.2003 günlü 2003/4736 E. ve 2003/1044 sayılı kararına göre: “... Sözleşmeye göre inşaat başlama tarihi 31.08.2002’dir... Bu durumda, mahkemece; mevcut imalatlara göre eserin bütününe getirildiği seviye saptanmalı, yetkili idari merciden 17.08.1999 günlü deprem nedeniyle ne gibi işlem yapıldığı, bu işlemlerin genel inşaat işlerindeki süreyi ne kadar ve nasıl etkilediği sorulmalı, bilirkişilere tüm bu aşama sonucu eserin teslim tarihinin ne olacağı, kalan süreye göre eserin artık zamanında bitirilip bitirilemeyeceği BK. 358. maddesi çerçevesinde incelenilerek bir hükme varılmalıdır...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

Arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için artık eserin teslim tarihinde bitirilmesinin mümkün olmaması gerekmektedir<sup>234</sup>.

#### 6.2.3.3.2. BK m. 358/I'in Sonuçları

BK. m. 358/I'in şartlarının gerçekleşmesi halinde arsa sahibi teslim tarihini beklemeden sözleşmeden dönebileceği gibi, BK m. 106'daki diğer iki şıktan birini de kullanabilir. Yani arsa sahibi sözleşmeden dönebileceği gibi, müteahhitten edimin ifasını ve gecikme tazminatını veya ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini talep edebilir. Dönme ile sözleşme ileri etkili bir şekilde ortadan kalkacağı için arsa sahibi ücret ödemeyi reddedebilir veya önceden ödediği bir ücret varsa bunun iadesini isteyebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri sürekli borç doğuran sözleşmeler olduğu için sözleşmenin feshi ileriye etkili olarak sözleşmeyi sona erdirmektedir. Bununla birlikte dürüstlük kuralının haklı kıldığı hallerde sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiğini kabul etmek gerekir. İnşaatın büyük bir bölümünün bitirilmiş olmakla birlikte inşaatın sözleşmede belirtilen tarihte bitirilemeyeceği açık olan durumlarda arsa sahibinin BK m. 385/I hükmü uyarınca sözleşmeyi geçmişe etkili bir şekilde sona erdireceğini kabul etmek mümkün değildir. Böyle bir durumda zaten inşaatın tamamlanması için kısa bir süreye ihtiyaç duyulmaktadır ve arsa sahibinin de teslim tarihini beklemeden sözleşmeyi geriye etkili bir şekilde sona erdirmesi dürüstlük kuralına aykırıdır. Müteahhidin inşaaata başlamadığı veya inşaaata devam etmediği durumlarda BK m. 358/I hükmüne başvurulmalıdır. Bu nedenlerden dolayı binanın teslim tarihi geldikten sonra müteahhidin temerrüde düşmesinden dolayı sözleşmenin ileriye etkili şekilde feshedileceği durumlarda arsa sahibinin BK m. 358/I hükmüne müracaat hakkının olmadığı, aksi durumun dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinin kabulü gerekir<sup>235</sup>.

Arsa sahibi BK m. 358/I uyarınca sözleşmeden döndüğü taktirde ve müteahhit de gecikmeden dolayı kusurunun bulunmadığını kanıtlayamadığı hallerde menfi zararının tazminini de müteahhitten talep edebilir (BK m. 108/II). Buna karşılık arsa sahibi BK m. 358/I'deki dönme hakkını kullandığı taktirde, işin kararlaştırılan sürede

<sup>234</sup> Bkz. Yarg. 15. HD. 26.11.1974 günlü 1974/898 E. ve 1974/1922 K. (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>235</sup> ERMAN, s. 76.



tamamlanmamasından dolayı cezai şartı talep edemez<sup>236</sup>. Ancak sözleşmede fesih sonucuna bağlanmış cezai şartın olması durumunda arsa sahibi cezai şartı ödemesini de talep edebilir.

Müteahhidin işe başlamaması veya devam etmekten kaçınması halinde BK m. 97/I hükmü uyarınca masraf müteahhide ait olmak üzere inşaatı kendisi tamamlayabilir ya da başkasına yaptırabilir. Böyle bir durumda arsa sahibi müteahhitten aralarında yapmış oldukları sözleşmeye göre kendisine düşecek olan dairelere isabet eden orandaki meblağı talep edebilir. Örneğin, arsa sahibi ile müteahhit aralarında yapmış oldukları sözleşmeye göre 12 dairelik bir binanın yapımı yarı yarıya olmak üzere anlaşmışlarsa ve müteahhit 3 daireyi bitirdikten sonra inşaatı bırakmışsa ve geri kalan inşaat için 30.000,00 TL gerekiyorsa arsa sahibi müteahhitten 15.000,00 TL isteyebilecektir. Bununla birlikte arsa sahibi inşaatın gecikmesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini de talep edebilir. Ancak buradaki tazminatın, tarafaların arasında yapmış oldukları sözleşmeye göre inşaatın bitme tarihi ile binanın bitirilmesi için gereken tarih arasındaki süre için talep edilmesi mümkündür<sup>237</sup>.

Arsa sahibi haksız olarak BK m. 358/I'e göre sözleşmeden dönmek isterse, BK m. 369'a göre müteahhide tam tazminat ödemek, yani müteahhidin müspet zararını karşılamak zorundadır<sup>238</sup>.

### 6.3. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu BK m. 359-363'te düzenlenmiştir.

---

<sup>236</sup> Yarg. 15. HD. 13.03.1992 günlü 1991/4232 E. ve 1992/1284 sayılı kararına göre: "... Davacı iş sahibi kooperatif, davalı yükleniciye daha önce göndermiş olduğu ilk ihtarnamesinde, mehil de vermek suretiyle sözleşmeyi feshedeceğini bildirmiş ve mehil süresi içerisinde ise başlanılmadığı için yanlar arasındaki sözleşmeler feshedilmiş ve böylece sözleşmeden dönmüştür. Davacı iş sahibi kooperatif tarafından davada ayrıca kira yoksunluğu da istenilmiştir. BK.nun 108. maddesi hükmü gereğince ancak menfi (olumsuz) zararını isteyebilir. Kira yoksunluğu ise müsbet (olumlu) zarar niteliğindedir. Bunu isteme olanağı bulunmadığından mahkemece kira yoksunluğuna ilişkin istemin reddine karar verilmesi gerekirken..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>237</sup> Yarg. 15. HD. 06.04.1971 günlü 1971/508 E. ve 1971/2747 sayılı kararına göre: "... müteahhit başladığı işi bırakırsa, iş sahibi, işi başkasına tamamlatmak için ödediği parayla müteahhide daha önce ödemiş olduğu para toplamının kararlaştırılan ücreti aşan kısmını ve inşaatın bu yüzden gecikmesi dolayısıyla mahrum kaldığı kira parasını tazminat olarak isteyebilir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>238</sup> TANDOĞAN, s. 346.

### **6.3.1. Ayıba Karşı Tekeffülün Şartları**

#### **6.3.1.1. Yapının Teslim Edilmiş Olması**

Müteahhidin ayıba karşı tekeffülden sorumlu olabilmesi için arsa sahibine binayı tamamlayarak teslim etmiş olması gerekir. Ayıplı bir iş görmenin sonucu olarak ayıplı bir bina meydana gelmiştir<sup>239</sup>.

Ayıp, binada sözleşmede belirtilen veya dürüstlük kuralı çerçevesinde bina da olması beklenen vasıfların bulunmamasından kaynaklanır<sup>240</sup>.

#### **6.3.1.2. Yapının Ayıplı Olması**

Ayıp, satıcının vaat ettiği veya alıcının dürüstlük kuralına göre satılardan beklediği vasıfların bulunmamasıdır<sup>241</sup>. Yani ayıp, satılarda bulunması gereken vasıfların mevcut vasıflardan farklı olmasıdır.

Miktar eksikliği genel olarak ayıp sayılmaz; kısmi ifa sayılır. Bununla birlikte örneğin evin genişliği gibi karşılaştırılan miktar ve sayı, alıcının kullanma amacı açısından önem taşıyorsa ve satılanın niteliğini belirtiyorsa buradaki miktar eksikliği vasıf eksikliği olarak kabul edilir.

---

<sup>239</sup> Yarg. 15. HD. 14.02.1996 günlü 1996/463 E. ve 1996/821 sayılı kararına göre: "... Borçlar Kanununun 106. maddesine göre; borçlunun (yüklenicinin) temerrüdü halinde, alacaklının (arsa sahibinin) önünde üç seçenek vardır: Ya sözleşmenin yerine getirilmesini ister ya sözleşmeden dönme söz konusu olmaksızın, borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyasını, başka bir anlatımla olumlu zararını (positive interesse) talep eder; ya da sözleşmeden dönerek BK.nun 108. maddesinde belirtilen olumsuz zararının (negative interesse) hüküm altına alınmasını ister..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>240</sup> TANDOĞAN, s. 161; ARAL, s. 352.

<sup>241</sup> ARAL, s. 111.

### 6.3.1.2.1. Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerin Eksikliği

Taraflar binanın taşıyacağı nitelikleri sözleşmede kararlaştırmışlarsa, kararlaştırılan niteliklerdeki herhangi bir eksiklik eserin ayıplı olduğu sonucunu doğurur. Binada sözleşmede belirtilen nitelikler bakımından eksiklik bulunduğu takdirde, bina teknik bakımdan kusursuz olsa bile bina ayıplı sayılır<sup>242</sup>. Hatta sözleşmede belirtilen niteliklerin binada olmaması binayı daha değerli ve daha kullanışlı yapsa da yine ayıplı bir eser söz konusu olur. Bununla birlikte, sözleşmede belirtilen niteliklerin olması binanın tahsis amacının gerçekleşmesini veya yapının kullanılabilirliğini engelliyorsa, bu durumda sözleşmede belirtilen özelliklerin binada olmaması, ayıp hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurmaması gerekir. Böyle bir durumda sözleşme kurulduğu anda böyle bir çelişki bilinseydi dürüst ve makul kişiler olarak taraflar neyi kararlaştıracak idiyse o tespit edilmeli ve bu duruma göre çözüme varılmalıdır<sup>243</sup>.

Eserde bulunması gereken nitelikler sözleşmenin bir parçasını oluşturmaktadır. Bundan dolayı satıcının “zıkr ve vaad ettiği vasıflar”a ilişkin olarak ileri sürülen görüşlere başvurmamak yerinde olur<sup>244</sup>.

Edimin konusu dışında kalan konular hakkında taahhütte bulunulması durumunda ve bu hususların gerçekleşmemesi halinde ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanmaz. Bu durum bir çeşit garanti sözleşmesi niteliğindedir ve sonucun gerçekleşmemesi durumunda arsa sahibi müteahhitten tazminat talebinde bulunabilir<sup>245</sup>. Örneğin, müteahhidin yapının çok yüksek kazanç sağlayacağını taahhüt etmesi gibi.

### 6.3.1.2.2. Gerekli Niteliklerin Eksikliği

Sözleşmede binada kullanılacak malzemelerin nitelikleri belirtilmediği takdirde dürüstlük kuralı çerçevesinde ve ticari doğruluğun gereği olarak müteahhit normal yapıdaki

---

<sup>242</sup> TANDOĞAN, s. 163; BURCUOĞLU, s. 285.

<sup>243</sup> TANDOĞAN, s. 165.

<sup>244</sup> ERMAN, s. 111.

<sup>245</sup> TANDOĞAN, s. 163; ÖZ, s. 93; SELİÇİ, s. 142; BURCUOĞLU, s. 287.

bir eserin değer kalitesinde bir bina yapmakla yükümlüdür<sup>246</sup>. Sözleşmede özel bir kullanma amacı ön görülmüşse, inşaat bu amaca elverişli olmalıdır. İnşaatın yapıldığı yerdeki kurallar ve genel uygulama göz önüne alınarak müteahhidin teknik kurallara uygun olarak binayı yapması beklenir. Bu kurallara uyulmaması eserin ayıplı olduğu sonucunu doğurur.

### **6.3.1.2.3. Ayıp Türleri**

#### **6.3.1.2.3.1. Hukuki Ayıp- Fiili (Maddi) Ayıp**

Kamu hukukundan doğan ve alıcının satılan üzerinde tasarruf etmesini veya ondan yararlanmasını engelleyen bir durum olduğu durumlarda hukuki ayıplardan bahsedilir. Örneğin, arsa üzerinde inşaat izni olmaması veya arsa sahibi ile müteahhit arasında yapmış oldukları sözleşmeye göre daha az kata inşaat izninin verilmesi gibi. Şayet alıcı, gerekli dikkati göstermesiyle böyle bir ayıbı bilecek durumdaysa, artık satıcının ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumluluğu ortadan kalkar. Ancak dürüstlük kuralı çerçevesinde alıcı böyle bir olayı bilmesi beklenmeyecek ise satıcı sorumlu olur<sup>247</sup>.

Maddi ayıp ise, satılanın fiziki özelliklerini etkiler. Satılan dış görünüş itibariyle kararlaştırılana uygun gibi gözükse de aslında nitelik olarak eksiklik vardır. Örneğin, inşaatta kullanılan malzemelerin sözleşmede kararlaştırılan malzemedan daha düşük kalitede olması, kaliteli boya kullanılması gerektiği halde düşük kalitede boya kullanılması gibi<sup>248</sup>.

#### **6.3.1.2.3.2. Gizli Ayıp- Açık Ayıp**

BK m. 362 metni dikkate alındığında, açık ayıp, “usulü veçhile yapılan muayenesinde görülebilen” ayıplardır. Kanunun bu deyimini, ortalama, genel bilgi-gözlem yeteneği ile tespit edilebilen ayıplar açık ayıptır şeklinde anlamak yerinde olur. Bir konutun, sıva, boya işçiliği, kapıların kalitesi vb. şeklindeki ayıpları “açık ayıp” olarak kabul edilmektedir. Arsa sahibi

<sup>246</sup> TANDOĞAN, s. 164; TUNÇOMAĞ, s. 1015; BURCUOĞLU, s. 285; ÖZ, s. 92; YAVUZ, s. 474; ERMAN, s. 112.

<sup>247</sup> ARAL, s. 113.

<sup>248</sup> ARAL, s. 113.

yapıyı teslim aldığı zaman açık ayıplar bakımından muayene ve ihbar külfetini yerine getirmediği zaman müteahhidin sorumluluğu yoluna gidebilmesine engel olabilir<sup>249</sup> (BK m. 359/I ve BK m. 362/II).

Gizli ayıp ise, özel teknik araştırma veya zaman içinde ortaya çıkan ayıplardır. Gizli ayıpta konut alıcısı sıradan, rutin bir bilgi-gözlem ile ayıbı tespit edememektedir. Bir konuttaki kolonlar, inşaat demirinin, çimentosunun noksan-yetersiz olması gizli ayıp kapsamında değerlendirilmektedir.

### 6.3.1.2.3.3. Önemli Ayıp-Önemsiz Ayıp

Bu ayırım iş sahibine, ayıba karşı tekeffül hükümlerinde hangi haklarını kullanabileceğini gösterdiğinden önemlidir. Sözleşmede öngörülen kullanma amacını imkansız kılmıyorsa veya önemli ölçüde azaltmayan bir ayıp varsa buna önemsiz ayıp denir. Bunlar eserin kullanılmasını engellemezler ve iş sahibi eseri kabule mecburdur. Satım sözleşmesinden farklı olarak, bu tür ayıplar bakımından müteahhidin sorumluluğu söz konusu olmaktadır (BK m. 194/I). Önemsiz ayıplar için, ileri sürülmeleri hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımadıkça ayıp hükümleri uygulama alanı bulur<sup>250</sup>.

Sözleşmede öngörülen kullanma amacını imkansız kılan veya önemli ölçüde azaltan bir ayıp varsa buna önemli ayıp denir. Bunlar eserin kullanılmasını engelleyen ve iş sahibini kabule zorlanamayacağı ayıplardır<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> Yarg. 15. HD. 22.11.1990 günlü 1990/3773 E. ve 1990/5000 sayılı kararına göre: "... davacının, dava dilekçesiyle eski hale getirilmesini istediği hususlar açık ayıp olup, davacı inşaatı kabul ve teslimde ihtirazi kayıt ileri sürmediğinden davalıdan bir istemde bulunamaz..." (YKD. 1991, S. 6. s. 906-907). Yarg. 15. HD. 24.11.1989 günlü 1989/3847 E. ve 1989/4937 sayılı kararına göre; "... bilirkişi raporunda nesafet farkı ile ilgili alacakların varlığı ayrı ayrı belirtilmiştir. Raporun... bentlerinde açıklanan işler inşaatın kusurları (ayıpları) ile ilgili olup BK. 359. madde hükmünce yapılacak bir muayenede anlaşılması olanaklı açık ayıplardan olmaları itibarıyla eserlerin tesliminden iş sahibinin bunlar için itirazda bulunmaması halinde yüklenici sorumluluktan kurtulmuş olur..." (YKD. 1990, S. 7. s. 1040-1042).

<sup>250</sup> TANDOĞAN, s. 167; BURCUOĞLU, s. 286; YAVUZ, s. 475.

<sup>251</sup> TANDOĞAN, s. 167; BURCUOĞLU, s. 286; YAVUZ, s. 475.

### 6.3.1.3. Ayıbın Arsa Sahibine Yüklenmemesi

Müteahhidi ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutabilmek için ayıbın arsa sahibine yüklenmemesi gerekir. BK m. 361'e göre, "Yapılan şeyin kusurlu olması müteahhidin sarahaten beyan eylediği mütalaaya mugayir olarak iş sahibinin verdiği emirlerden neşet etmiş bulunur veya her hangi bir sebeple iş sahibine isnadı kabil olursa, iş sahibi o şeyin kusurlu olmasından mütevellit hakları dermeyan edemez."

Bu maddenin amacı arsa sahibinin örneğin, malzemeyi sağlamak, plan- proje vermek gibi binanın meydana gelmesinde aktif rol oynadığı düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

BK m. 44/I'deki düşünceyle BK m. 361'deki düşünce aynıdır. Yani arsa sahibi zararın doğmasına veya artmasına sebep olduğu durumlarda, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının bir kısmını veya tamamını ortadan kaldırabilir<sup>252</sup>.

Ayıbın, arsa sahibine yüklenmemesi için arsa sahibinin eserdeki talimatlardan veya ona isnadı kabil bir sebepten dolayı meydana gelmemesi gerekir. Tabi ki buradaki talimat emredici nitelikte olmalıdır. Bir görüş bildirme veya tavsiyede bulunma şeklinde olmamalıdır. BK m. 361'de yer alan "her hangi bir sebeple" ibaresi genel bir hüküm niteliğindedir. Arsa sahibi tarafından sağlanan malzemelerde bir ayıbın olması durumunda veya arsanın ayıplı olması durumunda artık müteahhidin eseri ayıplı bir şekilde meydana getirdiğinden bahsedilemeyecektir<sup>253</sup>. Tabi ki bu durumda da müteahhidin sorumluluktan kurtulabilmesi için BK m. 357/II-III uyarınca malzemenin veya arsanın ayıplı olduğunu arsa sahibine derhal ihbar etmesi (bildirmesi) gerekmektedir.

Arsa sahibinin veya yetkili temsilcisinin vermiş olduğu emir ve talimatlar yanlış olduğu takdirde, bu emir ve talimatlara uyulması durumunda eser ayıplı olacak ise müteahhit sorumluluğun kendisine ait olmayacağını arsa sahibine bildirmek zorundadır. Doktrinde bazı hallerde müteahhit arsa sahibine uyarıda bulunmasa bile bu sorumluluktan kurtulacağı kabul edilmektedir. Şayet arsa sahibi veya onun danışmanı veya temsilcisi verilen talimatlar bakımından uzman kişiler ise, müteahhidin sorumluluktan kurtulabilmesi için, müteahhit gerekli uyarıyı yapmış olsaydı bile arsa sahibinin yanı sıra ısrar edeceğini ve bunun sonucunda

---

<sup>252</sup> ARAL, s. 353.

<sup>253</sup> TANDOĞAN, s. 208; EREN, s. 80.

ayıbın gerçekleşeceğini ispat etmesi gerekir<sup>254</sup>. Müteahhit uzman kişiler tarafından verilen talimatların hatalı olduğunu bilmiyorsa veya bilmesi gerekmiyorsa sorumluluktan kurtulur.

#### **6.3.1.4. Arsa Sahibinin Yapıyı Kabul Etmemiş Olması**

Arsa sahibi teslim edilen ayıplı binayı açıkça veya zımnen kabul ederse, müteahhit ayıba karşı tekeffül borcundan kurtulmuş olur. Ama müteahhit ayıpları kasten gizlemiş ise veya normal bir muayeneyle anlaşılamayacak gizli bir ayıbın varlığı durumunda müteahhidin sorumluluğu devam eder<sup>255</sup> (BK m. 362/I). Arsa sahibinin muayene ve ihbar külfeti bulunmaktadır. Muayene ve ihbar külfetini yerine getirmediği takdirde eseri zımnen kabul etmiş sayılır (BK m. 362/II).

#### **6.3.1.5. Arsa Sahibinin Muayene ve İhbar Külfetlerini Yerine Getirmiş Olması**

Arsa sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarından yararlanabilmesi için muayene ve ihbar külfetini yerine getirmiş olması gerekir. Eğer arsa sahibi bu külfeti yerine getirmezse eseri zımnen kabul etmiş sayılır (BK m. 362/II)

##### **6.3.1.5.1. Muayene Külfeti**

BK m. 359/I'e göre, "İmal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutat cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeğe mecburdur". Müteahhit binayı, karşılaştırılan bütün işleri tamamen yapıp arsa sahibine vermesiyle, bina teslim edilmiş olur. Teslimle arsa sahibinin binayı muayene külfeti başlar<sup>256</sup>. BK m. 359/I de bulunan "işlerin mutat cereyanına göre" hükmü, muayene zamanının sadece başlangıç anını değil aynı zamanda bitim zamanını da

---

<sup>254</sup> ARAL, s. 354.

<sup>255</sup> ARAL, s. 355.

<sup>256</sup> ARAL, s. 355.

belirlenmesinde kullanılır. Muayene süresi için eserin niteliği ve özellikleri göz önünde bulundurularak makul bir sürenin belirlenmesi gerekir. Arsa sahibinin tacir olmadığı veya yeterli tecrübelerle sahip bulunmadığı gibi durumlar da göz önüne alınarak muayene süresi mümkün olduğu kadar geniş yorumlanmalıdır<sup>257</sup>. Arsa sahibi işlerin akışına göre makul bir sürede muayeneye başlamak ve bu muayeneyi yine makul bir sürede bitirmek zorundadır. Maddedeki “imkanını bulur bulmaz” deyimini, “işlerin mutad cereyanına göre” unsuru ile birlikte ele alınmalıdır. Buradan arsa (iş) sahibinin subjektif durumunun tek başına göz önünde tutulabileceği çıkarılmamalıdır<sup>258</sup>.

“Arsa sahibinin muayeneye derhal başlamamasını haklı gösterecek bir sebep varsa ve de gecikme dürüstlük kuralına aykırı olmayacaksa, muayenenin işlerin olağan akışına göre, geç sayılmayacak bir zaman sonra yapılabilmesi de kabul edilmelidir”<sup>259</sup>.

Muayenenin ne zaman bitirilmesi gerektiğini de yine aynı ölçülere göre belirlemek gerekir. Muayene, objektif olarak makul ve mümkün mertebe ne kadar sürede bitirilebilecek ise o sürede muayene tamamlanmalıdır. Tabi ki muayene süresi, eserin niteliğine ve amacına göre ortalama bir iş sahibinden beklenebilecek özenli bir araştırma için geçecek olan süreye göre belirlenir. Muayene süresi bakımından gerek tacirler gerekse tacir olmayanlar hakkında yaygın bir uygulama olabilir. Muayenenin süresinde yapıp yapılmadığını tespit ederken bu sürelerle dikkat etmek gerekir<sup>260</sup>.

Satım sözleşmesinde satıcının ayıp nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için alıcının yerine getirmesi gereken külfetler ile eser sözleşmesinde müteahhidin sorumlu tutulabilmesi için iş sahibinin yerine getirmesi gereken külfetler büyük benzerlikler göstermektedir. Satım sözleşmesine ilişkin BK m. 198’de “örf ve adete göre imkan hasıl olur olmaz” deyimine

---

<sup>257</sup> ARAL, s. 356.

<sup>258</sup> TANDOĞAN, s. 170.

<sup>259</sup> BURCUOĞLU, s. 309; ÖZ, s. 114; Yarg. 15. HD. 14.03.1977 günlü 1977/515 E. ve 1977/629 K. (YKD. 1978, s. 1177).

<sup>260</sup> TANDOĞAN, s. 169; Yarg. 15. HD. 18.10.1982 günlü 1982/1404 E. ve 1982/2045 sayılı kararına göre: “... imal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işin gidişine göre olanak bulunur bulunmaz o şeyi muayene etmeye ve kusurları varsa yükleniciye bildirmek zorundadır. Yapılan şeyin açıkca veya üstü kapalıca kabulünden sonra yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur... davacılar daireleri teslim alırken bu dairelerin plan ve projeye ve aralarındaki sözleşmeye uygun olarak kendilerine verilmesi gereken daireler olup olmadığını ve evsafına uygunluk derecesini derhal araştırmaları ve gerektiğinde BK. 359/son uyarınca bilirkişi tetkiki yaptırarak durumu tespit ettirmeleri gerekir. 2-3 yıl sonra bunu tevessül davacılar hak bahşetmez....”



karşılık, BK m. 359/I'de "işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz" ibaresi kullanılmıştır. Eser sözleşmelerinde iş sahibinin tacir veya o konuda tecrübeli olmaması halinde, muayene süresinin belirlenmesi bakımından satım sözleşmesindeki muayene ve ihbar süresinden daha geniş davranılması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>261</sup>.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir sorun da, iş sahibinin muayene yaparken göstermesi gereken özenin ölçüsüdür. Bir görüşe göre<sup>262</sup>, iş sahibi muayene yaparken, orta nitelikte bir uzmanın yapması gereken muayene ve özeni göstermelidir. Bu düşünün temeli, şayet iş sahibi muayene için yeterli bir bilgiye sahip değil ise, muayeneyi bir uzmana yaptırması kendisinden beklenebilen bir davranış olmasıdır. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre<sup>263</sup>, iş sahibinin içinde bulunduğu duruma göre kendisinden beklenecek özenle muayeneyi yapmış olması yeterli olacaktır. Muayene sırasında gösterilecek özenin ölçüsü önemlidir. Çünkü, özenin gösterilmesiyle saptanacak ayıpların ihbar edilmemesi durumunda, BK m. 360 hükmündeki haklardan yararlanma imkanını ortadan kaldırmaktadır. Böyle bir durumda muayenede gösterilmesi gereken özen gösterilmediği takdirde ayıplar sonradan farkedilse bile BK m. 362/III hükmünden yararlanamaz<sup>264</sup>.

Arsa sahibinin muayeneyi uzman bir kişiye veya bilirkişiye yaptırma zorunluluğu yoktur<sup>265</sup>. Ama BK m. 359/II uyarınca<sup>266</sup> isteyen tarafın, masraf kendilerine ait olmak üzere eserin bilirkişiye muayene ettirilmesini ve sonucun bir raporla tespitini isteme hakkı bulunmaktadır. Bununla birlikte taraflar sözleşmede uzman bir kişiye muayene ettirme zorunluluğu getirmiş olabilirler veya teamül uzman bir kişinin muayene yapmasını gerektirebilir. Böyle bir durumda sözleşmeye veya teamüle göre hareket etmek gerekir<sup>267</sup>. Maddede yer alan "ehlihibre" deyiimi, mahkemece tayin edilen bilirkişi olarak kabul

---

<sup>261</sup> TANDOĞAN, s. 170; BURCUOĞLU, s. 311.

<sup>262</sup> ÖZ, s. 114; BURCUOĞLU, s. 313.

<sup>263</sup> SELİÇİ, s. 147-148; TANDOĞAN, s. 170; KARAHASAN, s. 1165; Yarg. 15. HD. 22.07.1977 günlü 1977/3167 E. ve 1977/391 K. (YKD. 1978, s. 777). ; Yarg. 15. HD. 20.02.1978 günlü 1978/267 E. ve 1978/300K. (YKD. 1978, s. 656).

<sup>264</sup> ERMAN, s. 121.

<sup>265</sup> TANDOĞAN, s. 170.

<sup>266</sup> BK. m. 358/II'ye göre; "İki taraftan her birinin, imal olunan şeyi masrafı kendisinden olmak üzere ehli hibreye muayene ettirilmesini ve muayene neticesinin bir raporla tesbitini istemeğe hakkı vardır."

<sup>267</sup> TANDOĞAN, s. 170; BURCUOĞLU, s. 312.

edilmelidir<sup>268</sup>. HUMK m. 369 vd. hükümleri uyarınca bir delilin “şimdiden tespit edilmemesi halinde ileride kaybolacağı veya ileri sürülmesinde çok güçlük çıkacağı muhtemel” ise, mahkemeden delil tespitinde bulunabilir. BK m. 359/II hükmü, HUMK m. 369’daki koşulları aramaksızın taraflara tespit yaptırma hakkı tanımıştır. Resmi bilirkişi rapor vermekte geciktiği takdirde müteahhit, arsa sahibinin zamanında muayene yapmadığını ileri süremez<sup>269</sup>. Çünkü, yasada tanımlanmış yetkisini iş sahibi kullanmaktadır. Resmi bilirkişi tarafından açık ayıp olarak saptanmamış olan ayıplar, arsa sahibi açısından “gizli ayıp” olarak nitelendirilmelidir<sup>270</sup>.

BK m. 359/II hükmü hem müteahhide hem de iş sahibine, eseri resmi bilirkişiye muayene ettirme yetkisi vermektedir. Müteahhide eseri resmi bilirkişiye muayene ettirme yetkisinin verilmiş olmasının sebebi, arsa sahibinin muayene yapmış ve ayıp ihtarında bulunmuş olduğu durumlarda söz konusu olur. Aksi takdirde arsa sahibi muayene ve ihbar külfetini yerine getirmemişse müteahhidin sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Bundan dolayı müteahhidin, eserin resmi bir bilirkişi tarafından muayenesinin yapılmasını istemesinin bir anlamı olmayacaktır.

Uygulamada resmi bilirkişi eserin mevcut durumunu tespit eder. Bununla birlikte eserde ayıp olduğu takdirde giderilmesi için gerekli önlemlerin neler olduğunu belirtmektedir<sup>271</sup>.

BK m. 359’da yer alan muayene külfeti açık ayıplar için söz konusudur. Eserdeki gizli ayıplar ve müteahhidin kasten sakladığı ayıplar için arsa sahibinin muayene külfeti kabul edilmemektedir. Gizli ayıplar muayeneyle anlaşılacakları için ortaya çıktıkları zaman müteahhide bildirilirler (BK m. 362/III). Bununla birlikte müteahhidin gizlediği ayıp, gizli ayıp olabileceği gibi açık ayıp da olabilir. Müteahhidin kasten gizlediği açık ayıpların varlığı durumunda müteahhidin, BK m. 359’daki arsa sahibinin muayene külfetini yerine getirmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamadığını kabul etmek gerekir. Dürüstlük kuralları çerçevesinde müteahhidin ayıpları arsa sahibine bildirmesi gerekmektedir. Dürüstlük kuralına aykırı hareket eden ve kasten ayıpları gizleyen müteahhidin BK m. 359 göre

---

<sup>268</sup> TANDOĞAN, s. 171; TUNÇOMAĞ, s. 1020; ÖZ, s. 115; SELİÇİ, s. 148; BURCUOĞLU, s. 312.

<sup>269</sup> TANDOĞAN, s. 171; BURCUOĞLU, s. 312; ÖZ, s. 115; SELİÇİ, s. 149; Yarg. 15. HD. 03.11.1977 günlü 1977/1849 E. ve 1977/2033 K. (YKD. 1987, s. 782).

<sup>270</sup> ERMAN, s. 122.

<sup>271</sup> ERMAN, s. 122.

sorumluluğunun ortadan kalkacağı kabul edilmemelidir<sup>272</sup>. Ayrıca müteahhidin bildiği ve sakladığı ayıpları ona bildirme yükümlülüğünün aranması, ona zaten bildiği şeyleri yeniden bildirme anlamına gelecektir<sup>273</sup>. BK m. 362/I’de “ müteahhidin kasten sakladığı usulü veçhile muayenesinde müşahade edilemeyecek olan kusurler (ayıplar)” deyimi yanıltıcı bir anlam taşımaktadır. Ama bu maddenin alındığı kaynak olan İsviçre BK m. 370/I’e baktığımızda ise “usulüne uygun muayeneyle anlaşılamayan veya müteahhidin kasten gizlediği ayıplar” denilmektedir. Dolayısıyla BK m. 362/I’i kaynağına göre anlamak gerekir. Böylece gerek gizli ayıplardan gerekse müteahhidin kasten gizlediği ayıplardan dolayı müteahhidin sorumluluğunun devam ettiğinin kabul edilmesi gerekir<sup>274</sup>.

### 6.3.1.5.2. İhbar Külfeti

Arsa sahibinin BK m. 360’da yer alan ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilmesi için ayıpları müteahhide vaktinde bildirmesi gerekir. Gerek BK m. 359’daki muayene sonucu anlaşılan açık ayıplar için gerekse sonradan ortaya çıkan gizli ayıplar için, ayıp ihbarı yapmak gerekir. Bununla birlikte müteahhidin kasten gizlemiş olduğu gerek açık gerekse gizli ayıplar için, arsa sahibi zamanında ihbar külfetini yerine getirmediği takdirde, arsa sahibi BK m. 360’da yer alan ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybettiği sonucunu doğurmaz<sup>275</sup>.

Sonradan ortaya çıkan (gizli) ayıplar bakımından BK m. 362/III’de, “vakıf olur olmaz” demek suretiyle ihbarın derhal yapılması gerektiği belirtilmiştir. Ancak, açık ayıplar bakımından arsa sahibinin hangi sürede müteahhide ihbar bildiriminde bulunacağına dair BK m. 359/I’de bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda açık ayıplar bakımından, muayene süresi tamamlanır tamamlanmaz ihbarın yapılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>276</sup>. Böyle bir

---

<sup>272</sup> SELİÇİ, s. 202; BURCUOĞLU, s. 316; ÖZ, s. 116; Yarg. 15. HD. 29.05.1986 günlü 1986/4033 E. ve 1986/2198 K. (YKD. 1986, S. 11. s. 1683-1684).

<sup>273</sup> BURCUOĞLU, s. 316.

<sup>274</sup> ÖZ, s. 116.

<sup>275</sup> TANDOĞAN, s. 174; SELİÇİ, s. 202-203; BURCUOĞLU, s. 316; ÖZ, s. 118; ERMAN, s. 123; Yarg. 15. HD. 09.07.1973 günlü 1973/210 E. ve 1973/208 K. (KARAHASAN, Mülkiyet, s. 1167).

<sup>276</sup> SELİÇİ, s. 152-153; TANDOĞAN, s. 173; BURCUOĞLU, s. 309-310; ÖZ, s.117; KARAHASAN, Mülkiyet, s. 1092; ERMAN, s. 124.

sonuç, eser sözleşmelerindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerinin büyük bir benzerlik gösterdiği satım sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine de (BK m. 198/I) uygun düşmektedir<sup>277</sup>. Muayeneden sonra arsa sahibinin düşünüp karar vermesi için kısa bir süre verilmelidir. Bu kısa süre, ayıp ihbarının derhal yapılmadığı anlamına gelmemelidir<sup>278</sup>.

Burada üzerinde durmamız gereken sorunlardan biri de, arsa sahibi yapıda bulunan açık ayıplar veya farkına vardığı gizli ayıpları müteahhide bildirmediği takdirde sonradan bu ayıpların büyük boyutlara ulaşmaları veya farklı tür ayıplara sebebiyet vermeleri durumunda, arsa sahibinin ayıp ihbarında bulunup BK m. 360'dan yararlanıp yararlanamayacağı sorunudur. Öncelikle belirtmek gerekir ki arsa sahibinin müteahhide ihbarda bulunmadığı açık veya farkına vardığı gizli ayıplar bakımından müteahhit sorumlu olmaz. Bununla birlikte, ihbar edilmeyen ayıpların sonradan daha büyük bir ayıp meydana getirmesi veya başka tür ayıplara neden olması durumunda arsa sahibinin BK m. 360'daki haklardan yararlanıp yararlanamayacağı konusunda bir ayırım yapılması gerekir. Kanaatimizce, arsa sahibi muayene sonucu farkına vardığı açık ayıpların veya farketip de önemsemediği gizli ayıpların sonradan büyük boyutlara ulaşacağını veya başka tür ayıplara neden olabileceğini bilmesi gerekiyorsa ayıptan doğan haklardan yararlanamaması gerekmektedir. Buna karşılık bu ayıpların sonradan büyük boyutlara ulaşacağını veya başka tür ayıplara neden olabileceğini bilemeyecek durumdaysa bu ayıplar yeni bir “gizli ayıp” sayılmalı ve derhal ihbar edilmek suretiyle müteahhidin sorumlu olacağı kabul edilmelidir<sup>279</sup>.

Muayene ve ihbar sürelerine ilişkin kurallar yedek hukuk kurallarıdır. Bu yüzden taraflar, sözleşmede bu külfetlerini ne zaman yerine getireceklerini kararlaştırabilirler. Sözleşmede ayıp ihbarının hangi sürede yapılacağı belirtilmişse ve arsa sahibi de bu süreye uymuşsa müteahhit, kanunda öngörüldüğü üzere ayıp ihbarının “derhal” yapılmadığını ileri sürerek yükümlülükten kurtulamaz<sup>280</sup>. Sözleşmede belirtilen süreleri örneğin, ihbar süresinin

---

<sup>277</sup> ERMAN, s. 124.

<sup>278</sup> TANDOĞAN, s. 173-174; BURCUOĞLU, s. 310; ÖZ, s. 117; Yarg. 15. HD. 10.03.1983 günlü 1983/497 E. ve 1983/504 sayılı kararına göre: “... eserin teslim tarihinden 17 gün sonra davacı davalıya düzenleyip gönderdiği ihtarda tazminat haklarını saklı tutarak ceza koşulunun ödenmesini istemiştir. Davacı, eseri teslim aldıktan sonra ve makul görülen süre içinde düzenlediği bu ihtarname ile eserdeki ayıplardan ötürü istem ve dava hakkını saklı tuttuğundan inşaatta saptanan ve mahkemece de kabul edilen açık ayıplarla ilgili giderler davalıya ödetirilmelidir...” (YKD. 1993, S. 8, s. 1214-1216).

<sup>279</sup> SELİÇİ, s. 154; ÖZ, s. 117; BURCUOĞLU, s. 316.

<sup>280</sup> Yarg. 15. HD. 30.05.1989 günlü 1989/1784 E. ve 1989/2573 sayılı kararına göre: “... eser sözleşmesi, yanlardan birinin diğer yana vermeyi yüklediği bedel karşılığında bir şey yapımını içeren sözleşmedir. Eser

muayene süresini de kapsayıp kapsamadığı gibi durumları tarafların gerçek iradelerine ve sözleşmenin yorumuna göre saptamak gerekir. Müteahhit, arsa sahibine imalat ve işçilik hatalarına karşı garanti verdiği taktirde bu garanti süresi boyunca müteahhidin ayıpları gidermeyi taahhüt ettiği, BK m. 359'da yer alan muayene ve ihbar külfetlerinin sözleşmeyle kaldırıldığı sonucuna varmak gerekir<sup>281</sup>.

BK m. 359/I'deki "bildirme" kelimesi arsa sahibinin binanın sözleşmeye uygun olarak yapılmadığından dolayı binayı kabul etmediğini, bu yüzden müteahhidin sorumlu olduğunu gösteren bir irade açıklamasıdır<sup>282</sup>.

Arsa sahibi ayıp ihbarında eser ayıplıdır veya sözleşmeye uygun değildir şeklinde genel ifadeler kullanmamalı, ayıbın ne olduğunu ve kapsamını göstermelidir<sup>283</sup>. Bununla birlikte arsa (iş) sahibinin, ayıbın sebebini bildirmesine veya teknik yönden doğru ve ayrıntılı olarak açıklama yapmasına gerek yoktur. Ayrıca ayıbın sebebini yanlış bildirilmiş olması da önem taşımamaktadır<sup>284</sup>.

Ayıp ihbarı herhangi bir şekle tabi olmayıp, sözlü olabileceği gibi zımni irade açıklamasıyla da olabilir<sup>285</sup>. Şekil sadece ispat açısından önem taşımaktadır. Tacirler arasındaki ayıp ihbarları bakımından da TTK m. 20/III'deki şekil koşulları aranmamaktadır.

---

sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların öncelikle tarafların kararlaştırdıkları kurallara ve yasa ön görülen özel hükümlere göre çözümlenmesi gerekir. İş sahibi eseri teslim aldıktan sonra, işlerinin elverdiği ölçüde o şeyi muayene etmeye ve kusurları varsa bunları yükleniciye bildirmek zorundadır. Açık ayıbın derhal yükleniciye bildirilmesi gerektiği gibi, gizli ayıp niteliğinde olan kusurların ortaya çıkması halinde de aynı süre içinde yükleniciye ihbarı gerekir, ihbarın tabi olduğu süre taraflar arasındaki sözleşmede açıklanmadığı taktirde Bk. m. 359/I uyarınca, işlerin mutad cereyanına göre saptanmak gerekir..." (YKD. 1989, S. 11, s. 1615).

<sup>281</sup> ERMAN, s. 125; Yarg. 15. HD. 26.03.1990 günlü 1990/3902 E. ve 1990/1349 sayılı kararına göre: "... 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 vazgeçilip, iş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü kaldırarak, çıkan ayıbın garanti süresi içinde kendisinden talep edilmesi hakkı tanındığını kabul etmek gerekir..." (KARATAŞ, s. 156).

<sup>282</sup> TANDOĞAN, s. 172; ARAL, s. 357.

<sup>283</sup> ARAL, s. 357.

<sup>284</sup> TANDOĞAN, s. 172.

<sup>285</sup> TANDOĞAN, s. 172; ARAL, s. 357.

Ayıp ihbarı hukuki sonuçlarını, ihbarın müteahhide ulaştığı anda değil, ihbarın gönderildiği anda doğurur.<sup>286</sup>

BK m. 359/I'de ayıp ihbarının ne zaman yapılacağı açık olarak belirtilmemiştir. Normal olarak ihbarın, muayenenin tamamlanmasından sonra yapılması gerekir. Bununla birlikte uzun süre muayeneyi gerektiren durumlarda ayıptan doğan veya ayıbı takip eden zararın artma tehlikesi varsa ihbar, muayenenin bitmesini beklemeden ayıbın öğrenilmesinden hemen sonra yapılmalıdır. Aynı şekilde muayeneden önce veya muayene başladığı zaman ayıbın olduğu açıkça belliyse (aşıkarak açık ayıplar) örneğin, fayansların kırık olması, duvarda çatlakların bulunması gibi durumlarda muayenenin bitmesi beklenmeden ayıp ihbarı hemen yapılmalıdır<sup>287</sup>.

İhbar külfetinin zamanında yapılıp yapılmadığını hakim re'sen dikkate alamaz, davalı müteahhidin ileri sürmesi gerekmektedir<sup>288</sup>.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir durum da, her iki tarafın tacir olması halinde ticari satışlara ilişkin TTK m. 25/III hükmünde yer alan 2 ve 8 günlük ihbar sürelerinin uygulanıp uygulanmayacağıdır. TTK m. 25/III'e göre, "Emtianın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde keyfiyeti satıcıya bildirmeye mecburdur. Açıkça belli değilse alıcı emtiayı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde muayene etmeye veya ettirmeye ve bu muayene neticesinde emtianın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını

---

<sup>286</sup> URCUOĞLU, s. 307; Yarg. 15. HD. 15.01.1996 günlü 1996/7272 E. ve 1996/74 sayılı kararına göre: "... eser sözleşmesinde ayıp ihbarı- tacirler arasında olsa da- bir şekle tabi değildir..." (YKD. 1996, S. 10, s. 1589-1590). Yarg. HGK. 09.03.1966 günlü 1966/585 E. ve 1966/72 K. (Son. İç. 1967, s. 71); Yarg. 13. HD. 08.04.1986 günlü 1986/1573 E. ve 1986/2122 K. (YKD. 1986, S. 9, s. 1356). Ancak ayıp ihbarı yapılırken fesih beyanında da bulunuluyorsa bunun TTK. m. 20/III'deki şekillerden biri ile yapılması gerekir. (TANDOĞAN, s. 173).

<sup>287</sup> ARAL, s. 357

<sup>288</sup> Yarg. 15. HD. 22.02.1990 günlü 1990/3070 E. ve 1990/736 sayılı kararına göre: "... her ne kadar eser sözleşmesinde iş sahibi eseri teslim alırken işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz eseri muayene etmek ve kusurları varsa bunları yükleniciye ihbar etmek zorunda ise de, ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmediğini ileri sürmek yükleniciye düşer. Diğer bir deyişle, yüklenici kusurların kendisine ihbar edilmediğini iddia etmediği takdirde hakim bu hususu kendiliğinden gözönüne alamayacağından vaktinde ayıp ihbarı yapılmış gibi yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğunu kabul etmesi gerekir. .. somut olayda davalı yüklenici ancak temyiz aşamasında ayıbın ihbar edilmediğini ileri sürmüş bulunmasına göre zemin kattaki dükkanın 3.90 m. İrtifa yerine 2.90 m. İrtifada ve projesine aykırı şekilde inşa edilmiş olmasından doğan davacı zararının ödetilmesine karar verilmesinde yasaya bir aykırılık yoktur..." (Yasa D., 1990, S.9, s. 1320-1321).

muhafaza için keyfiyeti bu müddet içinde satıcıya bildirmeye mecburdur. Diğer hallerde Borçlar Kanunu'nun 198'inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları tatbik olunur.” BK m. 363'e göre, eserin ayıplı olmasından dolayı arsa (iş) sahibinin hakları kural olarak, satım sözleşmesindeki alıcının ayıba karşı tekeffülünden doğan haklarının bağlı olduğu zaman aşımı süresine tabidir. Tarafların tacir olması durumunda ise zaman aşımı süresi bakımından TTK m. 25/IV uygulama alanı bulmaktadır. Ticari nitelikli eser sözleşmelerindeki ayıpların ihbar süresinin, ticari satımlardaki bildirim süresine tabi olduğu kabul edilmektedir<sup>289</sup>.

TTK m. 25/III hükmünde yer alan süreler açık ayıplar bakımından söz konusudur<sup>290</sup>. Gizli ayıplar bakımından ise, TTK m. 25/III'ün son cümlesinde yapılan atıf uyarınca BK m. 198/II-III hükümleri uygulanacaktır. TTK m. 25/III'de yer alan 2 ve 8 günlük ayıp ihbar sürelerinin uygulanması şu şekilde olmalıdır: 2 günlük ihbar süresi, muayene gerektirmeksizin görülen “aşikar açık ayıplar” hakkında; 8 günlük ihbar süresi ise, özenli muayene sonucu ortaya çıkan “açık ayıplar” hakkında uygulanacaktır<sup>291</sup>.

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise, TTK m. 25/III hükmüne bağlı olan tacirlerin, BK m. 359/II hükmünden yararlanıp yararlanamayacaklarıdır. TTK m. 25/III'e göre alıcı sekiz gün içinde muayene yapacak ya da yaptıracaktır. Oysa BK m. 359/II iş sahibine resmi bilirkişiye muayene yaptırma imkanı sağlamaktadır. Böyle bir durumda mahkeme tarafından tayin edilmiş olan resmi bilirkişi, raporunu sekiz günden daha uzun bir sürede vermesi durumunda müteahhidin sorumluluğuna gidilebilecek midir? Kanaatimizce, ticari eser sözleşmelerinde, iş sahibi BK m. 359/II uyarınca resmi bilirkişiye muayene yaptırdığı taktirde ve bu muayene süresi sekiz günü geçtiği taktirde, muayene ve ihbarın geç yapıldığı ileri sürülemez<sup>292</sup>. Çünkü, BK m. 359/II hükmünde yer alan imkanın, ticari sözleşmelerle sınırlandırıldığı değil, bilakis, iş sahibine tanınan bir olanak olduğunun kabulü gerekir. Kaldı ki, belki de teamül gereği resmi bilirkişiye muayene yaptırması gereken tacir iş sahipleri için bu yetkiyi sınırlandırmak ve tacir olmayan iş sahiplerine bu yetkiyi vermek pek de makul olmayacaktır<sup>293</sup>.

---

<sup>289</sup> ERMAN, s. 128.

<sup>290</sup> DOMANIÇ, s. 154-155; BURCUOĞLU, s. 320.

<sup>291</sup> TANDOĞAN, s. 181; DOMANIÇ, s. 155; BURCUOĞLU, s. 320; YAVUZ, s. 116-117; FEYZİOĞLU, s. 280-281.

<sup>292</sup> BURCUOĞLU, s. 321-322.

<sup>293</sup> BURCUOĞLU, s. 321-322.

### 6.3.2. Arsa sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları

#### 6.3.2.1. Genel Olarak

Arsa sahibi, binayı teslim aldığı anda binada eksikliklerin/ bozuklukların olması durumunda ve bu eksiklikleri/ bozuklukları yasal süre içerisinde müteahhide bildirdiği takdirde arsa sahibinin kullanabileceği bazı haklar bulunmaktadır<sup>294</sup>. Bu haklar BK m. 360'da<sup>295</sup> düzenlenmiştir.

Binadaki ayıbın (sakat-bozuk) müteahhidin sorumluluğunu gerektirici ölçüde olup olmadığını belirlerken BK m. 190 vd.'dan yararlanılmalıdır ve buradaki kıstaslara dayanarak binanın ayıplı olup olmadığı saptanmalıdır<sup>296</sup>.

Arsa sahibi BK m. 360'a göre sözleşmeden dönebilir, indirim yapılmasını veya eserin düzeltilmesini isteyebilir. Ayrıca müteahhidin kusurunun olduğu durumlarda zararın giderilmesini isteyebilir. Arsa sahibi BK m. 360/II'deki seçimlik haklarını dilediği gibi kullanabilir. Müteahhit bir sınırlama getiremeyeceği gibi hakimden de böyle bir sınırlama isteyemez. Bununla birlikte arsa sahibi bozuklukları kendisinin gidereceğini beyan ederek binanın kendisine verilmesini isteyemez. Müteahhit, arsa sahibinin bu isteğini ret ettiği takdirde hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmemek gerekir. Çünkü BK m. 360 tamamlayıcı hukuk kuralı olup, BK m. 99'a aykırı olmamalıdır. Taraflar aralarında yapmış oldukları anlaşma ile BK m. 99'a aykırı olmamak şartıyla haklarını kısıtlayabilir ya da

---

<sup>294</sup> KARAHASAN, s. 289.

<sup>295</sup> Bk. m. 360'a göre, "Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nispetine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta müteahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyana da isteyebilir.

İşin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiatı tenzil ve eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değil ise müteahhidi tamire mecbur edebilir. Bu hususta müteahhidin taksiri varsa iş sahibi zarar ve ziyanda istiyebilir.

Yapılan şey iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olup da mahiyeti itibarıyla refi ve kal'ı fazla bir zararı mucip ise iş sahibi, ancak ikinci fıkra mucibince muamele yapar."

<sup>296</sup> "İşin mukaveleye muhalif bulunması" , "satılanın vaat edilmiş vasıfların eksikliği"ne, "eseri kabulden imtina" sözleşmeden dönmeye, "fiyatın tenzili" de "semenin tenzili"ne tekabül etmektedir (SEROZAN, s. 329).



tamamen kaldıracabilirler. Örneğin, taraflar yapacakları anlaşma ile binanın ayıplı olması durumunda arsa sahibinin sadece ayıbın giderilmesini isteyebileceğini belirleyebilirler. Bu durum arsa sahibi açısından haklarından kısmi bir vazgeçmedir. Vazgeçme, zımni şekilde olabilir. Örneğin, arsa sahibinin binada esaslı değişiklikler yapması gibi durumlarda arsa sahibi dönmeden vazgeçmiş sayılır<sup>297</sup>. Ama dönmeden vazgeçme, ücrette indirim yapılmasından ya da giderimden vazgeçmeyi kapsamaz<sup>298</sup>.

Dönme hakkı, yöneltmesi ve varması gereken tek taraflı irade beyanıyla kullanılan, yenilik doğurucu bir haktır. Arsa sahibi dönme hakkını kullandıktan sonra artık müteahhitten ücret indirimi ya da eserin onarımını isteyemez. Ayrıca dönme bildirimini tek yanlı olarak geri alınamaz.

Ücret indirim hakkı da, arsa sahibinin (iş sahibinin) yöneltmesi ve varması gereken tek taraflı irade beyanıyla kullanılan, yenilik doğurucu bir haktır. Dönme bildiriminde olduğu gibi tek yanlı olarak geri alınamaz. Arsa sahibi ücret indirimini tercih ederse, bu bildirim müteahhide varmasıyla artık arsa sahibi sözleşmeden dönme ya da binanın onarımını isteme hakları da ortadan kalkar<sup>299</sup>.

### **6.3.2.2. Sözleşmeden Dönme Hakkı**

BK m. 360'a göre, "Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta mütaahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir.

İşin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiatı tenzil ve eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değil ise mütaahhidi tamire mecbur edebilir. Bu hususta mütaahhidin taksiri varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir.

Yapılan şey iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olup da mahiyeti itibariyle refi ve kal'ı fazla bir zararı mucip ise iş sahibi, ancak ikinci fıkra mucibince muamele yapar." BK m.

---

<sup>297</sup> KARAHASAN, s. 291.

<sup>298</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1029.

<sup>299</sup> TANDOĞAN, s. 177-186; SELİÇİ, s. 158-159; ÖZ, s. 122; KARAHASAN, s. 291.

360/I'de yer alan “kabulden imtina (kaçınma)” sözünün doktrinde sözleşmeden dönme anlamına geldiği kabul edilmiştir<sup>300</sup>. Kanunda böyle bir ibarenin kullanılmamasına rağmen doktrinde böyle bir ibarenin kullanılması, arsa sahibinin önemli olmayan ayıplardan dolayı eseri kabul etmemesi durumunda alacaklının temerrüdüne düştüğü anlamını da taşımaktadır<sup>301</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıptan dolayı arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için binadaki ayıplardan dolayı kabule zorlanamayacak ölçüde ayıbın bulunmasının yanı sıra binanın yıkılması ve kaldırılması fazla bir zararı gerektirmemelidir. Bundan dolayı arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde sözleşmeden dönmesi çok da mümkün değildir.

#### **6.3.2.2.1. Yapıdaki Ayıpların Arsa Sahibinin Kabule Zorlanamayacağı Derecede Önemli Olması**

BK m. 360/I'de “...kullanılmıyacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede..” ibaresi kullanılmıştır. “Eserin kullanılamazlığı” ve “kabule zorlanamama” sözleşmeden dönme hakkının alternatifi değil, koşuludur. “Kullanılamazlık” koşulu “kabule zorlanamama” koşulunun uygulama hallerinden biridir<sup>302</sup>. Yani bir yapı “kullanılabilir” olmakla birlikte “kabülü beklenemez” olabilir.

Eserde arsa sahibi tarafından kullanılması beklenemeyecek bir ayıp varsa arsa sahibi sözleşmeden dönebilir. Buradaki ayıp, eseri tamamen kullanılamayacak hale getirmesi gerekir. Bunula birlikte bu ayıp büyük bir masrafı gerektirmeyen bir onarımla giderilebilecek bir ayıpsa, arsa sahibi buradaki ayıba dayanarak sözleşmeden dönemez.

“Kullanılamazlık” unsurunu eserin niteliğine göre yorumlamak gerekir. Şayet sözleşmede özel bir kullanma biçimi belirlenmişse ve eser de bu nitelikleri taşıyorsa eserin karine olarak kullanılamaz olduğu kabul edilir<sup>303</sup>. Bu durumu her somut olaya göre yorumlamak ve dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Yargıtay kararlarında

---

<sup>300</sup> TANDOĞAN, s. 173; SELİÇİ, s. 135; ÖZ, s. 102; BURCUOĞLU, s. 289; ERMAN, s. 130.

<sup>301</sup> ÖZ, s. 103.

<sup>302</sup> TANDOĞAN, s. 181.

<sup>303</sup> SELİÇİ, s. 163; ÖZ, s. 107.

da dürüstlük kuralına göre eserin kullanılıp kullanılmayacağını araştırılması gerektiği benimsenmiştir<sup>304</sup>.

Burada araştırılması gereken husus eserdeki ayıptan dolayı eserin arsa sahibi tarafından beklenemez olmasıdır. Bu durum her somut olaya ve tarafların menfaatine göre farklılık gösterir. Bundan dolayı olayları hakkaniyete göre saptamak gerekir<sup>305</sup>. Eserde, sözleşmede belirlenen özelliklerin olmaması ya da eksik olması arsa sahibi için eserin kabulü beklenemeyeceği derecede önemli bir ayıp olduğu karine olarak kabul edilmektedir. Bunun aksini müteahhidin ispatlaması gerekmektedir. Bu durum BK m. 360/II hükmünden de anlaşılmaktadır. Buna göre, “İşin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıki derecede ehemmiyeti haiz değil ise..” Ayıbın varlığı eserin kabul edilmesini engelleyecek derecede değilse, arsa sahibi ücret indirimi veya onarım talep edebilecektir. Böyle bir durumda sözleşmeden dönme hakkaniyet kurallarına aykırıdır.

#### **6.3.2.2.2. Yapının Yıkılması ve Kaldırılması Aşırı Bir Zararı Gerektirmemesi**

Yukarıda da belirttiğimiz gibi arsa sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için salt eserin (yapının) arsa sahibi tarafından kabulü beklenemez olması yeterli olmayıp, aynı zamanda binanın yıkılması ve kaldırılması da aşırı bir zarara yol açmaması gerekir (BK m. 360/III). Binanın yıkılmasının ve kaldırılmasının aşırı zarara yolaçması durumunda artık arsa sahibi bu

---

<sup>304</sup> Yarg. 15. HD. 01.03.1999 günlü 1998/5274 E. ve 1999/721 sayılı kararına göre: “...yapılan şeyin fen ve sanat kurallarına göre iş sahibinin red edip etmiyeceği düzeyde olup olmadığı, kabulden kaçınılamayacak düzeyde ise mevcut hali ile bedelin tenkisi gerekip gerekmeyeceği, gerekiyorsa bunun parasal tutarı incelettilirip, hesaplatılmalı böylece sonucuna uygun bir hükme varılmalıdır...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>305</sup> TANDOĞAN, s. 181; BURCUOĞLU, s. 290. Yarg. 15. HD. 25.01.1999 günlü 1998/4289 E. ve 1999/115 sayılı kararına göre: “... Statğine güven duyulmayan, sözleşmede öngörüldüğü halde ilerde yeni kat ilavesi mümkün olmayan binayı kabule iş sahibinin zorlanması nisfet kaidesine aykırıdır. Satım akdinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinde olduğu gibi bu halde iş sahibinin fesih hakkı geriye etkili olup, sözleşmenin butlan sonuçlarıyla ortadan kaldırılması gerekir. Olayda kal isteminin kabulü de bu nedenle zorunlu ve adil olan sonuçtur. Burda müteahhit, duraksamaya yer kalmaksızın ağır kusurlu, kendi çıkarı için kasıtlı tutum içindedir. Özellikle mühendislik hizmetlerinden fen ve teknik kurallardan yoksun binanın konut olarak kullanılması kimseden beklenilmeyeceğine göre "yaratılan değerlerin korunması", şeklinde bir düşüncenin de olayda yeri bulunmadığından, doğacak zarar üzerinde durulmaksızın binanın kal'ine dair istemin de kabulü gerekir...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

hakkından yararlanamayacak, bunun yerine BK m. 360/II'deki bedel indirimi veya eserin onarım ve düzeltilmesi talebinde bulunacaktır<sup>306</sup>.

BK m. 360/III hükmünün uygulanabilmesi için, önce ayıbın BK m. 360/I kapsamında önemli nitelikte olup olmadığı araştırılmalıdır. Şayet ayıp önemli nitelikte değilse BK m. 360/III hükmü uygulanmayacaktır. Eğer zarar önemli nitelikteyse yani arsa sahibinin eseri kabul etmesi beklenemeyecek durumdaysa bu sefer de yapının yıkılması ve kaldırılması aşırı bir zarara yol açıp açmadığı araştırılması gerekir.

Bu hükmün amacı “yaratılmış olan değerlerin korunması” ilkesidir<sup>307</sup> ve ayrıca müteahhidin aşırı zarara uğramasını engellemektir<sup>308</sup>. Bu durumu hakim takdir edecektir. “Aşırı zararın” belirlenmesi her somut olayın koşullarına göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Özellikle “eserin arsayla birlikte saptanacak değeri ile arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer düşüklüğü göz önüne alınacaktır<sup>309</sup>.” Bununla birlikte şayet yapıdaki ayıplar binayı kullanmayı engelleyecek düzeydeyse veya tehlikeli durum yaratıyorsa arsa sahibinin sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir<sup>310</sup>.

Arsa sahibi sözleşmeden döndüğü zaman meydana gelecek zarar bedel indiriminden daha az zarara yol açacak ise yine sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir<sup>311</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde tamamlanmış ve teslim edilmiş inşaatlar bakımından ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanacağından dolayı bu tür sözleşmelerde genellikle dönme hakkının kullanılması mümkün değildir. Dönme hakkı tüm yapı göz önüne alınarak sözleşmenin tamamı bakımından kullanılacağı için yapıdaki kısmi bozuklukları kabul edip kısmen sözleşmeden dönmek de mümkün olmayacaktır.

BK m. 360/III hükmünün uygulanmasındaki ispat yükü şu şekildedir: arsa sahibi BK m. 360/I kapsamında eseri kabule zorlanamayacak olduğunu ispatlamalı, buna karşılık

---

<sup>306</sup> ERMAN, s. 133.

<sup>307</sup> SELİÇİ, s. 163; TANDOĞAN, s. 183; ÖZ, s. 126.

<sup>308</sup> ÖZ, s. 126.

<sup>309</sup> ERMAN, s.133.

<sup>310</sup> SELİÇİ, s. 164; ÖZ, s. 126-127; TANDOĞAN, s. 183; Yarg. 15. HD. 12.03.1980 günlü 1980/268 E. ve 1980/613 sayılı kararına göre: “... yüklenicinin yaptığı inşaatın her türlü mühendislik hizmetlerinden ve yönetmeliklerinden yoksun olarak yapıldığı ve bu nedenlerle binanın konut olarak kullanılmasının sakıncalı olduğu mahkemece bilirkişiye saptatılmış ve bina yıkılmıştır...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>311</sup> ÖZ, s. 125-126; SELİÇİ, s. 164; TANDOĞAN, s. 184.

müteahhit yapının yıkılmasının ve kaldırılmasının büyük masraf gerektireceğini ispatlamalıdır<sup>312</sup>.

### 6.3.2.2.3. Dönme Beyanı

Sözleşmeden dönme hakkı arsa sahibinin tek taraflı ve varması gereken irade beyanı ile gerçekleşir. Sözleşmeden dönme geçmişe yönelik olarak sonuç doğurur ve şekil şartına bağlı değildir. Sözlü ya da yazılı olabileceği gibi açık veya zimni de olabilir. Hatta bu beyanı arsa sahibi açtığı davada dava dilekçesinde belirtebileceği gibi müteahhidin açmış olduğu davada itiraz yoluyla bile ileri sürebilir<sup>313</sup>. Yalnız iki taraf da tacirse arsa sahibinin dava dışındaki dönme beyanının geçerli olabilmesi için TTK m. 20/III'e göre dönme beyanı noter aracılığıyla veya iadeli taahhütlü tebliğ yahut telgrafla yapılması gerekir.

### 6.3.2.3. Ücretin İndirilmesini Talep Hakkı

Eserdeki ayıp arsa sahibinin eseri kabulünden kaçınmasını haklı kılacak derecede değilse veya binanın yıkılması ve kaldırılması aşırı bir masraf gerektiriyorsa arsa sahibi değer eksikliği oranında ücretten indirim talep edebilir<sup>314/315</sup>. BK.m. 360/II'de, "İşin kusurlu olması

---

<sup>312</sup> ERMAN, s. 134; SELİÇİ, s. 164; ÖZ, s. 126.

<sup>313</sup> TANDOĞAN, s. 178; BURCUOĞLU, s. 289.

<sup>314</sup> Yarg. 15. HD. 23.01.1990 günlü 1990/2202 E. ve 1990/84 sayılı kararına göre: "... Mahkemece yapılan incelemede ECA yerine başka kalitede musluklar ve evyelerin takıldığı tesbit edilmiş olduğuna göre BK. 360. madde hükmü gereğince iş sahibinin bunları kabule icbar edilebileceğinden aradaki kalite farkının ödetilmesine karar verilmesi gerekirken hiç birinin takılmamış gibi bedellerine hükmedilmiş olması yanlıştır..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>315</sup> Arsa sahibinin kendisine kalacak bağımsız bölümü üçüncü kişiye satmış olması halinde de, üçüncü kişi ayıplar nedeniyle müteahhidin sorumluluğu yoluna gidebilir. Yarg. 15. HD. 14.09.1992 günlü 1992/3577 E. ve 1992/3953 sayılı kararına göre: "... davacı yüklenici ile dava dışı arsa sahibi arasında düzenlenen... sözleşmede davacının satın aldığı 22 nolu dairenin arsa sahibine ait olacağı açıklanmıştır. Tapudaki akit tablosundan da dosyasındaki projesine uygun olarak inşa edilmekte olan kat irtifaklı payın satışının yapıldığı anlaşılmıştır. Bu durumda davacı, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin bu bağımsız bölüm için halefi durumuna gelmiştir. O halde sözleşmedeki arsa sahibinin hakları davacıya geçmiş olduğundan davacı, yükleniciye karşı bu davayı açabilir. Ne var ki, arsa sahibi... davacıya satıştan önce, 1.10.1989 günlü teslim

veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiatı tenzil ve eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değil ise mütaahhidi tamire mecbur edebilir. Bu hususta mütaahhidin taksiri varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir” denmektedir. Her ne kadar BK m. 360/II hükmünde birinci fıkradaki koşulların olmaması durumunda ücret indirimine gidileceğinden bahsetse de inşaatın kaldırılması ve yıkılması aşırı zarara yol açacak hallerde de ücret indirimi istenebilecektir. Aynı zamanda yapıdaki ayıptan dolayı arsa sahibinin kabulden kaçınmasının haklı olduğu durumlarda da arsa sahibi sözleşmeden dönme yerine ayıp oranında ücret indirilmesini talep edebilir<sup>316</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde BK m. 202/III satım sözleşmesine ilişkin hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir<sup>317</sup>. Değer düşüklüğü satılan malın satım bedeline eşit olduğu durumlarda BK m. 202/III hükmü uygulanır. Ama belirtmek gerekir ki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde böyle bir eşitliğin olması son derece güçtür. Yapının bir bölümündeki önemli ayıp yapının tümünün değerini kaybetmesine sebep olmaz. Şayet yapıdaki bozukluklar yapının yıkılmasına sebep olacak nitelikteyse böyle bir ihtimal düşünülebilir<sup>318</sup>.

Ücret indirimi bir tarafın iradesiyle gerçekleşen ve şekle bağlı olmayan bir beyandır. Her iki tarafın tacir olduğu durumlarda şekil şartı aranmamaktadır. Çünkü ücret indirimi TTK m. 20/III’de şekle bağlı tutulan beyanlar arasında yer almamaktadır.

Arsa sahibinin ücret indirim hakkını kullanması ile karşı tarafın yani müteahhidin onayına gerek olmadan sonuç doğuracağı için ücret, doğrudan indirim oranında azalır. Arsa sahibi daha önceden ücretin tamamını ya da indirim kısmından daha fazlasını ödemişse bu kısmın iadesini isteyebilir. Bu durum sözleşmeden kaynaklanan bir iade borcu olduğu için

---

belgesi ile üç daireyi teslim aldığını kabul ettiğine göre, teslim alınan bu üç dairenin davacıya satılan daireyi de kapsayıp kapsamadığının araştırılması gerekir. Dava konusu daire davacıya satıştan önce, arsa sahibi tarafından teslim alınıp davalı yüklenici ibra edilmiş ise, artık halefiyete dayanılmaz ve davacı davasını ancak arsa sahibine yöneltebilir...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>316</sup> ERMAN, s.135.

<sup>317</sup> TANDOĞAN, s. 186; TUNÇOMAĞ, s. 1033-1034; YAVUZ, s. 483; Aksi görüş; ÖZ, s. 106; BURCUOĞLU, s. 294.

<sup>318</sup> SELİÇİ, s. 167-168.

sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmayacak, buna bağlı olarak BK m. 363'deki zaman aşımı hükümleri uygulanacaktır<sup>319</sup>.

Seliçi'ye göre, arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıp nedeniyle değer düşüklüğünü para olarak talep edebilecektir<sup>320</sup>. Buna karşılık Erman ise bu fikrin yerinde olmadığını savunmaktadır. Erman'a göre, müteahhit, arsa sahibinden yapmış oldukları işlere karşılık arsa payı aldığı için arsa sahibi de, bedel indirimini arsa payı üzerinden yapmalıdır<sup>321</sup>. Bir örnekle açıklayacak olursak; arsa sahibi, sözleşmeye göre arsa payınının %50'sini müteahhide devredecektir. Müteahhidin yapmış olduğu eserden dolayı %30 oranında değer düşüklüğü bulunmaktadır. Bu durumda arsa sahibi indirim hakkını kullandığı takdirde müteahhide devredeceği arsa payı  $(100-30) \times \%50 = 35$  olacaktır. Şayet arsa payı önceden müteahhide devredilmişse ayıp oranında arsa payının iptali gerekir.

Eserdeki ayıp tespit edilirken piyasa değeri göz önüne alınmalıdır. Bunun dışında arsa sahibi için taşıdığı subjektif değer dikkate alınmaz. Eserde ayıp olmakla birlikte objektif değerinde bir düşüklük meydana gelmiyorsa arsa sahibi ücret indirim hakkını kullanamayacaktır. Böyle bir durumda arsa sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını ileri sürmelidir<sup>322</sup>.

<sup>319</sup> TANDOĞAN, s. 187; SELİÇİ, s. 168; ÖZ, s. 96; BURCUOĞLU, s. 293.

<sup>320</sup> SELİÇİ, s. 170.

<sup>321</sup> Yarg. 15. HD. 30.06.1994 günlü 1994/5728 E. ve 1994/4463 sayılı kararına göre; "...Davahların arsaları üzerine inşaat yapıldığına göre BK.nun 360.maddenin 2. fıkrası gereğince işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması, iş sahibinin eseri kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabul edilemeyeceği derecede ehemmiyeti haiz değilse, iş sahibi yapılan işi reddetmeyip, işin kıymetinin noksanı nisbetinde fiyatının tenzilini, eğer o işin ıslahı çok büyük masrafı gerektirmiyorsa yükleniciyi onarıma mecbur edilebilir. Gerek, tespit bilirkişisi ve gerekse mahkemece alınan bilirkişi raporlarında, eserde eksik ve kusurlu işler bulunduğu, ancak bu eksiklik ve kusurlu işlerin işin reddini gerektirecek nitelikte olmayıp eksiklikler bedeli ve nefaset farkı verilmesini gerektirdiği hususu saptanmıştır. Öte yandan somut olayda ayrıca, davalı arsa malikleri; inşaatın devamı sırasında yapılan işleri gördükleri ve ihtarnameler çektikleri halde, sözleşmeyi feshetmeyerek, inşaatın bitirilip iskan ruhsatı alınmasına karşı çıkmadıkları için bu aşamadan sonra eseri kabul etmekten kaçınamazlar ( BK. m. 358 ). Gerek kusurlu ve gerekse eksik işlerin niteliği ve derecesi yönünden tesbit raporuyla, mahkemece alınan bilirkişi raporunda farklılıklar bulunmaktadır. O halde mahkemece yapılacak iş; yeniden oluşturulacak bilirkişi heyetinden rapor olunarak, eksik ve kusurlu işlerin, teslim için kararlaştırılan 11.6.1992 tarihindeki piyasa rayiçlerine göre parasal tutarı saptanarak, bu miktarın davacı tarafından arsa sahiplerine ödenmesi koşuluyla yükleniciye düşen bağımsız bölümlerle onlara isabet ederecek arsa payları toplamının davacı yüklenici adına tapuya tesciline..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>322</sup> TANDOĞAN, s. 189; ÖZ, s. 96-97; BURCUOĞLU, s. 294.

Genel olarak ücret indiriminin uygulanmasında “nisbi metod” yöntemi uygulanacaktır. Bu metoda göre, kanuna göre tayin edilen ücret ile veya sözleşmede belirtilen ücretle ayıplı değer çarpımından elde edilen değer ayıpsız değere oranından elde edilen sonuç indirilmiş ücret olarak saptanır<sup>323/324</sup>.

Buna göre;

$$\text{indirilmiş ücret} = \frac{\text{kararlaştırılmış ücret} \times \text{ayıplı değer}}{\text{ayıpsız değer}}$$

formülüyle bulunur.

Arsa sahibiyle müteahhit arasında daha önce belirlenen ücretten, bu formül uygulanarak bulunacak ücret indirilerek müteahhide verilmesi gereken ücret tespit edilir.

---

<sup>323</sup> ERMAN, s. 138.

<sup>324</sup> Yarg. 15. HD. 23.10.1976 günlü 1976/1644 E. ve 1976/3316 sayılı kararına göre: “... Yapılan soruşturma ve toplanan kanıtlar ve özellikle bilirkişi raporu ile davalı üstencinin, yanlar arasında kurulan eser sözleşmesiyle yüklendiği edimi gereği gibi yerine getirmediği, ipliklerin bozuk ( ayıplı ) bulunduğu, kararlaştırılan nitelikten ayrımlı olarak yapıldığı saptanmıştır. Bu durumda, iş sahibi davacının BK. md. 360/11`e dayanarak eser parasından ( ücretinden ) indirimine ilişkin olarak, yasa hükmünde kendisine tanınan seçimlik hakkını kullanması ve dava açması, doğrudur. Ne var ki, ücretin indirilmesi konusundaki ilkelerin satımdakilerle özdeş bulunması nedeniyle satım parasının indirilmesi hakkındaki esasların uygulanması ve böylece sonuca ulaşılması gerekir. Kökleşen yargısal inançlarla da ( Örneğin 3. HD. 29.11.1966 T. 7843 E. 7506 K.; 9.10.1962 T. 7285 E. 7573 K.; 9.3.1963 T. 131 E. 1926 K. sayılı ilamları ) satım parasının indirilmesinde değer eksikliğinin orantılı bir hesap tarzına göre belirleneceği kabul edilmiştir. Öğretide ( doktrinde ) de desteklenen ( Oser/Schönenberger, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Akdin Muhtelif Nevileri, Fasikül I, Çeviren: Prof. Fikret Arık, 1966, Sh. 116/117; Prof. Dr. F. Necmettin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, 1970, Sh. 218; Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, 1974, Sh. 119; Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 1, 1974, Sh. 140 ) bu düşünceye göre, burada, uygulanması gereken yöntem "nisbi metod" diye nitelenir. Öyleyse, bu yöntem uyarınca, eser sözleşmesinin kurulması anında, nesnenin ( şeyin ) ayıpsız olarak ya da vaad edilen niteliklerle taşıyacağı değer ile gerçekte bulunduğu ( bozuk ) durumda taşıdığı değer arasındaki orana göre, eser ücretinden indirilmesi gereken tutar bulunmalıdır. Oysa, yerel mahkemenin hükme dayanak aldığı bilirkişi raporunda, eser ücretinden indirilmesi öngörülen tutar belirlenirken, bu yöntem uyarınca saptanmıştır. Durum böyle olunca yukarıda açıklanan doğrultuda yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmalı ve ilkin, yanlar arasında kurulan eser sözleşmesinin konusu nesnenin ( şeyin ) ayıpsız objektif değeri ve sonra ayıplı objektif değeri belirlenmeli ve "nisbi metod" uygulanarak eser ücretinden indirilmesi gereken tutar, böylece bilirkişiler tarafından ortaya konulmalıdır...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).



Tabi ki nisbi metod, uygulanan tek metod değildir. Yargıtayın özellikle inşaat işlerinde uyguladığı yöntem, bozuklukların giderilmesi için yapılması gereken masrafların baz alınmasıdır<sup>325</sup>. Bu yöntemin uygulanabilmesi için binadaki bozukluğun düzeltilmesinin mümkün olması gerekmektedir. Şayet bozukluğun giderilmesi mümkün değilse bu yöntem uygulanamayacaktır. Örneğin, 1. katın yüksekliğinin projede belirtilen yükseklikten daha düşük olması gibi. Bu gibi durumlarda artık bozukluğun giderilmesine çalışılmayacak bedel indirimi nisbi metod yöntemiyle hesaplanacaktır. Nitekim Yarg. HGK, 16.01.1971 günlü 1971/385 E. ve 1971/14 sayılı kararında, bozukluğun giderilmesi mümkün olmadığı için nisbi yöntemi uygulamıştır.

Ayıbın eserde meydana getirdiği değer düşüklüğü fazla olmamakla birlikte yapılacak olan indirim masraflardan fazla olduğu durumlarda nisbi metod uygulandığı takdirde bu durum arsa sahibinin aleyhine sonuç doğuracaktır. Ayrıca indirimden sonra bozuklukların giderilmesi için gerekli olan masrafların tazminata konu olamayacağı kabul edilmiştir<sup>326</sup>. Çünkü bedel indiriminde müteahhidin kusuru aranmazken tazminat için kusurun varlığı ve ispatı gerekir. Diğer taraftan ayıbın eserde meydana getirdiği düşüklük fazla olmakla birlikte az masrafla giderilmesi mümkün olduğu durumlarda da nisbi metodun uygulanması arsa sahibi lehine bir durum yaratacaktır. Bu nedenle ayıp nedeniyle yapılan ücret indirimlerinin ayıbın tamamının giderilmesi için yapılacak olan masrafları aşmaması gerektiği kabul edilmiştir<sup>327</sup>. Bununla birlikte ayıp tamamen giderilse bile eserin değerinde meydana gelebilecek azalma koşullarının mevcut olması durumunda bunlar müteahhidin tazminat sorumluluğu çerçevesinde talep edilecektir<sup>328</sup>. Bozukluğun giderilmesi için yapılacak olan masraflar, piyasadaki başka bir müteahhidin mevcut olan bozuklukları giderebilmesi için talep edeceği bedele göre belirlenir<sup>329</sup>. Yargıtaya göre, açık ayıbın varlığı durumunda bozuklukların giderilmesi için yapılacak olan masraflar malın teslim tarihindeki rayiç değeri esas alınmalıdır<sup>330</sup>. Gizli ayıpların varlığı durumunda ise bozuklukların giderilmesi için yapılacak olan masraflar gizli ayıbın ortaya çıktığı andaki malın rayiç değerine göre

---

<sup>325</sup> Yarg. 15. HD. 21.09.1973 günlü 1973/1914 E. ve 1973/1944 sayılı kararı; Yarg. 15. HD. 05.12.1974 günlü 1974/2195 E. ve 1974/2177 K. (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>326</sup> ÖZ, s. 95.

<sup>327</sup> TANDOĞAN, s. 188; BURCUOĞLU, s. 295.

<sup>328</sup> TANDOĞAN, s. 188-189; BURCUOĞLU, s. 295.

<sup>329</sup> SELİÇİ, s. 171.

<sup>330</sup> Yarg. 15. HD. 21.09.1973 günlü 1973/83 E. ve 1973/1763 K. (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

hesaplanır<sup>331</sup>. Böyle bir uygulamanın uygun olduğu kanaatindeyiz; çünkü inşaat işlerinde ayıplar eserin tesliminden çok sonra ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda gizli ayıplar için eserin teslim anındaki rayiç değerinin dikkate alınması hakkaniyete uygun olmaz<sup>332</sup>.

Arsa sahibi ücretten indirilecek miktarı kanıtlamakla yükümlüdür. Sözleşmede belirtilen eserin ayıpsız olduğu ve eserde meydana gelen azalmanın ayıbı gidermek için gerekli olan masraflara eşit olduğu konusunda fiili bir karinenin varlığı kabul edilmektedir<sup>333</sup>.

#### 6.3.2.4. Ayıbın Giderilmesini Talep Hakkı

BK m. 360'a göre eserin tamiri aşırı bir masrafı gerektirmediği durumlarda arsa sahibi ücret indirilmesi yerine ayıbın giderilmesini talep hakkına sahiptir.

Arsa sahibinin ayıbın giderilmesini isteyebilmesi için ayıba karşı tekeffülün genel hükümleri yanında bazı özel şartlar da aranmaktadır. Herşeyden önce ayıbın giderilmesi objektif olarak mümkün olmalıdır. Bununla birlikte örneğin mütahhit ayıbı gidermek için mali olanağının bulunmaması halinde, ayıp müteahhide isnat edilebilecek durumlardan kaynaklanıyorsa arsa sahibi müteahhiden ayıbın giderilmesini isteyebilir<sup>334</sup>. Şayet ayıp, kısmen giderilebilecek durumdaysa arsa sahibi bu kısım için düzeltilmesini talep edebilir.

BK m. 360/II'de belirtildiği gibi ayıbın giderilmesi aşırı bir masrafı gerektirmemelidir. Buradaki masrafın aşırı olup olmadığını hakim taktir edecektir. Hakim taktir ederken, malzeme giderini, işçiliği, ayıbın giderilmesinin arsa sahibine sağlayacağı yararları ayrıca bozukluk giderilirken bozuk olmayan kısımlarda meydana gelebilecek hasarların da giderilmesi için gerekli olan giderleri dikkate alır<sup>335</sup>. Hasarın giderilmesinde arsa sahibinin elde edeceği yarar ile müteahhidin yapacağı masraflar arasında açıkca nisbetsizliğin varlığı durumunda masrafın aşırı olduğu kabul edilmelidir<sup>336</sup>. Müteahhitle arsa sahibinin menfaatleri

---

<sup>331</sup> Yarg. 15. HD. 09.11.1973 günlü 1973/210 E. ve 1973/208 K. (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>332</sup> TANDOĞAN, s. 190.

<sup>333</sup> TANDOĞAN, s. 191-192.

<sup>334</sup> SELİÇİ, s. 176.

<sup>335</sup> SELİÇİ, s. 175; TANDOĞAN, s. 197; TUNÇOMAĞ, s. 1034; ÖZ, s. 97.

<sup>336</sup> Yarg. HGK. 16.01.1971 günlü 1971/385 E. ve 1971/4 sayılı kararına göre: "... sığınmanın müteahhit tarafından sözleşmeye göre 20 cm. daha açık yapılması halinde, bütün binanın yıkılarak sığınmanın yeniden yapılması istenemez..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmeli, hakkaniyete aykırı bir durumun sözkonusu olduğu hallerde de masrafların aşırılığı kabul edilmelidir<sup>337</sup>. Müteahhit bozuklukluların giderilmesini açık veya örtülü bir şekilde kabul ettiği takdirde, artık masrafların aşırı olduğu yönünde bir itirazda bulunamaz<sup>338</sup>.

Ayıbın giderilmesi talebinin BK m. 360'da belirtilen diğer haklardan farklı olarak yenilik doğuran bir hak olmadığını, ayıpsız ifa borcunun ayıbın düzeltilmesi şeklinde devam edeceğini kabul edenlerin<sup>339</sup> yanında bu hakkın da diğer seçimlik haklarda olduğu gibi yenilik doğurucu bir hak olduğunu, bu hakkın kullanılmasıyla ifa borcu yerine müteahhidin bağımsız bir düzeltme borcunun meydana geldiğini benimseyenler<sup>340</sup> de vardır.

Müteahhit eserin nitelikleri bakımından arsa sahibine açıkça garanti vermişse<sup>341</sup> veyahut müteahhitle arsa sahibi arasında yapmış oldukları sözleşmede eserde ayıbın varlığı halinde bu ayıbın kesinlikle giderileceğini kararlaştırmışlarsa<sup>342</sup>, masraf aşırı olsa da onarım istenebilir.

Arsa sahibinin ayıbın giderilmesi talebine karşılık müteahhit bu talebi reddederse, uygun zamanda düzeltme yapmazsa veya eseri ayıplı şekilde tamir ederse arsa sahibi diğer seçimlik haklarını kullanabilir<sup>343</sup>.

Ayıbın giderilmesi talebi arsa sahibine tanınmış bir haktır. Bundan dolayı müteahhidin kendiliğinden ayıbın giderilmesini talep yetkisi yoktur. Bununla birlikte müteahhitle arsa sahibinin aralarında yapmış oldukları sözleşmede müteahhide böyle bir hak tanımışlarsa, müteahhit böyle bir hakkı kullandığı takdirde arsa sahibi diğer seçimlik haklarını kullanamaz<sup>344</sup>. Şayet arsa sahibi ayıbın giderilmesi yolunu seçerse bu seçimlik hakkından tek taraflı olarak geriye dönüp diğer seçimlik haklarını kullanamaz.

---

<sup>337</sup> SELİÇİ, s. 175; ÖZ, s. 197; TUNÇOMAĞ, s. 1034.

<sup>338</sup> TANDOĞAN, s. 98.

<sup>339</sup> SELİÇİ, s. 173; ÖZ, s. 98; TANDOĞAN, s. 192.

<sup>340</sup> TANDOĞAN, s. 192; YAVUZ, s. 485; DAYINLARLI, s. 39-40.

<sup>341</sup> ÖZ, s. 97; SELİÇİ, s. 174; TANDOĞAN, s. 193; Yarg. 3. HD. 21.03.1963 günlü 1963/2274 E. ve 1963/2225 K. (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>342</sup> BURCUOĞLU, s. 297-298; ÖZ, s. 97.

<sup>343</sup> ERMAN, s. 142.

<sup>344</sup> ERMAN, s. 142.

Ayıp nedeniyle binanın yıkılarak yeniden yapılmasını gerektiren durumlarda, arsa sahibinin yenileme talebinde bulunması sorunu ortaya çıkmaktadır. Herşeyden önce, ayıbın giderilmesi için inşaatın bir kısmının örneğin, çatısının yıkılıp yapılması gereken durumlarda ortada bir yenileme olmayıp onarım ve düzeltme bulunmaktadır<sup>345</sup>. Bir görüşe göre<sup>346</sup>, her ne kadar BK m. 360'da eserin "tamiri"nden bahsetse de kanun koyucunun buradaki amacı arsa sahibinin hakkını sadece düzeltme ile sınırlamak değildir. Müteahhidin eksiksiz eser teslim etme sorumluluğu vardır. Bu yüzden müteahhidin bozuk eser teslim etmesi sorumluluğunu yerine getirdiği anlamına gelmemektedir. Bundan dolayı eserdeki bozukluğun giderilmesi tamirle veya düzeltme ile mümkün olmamakla birlikte yenilemenin mümkün olduğu durumlarda, yenileme talebinin kabulü gerekir. Bununla birlikte eserdeki bozukluk tamir veya düzeltmeyle giderilebilecek durumdaysa arsa sahibinin talep hakkının sınırlandırıldığını kabul etmek gerekir. Böyle bir durumda arsa sahibinin yenileme talebi hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir. Arsa sahibinin kabulünü gerektirecek bir durum söz konusu ise arsa sahibi BK m. 360/I'e göre eserin yenilenmesini talep edemez. Ayrıca yenileme aşırı bir masraf gerektiriyorsa müteahhidin bu talebi reddetme hakkı bulunmaktadır. Buna karşılık diğer bir görüş<sup>347</sup>, eserin tesliminden sonra arsa sahibinin artık yenilemeyi talep edemeyeceğini böyle bir talebin sözleşmeden dönme anlamına geleceğini ileri sürmektedir.

Arsa sahibi müteahhitten ayıbın giderilmesini talep ettiği takdirde müteahhit derhal işe başlamalıdır. Müteahhit uygun bir süre içinde işi tamamlamalıdır. Bu süre arsa sahibi tarafından verilmiş olabilir. Arsa sahibi tarafından verilmiş olan süre işin niteliğine göre uygun değilse bu süre uygun olan süreye kadar uzamış sayılır<sup>348</sup>. Müteahhit sürenin yetersiz olduğunu düşündüğü takdirde, sürenin yeterli olmadığını arsa sahibine bildirmesi gerekir. Aksi takdirde müteahhit sürenin yeterli olduğunu kabul etmiş sayılır ve daha sonra sürenin yetersizliğini ileri süremez. Müteahhidin bu haktan vazgeçtiği kabul edilmesi gerekir<sup>349</sup>.

Arsa sahibinin eserdeki bozukluğun giderilmesi için müteahhide süre vermemesi durumunda, müteahhit uygun bir süre içerisinde ayıbı gidermemişse arsa sahibinin ihtari ile temerrüde düşer. Şayet arsa sahibi eserdeki bozukluğun giderilmesi için müteahhide uygun bir süre vermiş ise bu sürenin bitiminde ayrıca ihtaraya gerek kalmadan (BK m. 101/II) müteahhit

---

<sup>345</sup> SELİÇİ, s. 176-177.

<sup>346</sup> SELİÇİ, s. 177.

<sup>347</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 368, Nr. 14; GAUCH, s. 66. (Naklen SELİÇİ, s.176)

<sup>348</sup> ERMAN, s. 143.

<sup>349</sup> ÖZ, s. 124.

temerrüde düşer. Müteahhidin temerrüde düştüğü durumlarda arsa sahibi bozukluğu gidermesi için müteahhide uygun bir süre verecektir. Bu süre zarfında müteahhit ayıbı gidermezse arsa sahibi sözleşmenin özelliğine göre BK m. 106'daki seçimlik haklarını kullanacaktır. Yani arsa sahibi aynen ifayı<sup>350</sup> talep edebileceği gibi ifadan vazgeçip tazminat talep edebilir veya BK m. 360'daki koşullara uygun olması durumunda arsa sahibi sözleşmeden dönebileceği gibi ücret indiriminde de bulunabilir.

### 6.3.2.5. Tazminat Talep Hakkı

BK m. 360'a göre, arsa sahibi, eserin ayıplı olması halinde sözleşmeden dönebilir, ücret indirimini talep edebilir ya da ayıbın giderilmesini talep edebilir. Ayrıca bu maddeye göre sayılan seçimlik haklarının yanı sıra arsa sahibi, müteahhidin kusurlu olması koşuluyla ayıptan kaynaklanan zararın giderilmesini talep edebilir. Tazminat talebi, diğer haklarla birlikte ya da ayrı olarak ileri sürülebilir<sup>351</sup>.

Burada söz konusu olan zarar, ayıp sonucunda arsa sahibinin uğradığı ve diğer seçimlik haklarını kullanmasına rağmen giderilemeyen zarardır. Buradaki zarar, arsa sahibinin malvarlığında, müteahhidin eseri ayıplı bir şekilde yapması sonucu oluşan zarardır. Eğer zarar müteahhidin özen borcuna aykırı hareket etmesi sonucunda oluşmuşsa bu zarar BK m. 360 kapsamında tazminat borcunu doğurmaz. Örneğin, müteahhit inşaatı yaptığı esnada inşaata değil de arsa sahibinin başka bir malına zarar vermesi durumunda, burada ayıptan kaynaklanan bir zarar olmayıp müteahhidin özen borcundan kaynaklanan bir zarar mevcuttur. Sözleşmeye aykırılık hallerinde ise BK m. 356 ve buna bağlı olarak BK m. 96 vd. hükümleri doğrultusunda müteahhidin sorumluluğuna gidilir. Örneğin, müteahhit eseri geç teslim ettiği takdirde burada sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan bir zarar mevcut olup, BK m. 360 hükmüne göre tazminat istenemez<sup>352</sup>.

BK m. 360'ın uygulanabilmesi için, eserin ayıplı olması sonucunda bir zarar meydana gelmelidir. Aksi takdirde BK m. 360'daki tazminat yükümlülükleri doğmayacaktır. Örneğin,

---

<sup>350</sup> ÖĞÜTÇÜ/ÇİTOĞLU, s. 133; TANDOĞAN, s. 199; BURCUOĞLU, s. 298; SELİÇİ, s. 179-180.

<sup>351</sup> ERMAN, s. 145.

<sup>352</sup> SELİÇİ, s. 182-183; TANDOĞAN, s. 204-205; BURCUOĞLU, s. 299.

dairelerin kiralari eserin ayıpli olması nedeniyle daha az olması, teknik kurallara uyulmaması sonucunda ayıpli yapılan bacadan çıkan yangin sonucunda meydana gelen zararlar gibi<sup>353</sup>.

Arsa sahibi müteahhitten, ayıp nedeniyle meydana gelen zararların yanında tazminat talep edebilmesi için müteahhidin kusurlu olması gerekir<sup>354</sup>. Buradaki ispat külfetinin kime ait olacağı doktrinde tartışma konusudur. Bir görüşe göre<sup>355</sup>, kusuru ispat yükü arsa sahibine aittir. BK m. 360'da yer alan "bu hususta müteahhidin taksiri bulunursa" şeklindeki özel düzenlemeden dolayı, arsa sahibinin müteahhidin kusurunu ispatlama külfetinin doğduğunu ileri sürmüşlerdir. Buna karşılık doktrindeki baskın görüşe göre<sup>356</sup>, müteahhidin tazminat sorumluluğu için doğrudan doğruya-dolaylı zarar ayırımı yapılmamaktadırlar. BK m. 360'da belirtilen hallerde müteahhidin tazminat borcunun doğabilmesi için kusurun var olması şartını aramışlardır. BK m. 360, ayıba karşı tekeffülü düzenlemiş ve ayıbın giderilmesi, sözleşmeden dönme, ücret indirilmesi haklarını bir bütün olarak ele almıştır. Şayet meydana gelen zarar bu taleplerle karşılanamıyorsa müteahhidin kusuru halinde tazminatla karşılanmalıdır. Bu görüşe katılanlara göre, doğrudan doğruya zararlar ve sözleşmeden dönme hakkının kullanılması

---

<sup>353</sup> SELİÇİ, s. 184-185; TANDOĞAN; s. 205; BURCUOĞLU; s. 299. Yarg. 15. HD. 09.05.1997 günlü 1997/1426 E. ve 1997/2474 sayılı kararına göre: "... inşaatın projeye uygun hale getirilmesinin mümkün olamayacağı vurgulandıktan sonra, noksan ve projeye aykırı işler sayılmış, bu işlerden ötürü davacıya isabet eden dairelerdeki "değer kaybı" istenmiştir. Anılan raporda ise, sayılan işlerin maliyeti dikkate alınarak, davacı payına oranlama yapılmak suretiyle sonuca varılmıştır. Birim fiyatlarda da dava tarihi esas alınmıştır. Davacının ayıp ve noksanlıkları öğrendiği tesbit tarihini takip eden makul süre içerisindeki fiyatlar esas alınarak, projeye uygun ve noksansız yapılsaydı davacıya ait bağımsız bölümlerinin değerinin ne olacağını hesaplatılması, binanın mevcut halinde ise aynı tarihlerde değeri ne olduğunun saptanması gerekir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>354</sup> Yarg. 15. HD. 21.12.1993 günlü 1993/1 E. ve 1993/5450 sayılı kararına göre: "... davalı yüklenicinin ayıpli iş meydana getirdiği ve ağır kusurlu olduğunun kabulü gerektiğinden davacı tazminat istemine haklıdır. Ne var ki davacı 30.10.1985 tarihinde inşaatın bitmesi gerektiği halde, bitirilmeyince makul bir süre içerisinde işin yapımını başka birisine vermesi gerekirken dava tarihi olan 5.12.1990 tarihine kadar beklemiş ve zararın artmasına kendi davranışı ile sebep olmuştur. Bu nedenle işin başkasına verilmesi için geçecek makul süre belirlenerek bu süre nazara alınmak suretiyle davacının zararının ne miktarda olduğu hesaplatılarak..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>355</sup> GAUTSCHI, Art. 368, Nr. 25; BECKER, Art. 368, Nr. 13 (SELİÇİ, s. 185'ten naklen); TANDOĞAN, s. 205).

<sup>356</sup> TANDOĞAN, s. 205; SELİÇİ, s. 185; BURCUOĞLU, s. 300; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 368, Nr. 13 (SELİÇİ, s. 185'den naklen).

durumunda kusurun aranmaması, dolaylı zararlar ve diğer seçimlik hakların kullanılması hallerinde kusurun araştırılması ayrımı getirilmemiştir<sup>357</sup>.

### **6.3.3. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı**

Ayıba karşı tekeffülden doğan hakların tabi olduğu zaman aşımı bakımından çeşitli hükümler bulunmaktadır. BK m. 363'e göre; "Yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, müşterinin haklarının tabi olduğu müruru zaman hükmüne tabidir.

Fakat gayrimenkul inşaata müteallik kusurlardan dolayı iş sahibinin mütaahhide ve inşaata iştirak eyliyen mimar ve mühendise karşı mütalebesi, tesellüm zamanından itibaren beş senelik müruru zamana tabidir."

BK m. 363/1, BK m. 207'ye yollama yapması sonucunda uygulama alanı bulmuştur. BK m. 207'ye göre, "Bayi daha uzun müddet için kefalet etmemiş ise, mebi ayıba karşı tekeffülden mütevellit her türlü dava, mebiddeki ayıp daha sonra meydana çıksa bile müşteriye teslim vukuundan itibaren bir sene geçmekle sakıt olur.

Fakat müşterinin, bayi tarafından aleyhine ikame edilen davaya karşı mebiin tesliminden itibaren bir sene geçmeksizin ihbar ettiği ayıptan dolayı defi hakkı sene geçmekle sakıt olmayıp devam eder.

Bayi müşteriye iğfal etmiş ise bu bir senelik müruru zamandan istifade edemez."

Ayrıca TTK m. 25/4'e göre, " Borçlar Kanunu'nun 207'nci maddesindeki meruruzaman müddeti tüccarlar arasındaki ticari satışlarda altı aydır. Şu kadar ki; bu madde azaltılabilir."

Doktrinde<sup>358</sup> ve uygulamada<sup>359</sup> kabul edildiği gibi TTK m. 25/4'ün uygulanabilmesi için tarafların tacir olması ve işin niteliği gereği ticari olması gerekmektedir. Örneğin,

<sup>357</sup> BURCUOĞLU, s. 300; SELİÇİ, s. 187-188; ERMAN, s. 147.

<sup>358</sup> TANDOĞAN, s. 222; SELİÇİ, s. 203; ÖZ, s. 130; BURCUOĞLU, s. 322.

<sup>359</sup> Yarg. 11. HD. 12.11.1981 günlü 1981/3939 E. ve 1981/4762 K; Yarg. TD. 03.02.1969 günlü 1969/1065 E. ve 1969/511 K; (BATIDER 1970, 5. C., S. 3, s. 603).

tüccarlar arasında ticari istisna sözleşmesinde ayıp olması halinde 6 aylık zamanaşımı süresi söz konusu olacaktır.

Diğer taraftan, 29.06.1956 tarih ve 6763 sayılı “Türk Ticaret Kanunu’nun Mer’iyeti ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun’un m. 41/c ve BK m. 126/4 uyarınca; “...müteahhidin kasıd veya ağır kusuru ile akdi hiç ve gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar” 5 yıllık zaman aşımına tabidir.

Burada tartışılan konulardan biri BK m. 126/4’ün BK m. 363/I’i zımnen ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır. Bir görüşe<sup>360</sup> ve Yargıtay’ın yerleşik kararlarına göre<sup>361</sup>, BK m. 363/I’in satım sözleşmelerine yapmış olduğu yollamayı BK m. 126/4 ilga etmiştir. Sonradan hüküm olan BK m. 126/4’te “istisna akdinden doğan bütün davalar” denilmektedir. Taşınmaza ilişkin olsun ya da olmasın kural olarak ayıba karşı tekeffülden doğan bütün davalar için 5 yıllık zaman aşımı öngörülmüştür. Ancak, “müteahhidin kasıd veya ağır kusuru ile akdi hiç ve gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere..” demek

---

<sup>360</sup> KARAHASAN, s. 153; KARAHASAN, mülkiyet, s. 1190; AKYAZAN; s. 884-885; KARAYAALÇIN, s. 32.

<sup>361</sup> Yarg. HGK. 22.03.1995 günlü 1995/31 E. ve 1995/196 sayılı kararına göre: “... BK. nun 126. maddesinde 4. fıkra eklenmeden önce, eser sözleşmesinde, yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin yükleniciye karşı açacağı davaların zamanaşımı hakkında BK. nun 363. maddesi ve dolayısıyla BK. nun 207. maddesi ile TTK. nun 25/4. maddesi hükümleri; eser sözleşmesinden dolayı açılacak diğer davaların zaman aşımı süresi hakkında da, BK. nun 125. maddesi hükmü uygulanmakta idi. BK. nun 126. maddesine eklenen 4. fıkrada (istsna akdinden doğan bütün davaalar) denildiği için, artık BK. nun 363 ve dolayısıyla BK. nun 207. ve TTK. nun 25/4 maddelerinin uygulanması mümkün değildir.” (YKD. 1996, S. 4, s. 521-525). Yarg. 15. HD. 30.12.1981 günlü 1981/2464 E. ve 1981/2731 sayılı kararına göre; “... Borçlar Kanununun 126’ncı maddesine eklenen fimaddesine yapılan atfun zimni olarak lağvedildiğini kabul etmek zorunludur. Değişiklik ile “istisna akdinden doğan bütün davalar” ibaresinden beş yıllık meruru zaman hükümlerinin gayrimenkul inşaata müteallik olmayan kusurlardan dolayı açılacak davalarda da cari olacağına tereddüt edilemez. Şu kadar ki, müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılan davalar umumi meruru zaman müddeti olan on yıllık meruruzamana tabi tutulmuştur...” (TANDOĞAN, s. 6-7) Ayrıca Bk. Yarg. 15. HD. 18.04.1985 günlü 1985/3740 E. ve 1985/1315 K (YKD. 1985, S. 10, s. 1512); Yarg. 15. HD. 16.05.1974 günlü 1974/444 E. ve 1974/455 K (KARAHASAN; s. 154); Yarg. 15. HD. 10.12.1973 günlü 1973/269 E. ve 1973/340 K. (TANDOĞAN, s. 7)



suretiyle bu durum ayrı tutulmuştur. BK m. 363 zımnen ortadan kalktığı için uygulanması gereken zaman aşımı BK m 125'deki 10 yıllık genel zaman aşımıdır<sup>362</sup>.

Kanaatimizce de yerinde olan diğer bir görüşe göre<sup>363</sup>, ayıplı malzeme kullanılması ve ayıplı iş yapılması durumları ayrı tutulmak suretiyle 126/4'te belirtilen durumlar için özel bir düzenleme getiren BK m. 363 hükümlerinin uygulanması gerekir. Dolayısıyla ayıba karşı tekeffül nedeniyle açılacak davalar hakkında BK m. 363 uygulanacak; taşınmaz inşaatına ilişkin durumlarda BK m. 363/II uyarınca 5 yıllık zaman aşımı, eser sözleşmelerinde ise 363/I'in yollamasıyla BK m. 207'deki 1 yıllık zaman aşımı uygulanacaktır. Tarafların tüccar ve işin niteliğinin ticari olması hallerinde ise TTK m. 25/4'teki 6 aylık zaman aşımı ve müteahhidin ayıbı kasten gizlediği tüm durumlarda ise BK m. 207/III uyarınca 10 yıllık zaman aşımı süreleri esas alınacaktır<sup>364</sup>.

“Görüldüğü üzere, 126/4'ün eklenmesinin amacı ayıba karşı tekeffül nedeniyle açılacak davakarda, taşınmaz inşaat dışında kalan eserlerde kısa olan zaman aşımı süresini 5 yıla çıkarmak değil, aksine bu davalar dışında uygulama alanı bulan BK m. 125'deki 10 yıllık uzun zaman aşımı süresini 5 yıla indirmektir. Bu değişikliğin BK m. 363 hükmünü ortadan kaldırdığını kabul etmek, hükmün getiriliş amacına “ratio legis'ine” aykırı düşmektedir. Diğer taraftan, BK m. 126/4'deki hafif kusur nedeniyle eserin ayıplı olmasından doğan hakların BK m. 126'daki 5 yıllık zamanaşımının kapsamı içinde kabul edildiği izlemine uyandıran ifade şeklinin de yorum yoluyla aşılması gerekir, aksi taktirde müteahhit hakkında açılacak davanın ağır kusuru halinde 1 yıllık, hafif kusuru halide 5 yıllık zamanaşımına tabi olması gibi kabul edilemeyecek bir sonuç ortaya çıkacaktır. Ayrıca, ayıba karşı tekeffül hükümleri bakımından

---

<sup>362</sup> KARAHASAN, s. 32; Yarg. 15. HD. 30.12.1981 günlü 1981/2464 E. ve 1981/2731 K. (TANDOĞAN, s. 6-7); Yarg. 15. HD. 13.09.1989 günlü 1989/758 E. ve 1989/3462 sayılı kararına göre: “... Davaya konu edilen tazminat, davalı yüklenicinin ayıplı inşaat yapması nedenine dayandırılmıştır... BK. m. 126. maddenin 4. bent hükmü gereğince ayıplı bir iş meydana getirilmiş olması halinde buna dayanılarak açılacak davalar hakkında herhangi bir zamanaşımı süresi kabul edilmediğinden aynı ayıbın 125. maddesinde düzenlenen 10 yıllık umumi zamanaşımının uygulanması gerekir...” (YASA, 1990, S. 2, s.259-260).

<sup>363</sup> TANDOĞAN, s. 229; TUNÇOMAĞ, s. 1038; BURCUOĞLU, s. 323 vd.; ÖZ, s. 133-134; SELİÇİ, s. 205-206; ERMAN, s. 159.

<sup>364</sup> Türk Ticaret Kanunu'nun Meriyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanuna Dair Adliye Encümeni Mazbatasında BK m. 126/4'ün gerekçesi olarak; “... iş hayatında çok geçen ve tarafların alacaklarını zamanında istememeleri yüzünden bir çok karışık ve çözülmesi gayet zor davalara sebebiyet veren... istisna akdinden doğan davalar hakkında on yıllık meruruzamandan çok uzun ve bugünkü hayat ihtiyaçlarına aykırı görüldüğünden, bunlarında beş senelik meruruzamana tabi tutulması uygun bulunmuş ve bu bakımdan Borçlar Kanunu'nun 126. maddesine 4. bent hükmü eklenmiştir. (ELBİR, s. 247)

eser sözleşmesi ile alım-satım sözleşmesi arasındaki büyük benzerlikler, taşınır satımında 1 yıllık ve 6 aylık süreler varlığını aynen sürdürürken, taşınmaz inşaatı dışındaki eser sözleşmelerinde bu sürelerin kaldırılması ve 5 yıla çıkarılması da anlamsız olmaktadır”<sup>365</sup>.

BK m. 126/4 ise ayıp dışında kalan ve eser sözleşmelerinden kaynaklanan davalar hakkında uygulanacaktır<sup>366</sup>. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de ayıba karşı tekeffül nedeniyle açılan davalarda BK m. 363’ü uygulamaktadır<sup>367</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri taşınmaz inşaatına ilişkin olmaları nedeniyle gerek BK m. 363/II uyarınca ve gerekse BK m. 126/4 uyarınca ayıba karşı tekeffülden doğan davalar 5 yıllık zaman aşımına tabidir. Bu süreyi taraflar anlaşarak sözleşmeyle 10 yıla kadar uzatılabilirler. Ancak müteahhidin ayıbı kasten gizlediği durumlarda BK m. 207/III uyarınca zamanaşımı süresi 10 yıldır ve bu süre sözleşmeyle kısaltılamaz<sup>368</sup>.

Teslim tarihi zaman aşımının başlangıcı kabul edilmektedir. Teslim ile eserin arsa sahibi tarafından kabulü farklı kavramlardır. Müteahhidin arsa sahibine inşaatın bittiğini bildirdiği zaman teslim tarihi olarak kabul edilir<sup>369</sup>.

BK m. 363/II taşınmaz inşaatına ilişkin ayıplar bakımından 5 yıllık zaman aşımı süresi müteahhit yanında inşaat yapımında bulunan mimar ve mühendisler açısından da kabul edilmiştir.

Üzerinde durulması gereken konulardan biri de, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların yenilik doğuran haklar olması durumunda zaman aşımına tabi tutulmalarının nasıl açıklanacağı hususudur. Çünkü yenilik doğuran haklar zaman aşımına tabi olmazlar, bunlar

---

<sup>365</sup> ERMAN, s. 159; ayrıca bu konuda Bk. TANDOĞAN, s. 229; TUNÇOMAĞ, s. 1038; BURCUOĞLU, s. 323 vd.; ÖZ, s. 133-134; SELİÇİ, s. 205-206.

<sup>366</sup> Yarg. 15. HD. 04.03.1996 günlü 1996/933 E. ve 1996/116 sayılı kararına göre: “... Sözleşmenin haksız feshi nedeniyle yüklenici tarafından arsa sahipleri aleyhine ilk dava açıldığı tarihte alacakları da muaccel hale geldiğinden, bu tarihten itibaren 5 yıl geçtikten sonra alacak davası açılmayacağı gibi; sözleşmenin haksız feshedildiğinin tespiti davası kararının kesinleşmesini beklemek de geçersizdir...” (YKD. 1997, S. 2, s. 236-237); Yarg. 15. HD. 01.02.2005 günlü 2005/3807 E. ve 2005/420 K. (YKD. 2005, S. 7, s. 1038).

<sup>367</sup> Yarg. 11. HD. 12.11.1981 günlü 1981/3939 E. ve 1981/4762 K. (YKD. 1982, S. 1, s. 72-75); Yarg. TD. 03.02.1969 günlü 1969/1065 E. ve 1969/511 K. (BATIDER, 1970, 5. C., S. 3, s.603).

<sup>368</sup> ERMAN, s. 160.

<sup>369</sup> TANDOĞAN, s. 5; BURCUOĞLU, s. 328; ÖZ, s. 129; Yarg. 15. HD. 09.01.1981 günlü 1981/236 E. ve 1981/252 sayılı kararına göre: “... iskan raporunun alınma gününün kesinlikle eserin teslim tarihi olamayacağı da düşünülmelidir...” (YKD. 1981, S. 8, s. 1033).

hak düşürücü süreye tabidirler. Bununla birlikte BK m. 363'deki sürelerin, gerek doktrinde gerekse uygulamada zamanaşımı süresi oldukları oy birliğiyle kabul edilmektedir. Bu hakların kullanılmalardan doğan alacak haklarının zaman aşımına uğradığı şeklinde yorum getirilerek buradaki çelişki giderilmeye çalışılmıştır<sup>370</sup>.

BK m. 363'deki süreler zaman aşımı süreleri oldukları için BK m. 132-133 düzenlenen zamanaşımının durmasına ve kesilmesine ilişkin hükümler BK m. 363 için de uygulanır. Arsa sahibi zamanaşımı süresi içinde müteahhide ayıp ihtarında bulunduğu taktirde (BK m. 207/II), arsa sahibinin ayıp sebebiyle sahip olacağı tazminat alacağı, zaman aşımı süresi geçse de arsa sahibi müteahhide karşı defi olarak ileri sürebilir. Bu sayede arsa sahibi, zamanaşımına uğramış olan bu alacağını, müteahhidin arsa sahibinden olan bir alacağı ile takas edebilir<sup>371</sup> (BK m. 118/III).

## § 7. ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI

### 7.1. ARSA PAYLARINI DEVİR BORCU

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Müteahhidin borcu sözleşmede belirtilen şartlara göre inşaatı yapıp arsa sahibine devretmek iken; arsa sahibinin borcu sözleşmeyle kararlaştırılan ücreti ödemektir. Bu ücret taşınmaz parçası olan arsa payıdır. Arsa payının devir borcu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin bir unsurudur<sup>372</sup>. Arsa sahibinin bu borcu dışında, sözleşmede araç-gereç-malzemelerin arsa sahibi tarafından karşılanacağı kararlaştırılmışsa, arsa sahibi bunları zamanında ve gereği gibi sağlamalıdır.

İstisna sözleşmelerinde ücret götürü veya yaklaşık olarak belirlenebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde devredilecek arsa paylarının miktarı başlangıçta kesin ve net olarak tayin edildiği için götürü ücret söz konusudur<sup>373</sup>.

---

<sup>370</sup> ERMAN, s. 161.

<sup>371</sup> SELİÇİ, s. 207; ÖZ, s. 129; DAYINLARLI, s. 79.

<sup>372</sup> YAVUZ, s. 134-135; KARAHASAN, s. 308; AYAZLI, s. 44.

<sup>373</sup> TANDOĞAN, s. 233-234.

Arsa sahibinin arsa payının mülkiyetinin müteahhide ne zaman geçireceği konusunda öncelikle sözleşmeye bakılmalıdır. Sözleşmede arsa payının ne zaman geçirileceği konusunda tarafların belirlemiş oldukları bir tarih varsa öncelikle, arsa payları bu tarihte müteahhide geçirilmelidir. Bu tarih sözleşmede gün olarak belirtilmiş olabileceği gibi inşaatın belirli aşamasına göre de belirlenmiş olabilir. Örneğin, inşaatın birinci kata gelmesi halinde arsa paylarının belirli bir bölümünün, kaba inşaatın bitmesi halinde arsa paylarının belirli bir bölümünün ve inşaatın tamamlanması halinde de arsa paylarının geri kalan kısmının mülkiyetinin müteahhide geçirileceği sözleşmede kararlaştırılmışsa, inşaat bu aşamalara geldiğinde arsa paylarının mülkiyetinin de müteahhide devredilmesi gerekir<sup>374</sup>.

İnşaat, sözleşmede belirtilen seviyeye gelmesine rağmen arsa sahibi müteahhide arsa paylarını devretmediği takdirde temerrüt sonuçlarını doğurabilir ve müteahhit de bu kısım için tescil davası açabilir<sup>375</sup>. Arsa sahibi, arsa payını devretme borcu nedeniyle temerrüde düşerse,

<sup>374</sup> Yarg. 15. HD. 25.05.1989 günlü 1989/3481 E. ve 1989/2549 sayılı kararına göre: "... Taraflar arasında 08.09.1986 tarihli sözleşmede davacının yapacağı inşaat karşılığında kendisine 55/100 arsa payının verileceği öngörülmüş ise de, daha sonra taraflar arasında yapılan 11.09.1987 tarihli protokolün 2/a maddesinde inşaatın beşinci normal katında tavan betonunun tamamen dökülmesinden sonra tahsis edilen dairelerden dördünün, (b) bendinde ise inşaatın dış sıvalarının tamamen bitirilmesi, astar sıvalarının tamamen yapılması kapı ve pencere doğramalarının takılmasından sonra geri kalan yedi daireden ikisinin ipotekten arı olarak davacıya verileceği belirtilmiştir... inşaatın bulunduğu aşamaya göre davacı yükleniciye protokolde belirtildiği üzere hangi bağımsız bölümlerin verilmesi gerektiği saptanmalı ve sonucuna uygun bir karar verilmelidir..." (Yasa D. 1990, S. 11, s. 1557-1558); Yarg. 15. HD. 15.01.1993 günlü 1993/4987 E. ve 1993/2743 sayılı kararına göre: "... sözleşmenin 1. maddesinde bağımsız bölümlerin paylaşılması kararlaştırılırken arsada 60/100 payın ferahının inşaatın tamamlanmasından sonra verileceği yazılmış, takip eden 2. maddede ise yanların edimlerinden "sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra" 60 payın devir edileceği kararlaştırılmıştır. Yekdiğeriyle uyumsuz görülen her iki madde hükümlerinden yanların gerçek amacının edimlerini karşılıklı ve aynı süre içerisinde yerine getirmek istedikleri sonucuna varmak gerekir. İş sahibinin ifanın yerine getirilmesi için uzun süreye ihtiyaç gösteren sözleşmede işin devamınca yükleniciye gerekli kolaylığı ve özellikle finans bakımından da işin sağlıklı yürütülebilmesini teğminen beklenen dayanışmayı göstermesi dürüstlük kuralı gereğidir. O halde, işin kalan kısmı nispetinde iş sahibinin garantisi de göz önüne alınarak yapılan işe oranla yüklenicinin bağımsız bölüm satabilip finans kaynağı yaratması ve bu şekilde işi bitirmede kolaylık elde edebilmesini temin edebilmek için, istemin kısmen kabulüne karar verilmesinin sözleşmenin amacına ve hakkaniyet kurallarına uygun düşeceğinin düşünülmesi ve sözleşmenin 2. maddesine bakılmaksızın 1. maddesi hükmüyle sonuca varılması doğru olmadığından..." (KARATAŞ, s. 218-219).

<sup>375</sup> Yarg. 15. HD. 25.02.1999 günlü 1999/5229 E. ve 1999/672 sayılı kararına göre: "... sözleşmeye göre, davacıya ait son villa tapusunun verilmesinin arsa sahibinin villalarının tamamının teslim edilip oturma ruhsatlarının alınmasına bağlı bulunduğu, oysa iskan ruhsatını almakla yükümlü bulunana davacı yüklenicinin bu mükellefiyetini henüz yerine getirmediği anlaşıldığından şu aşamada henüz tescile hak

müteahhit BK m. 106'daki seçimlik haklarından birini kullanabilir. Müteahhit, sözleşmeyi BK m. 106 ve 108 uyarınca feshetmek ve tazminat istemek hakkına sahiptir. Gayrimenkul inşaatında sözleşme feshedildiği takdirde, müteahhit temin etmiş malzeme veya arsa için ancak tazminat isteyebilir. Eserin mülkiyetini isteyemez. Müteahhit, muaccel arsa payının devri için arsa sahibine ihtarda bulunmalıdır (BK m. 101/I).

Sözleşmede, arsa payının devrine işikin bir tarih veya bir sıra belirlenmemişse, BK m. 364/I hükmünün uygulanması gerekir. Yani müteahhit kendi edimini yerine getirdiği sürece arsa sahibinin karşı edimi olan arsa payının devrini talep edebilir<sup>376</sup>.

Teslim tarihi gelmesine rağmen müteahhidin temerrüde düşmesi durumunda, inşaatın büyük bir kısmının yapılmış olması durumunda arsa sahibi sözleşmeyi feshedebilir. Fesih ileri etkili sonuç doğuracağı için müteahhidin yapmış oldukları işle orantılı olarak müteahhide devri gerekli olan arsa paylarının da göz önünde tutulması gerekir.

Diğer taraftan, taraflar arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde yapılmadığından bahisle, arsa sahibinin müteahhide devretmesi gereken arsa payından

---

kazanmadığı ortadadır. Bu nedenle, mahkemece iskan ruhsatının alınması için yükleniciye uygun bir mehil verilip, iskan alındığında tapunun iptal ve tesciline, aksi takdirde “iskan alındığında ayrıca dava açma hakkı saklı tutularak” davanın reddine karar verilmeli gerekirken...” (KARATAŞ, s. 238) Yarg. 15. HD. 10.10.1995 günlü 1995/2696 E. ve 1995/5427 sayılı kararına göre: “..... dosya kapsamında binanın 1990 yılında bitirilmesine karşın şu ana kadar hala iskan ruhsatının alınmadığı ve yüklenicinin bu vecibesini yerine getirmediği ortadadır. Sözleşme uyarınca davalı (arsa sahibi) tapu vermekle mükellef ise de, binanın açıkca imara aykırı olması ya da iskan ruhsatı alınmasına ciddi engellerin bulunması halinde temerride düştüğünden söz edilemeyeceği için, davanın kabulüne isabet yoktur. O halde mahkemece yapılacak iş, iskan alınmasına engel kesin bir durum yoksa yükleniciye mahkemece uygun bir mehil verilmesi, bu mehil verilmesi sonucunda iskan alındığı anlaşıldığı takdirde davanın kabulüne karar verilmesi, aksi halde yeni mehil sonucu da iskanın alınmaması halinde kaza dava reddedilmelidir...” (YKD. 1996, S. 1. s. 67-68). (Yarg. 15. HD.31.01.1994 günlü 1994/1091 E. ve 1994/441- YKD. 1995, S. 4, s. 612-613) .

<sup>376</sup> Yarg. 15. HD. 10.12.2001 günlü 2001/4000 E. ve 2001/5695 sayılı kararına göre: “.... BK. m. 81 uyarınca iki taraflı akidlerde akdin ifasını talep eden kimse kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylememiş ise karşı taraftan ifa isteyemez. Öte yandan eser sözleşmesinde iş sahibinin borcu olan eser bedelinin ödenmesi eserin yapılıp teslim edilmesi koşuluna bağlıdır. Aksi kararlaştırılmadığı sürece yüklenicinin kendi edimini yerine getirmesi ve daha sonra eser bedelinin istenmesi gerekir...” (YKD. 2002, S. 6. s. 895-896); Yarg. 15. HD. 16.06.1999 günlü 1999/1613 E. ve 1999/2543 sayılı kararına göre: “... sözleşmede aksine hüküm olmadıkça ferağın işin tesliminde yapılması gerekir. Olayda teslim yapılmış, ancak bilirkişilerin saptadığı kadarıyla 2 milyar 100 milyonluk eksik iş vardır. Bu noksanlıkların giderilmesi karşılığı iki bağımsız bölümün ferağı verilmemiştir. Bağımsız bölümlerden birinin değeri mevcut noksanlıkların giderilmesine yeterli ise, ikincinin ferağına dair istemin kabulü gerekir...” (KARATAŞ, s. 189).

kaçınması hakkın kötüye kullanması niteliğini taşır ve arsa sahibi bu yükümlülükten kurtulamaz<sup>377</sup>.

## 7.2. İNŞAATIN YAPILMASI İÇİN KENDİSİNE DÜŞEN YÜKÜMLERİ YERİNE GETİRME BORCU

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin amacı, belirlenen arsa payları karşılığında arsa sahibinin arsası üzerinde müteahhit tarafından, tarafların sözleşmede öngördükleri inşaatın yapılmasıdır. Sözleşmenin yerine getirilebilmesi için öncelikler arsanın elverişli olması yani, arsa üzerinde inşaatın yapılmasının mümkün olması gerekmektedir. Bu sebeple, arsa sahibinin arsayı inşaat yapmaya elverişli şekilde müteahhide teslim etmesi gerekir<sup>378</sup>.

Sözleşmenin yapıldığı sırada, sözleşmede belirtilen inşaatın arsa üzerinde yapılması objektif olarak mümkün değilse, BK m. 20 uyarınca sözleşme, başlangıçtaki imkansızlık nedeniyle geçersiz olur<sup>379</sup>. İmar planında yapılan değişiklik gibi imkansızlık sonradan meydana gelmiş ise ve bu nedenle inşaat yapılamıyorsa sonraki imkansızlık söz konusu olur ve böyle bir durumda BK m. 117 veya BK m. 96 hükümlerinin uygulanması gerekir<sup>380</sup>.

---

<sup>377</sup> ERMAN, s. 50.

<sup>378</sup> ERMAN, s. 50.

<sup>379</sup> Yarg. 15. HD. 30.10.2001 günlü 2001/2953 E. ve 2001/4871 sayılı kararına göre: "... yanlar arasında sözleşmenin konusu kamu düzeninden olan imar mevzuatına aykırı bulunduğundan anılan sözleşme esasen hiç meydana gelmemiş sayılır ve vücuda gelmemiş sözleşmenin iptalinden söz edilemez. Ancak istemin kapsamında sözleşmenin geçersizliğinin tespiti talebi de varsayılacağından bu talebin hüküm altına alınması ile yetinilmelidir..." (KARATAŞ, s. 57-58).

<sup>380</sup> Yarg. 15. HD. 25.10.2001 günlü 2001/2599 E. ve 2001/4820 sayılı kararına göre: "... davalı arsa sahibi, inşaat sırasında kendisine isabet eden 16 nolu daire ile bu daireye bağlı bir adet garaj hakkını düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vaadi sözleşmesiyle davacıya satış vaadinde bulunmuş ve satış bedelini nakden almıştır. Bilahare yapılan tadilat projesi ile 16 nolu dairenin garaj hakkı ortadan kaldırılmıştır. Böylece, davacıya verilmesi vaad edilen garaj yeri yönünden, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin ifası imkansız hale gelmiştir. Davalı arsa sahibinin açık veya kapalı rızası olmadan inşaat sözleşmesinde ve dolayısıyla inşaat projesinde değişiklik yapılması mümkün olmadığı gibi, tadilat projesinin alınması da mümkün değildir. Davalı, sözleşmenin imkansız hale gelmesinden bu nedenle kusurludur. Dolayısıyla garaj yönünden davacının zararını tazminle yükümlüdür..." (YKD. 2002, S. 6. s. 893-894).

İnşaatin yapılması için gerekli işlemlerin yapılması müteahhit tarafından üstlenilmiş olduğu durumlarda<sup>381</sup> inşaatın yapılması için gerekli olan koşulların temini de müteahhide aittir. Böyle bir durumda arsa sahibinin örneğin belediye'deki işleri takip için müteahhide vekalet vermesi gibi, kendisine düşen yükümlülüklerden kaçınamaz<sup>382</sup>.

Arsa sahibi arsayı, müteahhide teslim etmiş olmasına rağmen taşınmaz üzerinde sözleşmede öngörülen inşaata başlanması mümkün olmayabilir. Örneğin, inşaatın yapılacağı arsa üzerindeki eski binada kiracının henüz tahliye edilmemiş olması gibi<sup>383</sup>. Aynı şekilde imar mevzuatına göre inşaatın yapılması için gerekli olan koşullar gerçekleşmemiş olabilir<sup>384</sup>. Bu gibi durumlarda taşınmazın elverişli şekilde teslim edilmediğinden söz edilemez. Yer teslimine ilişkin belge, arsanın inşaata elverişli olarak teslim edildiğine dair bir karine teşkil eder. Bundan dolayı yer teslimi belgesine rağmen arsanın inşaata elverişli olarak teslim edilmediğinin ispatı müteahhide düşmektedir.

---

<sup>381</sup> Yarg. 15. HD. 20.05.1981 günlü 1981/1081 E. ve 1981/1193 sayılı kararına göre: "... sözleşmenin 5. maddesinde (mezkur gayrimenkul imar durumunda inşaatın yapılması İstanbul Belediyesi'ne ait 3000m2 lik arsanın satın alınıp tevhid edilmesi şartına bağlı olduğundan, Belediye arsasının satın alınması ve bedelin ödenmesi müteahhide ait olacaktır) hükmüne yer verilmiştir..." (ÖZENLİ, s. 336-337).

<sup>382</sup> Yarg. 15. HD. 17.02.1994 günlü 1994/3539 E. ve 1994/830 sayılı kararına göre: "... inşaata başlamak; devam etmek ve bitirmek için resmi mercilere başvurmak ve gerekli izinleri almak için davalı arsa sahibinin davacı yükleniciye yardımcı olması veya yetki vermesi gerekmektedir. yetki vermesi gerekmektedir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Yarg. 15. HD. 18.03.1997 günlü 1997/6858 E. ve 1997/1475 sayılı kararına göre; "... Sözleşmede, tapudaki veraset ve intikallerle ilgili işlemlerin kimin tarafından yapılacağı kararlaştırılmadığından, kural olarak, bu işler davacı arsa sahibine aittir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Yarg. 15. HD. 10.01.2005 günlü 2005/2443 E. ve 2005/14 sayılı kararına göre: "... İnşaata ait projelerinin çizim ve onayı, ruhsatlarının alınması vs. yapıyla ilgili yasal işlemler konusunda davacılar 4.1.2000 gün ve 310 yevmiye nolu, 8.5.2000 gün ve 24606 yevmiye nolu Bakırköy 13. Noterliğince düzenlenen vekaletnameleri davacı yükleniciye vermişler, ancak yüklenici ruhsat alınmadan inşaata başlamış, bu nedenle iş sahiplerine 3194 sayılı yasaya aykırılıktan cezai yaptırım uygulanmıştır. Yüklenici ruhsat alımından iş sahiplerinin sorumlu olduklarını savunmakta ise de az yukarıda değinilen vekaletnameyle ruhsat alımı yetkisi kendisine verilmiştir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>383</sup> Yarg. 15. HD. 13.09.1989 günlü 1989/2347 E. ve 1989/3466 sayılı kararına göre: "... Öte yandan, üzerinde inşaat yapılacak arsada davacının kiraya verdiği bir bina mevcut olup tahliye yükümü iş sahibine ait olduğu halde kiracının tahliyesi yapılmadığı gibi arsanın da inşaat elverili şekilde davacıya teslim edilmediği anlaşılmaktadır..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>384</sup> Yarg. 4. HD. 24.06.1957 günlü 1957/1586 E. ve 1957/4175 sayılı kararına göre: "... taraflar arasında satış vaaadinin belli bir gayrimenkulden ifraz edilecek bir parçaya ilişkin bulunmasına ve imar müdürlüğünden gelen cevaplardan hem binanın durumu ve hem de yerin küçüklüğü bakımından ifraza müsade edilemeyeceğinin anlaşılmasına göre..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

Sözleşmede aksine hüküm yoksa projeyi yaptırmak ve inşaat ruhsatı almak arsa sahibine ait borçlardandır. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça arsa sahibi emlak vergisi, katma değer vergisi gibi vergileri ödeme borcu altındadır<sup>385</sup>.

Arsa sahibi, arsanın kendisi tarafından bilinen ama göze çarpmayacak tehlikelerinden dolayı müteahhidi haberdar etmek durumundadır<sup>386</sup> (TMK m. 2).

Arsa sahibi tarafından müteahhide teslim edilen arsanın fiili veya hukuki bir sorunu olduğu anlaşıldığı anda, müteahhit arsa sahibine derhal ihtar etmek zorundadır (BK m. 357/III). Aksi taktirde neticelerine kendisi katlanır<sup>387</sup>.

Uygulamada en çok rastlanan bir durum, arsa sahibinin müteahhide, Belediyedeki işlemlerin tamamlanması için gerekli vekaleti vermemesi veya vekaletten azletmesi halidir. Böyle bir durumda arsa sahibi, sözleşmenin yerine getirilmesini talep edemeyecektir. Ayrıca sözleşmenin süresinin işlemeye başladığından ve devam ettiğinden de söz edilemez<sup>388</sup>. Müteahhit böyle bir durumda gerekli işlemlerin yapılması için mahkemeden izin verilmesini isteyebilir<sup>389</sup> (BK m. 97/I)<sup>390</sup>.

---

<sup>385</sup> ÖZDEMİR, s. 109.

<sup>386</sup> ÖZDEMİR, s. 109.

<sup>387</sup> DOĞAN, s. 79.

<sup>388</sup> Yarg. 15. HD. 16.11.1989 günlü 1989/899 E. ve 1989/4803 sayılı kararına göre: "... Projesi usulen onanmamış ve inşaat ruhsatı alınmamış eserin, kamu düzeni ilgili bulunan imar mevzuatına aykırı olarak süresinde tamamlanması istenemez. Sözleşmenin karşı tarafça haksız feshedildiği durumlarda, yüklenici tarafından müspet zarar istenilebilir. Bu zararın saptanmasında Borçlar Kanununun 325. maddesinden kaynaklanan kesinti yöntemi uygulanır..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>389</sup> ERMAN, s. 53.

<sup>390</sup> Yarg. 15. HD. 22.02.2001 günlü 2001/440 E. ve 2001/997 sayılı kararına göre: "... Dava, kat karşılı inşaat sözleşmesinden dolayı ifaya izin istemine ilişkindir. Taraflar arasında daha önce görülen fesih davası, redle sonuçlanarak kesinleşmiştir. Bu durumda, kat karşılığı inşaat sözleşmesi yürürlüktedir. Dolayısıyla, vekaletten azledilen yüklenicinin eldeki dava ifaya talebinde bulunmasında yarar vardır..." (KARATAŞ, s. 423-424).



## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE ORTAYA ÇIKAN BAZI ÖZEL DURUMLAR

#### § 8. İNŞAATTAN HAK ELDE EDEN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN DURUMU

##### 8.1.GENEL BİLGİLER

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulamada çok rastlanan konulardan biri de, müteahhidin, inşaat aşamasında kendisine düşecek olan bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satması veya satış vaad etmesidir. Uygulamada bu tür işlemlere inşaattan (temelden) satış denmektedir. Müteahhit bu satış yoluyla mali imkan sağlamaktadır. Ama bu durum beraberinde çeşitli sorunlar ortaya çıkartmaktadır. Özellikle arsa sahibinin, müteahhidin temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmeyi feshetmesi durumunda üçüncü kişilerin durumunun ne olacağıdır<sup>391</sup>.

Burada iki duruma dikkat etmek gerekir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi müteahhide düşecek olan payları, müteahhide başlangıçta devretmiş olabileceği gibi, müteahhide düşecek olan payları yapılan sözleşme sonucu sonradan geçirecek de olabilir. Yani müteahhitle üçüncü kişiler arasında yapılan anlaşma esnasında, arsa sahibi müteahhide düşecek olan bağımsız bölümleri müteahhide devretmemiş de olabilir. Bu iki durumu birbirinden ayırt etmek gerekir, çünkü bu durumlar değişik hukuki sonuçlar doğurmaktadır.

---

<sup>391</sup> ERMAN, s. 163.

## 8.2. ARSA SAHİBİNİN PAYLARINI BAŞLANGIÇTA MÜTEAHHİDE DEVRETMIŞ OLMASI

### 8.2.1. Müteahhidin arsa payının mülkiyetini üçüncü kişiye Devretmesi

Arsa sahibi arsa paylarının mülkiyetini müteahhide, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca, inşaat tamamlanmadan hatta inşaat başlamadan devretmiş olabilir. Sözleşme uyarınca arsa sahibiyle müteahhit karşılıklı borç yükümlülüğü altına girmektedirer. Arsa sahibinin borcu müteahhide düşecek olan arsa paylarını müteahhide devretmek bunun karşılığında müteahhit de sözleşme uyarınca inşaatı tamamlayarak arsa sahibine düşecek olan bağımsız bölümleri teslim etmektir. Müteahhit, henüz karşı yükümlülüğünü yerine getirmeden, arsa sahibinin kendisine devretmiş olduğu arsa paylarının tamamını veya bir kısmını üçüncü kişilere devretmektedir<sup>392</sup>. Müteahhidin edimini yerine getirmemesi halinde, arsa sahibi mülkiyet hakkı iktisap etmiş üçüncü kişiye karşı herhangi bir hak ileri süremeyeceği gibi üçüncü kişi de, bağımsız bölümün tamamlanmasına ilişkin arsa sahibine karşı bir talepde bulunamaz. Müteahhidin temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde de durum böyledir. Çünkü Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi Yargıtay içtihadı Birleştirme Kararına göre, “geçici-süreklî” karmaşığı bir sözleşmedir. Sözleşmenin sona ermesi halinde, ileriye etkili olarak sonuç doğuracağı için fesih tarihine kadar yerine getirilmiş edimler geçerli sayılmaktadır. Bundan dolayı, üçüncü kişilerin iktisap ettikleri aynı haklar gerçek malikten elde edilmiş olmaktadır. Diğer taraftan sözleşmenin geriye yönelik sonuç doğuracağını savunan görüşe katılanlar dahi sözleşmeden dönmenin aynı hakları

---

<sup>392</sup> Yarg. 6. HD. 19.03.1984 günlü 1984/2983 E. ve 1984/3313 sayılı kararına göre: “... tapuda pay satışı şeklinde görülen işlem gerçekte bu paylara tekabül eden ve inşaat sözleşmesinde (H.Ç.) ve müştereklerine ait olacağı belirtilen bağımsız bölümlerdir. Sözleşmenin tarafı olan davacılar da bu durumu bildiğinden davacıların şufa hakkını kullanmaları, MK. nun 2. maddesi uyarınca objektif iyi niyet kurallarıyla bağdaşmaz...” (YASA, 1984, S. 4, s. 542); Yarg. 6 HD. 07.07.1998 günlü 1998/6263 E. ve 1998/6245 sayılı kararına göre: “...taşınmazın sadece davacıya aitiken daha sonra imar parselinin oluşması suretiyle büyüdüğü ve davalının ortak duruma geldiği, ilk malikle yüklenici arasında yapılan inşaat sözleşmesine dayanarak çok katlı inşaat başladığı anlaşılmıştır. İnşaatın ne safhada olduğu, durmuşsa durma sebebinin ne olduğu anlaşılmamıştır. Bu yön üzerinde durulması, sonucuna göre davanın (ortaklığın giderilmesi davasının) münasip zamanda açılıp açılmadığının tartışılması gerekir...” (YKD. 1998, S. 10, s. 1467-1470).

etkilemeyeceğini kabul etmektedirler<sup>393</sup>. Ancak sebep ortadan kalktığı için sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebileceği kabul edilmektedir<sup>394</sup>.

Müteahhide devredilen arsa payları bakımından, arsa sahibi sözleşmeden döndüğü zaman baştan itibaren yolsuz tescil meydana geldiğini savunan görüşü kabul etsek dahi üçüncü kişilerin aynı hak iktisapları TMK m. 1027 uyarınca yine geçerli olacaktır. Üçüncü kişi arsa sahibine karşı müteahhidin borcunu bilse dahi TMK m. 1027 uyarınca iyi niyetli sayılmaktadır<sup>395</sup>. Ancak Yargıtay, üçüncü kişilerin müteahhidin arsa paylarını tapudan devralmaları halinde, arsa sahibinin üçüncü kişilere karşı tapu iptal ve tescil davası açabileceğini kabul etmiştir. Bu durumda üçüncü kişiler TMK m. 1027'den yararlanamayacağı kabul edilmektedir. Hatta, müteahhitten arsa payı alan üçüncü kişinin, bu arsa payını başka bir kişiye devretmesi halinde de bu kişiye karşı, arsa sahibinin tapu iptal ve tescil davası açabileceği kabul edilmektedir<sup>396</sup>. Bununla birlikte, bağımsız bölümler arsa

---

<sup>393</sup> TUNÇOMAĞ, s. 952; OĞUZMAN, s. 165; Yarg. HGK. 06.10.1982 günlü 1982/356 E. ve 1982/817 K. (TANDOĞAN, s. 36).

<sup>394</sup> ÖZ, s. 241-242.

<sup>395</sup> ÖZ, s. 260-261; Yarg. 15. HD. 18.04.2002 günlü 2002/367 E. ve 2002/1947 sayılı kararına göre: “.... Somut olayda, vadenin dolduğu 30.8.1998 tarihinde, inşaatın seviyesi %7 olduğuna göre, ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle, davalı yüklenici kendiliğinden temerrüde düşmüş sayılır. Verilecek bir mehlin de tesirsiz kalacağı açık olduğundan, davacı arsa sahiplerinin BK.nun 106/II. ve 107. maddeleri uyarınca sözleşmeden dönme hakları doğmuş olup, sözleşmenin geriye etkili feshini ve tapuların da iadesini dava edebilirler. Tapu kaydına dayanarak, bir parseli kayden iktisap eden kişilerin iyiniyetleri de, hiç şüphe yok ki, korunacaktır ( MK. Eski madde 931, yeni madde 1023 ). Nevar ki, Duran Ü. ile başkanı olduğu kooperatif ve yüklenici Bedrettin T., sözleşmede imzası bulunan ve gerçek durumu en iyi bilenler olduklarından, adı geçenler MK.nun 1023 ( 931 ). maddesinden yararlanamazlar. Ancak, davalılardan Tefik E.'in iyi niyetli olup olmadığı; başka bir anlatımla, satın aldığı parsellerin -aslında- davacılar ait olduğunu, kat karşılığı inşaat sözleşmesi nedeniyle devredildiğini bilip bilmediği veya normal bir araştırma ve göstereceği özen sonucu bilip bilemeyeceği araştırılmamıştır...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>396</sup> Yarg. 15. HD. 19.10.1998 günlü 1998/3274 E. ve 1998/3915 sayılı kararına göre: “.... İnşaatları daire alan üçüncü kişilerin durumuna gelince; yüklenici dışında davalı sahada yer alan bu kişiler, davalı Secahattin'den pay satın almışlardır, bir kısmı ise Secahattin'in sattığı kişilerin devrettiği şahıslardır. Tüm bu satın alan davalıların amacının arsanın satımı olmayıp, arsa üzerinde yapılacak inşaatın bağımsız bölümler edinmek olduğunda kuşku yoktur. Bu nedenle işlemin geçerliliğinin arsa sahibine karşı üstlenilen edimin tamamen yerine getirilip dairelerinin teslimi şartına bağlı olduğunu bilmeleri hayatın olağan akışımın icabındandır. Davacılar satın alma işlemini gerçekleştirirken gerekli özeni göstermelidirler. Bu sebeple MK.nun 931. maddesi hükmünden yararlanmaları düşünülemez...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Yarg. 15. HD. 04.03.2005 günlü 2005/3299 E. ve 2005/1234 sayılı kararına göre: “.... İnşaat aşamasında arsa sahibince yükleniciye pay devredilmesi, inşaat yapımı sırasında yükleniciye sermaye sağlanması ve işin bir an önce

sahibi tarafından üçüncü kişilere tapuda devredilmesi halinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sonradan geçmişe yönelik olarak feshedilmesi halinde ise üçüncü kişilerin tapularının iptali yoluna gidilmez<sup>397</sup>.

Sözleşme uyarınca arsa sahibi müteahhide düşecek olan arsa paylarının mülkiyetini kendisinde tutmakla birlikte, müteahhide yetki (vekalet) vererek müteahhit, bu bağımsız bölümleri üçüncü kişilere devredebilir. Burada müteahhit satıcı olan arsa sahibine vekalet eden kişi olarak gözüke de, satış bedeli müteahhide verildiği için arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifası yoluna gidilmektedir<sup>398</sup>. Böyle bir durumda müteahhidin temerrüdü

---

bitirilmesi amacına matuf olup, bu devirlerin avans niteliğinde geçici bir intikal olarak kabulü zorunludur. Mahkemece akdin geriye etkili şekilde feshine karar verilip bu husus kesinleştiğinden yükleniciye ait yerleri satın alan davalılar hakkındaki tapu iptal ve tescil isteminin kabul edilmesi, dava aşamasında bir kısım tapuların intikal görmesi nedeniyle yeni maliklerin davaya katılması veya bedel talebi H.U.M.K. 186. madde gereğince değerlendirilip...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Ayrıca Bk. Yarg. 15. HD. 24.06.1998 günlü 1998/2147 E. ve 1998/2779 K. (KARATAŞ, s. 398-399); Yarg. 15. HD. 13.06.2002 günlü 2002/1073 E. ve 2002/3228 K. (KARATAŞ, s. 395-396); Yarg. 15. HD. 24.03.2004 günlü 2004/4015 E. ve 2004/1657 K. ( KARATAŞ, s. 391).

<sup>397</sup> ERMAN, s. 167; Yarg. 1. HD. 31.03.2004 günlü 2004/3324 E. ve 2004/3631 sayılı kararına göre: “... davacının davalılardan yüklenici Yaşar ile 3.4.2000 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaptığı, bilahare taşınmazda 14.9.2000'de kat irtifakı tesis edildiği, davalılarında kat irtifakı kurulan taşınmazdaki 1, 2, 3 ve 5 nolu bağımsız bölümler karşılığı pay satın aldıkları görülmektedir. Daha sonra kayıt maliki davacının yüklenici ile aralarında mevcut inşaat sözleşmesini onunla anlaşmak suretiyle 27.8.2001 tarihinde karşılıklı olarak feshettikleri anlaşılmaktadır. Davaya konu edilen bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından değil, doğrudan kayıt maliki davacı tarafından satış yoluyla temlik edildiği, daha sonra bağımsız bölümler karşılığı payların davalılara intikal ettirildiği sabittir. Öyle ise, arsa sahibinden doğrudan pay alan davalılar ve bayilerinin, bu edinimlerinin, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğüne bağlı kalmak ve halefiyet kuralını olayda uygulamak mümkün değildir...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>398</sup> Yarg. HGK. 10.04.1987 günlü 1987/405 E. ve 1987/320 sayılı kararına göre: “... Davacı ile davalılardan müteahhit Mustafa Yılmaz arasında yapılan eser sözleşmesine göre, bu konuda her türlü işlemi yapabilmesi için müteahhide uhdesinde kalan bağımsız bölümler üzerinde ipotek tesis edebilmesi amacıyla vekaletname ile yetki verilmiştir. İpotek tesisi bakımından verilen yetki sınırlı olmayıp, geniş kapsamlı ve mutlak. Eser sözleşmesinde müteahhide bırakılan 9 ve 11 No.lu bağımsız bölümler üzerine ipotek tesis edilerek borç para alınmış, ipotek karşılığı alınan paraların ise inşaatın yapımında kullanıldığı anlaşıldığına göre, ipoteğin tesisinde borçlu ve sorumlu doğrudan doğruya müteahhit Mustafa Yılmaz'dır. Verilen vekaletnameye göre kendisine bırakılan bağımsız bölümler üzerinde müteahhit Mustafa Yılmaz'ın ipotek tesis etme hakkı vardır...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Yarg. 15. HD. 20.06.1994 günlü 1994/581 E. ve 1994/4069 sayılı kararına göre: “...Yükleniciye verilen vekaletnamedeki yetkilerin, o vekaletnamenin dayanağı olan sözleşme koşullarına uygun biçimde kullanılması gerekirken, bu husus bir yana bırakılarak

nedeniyle sözleşmenin sona ermesi halinde, bu durumun üçüncü kişilerin mülkiyet hakkına bir etkisi olmayacaktır. Arsa sahibinin doğrudan müteahhide kendisine düşecek olan arsa paylarını vermeyip dolaylı olarak vermesi, yani vekalet vererek üçüncü kişilere arsa paylarını satmasını sağlaması, müteahhide sözleşmeyi tam ve doğru şekilde yapması yönünde baskı kurmaktadır. Çünkü, arsa sahibi müteahhidi vekaletten her zaman azledebilir. Ayrıca arsa sahibi her bağımsız bölümün satışı için ayrı ayrı vermiş olabilir. Vekaletnameye dayanılarak üçüncü kişilerle yapılmış olan arsa payları, sonradan sözleşmenin feshi halinde geriye yönelik olarak istenemez. Bununla birlikte, müteahhidin vekalet sınırlarını aşarak veya vekaleti olmaksızın üçüncü kişilere arsa paylarını devrettiği takdirde bu yapmış olduğu işleminin sonucu farklı olacaktır. Bu durumda satış işlemi geçersiz olacaktır ve bu geçersiz işleme dayanılarak yapılmış olan tasarruf işlemi de hüküm ifade etmeyecektir<sup>399</sup>.

Arsa sahibinin, müteahhidin temerrüdü halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini feshetmesi durumunda, üçüncü kişilere müteahhit tarafından gerek aslen gerekse vekaleten devredilmiş olan arsa paylarını, arsa sahibi üçüncü kişilerden isteyemeyecektir. Buna karşılık müteahhitten tazminat talebinde bulunabilir<sup>400</sup>. Buradaki tazminat, sözleşmenin feshinden

---

her bir bağımsız bölüm için eşit pay ayrılıp yükleniciye ait dubleks binada yer alan iki bağımsız bölüme 2/3, arsa sahibine ait dubleks binaya da 1/3 pay verilmek suretiyle eşitliğin davacı yararına bozulmuş olması dürüstlük kuralıyla da bağdaşmaz. Bu haliyle tapudaki arsa paylarına bakılarak davacı adına kazanılmış hakkın varlığından sözedilemez. O halde; yüklenici tarafından üçüncü şahsa devredilen 1/3 payın da 2/6 paya denk olduğu düşünülerek, geri kalan 1/3'er payda 2/6 paya dönüştürülüp bunlardan bodrumdaki bağımsız bölüme isabet eden 2/6 payın iptaliyle bunun 1/6'sının bodrum bağımsız bölümünün payı olarak davacı adına tesciline, kalan 1/6'sının ise davalı arsa sahibinin dubleks dairesine ait 2/6 payına katılarak 3/6 pay olarak arsa sahibi adına tescile karar verilmesi suretiyle eşitliğin sağlanması gerekir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı). Ayrıca Bk. Yarg. HGK. 30.03.1979 günlü 1979/842 E. ve 1979/359 K. (İKİD. 1979, s. 7059-7060).

<sup>399</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 219.

<sup>400</sup> Yarg. 13. HD. 22.02.1994 günlü 1993/159 E. ve 1994/1679 sayılı kararına göre: "...Davalılar, inşaatını üzerine aldıkları binadan henüz tamamlanmamış iki daireyi dava dışı Zehra ve İrfan'a 5.7.1990 günlü sözleşme ile tapuda satmışlar, daha sonrada anılan alıcılardan davacı satın almış, ne varki Zehra ve İrfan davalı ile aralarında düzenledikleri 5.7.1990 günlü dairelerin tamamlanıp teslim edilmesine ilişkin koşulları içeren sözleşmedeki haklarını davacıya temlik edilmesine dair bir sözleşme yapmaya gerek görmemiş oldukları anlaşılmaktadır. Esasen bu yön yanlar arasında uyumsuzluk konusu da değildir. Kural olarak, "alacağın temlik"; alacağın temlik eden ile temellük eden ( temlik edilen ) arasında yapılan, konusu ve sonuçları itibariyle doğrudan doğruya temlik edenden temellük edene devrini içeren "bir sözleşme ile yapılması gerekir. Diğer bir anlatımla, "Temlik"; alacağın sözleşme ile ( Hukuki işlem ile )" devridir. Oysa; olay ve ilişkilerin kendisine özgü gelişimi, özellikle davalıların satıcı olmaları yanında en önemlisi yüklenici sıfatıyla sözleşme kurarak dairelerdeki eksiklikleri tamamlayıp teslim etme edim ve yükümü altına girmeleri

dolayı iadesi gereken arsa payının fesih tarihindeki değeri olacaktır. Arsa payını devralan üçüncü kişi, müteahhide aralarında yapmış oldukları sözleşme doğrultusunda müteahhitten tazminat talebinde bulunabilir<sup>401</sup>.

Uygulamada, genellikle arsa paylarının başlangıçta müteahhide devredildiği durumlarda arsa sahibi lehine arsa payları üzerinde ipotek tesis edilmektedir. İnşaat ilerledikçe ipotek de kısım kısım kaldırılmaktadır. Üçüncü kişi arsa payını ipotekli olarak satın aldığı taktirde, müteahhidin edimini yerine getirmemesi üzerine üçüncü kişi bu ipotekten dolayı arsa sahine karşı sorumludur<sup>402</sup>.

### **8.2.2. Müteahhidin arsa payının satışını üçüncü kişiye vaad etmesi**

Uygulamada en çok rastlanan bir konu da, arsa payları kendisine devredilmiş olan müteahhidin, üçüncü kişilere kendisine ait olacak dairelerin satışını vaad etmesi durumudur<sup>403</sup>. Arsa sahibi müteahhide düşecek olan arsa paylarını müteahhide devrettikten

---

olgusunun gözardı edilmemesi gerekir. Gerçekte de; davacıların satım akdi ile daireleri satın almaları borçlu davalıların az yukarda açıklanan edimlerinin ifasında bir ağırlaşma veya kötüleşme yaratmayacağı, dahası bu yol ile davalıların edimlerini davacıya karşı ifa etmeleri zorunluğunda bırakılmaları kendileri için farketmez olacağı çok açıktır. Bu durumda, sadece dairelerdeki eksik işlerin tamamlanmasından kaynaklanan hakların davacıya satım akdi ile intikal ettiğinin kabulü; hem Medeni Yasanın 2. maddesindeki objektif iyiniyet kurallarına, hemde somut adalet kurallarına uygun düşeceğinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. O nedenle, mahkemenin dairelerdeki eksiklere yönelen giderime hükmetmesi doğru görülmüştür. Fakat, bu yorum yolunu da daha geniş tutarak geç ifadan doğan kira mahrumiyetini kapsayan giderimin de istenebileceğini kabul etmek hukuken mümkün görülemez. Zira, bu istek, davalıların yüklenici sıfatları altında yüklendikleri dairelerin tamamlanıp teslim edilmesi ediminden tamamen farklı, ayrı, hatta özel bir kararlaştırma olduğu benimsenmelidir. O nedenle, bu konuda artık hakların temlikine ilişkin bir hukuki işlemin ( temlik akdinin ) varlığının aranması zorunluluğu kabul edilmeli, açıklanan yorum şeklinin dahada genişletilmesi suretiyle bu hakların da davacılara intikal ettiğinin kabulü üstün görülmemelidir. Şu durum karşısında, geç teslim nedeni ile istenilen giderimin mahkemece reddine karar verilmesi gerekir...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>401</sup> ERMAN, s. 169.

<sup>402</sup> ERMAN, s. 169.

<sup>403</sup> Yarg. İBK. 30.09.1988 günlü 1988/2 E. ve 1988/2 sayılı kararına göre: “... Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olarak yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin olarak geçerli bir sözleşme olmadan tarafların anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi, satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının uzun süre malik gibi kullandığı halde satıcının tapuda devre yanaşmaması halinde olayın özelliklerine göre hakimin MK. nun 2. maddesini gözeterek açılan cebri tescil davasının kabul edilip

sonra bu paylara ilişkin kısımlar üzerinden müteahhitte üçüncü kişilerle satış vaadi yaptığı takdirde ve sonradan da müteahhit edimini yerine getirmediği için arsa sahibi sözleşmeyi fes etmesi bunun akabinde de mahkemeden arsa paylarının iptaline yönelik karar alındığı takdirde üçüncü kişilerin durumunun ne olacağı incelenmesi gerekir. Satış vaadi sözleşmesi aynı bir haktır. Bu yüzden, arsa sahibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini feshetmesi ve müteahhit adına kayıtlı olan arsa paylarını iptal ederek kendi adına tescil etmesi sonucu, üçüncü kişi müteahhitte yapmış olduğu satış vaadinden doğan şahsi hakkına dayanarak arsa sahibine karşı bir talepte bulunamayacaktır. Ancak, 25.01.1984 günlü 1983/3 E. ve 1984/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca feshin ileriye etkili sonuç doğurması sebebiyle, müteahhide devredilmiş arsa paylarının bir kısmı müteahhide bırakılmışsa ve bu kısım da müteahhidin üçüncü kişiye satış vaadinde bulunduğu kısmı karşılayacak oranda ise, müteahhide karşı üçüncü kişi cebri tescil davası açabilir<sup>404</sup>.

Müteahhidle üçüncü kişi arasında yapılmış olan taşınmaz satış vaadi tapuya şerh edilmiş olabilir<sup>405</sup>. Böyle bir durumda sözleşmenin feshi sonucu müteahhide devredilmiş olan arsa paylarının iptal edilerek arsa sahibi adına tescil talep edilmesi halinde üçüncü kişi lehine yapılmış olan şerhin etkisi ne olacaktır? Üçüncü kişi, şerhin şahsi hakkı güçlendirmesi sebebiyle arsa sahibinden bağımsız bölümlerin devrini talep edebilecek mi ve arsa sahibine karşı da müteahhitte kendi arasında yapmış oldukları satış vaadinden doğan haklarını ileriye sürebilecek mi? Kanaatimizce, fesih anına kadar müteahhit kendisine devredilmiş olan arsa payları üzerinde gerçek malik sayılacağından, üçüncü kişiyle tapuda şerh edilmiş olan

---

edilemeyeceği...” (RG. 20026 veya YKD. 1989, S. 2, s. 149); Yarg. 14. HD. 02.12.1988 günlü 1988/6066 E. ve 1988/7983 sayılı kararına göre: “... 24.4.1978 gün 3/4 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca; Dava konusu daireye düşecek arsa payının, 634 sayılı kat mülkiyeti yasasına göre henüz kat mülkiyeti ve kat irtifakı tesis edilmeden dahi tesbit edilmesi mümkün ol- duğuna, bu payın karşılığı davalılar üzerinde pay olarak bulunduğu, ayrıca davacı bedeli de ödemediğine iddia ettiğine, ödenmeyen bedel kısmı var ise bu miktar depo ettirilerek bir karar verilmesi gerekeceğine nazaran aksine düşünce ile davanın reddi doğru görülmemiştir...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Ayrıca Bk. Yarg. 14. HD. 19.02.1989 günlü 1989/8189 E. ve 1989/1718 K. (İBD. 1990, 64. C, S. 4-5-6, s. 535-538).

<sup>404</sup> ERMAN, s. 171; Yarg. 14. HD. 05.07.1989 günlü 1989/3918 E. ve 1989/6607 K. (Yasa D., 1990, s. 10, s. 1420-1422).

<sup>405</sup> Yarg. HGK. 07.02.1989 günlü 1989/8219 E. ve 1989/1227 sayılı kararına göre: “... taşınmazla ilgili iki ayrı satış vaadi sözleşmesinin bulunması halinde, ilk sözleşmenin sonradan düzenlenen sözleşmeye tercihi gerekeceği, sonraki satış vaadi tapuya şerh edilmiş ve bu sözleşmeden doğan kişisel hak hukuken güçlendirilmiş olsa bile, bu hukuken güçlendirilmiş hakkın kendisinden sonra doğacak haklara karşı etkinlik kazanacağı ve daha önce doğan haklara etkinliği bulunmadığı ifade edilmiştir...” (İKİD., s. 7467).

taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, gerçek malik ile yapılmış bulunmaktadır. Böyle bir durumda tapuda adına yolsuz tescil bulunan kişiyle yapıldığından bahsedilemez. Bunun sonucu olarak da, arsa sahibi sözleşmeyi feshettiği takdirde ve müteahhide devrettiği arsa paylarını iptal edilerek kendi adına tescil talebinde bulunması halinde, şerh etkisini devam ettirecektir. Bu durumda satış vaadinden doğan kuvvetlendirilmiş şahsi hakkı olan mülkiyetin devrini, üçüncü kişi arsa sahibine karşı da ileri sürebilecektir<sup>406/407</sup>. Böyle bir durumda arsa sahibi, üçüncü kişinin arsa payının mülkiyetini kazanmasından dolayı uğradığı zararın tazminini müteahhitten talep edebilecektir. Bununla birlikte uygulamada genellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde başlangıçta müteahhide devredilen arsa payları üzerinde arsa sahibi lehine ipotek tesis edildiğinden dolayı arsa sahibi, bu ipotekten zararını tahsil edebilir<sup>408</sup>.

---

<sup>406</sup> Yargıtayın bu konuyla ilgili görüşü aksi yöndedir. Yarg. 14. HD. 05.12.1989 günlü 1989/5705 E. ve 1989/10388 sayılı kararına göre: "... arsa sahipleri... ile yüklenici yaptıkları inşaat sözleşmesi ile muayyen payın yükleniciye devredildiği... mahkemesinin... sayılı ilamı ile yüklenicinin işi bırakma durumunda olduğu ve edimini yerine getirmediği nedeniyle onun adına intikal ettirilen paya ilişkin tapunun iptali ile söz konusu payın arsa sahipleri adına tesciline karar verildiği saptandığına, bu durumda yüklenicinin kişisel hak kazandığından bahsedilemeyeceğine, onun halefi durumunda olan davacının, tescil davası dinlenemeyeceğine, adı geçenler arasında düzenlenen satış vaadi sözleşmesi arsa sahiplerini bağlamayacağına göre..." denilerek farklı sonuca varılmıştır. (Bu karar ve eleştirisi için Bk. SAÇAK, İrtifaklı Satış Vaadlerinde Yeni Gelişmeler, İBD., 1990, 64. C., S. 1-2, s.151 vd.).

<sup>407</sup> Yarg. 15. HD. 10.12.1990 günlü 1990/1315 E. ve 1990/5386 sayılı kararına göre: "... Müdahil Zahit Y. davalı yüklenici Şirketten alacaklı olduğunu ve şirket adına kayıtlı bulunan bağımsız bölümler üzerine haciz koydurduğunu ileri sürerek davaya katılmıştır. mahkemece yüklenici üzerindeki bağımsız bölümlerin tapularının iptali ile davacı Özel İdare adına tapuya tesciline ve tapu tescil aşamasında tapu kayıtları üzerindeki tüm mükellefiyetlerinde kaldırılmasına karar verilmiştir. Oysa müdahil Zahit Y. yukarıda da açıklandığı üzere yüklenici şirketten olan alacağı sebebiyet şirket adına kayıtlı bağımsız bölümler üzerine haciz şerhi koydurmuştur. Tapu üzerindeki tüm mükellefiyetlerin kaldırılmasına karar verilmekle müdahil Zahit Y.'in haciz şerhlerine de kaldırılmış olmaktadır. Bu durumun anılan müdahilin hukukuna müessir olduğu kuşkusuzdur. Açıklanan nedenlerle yüklenici davalının davacı özel idarenden alması gerekli miktar üzerine haciz konulmadan davalı yüklenici üzerindeki tapunun iptali ile tüm mükellefiyetlerin de kaldırılmasına karar verilmesi de yasaya aykırı olup bozma nedenidir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Yarg. 15. HD. 30.03.1998 günlü 1998/406 E. ve 1998/1259 sayılı kararına göre: "... Tapu kayıtlarının her türlü takyidattan arındırılmış olarak arsa sahiplerine iadesi gerekeceğinden, sözleşmenin feshi nedeniyle tekrar arsa sahiplerine dönen tapu kaydına, üçüncü kişiler tarafından koydurulan haciz şerhlerinin de kaldırılması gerekir. Tapu kayıtları üzerine, hacizlerden önce arsa sahipleri lehine birinci dereceden teminat ipoteği konulmuş olmasına göre, üçüncü kişilerin yasal açıdan iyiniyetli olduklarının kabulü mümkün değildir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>408</sup> ERMAN, s. 173.



### 8.3. ARSA PAYLARININ MÜTEAHHİDE DEVREDİLMEMİŞ OLMASI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhide düşecek olan bağımsız bölümleri arsa sahibi ile müteahhit kararlaştırmış olmalarına rağmen arsa sahibi, bu bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarını müteahhide henüz devretmemiş olabilir. Bu durum arsa sahibi lehinedir, çünkü arsa sahibinin arsa üzerindeki mülkiyeti devam etmektedir. Bu durum müteahhidin edimini yerine getirmesi bakımından daha avantajlıdır. Müteahhit finansal kaynak sağlamak amacıyla kendisine isabet edecek olan dairelere ilişkin arsa paylarını üçüncü kişilere satış vaad etmektedir. Müteahhitte üçüncü kişiler arasında yapılmış olan sözleşmenin hukuki niteliği, hem satım hem de eser yapımını kapsadığından bileşik bir sözleşmedir. Bu sözleşmeye dayanarak üçüncü kişi müteahhitten, satışın gerçekleşerek arsa payının mülkiyetinin devredilmesini talep edebileceği gibi aynı zamanda satışı vaad edilen bağımsız bölümün tamamlanmasını da talep edebilir<sup>409</sup>.

Burada üçüncü kişiyle arsa sahibi arasındaki ilişki üzerinde durmamız gerekmektedir. Satış vaadi sözleşmesi üçüncü kişiyle müteahhit arasında şahsi hak doğurmaktadır. Genel kurallar doğrultusunda arsa sahibi sözleşmenin tarafı olmadığı için üçüncü kişi bu şahsi hakkı arsa sahibine karşı ileri süremeyecektir. Ancak burada üçüncü kişiyle müteahhit arasında yapmış oldukları sözleşme aynı zamanda BK m. 162 vd. hükümleri doğrultusunda alacağın temlik niteliğindedir<sup>410</sup>. Müteahhit bu sözleşme ile üçüncü kişiye, arsa payı karşılığı inşaat

---

<sup>409</sup> ERMAN, s. 174.

<sup>410</sup> Yarg. 14. HD. 30.06.1987 günlü 1987/4792 E. ve 1987/5647 sayılı kararına göre: "... yüklenici edimini yerine getirdiğinde şahsi hak kazanır, bu hakkın alacaklının ( arsa sahibinin ) rıza ve muvafakatına gerek duymadan yazılı olmak koşulu ile Borçlar Yasasının 162 ve onu izleyen maddeleri uyarınca üçüncü kişilere temlik edebilir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Yarg. 14. HD. 25.04.1989 günlü 1989/1345 E. ve 1989/4288 sayılı kararına göre: "... inşaat sözleşmesinde öngörülen edimini yerine getirmek suretiyle kişisel hak kazanan yüklenicinin, bu hakkını davacıya temlik Borçlar Yasası'nın 162. ve onu izleyen maddeleri uyarınca hukuken geçerli olduğuna, yargılama sırasında yüklenici vekili davayı kabul ettiğine, kabul ise kesin bir hükmün hukuki sonucunu doğuracağına, bu durumda yüklenicinin halefi olan davacı A.K. temellük ettiği kişisel hakkı arsa sahibi F.A.'a karşı ileri sürebileceğine, diğer bir deyimle dava konusu 1. kat 4 no.lu daire ve daireye tekabül eden arsa payının adına tescilini isteyebileceğine, yükleniciye ait 1, 4 ve 9 no.lu daireler arsa sahibi adına kayıtlı bulunduğu, arsa sahibi F.A. ile yüklenici A.A. arasında alacak ve karşılık dava olarak 1, 4, 9 no.lu dairelerin yüklenici adına tescili hususunda Ankara 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1987/217 esasında kayıtlı dava var ise de, inkar tazminatı ve faizle birlikte 11.750.000.- liranın tahsili istendiğine ve bu isteği 1 ve 9 numaralı dairelerin bedelleri karşılayacağına, 1. kat 4 no.lu dairenin davacı adına tescili halinde arsa sahibinin hakkının zayıyından sözedilemeyeceğine, yüklenici kendisine bırakılan daireleri satabilmek amacı ile inşaat sözleşmesi düzenlendiğine, onun daire

sözleşmesinden kaynaklanan alacak hakkının bir kısmını temlik etmiş olur. Bunun sonucu olarak üçüncü kişi, müteahhidin arsa sahibinden olan alacağını temlik alacaklısı sıfatıyla doğrudan arsa sahibinden isteyebilir. Üçüncü kişi, arsa sahibinden alacaklarını alacağın temlikine dayanarak isteyeceğinden BK m. 163 uyarınca adi yazılı şekil şartına uyulmuş olması yeterlidir. Bu nedenle arsa sahibi, müteahhitle üçüncü kişi arasında yapılmış olan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şekil eksikliğine dayanarak geçersiz olduğunu ileri süremez<sup>411</sup>. Bununla birlikte müteahhitle arsa sahibi arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şekil yönünden eksikliği nedeniyle geçersiz ise ve müteahhit de geçersiz sözleşmeden doğan alacağını üçüncü kişiye temlik ettiği takdirde, arsa sahibi BK m. 167 uyarınca sözleşmedeki şekil eksikliğini müteahhide karşı ileri sürebileceği gibi üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilir<sup>412</sup>. Alacağın temlikli ivazlı olduğundan dolayı müteahhit, temlik tarihinde alacağın varlığını garanti etmiş sayılır (BK m. 169). Bundan dolayı BK m. 171/I uyarınca temlik alanın menfi zararını karşılamakla yükümlüdür. Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekil yönünden eksik olmasına rağmen müteahhit edimini yerine getirdiği takdirde artık arsa sahibi TMK m. 2/II uyarınca şekil eksikliğinden dolayı sözleşmenin geçersiz olduğunu hem müteahhide hem de alacağı temellük eden üçüncü kişiye karşı ileri süremeyecektir<sup>413</sup>.

---

satamayacağına ve iş bu davanın dinlenmeyeceğine dair savunmaya davanın niteliği ve açıklanan durum bakımından itibar edilemeyeceğine göre, davanın kabulü doğrudur...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Ayrıca Bk. Yarg. Yarg. YHGK. 20.03.1996 günlü 1996/76 E. ve 1996/195 K. (YASA, 1997, S. 2, s. 228-230); Yarg. 14. HD. 05.07.1989 günlü 1989/3918 E. ve 1989/6607 K. (YASA, 1990, S. 10, s. 1420-1421).

<sup>411</sup> Yarg. 15. HD. 22.06.1990 günlü 1990/2477 E. ve 1990/3059 sayılı kararına göre: “... gerçekte müteahhidin kat karşılığı yaptığı inşaattan, henüz tapusunu üzerine almadığı ve payına düşecek dairelerden birini satması; bir hakkın, diğer bir ifadeyle alacağın temlikli niteliğindedir. BK. 163 maddesine göre alacağın temlikli sözleşmeleri yazılı olması geçerlilik yönünden yeterlidir. O halde taraflar arasında sözleşmenin, bir hakkın temlikli yönünden geçerli ve hukuki sonuç doğurduğu gözetilmeden, akdin taşınmaz mal satışı şeklinde nitelendirilerek geçersizliğinin kabulü yanlıştır...” (YASA D., 1991, S. 1, s. 76-77); Yarg. 14. HD. 12.11.1985 günlü 1985/2713 E. ve 1985/7143 K. (İBD., s. 117-120); Yarg. 14. HD. 13.09.1988 günlü 1988/3849 E. ve 1988/5572 K. (YKD., 1983, S. 1, s. 87).

<sup>412</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 252; Yarg. 13. HD. 20.06.1977 günlü 1977/2036 E. ve 1977/3376 K. (YKD. 1978, S. 1, s. 78-79).

<sup>413</sup> ERMAN, s. 175-177; Yarg. 1. HD. 03.08.1989 günlü 1989/1154 E. ve 1989/4070 K. (Yasa. D., 1989, s. 1104); Yarg. 14. HD. 28.11.1986 günlü 1986/3901 E. ve 1986/4926 K. (Yasa D., 1987, s. 1613).

Temlik nedeniyle arsa paylarının kendi adına tescilini üçüncü kişi arsa sahibinden isteyebilir. Ama bunun için müteahhidin arsa sahibine karşı edimini yerine getirmiş olması gerekmektedir. Bunun sebebi, müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanarak arsa sahibinden arsa paylarının devrini istemesi şahsi bir hak olduğundan dolayı müteahhidin halefi olan üçüncü kişinin de talepte bulunabilmesi için müteahhidin edimini yerine getirmiş olması gerekir<sup>414</sup>. Müteahhit edimini yerine getirmediği takdirde arsa sahibi arsa paylarını devretmekten kaçınma hakkına sahiptir. Aynı şekilde üçüncü kişiye karşı da arsa paylarının tescilinden kaçınabilir. Bununla birlikte, müteahhidin yaptığı inşaatla eksiklikler olmakla birlikte bu eksiklikler arsa sahibi açısından tahammül edilebilir ölçüdeyse ve ayrıca müteahhitten bağımsız bölümü satın alan kişi veya kişiler bu eksiklikleri tamamlaması veya bedelini ödemeleri halinde, bu kişi veya kişilerin arsa sahibinden tescil talebi haklarının

---

<sup>414</sup> Yarg. 14. HD. 04.11.1993 günlü 1993/7851 E. ve 1993/8361 sayılı kararına göre: "... Eser sözleşmesinde yazılı edimlerinden ancak % 76'sını ifa ettiği bilirkişi raporu ile saptanan yüklenicinin, arsa sahibinden, kendisine düşen daireyi talep etme hakkının doğduğundan sözedilemez. Buna göre, yüklenicinin haklarını satış vaadi sözleşmesiyle temellük etmiş bulunan davacının da, temlik hükümlerine dayanarak arsa sahibinden tescil istemesi olanaklı değildir. Davacı payına düşen noksanlık parasının arsa sahibi adına yatırılması dahi sonucu etkilemez..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Yarg. 14. HD. 29.09.1992 günlü 1992/8962 E. ve 1992/8306 sayılı kararına göre: "...Kural olarak arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır. Yüklenici bu kişisel hakka dayanarak arsa sahibinden inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin mülkiyetlerinin adına nakledilmesini isteyebilir veyahut da Borçlar Yasasının 162 ve onu izleyen maddeleri hükmünce, yazılı olmak koşulu ile arsa sahibinin rıza ve muvafakatını almaya gerek görmeden sözkonusu kişisel hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Üçüncü kişi gerek akidi olan yükleniciye ve gerekse arsa sahibine karşı temellük ettiği kişisel hakkı ileri sürme olanağına sahiptir. Üçüncü kişi kendisine satılan bağımsız bölüm veya bölümlerin mülkiyetlerinin adına nakledilmesini isteyebilir. Davacı vekili, yüklenici Muzaffer'in arsa sahipleri ile kendisi arasında düzenlenen kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca 2832 ada 11 parsel sayılı taşınmazda yaptığı inşaatla ona isabet eden 16 nolu daireyi davacının satın aldığı ve satış bedelinin ödendiğini bildirerek mezkur dairenin müvekkili adına tescilini istemiştir. Dava konusu dairenin malikleri Ayşe, Muradiye ve İlkin'dir. Maliklerden İlkin'e de husumetin yönetilmesi zorunludur. Öte yandan, davaya dayanak yapılan kat karşılığı, inşaat ve daire satış sözleşmeleri, yasada öngörülen koşullara uygun biçimde düzenlenmişlerdir. Uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için, yukarıda açıklanan kural uyarınca, uzman bilirkişi aracılığıyla mahallen keşif yapılarak yüklenicinin inşaatı ne oranda yaptığının, çekişmeli daireyi satabilmek için kişisel hak kazanıp kazanmadığının ve dolayısıyla bu hakkın temlikinin mümkün olup olmadığının saptanması icabeder..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Ayrıca Bk. Yarg. HGK. 04.12.1991 günlü 1991/508 E. ve 1991/634 K. (İKİD., 1992, S. 379, s. 8865-8866).

bulduğunu kabul etmek gerekir. Böyle bir durumda eksikliğin giderilmesi veya miktarın depo edilmesi için BK m. 81 uyarınca temlik alan kişi veya kişilere süre verilir<sup>415</sup>.

## § 9. AYIP DIŞINDAKİ EKSİK İŞLER SORUNU

Eksik işler, teknik şartnamede belirtilmiş olan ya da belirtilmemekle birlikte vasat bir inşaatta olması gereken işlerin olmamasını ifade eder. Bu eksik işler, arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerde (kapıların, pencerelerin takılmaması) olacağı gibi ortak yerlerde de (merdiven korkuluklarının bulunmaması) olabilir. Arsa sahibi eksik işler bakımından kendisine ait bütün bağımsız bölümler yönünden müteahhitten talepte bulunabileceği gibi ortak alanlardaki eksiklikler bakımından kendi payı oranında talepte bulunabilir<sup>416</sup>. Arsa sahibinin müteahhitten talep edeceği miktar, eksikliklerin tamamlanması için gerekli olan meblağ ile uğranılan zarardır<sup>417</sup>. Arsa sahibi mülkiyeti üçüncü kişiye devretmiş olsa bile,

---

<sup>415</sup> Yarg. 14. HD. 16.03.1999 günlü 1999/88 E. ve 1999/2011 sayılı kararına göre: "... yüklenicinin noksan bıraktığı edimlerin tüm edimlerine olan oranının yüzde olarak belirlenmesi için rapor alınması, noksan bırakılan edimlerin pek cüz'i boyutta kaldığının anlaşılması halinde; bu noksanlıkların tamamlanması veya tutarının mahkemece gösterilecek yere yatırılması hususunda davacıya Borçlar Yasasının 81. maddesi uyarınca önel verilmesi, keza yüklenici tarafından yerine getirilmesi kabul edilmiş olan iskanla ilgili eksikliklerin de davacı tarafından karşılanması için uygun önel verilmesi, bu koşulların oluşumu halinde tescil isteğinin kabulü aksi takdirde reddi gerekmektedir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Ayrıca Bk. Yarg. 15. HD. 27.05.1991 günlü 1991/3093 E. ve 1991/5228 K. (KARATAŞ, s. 396-397).

<sup>416</sup> ERMAN, s. 183; Yarg. 15. HD. 23.01.1990 günlü 1990/2202 E. ve 1990/84 sayılı kararına göre: "... İnşaatın çatı kısmı ortak yerlerdendir. Böyle durumlarda davacı arsa sahibi ancak kendisine isabet eden bağımsız bölümlerin pay toplamı oranında ortak yerlerdeki eksiklikten dolayı istekte bulunabilir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı) ; Yarg. HGK. 25.11.1987 günlü 1987/290 E. ve 1987/865 sayılı kararına göre: "... Sözleşmeye göre davacıya isabet edecek bağımsız üç bölüm ve bir garaj ile ortak yerlerden bu bölümlere isabet edecek orandaki noksanlıkların dava tarihi itibariyle rayiç değerlerle bedeli bulunarak..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>417</sup> Yarg. HGK. 31.01.1979 günlü 1979/693 E. ve 1979/68 sayılı kararına göre: "... bilirkişi incelemesi yapılarak, eserdeki noksanlıkların dava tarihindeki piyasa rayiç fiyatlarına göre tesbit ettirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

eksik nedeniyle müteahhide karşı tazminat talebinde bulunabilir; çünkü, binadaki eksikliklerin satış bedelini olumsuz etkileyeceği ortadadır<sup>418</sup>.

## § 10. İLAVE İŞ VE İLAVE BAĞIMSIZ BÖLÜM YAPILMASI SORUNU

### 10.1. İLAVE İŞ

Müteahhit, sözleşmede belirtilen işler yanında bazı ilave işler yapmış olabilir. Bu ilave işler arsa sahibine ait bağımsız bölümlerde ya da binanın ortak alanlarında yapılmış olabilir. Ayrıca ilave işler arsa sahibinin onayıyla ya da bilgisi dışında yapılmış olabilir.

Yapılan ilave işlerin, arsa sahibinin bilgisi dahilinde yapılıp yapılmadığına göre ayırmak gerekir. Sözleşmede herhangi bir hüküm olmamakla birlikte ilave iş arsa sahibinin bilgisi dahilinde yapılmışsa; burada bedeli daha önce kararlaştırılmamış istisna sözleşmesinin bulunduğundan bahsetmek gerekir. Böyle bir durumda, BK m. 366 hükmü çerçevesinde bedel, “yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre” belirlenmelidir<sup>419</sup>. Şayet yapılan ilave işler arsa sahibinin rızası dışında yapılmışsa bu durumda olaya vekaletsiz iş görme hükümlerini uygulamak gerekir. Bu durumun sonucu olarak müteahhit, faydalı ve zorunlu masrafları talep edebilir<sup>420</sup>.

Eksik işlerde olduğu gibi ilave işler de ortak alanlara ait ise müteahhit, arsa sahibinin payı oranında arsa sahibinden talep edebilecektir. Bununla birlikte ilave işler nedeniyle

---

<sup>418</sup> ERMAN, s. 184; Yarg. 15. HD. 24.02.1988 günlü 1988/2511 E. ve 1988/728 sayılı kararına göre: “... kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahiplerine isabet eden bağımsız bölümlerden herhangi birisinin eksik şekilde başkasına satış veya devri, eksik iş bedelinin ödetilmesini engelleyen bir işlem değildir...” (YKD. 1988, S. 7, s. 966).

<sup>419</sup> Yarg. 15. HD. 15.02.1994 günlü 1993/2658 E. ve 1994/791 sayılı kararına göre: “... Fazladan yapılan işler için geçen süre, kira parasına esas alınan gecikme süresinden düşürülür...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>420</sup> ERMAN, s. 184-185; Yarg. 15. HD. 12.05.1994 günlü 1994/545 E. ve 1994/3093 sayılı kararına göre: “... Sözleşme dışı işlerin zaruri olması halinde, yüklenicinin alacağı; vekaletsiz iş görme hükümlerine göre belirleneceğinden, işlerin yapıldığı tarihteki rayiç nazara alınır...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

müteahhide ait olacak bağımsız bölümlerde de aynı oranda değer artışı meydana gelmiş ise, müteahhit ilave işler nedeniyle arsa sahibinden talepte bulunma hakkına sahip olamaz<sup>421</sup>.

Gerek ilave işler gerekse ilave bağımsız bölüm yapılması için gerekli olan sürenin sözleşmedeki inşaat süresine eklenmesi gerekir ve gecikme tazminatının hesaplanmasında göz önünde tutulması gerekir<sup>422</sup>.

Müteahhit fazla işlerin karşılığını, arsa sahibi tarafından açılmış olan bir davada takas ya da mahsup şeklinde ileri sürebileceği gibi ayrı bir dava ile de talep edebilir<sup>423</sup>.

## 10.2. İLAVE BAĞIMSIZ BÖLÜM

İnşaat devam ederken imar durumunda meydana gelen değişikliklerden dolayı müteahhidin, binaya bağımsız bölümler yapma imkanı çıkmış olabilir. Uygulamada genellikle, taraflar kendi aralarında yapmış oldukları sözleşmeyle ilave bağımsız bölümlerin hangi esasa tabi olacağını belirlerler. Böyle bir durumda sözleşme hükümleri uygulanacaktır<sup>424</sup>.

---

<sup>421</sup> Yarg. 15. HD. 16.01.2002 günlü 2002/4034 E. ve 2002/105 sayılı kararına göre: "... yüklenicinin fazla diye nitelendirdiği iş sonucunda, yükleniciye isabet eden bölümler de değer kazandığından, yüklenicinin fazla işe ilişkin ücret isteminin reddi gerekir..." (İst. Barosu D., 2002, S. 3, s. 846).

<sup>422</sup> ERMAN, s. 186; Yarg. 15. HD. 19.03.1998 günlü 1998/62 E. ve 1998/1076 sayılı kararına göre: "... inşaatın teslim süresi sözleşmede yapılacak işlere göre değerlendirilerek başlangıçta belirlenir. Dava konusu olayda sözleşme dışında birtakım işlerin yapıldığı ve ilave kat inşaa olduğu saptanmıştır. Bu durumda fazladan yapılan işlerin inşaat süresine etkisinin gecikme zararının hesabında göz önünde bulundurulması icap eder..." (KARATAŞ, s. 145).

<sup>423</sup> Yarg. 15. HD. 15.11.1990 günlü 1990/1643 E. ve 1990/4806 sayılı kararına göre: "... Taraflar arasındaki uyumsuzluk arsa karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davalılar sözleşme dışı olarak fazla iş yaptıklarını ve yaptıkları bu fazla işin bedeli olan 1.533.400 TL'nin mahsubuna da istemişlerdir. Mahsup talebi itiraz niteliğinde olup, davanın her safhasında ileri sürülebileceği gibi hakim de görevi gereği her zaman gözönünde bulundurmak zorundadır..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>424</sup> Yarg. 15. HD. 24.01.1996 günlü 1995/7011 E. ve 1996/312 sayılı kararına göre: "... sonradan gerçekleştirilen proje değişikliği ile bağımsız bölüm adedinin artırıldığı anlaşılmaktadır. Böyle bir durumu önceden öngören taraflar, sözleşmelerinin 9. maddesinde ilave inşaat halinde objektif kıstaslar dairesinde ve yeni inşaat ruhsat tarihine göre yeni bir süre belirlemeyi kabul etmişlerdir... Gecikme tazminatının hesabında, ilave işlerin nazara alınarak yeni bir teslim tarihinin belirlenmesi gerekmektedir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

Sözleşmede hüküm açık değilse, sözleşme hükmünün yorumlanması ve tarafların gerçek amacının araştırılması gerekir. Erman'a göre<sup>425</sup>, örneğin, sözleşmede "binada ilave kat çıkma imkanı doğarsa..." şeklindeki bir hükmün sadece ilave kat çıkmak için değil aynı zamanda bağımsız bölümlerdeki ilave işler yönünden değişiklikler için de uygulanması gerekmektedir<sup>426</sup>.

Sözleşmede ilave bağımsız bölüm hakkında bir hüküm bulunmadığı takdirde, yapılan bağımsız bölüm arsa payları oranında arsa sahibi ve müteahhide aittir<sup>427</sup>.

İmar durumundan dolayı sözleşmede belirtilen büyüklükte bir inşaatın yapılması uygun olmadığı hallerde, kat sayısının ve buna bağlı olarak bağımsız bölüm sayısının azalması halinde arsa sahibi payında oluşan eksiklikten dolayı müteahhidi sorumlu tutamaz. Böyle bir durumda taraflar sözleşmedeki paylaşım adedine göre azalan bağımsız bölümleri yüklenirler<sup>428</sup>.

---

<sup>425</sup> ERMAN, s. 187-188.

<sup>426</sup> Yarg. 15. HD. 12.12.1990 günlü 1990/5347 E. ve 1990/5455 sayılı kararına göre: "... davalı yüklenicinin, zemin ve üzerinde dört kat olarak yapacağı inşaatın iki katının arsa sahiplerine ve diğer kalan bağımsız bölümlerin de müteahhide ait olacağı kararlaştırılmış ve sözleşmenin 5. maddesinde ise, "inşaatın zemin hariç dört kattan fazla yapıldığı takdirde, arsa sahibi yapılacak olan kısımlardan gayrimenkuldeki hissesi nisbetinde hak sahibi olacaktır" hükmü yer almıştır... tarafından zemin altındaki iki bodrum katı da ihtiva eder şekilde çizdirilen ve 27.5.1987 tarihinde onaylanan projeye göre yapılan inşaatın sözleşme dışı kazanılan iki bodrum katın müteahhitçe haricen üçüncü kişilere satıldığı anlaşılmaktadır... Sözleşme anında projesi henüz çizilmemiş olan inşaatın bir zemin ve dört normal kat halinde yapılması düşünülerek bağımsız bölümlerin sözleşmedeki gibi paylaşımları kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin 5. maddesindeki hükmün yalnız zemin üstündeki kat artışında uygulanacağı ve zemin altında kazanılacak bodrum katlarını kapsamayacağı şeklinde yorumlamak, tarafların gerçek amaçlarına aykırı düşer..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Yarg. 15. HD. 16.12.1991 günlü 1991/2759 E. ve 1991/6017 sayılı kararına göre: "... sözleşmenin 2. maddesinde, ekli plan ve krokisine uygun olarak inşaa edilecek apartmanın bağımsız bölümlerinin taksimi dışında 11. madde uyarınca fazla kat yapılması halinde bu katın % 40'ının arsa sahibine ait olacağı kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin eki basit krokide 1 adet bodrum kat yapılacağı belirtilmiştir. Oysa, onaylanmış projeye göre inşaatın iki bodrum kat yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, sözleşmenin 11. maddesine göre sözleşme dışı olarak yapılan ikinci bodrum katın arsa payına göre % 40'ının davacıya ait olması gerekir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>427</sup> ERMAN, s. 188; Bkz. Yarg. 15. HD. 21.02.1989 günlü 1989/2224 E. ve 1989/709 K. (KOSTAKOĞLU, s. 751); Yarg. 15. HD. 13.11.1989 günlü 1989/594 E. ve 1989/4768 K. (YASA D., 1990, S. 11, s. 1561-1562); Yarg. 15. HD. 11.04.1989 günlü 1989/3527 E. ve 1989/1886 K. (YASA D., 1990, S. 2, s. 252-255).

<sup>428</sup> Bkz. Yarg. 15. HD. 15.12.1988 günlü 1988/1736 E. ve 1988/4360 K. ((KOSTAKOĞLU, s. 751-752).

İlave işlerin imar durumuna uygun olarak ve sözleşmede belirtilen projeye uygun bir şekilde yapılması gerekir. Aksi takdirde kaçak inşaat sözkonusu olur ve arsa sahibi bu ilave katın yıkılarak projeye uygun bir şekilde yapılmasını talep edebilir. Kaçak ve ruhsata aykırı bağımsız bölümler bakımından, ne arsa sahibi eksik ve ayıplı işler bedelini ne de müteahhit fazla işler bedelini talep edebilir. Ayrıca, bu yerlere ilişkin olarak tescil veya mülkiyetin tespiti davaları da açılmaz. Böyle bir durumda arsa sahibi, yıkım dışında gecikmeden dolayı gecikme cezasını talep edebilir<sup>429</sup>.

İmar durumunun ilave kat yapmaya elverişli olması durumunda sözleşmede de böyle bir durumda arsa sahibinin proje değişikliği için gerekli işlemi yapması öngörülmüşse, arsa sahibinin bu işlemlerden kaçınması sözleşmeye aykırılık teşkil eder. Sözleşmede açık bir hüküm olmamakla birlikte, ilave kat yapılması halinde taraflar sözleşmede nasıl paylaşacaklarını kararlaştırmışlarsa, bu durumda da imar durumunun elverişli olması halinde arsa sahibinin ilave kat yapılması konusunda proje değişikliği için onay vermesi gerekir. Buna karşılık imar durumunun uygun olmasıyla birlikte taraflar sözleşmede ilave kat yapımı konusunda hiçbir hüküm koymamışlarsa, istenen proje değişikliğini de arsa sahibinin yapmaması ya da müteahhide gerekli vekaleti vermemesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. Kanaatimizce, arsa sahibinin haklı sayılabilecek bir menfaatinin bulunması halinde dürüstlük kuralına aykırı davrandığından söz edilemez. Örneğin, sözleşmede arka arkaya bulunan iki bloktan öndekinin 4, arkadakinin ise 6 katlı olacağı kararlaştırılmışsa ve arsa sahibi arkadaki bloktan 5. ve 6. kata sahipse, imar durumuna göre öndeki blok 6 katlı olabilmesine rağmen arsa sahibine ait katlardan deniz manzarasının görülmesi engelleneceği için arsa sahibi ilave katların yapılmasına izin vermeyebilir. Bu durumda yapılacak iki katın arsa sahibine yarar sağlamasının da sonuca bir etkisi olmayacaktır. Buna karşılık, arsa

<sup>429</sup> ERMAN, s. 190; Yarg. 15. HD.11.04.2001 günlü 2001/5678 E. ve 2001/1870 sayılı kararına göre: "... Yanlar arasındaki sözleşmesinin 3. maddesinde de taraflar açıkca "... binanın bazı katları ve kısımlarının kaçak olacağını..." kabul etmiştir... Taraflar başlangıçtaki sözleşmeleriyle binanın kamu düzenine ilişkin hükümlere aykırı olarak kaçak yapılacağını kabul ettiğinden yapımı imar suçu teşkil eden bu yerde kal dışında somut olayda olduğu gibi gecikme tazminatı dahil herhangi bir talepte bulunamazlar..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); 15. HD. 15.04.2002 günlü 2001/5904 E. ve 2002/1828 sayılı kararına göre: "... Yapılan düzenleme şeklindeki 5.4.1996 tarihli sözleşmenin geçerliliği tartışmasızdır. Bilirkişi raporuna göre de yapının ruhsatsız ve projersiz - kaçak - olduğu ortadadır. Gerçekten, mahkemenin de kabul ettiği üzere her türlü inşaat yapımının ilgili merciin vereceği ruhsata tabi bulunduğu, 3194 Sayılı İmar Yasasının kamu düzenine ilişkin olduğu açıktır. Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, bu tür yapılarda kamu düzenine ilişkin imar yasasına aykırılık nedeniyle sadece yıkım istenebileceğinden, eksik işler, nefaset vs. talepler ileri sürülemezse de sırf sözleşme geçerli olduğundan ve inşaatın süresinde teslim edilmemesinden ötürü gecikme tazminatı "kira kaybı zararı" talep edilebilir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).



sahibinin ilave kat yapımına izin vermemesinde bir menfaati yoksa ya da fazladan çıkar sağlamaya çalışıyorsa bu durumda dürüstlük kuralına aykırılıktan söz edilebilir. Örneğin, arsa sahibi üst katta oturmak istiyorsa ve yapılacak ilave kata yerleşecek kişilerin çıkartabilecekleri muhtemel gürültüden dolayı ilave katın yapılmasına izin vermemesinde arsa sahibinin haklı sayılabilecek bir çıkarı olduğundan bahsedilemez<sup>430</sup>.

Kat irtifakına geçilmiş olan bir binada, sonradan ortak alanın bağımsız bölüm haline getirilmesi için tadilat projesinin yapılması, buna bağlı olarak da kat irtifakının düzeltilmesi gereken durumlarda arsa sahibi ve müteahhidin dışında kat maliklerinin de rızası ve onayının alınması zorunludur<sup>431</sup>.

---

<sup>430</sup> ERMAN, s. 191.

<sup>431</sup> ERMAN, s. 192; Yarg. 14. HD. 26.01.1988 günlü 1987/860 E. ve 1988/558 sayılı kararına göre: "... 9.9.1983 günlü projeye istinaden söz konusu taşınmazda kat irtifakının kurulduğu, yüklenici ve arsa sahibinin kendilerine isabet eden dükkân ve daireleri sattıkları, yalnız 23 no'lu dükkânın ( H.A. ) adına kayıtlı durduğu, yüklenici ( C.T. )'ın 27.12.1982 günlü harici sözleşme ile kendisine isabet eden dükkânın bodrumunu ( M.A. )'a sattığı, satış bedelini aldığı, bu yerin davacı ( M.A. ) tarafından kullanıldığı ve bağımsız bölüm olarak tescilinin mümkün bulunmadığı; 6.12.1984 günlü tadilat projesi uyarınca binada değişiklik yapıldığı, bu değişiklikten ötürü arsa sahibinin yerinden 12,04 metrekare ve ortak yerlerden 13,68 metrekare olmak üzere toplam 25,72 metrekarelik kısmı yüklenicinin kendi yerine kattığı, arsa sahibi ve diğer kat maliklerinin yerleri küçüldüğü, vaki değişiklikten ötürü 6.12.1984 günlü tadilat projesine uygun biçimde kat irtifakının düzeltilmesi gerektiği dosya kapsamı, mahallen yapılan keşif ve uygulama, tanık sözleri ve uzman bilirkişi kurulu raporundan anlaşılmıştır. Dava konusu bodrumun davacı adına tescil edilebilmesi ve bağımsız bölüm haline getirilmesi; 6.12.1984 günlü tadilat projesine binaen binada yapılan değişiklikle yüklenicinin yerine 25,72 metrekare yer katılması, bu yüzden arsa sahibi ve diğer kat maliklerinin arsa paylarının küçülmesi karşısında, 6.12.1984 günlü tadilat projesine uygun biçimde kat irtifakının düzeltilmesi gerektiğine, bu işlerin yapılabilmesi için tüm kat maliklerinin katılması, onların rıza ve muvafakatlari alınması ile mümkün olacağına göre..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Yarg. 14. HD. 15.11.1991 günlü 1991/4985 E. ve 1991/9928 sayılı kararına göre: "...Hangi şahsi hakların tapu siciline şerh edilebileceği MK.nun 919. maddesinde gösterilmiş olup davacı böyle bir hakka dayanmadığından ilave kat için şerh verilmesine olanak bulunmamaktadır... ilave kat için pay verilmesi isteğine gelince, bu ancak 2981 sayılı Kanunun 3290 sayılı Kanunla 16. maddenin sonuna eklenen fıkrada belirtillen davaya konu olabilir..." (YKD., 1992, S.2 , s. 241-243).

## § 11. ESER SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN BAZI HÜKÜMLERİN ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNE UYGULANMASI SORUNU

### 11.1. BK m. 365/II HÜKMÜNÜN UYGULANMASI SORUNU

BK m. 365/II'ye göre, “Fakat evvelce tahmin olunamıyan veya tahmin olunup ta iki tarafça nazara alınmıyan haller işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkal ederse hakim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya tekarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyleyler.” Burdanda anlaşılacağı üzere, BK m. 365/II götürü ücret kararlaştırılan istisna sözleşmelerinde, beklenmeyen bir durum karşısında müteahhide, ücret arttırılması veya sözleşmenin feshi imkanını vermektedir<sup>432</sup>.

BK m. 365/II hükmünün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulanması üzerinde durmak gerekir. Para yerine başka bir şey veya başka bir eser kabul edildiği takdirde ücretin, götürü ücret olarak tespit edildiği kabul edilmektedir<sup>433</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin, yapmış olduğu inşaat karşılığı alacağı da, arsa payıdır. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin alacağının götürü ücretli olarak hesaplandığını kabul etmek gerekir<sup>434</sup>.

Erman'a göre, ülkemizde her geçem gün arsa ve dairelerin fiyatları arttığı için, malzeme ve işçilik fiyatlarında beklenilmeyen aşırı artıştan dolayı müteahhit, BK m. 365/II'ye dayanarak sözleşmenin feshine veya ücret arttırımına gidemeyecektir. Bununla birlikte, müteahhidin maliyetinde çok büyük artış olmasına rağmen taşınmazın değeri hiç artmamış veya maliyet artışına oranla önemsiz bir artış olmuşsa, istisnai olarak BK m. 365/II'nin

<sup>432</sup> Ayrıntılı bilgi için Bk. ERMAN, İstisna; Yarg. 15. HD. 09.03.1997 günlü 1997/6881 E. ve 1997/1483 K (YASA, 1998, S. 12, s. 1724-725); Yarg. 15. HD. 19.04.1996 günlü 1996/498 E. ve 1996/2247 K. (YASA, 1996, S. 10, s. 21702-1705).

<sup>433</sup> ERMAN, s. 63; TANDOĞAN, s. 234-235; YAVUZ, s. 519.

<sup>434</sup> YAVUZ, s. 519; AYAZLI, s. 47; ÖZ, s. 70; Yarg. 15. HD. 01.02.1994 günlü 1994/1084 E. ve 1994/472 sayılı kararna göre: “... Eser sözleşmesinde; arsa sahibi, yükleniciye,arsadaki tapu payını devretmeyi; yüklenici de, buna karşılık, daireler vermeyi kararlaştırmışlarsa arsa payı olarak ödenen bedel götürüdür.Götürü bedele,katma değer vergisi de dahildir.Yüklenici, bağımsız bölümler için tahakkuk ettirilen katma değer vergisinden dolayı,arsa sahibinden hak talep edemez...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Ayrıca Bk. Yarg. 15. HD. 12.11.2002 günlü 2002/4166 E. ve 2002/5092 K. (KARATAŞ, s. 222).

uygulanabileceğini ileri sürmüştür. Buna karşılık, maliyet değerinde bir artış olmamasına rağmen taşınmazın değeri azaldığı takdirde yine BK m. 365/II hükmünün uygulanması da oldukça zordur<sup>435</sup>. Çünkü böyle bir durumda hem müteahhidin hem de arsa sahibinin bağımsız bölümlerinde aynı oranda azalma meydana gelmektedir. BK m. 365/II karşı edimde meydana gelen değer azalmasını kapsamamaktadır, sadece işin daha fazla emek veya masraf getirmesi halinde müteahhide belli imkanlar sağlamaktadır<sup>436</sup>.

Bununla birlikte istisna sözleşmelerinde yaklaşık bedel için uygulanabilen BK m. 367 hükmü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için uygulanmaz. Çünkü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa payları işin bedeli olduğundan, bedel götürü olarak saptanmıştır.

## 11.2. BK m. 369 HÜKMÜNÜN UYGULANMASI SORUNU

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin BK m. 369 uyarınca sözleşmeyi feshedip edemeyeceği meselesidir.

BK m. 369'a göre, "Yapılan şey bitmezden evvel iş sahibi yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve müteahhidin zarar ve ziyanını baliğan mabelağ tazmin etmek şartıyla mukaveleyi feshedebilir."

Bu maddeden de anlaşılacağı üzere iş sahibi, eserin tamamlanmasından önce müteahhide tam tazminat ödemek şartıyla, hiç bir sebep göstermeksizin sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir.

Doktrinde BK m. 369 hükmünün getiriliş sebebini açıklayan iki ayrı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, iş, iş sahibi yararına gerçekleştirildiği için, iş sahibi dilediği zaman faaliyetin yürütülmesinden vazgeçebilecektir. Bu nedenle eserin hazırlanması müteahhit bakımından bir hak değil bir borç oluşturmaktadır<sup>437</sup>. Diğer görüşe göre ise, eser sözleşmesi güvene dayanmaktadır. Bundan dolayı iş sahibi ne sebeple olursa olsun

---

<sup>435</sup> ERMAN, s. 193-194.

<sup>436</sup> Yarg. 15. HD. 14.01.1999 günlü 1999/4258 E. ve 1999/76 K (KARATAŞ, s. 198).

<sup>437</sup> TANDOĞAN, s. 343; OSER/ SCHÖNENBERGER, Art, 377, Nr. 1; BECKER, Art, 377, Nr. 1 (Nakleden TANDOĞAN, s. 343); TUNÇOMAĞ, s. 1090.

müteahhide güven duymadığı takdirde, müteahhitle arasındaki ilişkiyi sona erdirebileceğini<sup>438</sup> savunmuşlardır.

İstisna sözleşmesindeki bu durumun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için de geçerli olduğu savunulamaz. Çünkü, inşaatın tamamlanmasında sadece arsa sahibinin değil aynı zamanda müteahhidin de menfaati bulunmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri daha önceki bölümlerde belirttiğimiz üzere karma nitelikli bir sözleşmedir. Karma sözleşmelere, bu sözleşmeleyi oluşturan sözleşmelerin hükümleri kıyas yoluyla uygulanırlar.

Arsa sahibi BK m. 369 hükmüne dayanarak sözleşmeyi feshetmek ister ve müteahhit de bunu kabul ederse, BK m. 369'un sonuçları uygulanır. Bu durumda arsa sahibinin yapacağı fesih bildirimini, müteahhidin kabulüne bağlı olan bir teklif niteliğini taşımaları ve sözleşmenin sona erdirilmesine yönelik olmalıdır<sup>439</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde BK m. 369 hükmü uygulandığı takdirde, arsa sahibi fesih anına kadar müteahhit tarafından yapılmış olan inşaatın karşılığında, inşaatla orantılı olarak müteahhide arsa paylarını devredebilir. Ayrıca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca arsa sahibinin, müteahhide devretmesi gereken geri kalan arsa paylarından, müteahhidin yapmamış olduğu kısımlara ilişkin masraflar düşüldükten sonra<sup>440</sup>

---

<sup>438</sup> ÖZ, s. 139; YAVUZ, s. 526.

<sup>439</sup> ERMAN, s. 197.

<sup>440</sup> Yarg. 15. HD. 16.10.1989 günlü 1989/1623 E. ve 1989/4247 sayılı kararına göre: "... Davalılar, yapımca başlamadan önce sözleşmeyi bozduklarından toplama sistemi uygulanarak davacıların olumlu ve olumsuz zararlarının ödetilmesi gerekir. Toplama sisteminde uygulanacak usulde, yüklenicilerin bozma anına kadar kar unsuru hariç olmak üzere yaptıkları gerçek giderlere eser bitmiş olsaydı sağlayabilecekleri net kar eklenerek zararın saptanması gerekir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Yarg. 15. HD. 20.05.2002 günlü 2002/1274 E. ve 2002/2629 sayılı kararına göre: "... dava, haksız fesih nedeniyle davacının uğradığı zararın ve mahrum kaldığı karın tahsili istemiyle açılmıştır. Mahkemece bilirkişiler tarafından hesaplanan kar mahrumiyeti karar altına alınmıştır. Kar mahrumiyetinin hesabında BK.nun 325.maddesinin dikkate alınmadığı belirlenmiştir. Kar mahrumiyetinin hesabında, yüklenicinin işin tamamlanmaması dolayısıyla sağladığı tasarrufun, başka bir iş almışsa oradan elde ettiği karın veya böyle bir iş bulmaktan kasten kaçınırsa kazanacağı miktarın düşülmesi zorunludur..." (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Yarg. 15. HD. 23.06.1994 günlü 1994/5225 E. ve 1996/4242 sayılı kararına göre: "... Toplanan kayıtlardan davalı tarafın sözleşmeyi haksız olarak feshettiği, böylece davacının kar mahrumiyeti istiyebileceği sonucuna varılmıştır. Somut olayda kar mahrumiyeti hesabının hangi yöntemle yapılacağı hususu önem kazanmaktadır. Davalı yanın sözleşmeyi BK.nun 369. maddedeki yazılı koşullar gereğince feshedilmediği

elde edilecek kar tazminatı yine arsa payı olarak müteahhide verilebilir. Bu durumda biri orantılı bedel diğeri ise tazminat şeklinde iki ayrı arsa payı toplamı müteahhide verilmektedir. Bu da aynen tazmin sonucunu doğurmaktadır<sup>441</sup>. Müteahhidin razı olması durumunda, Yargıtay herhangi bir ayırım yapmaksızın BK m. 369 uyarınca arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdireceğini kabul etmektedir ve sadece nakden tazmine hükmetmektedir<sup>442</sup>.

---

anlaşıldığından, kar mahrumiyeti hesabının BK.nun 325. maddesindeki kesinti yöntemine göre yapılması gerekmektedir...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

<sup>441</sup> ÖZ, s. 149.

<sup>442</sup> ERMAN, s. 198; Yarg. 15. HD. 02.04.1998 günlü 1998/833 E. ve 1998/1348 sayılı kararına göre: “... BK. nun 369 maddesine göre arsa sahibi ..... Eser sözleşmesinde, inşaatın ruhsat tarihinden itibaren belirli bir sürede bitirileceği öngörülmüş olmasına rağmen projenin ne kadar sürede çizilip onaylanacağı belirlenmemişse, uygun bir süre tayin edilerek feshin ihbarı gerekir. Böyle bir ihbar yapılmaksızın sözleşme feshedilirse, yüklenicinin kar mahrumiyeti, kesinti yöntemine göre hesaplanmalıdır. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla gerektirici nedenlere ve kanıtların taktirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, özellikle taraflar arasındaki 26.4.1991 tarihli sözleşmeye göre, inşaatın ruhsat tarihinden itibaren 20 ay içerisinde yapılıp bitirilmesi öngörülmüş olup, projenin ne kadar sürede çizilip onaylanacağı konusunda önceden belirlenmiş kesin bir süre bulunmamasına, bu nedenle burada BK.nun 107. madde hükmünün uygulanmayacağına, ancak BK.nun 106. maddesi gereğince uygun bir süre tayin edilerek feshin ihbar edilmesi ve bu süre sonunda sözleşmenin feshedilebileceğine davalı arsa sahibinin buna rağmen herhangi bir süre vermeden 7.10.1991 tarihinde sözleşmeyi feshetmek istemesine ve daha sonra yükleniciyi azletmesine, bu nedenle fesihte haklı sayılamayacaktır.. Taraflar arasındaki uyuşmazlık eser sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Toplanan kayıtlardan davalı tarafın sözleşmeyi haksız olarak feshettiği, böylece davacının kar mahrumiyeti istiyebileceği sonucuna varılmıştır. Somut olayda kar mahrumiyeti hesabının hangi yöntemle yapılacağı hususu önem kazanmaktadır. Davalı yanın sözleşmeyi BK.nun 369. maddedeki yazılı koşullar gereğince feshedilmediği anlaşıldığından, kar mahrumiyeti hesabının BK.nun 325. maddesindeki kesinti yöntemine göre yapılması gerekmektedir. Bu maddedeki yöntemine göre, eserin bedelinden, yüklenicinin işi tamamlamaması dolayısıyla sağladığı tasarruf (örneğin, malzeme ve personel giderlerinden tasarruf ettiği miktar) ile, boş kalması sonucu başka bir iş bularak elde ettiği kar ve böyle bir iş bulmaktan kasten kaçınmışsa kazanacağı miktar toplamları düşülerek, yüklenicinin iş sahibinden isteyeceği ödence miktarının ortaya çıkarılması gerekmektedir. Oysa mahkemece bu yöntemine uyulmayarak yapılan hesaplama sonucu çıkan kar mahrumiyetine istekle bağlı kalınarak karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı); Yarg. 15. HD. 08.10.1998 günlü 1998/2263 E. ve 1998/3752 sayılı kararına göre: “... Ancak, Borçlar Kanunu'nun 369. maddesine göre, iş sahibi, yapılan şey bitmezden önce, yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve yüklenicinin tüm zararını baligan mabelag (bol bol, ferah ferah) tazmin etmek koşuluyla, arsa payı karşılığı dahi olsa ve karşı taraf karşı çıksa dahi, sözleşmeyi ileriye etkili (ex nunc) biçimde feshedebilir. Bunun için mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Zira, BK.nun 369. maddesi, iş sahibine bu hususta özel bir hak tanımıştır. İş sahibinin haklı olup olmadığı, açılacak baligan mabelag "Tazminat" davasında tartışılmaz, yüklenicinin tüm zararı "Toplama yöntemi"ne göre hesaplanarak, hüküm altına alınır. Burada önemli olan, feshin BK.nun 369. maddesine dayanılarak yapılıp yapılmadığının

## § 12. SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hukuki niteliği bakımından karma bir sözleşmedir. Müteahhidin borcunu yerine getirmesi yani binayı yapıp arsa sahibine teslim etmesi istisna sözleşmesi; buna karşılık, arsa sahibinin borcunu yerine getirmesi, yani arsanın kararlaştırılan paylarını müteahhide devretmesi satım sözleşmesi niteliğindedir. Eser sözleşmesi resmi şekle tabi değilken, satım sözleşmesi resmi şekle tabidir. Yani taraflardan birinin (arsa sahibinin) edimi resmi şekle tabi iken, diğerinin (müteahhidin) edimi resmi şekle tabi değildir. Her ne kadar eser sözleşmesinde şekil serbestisi söz konusu olsa da, arsa sahibinin borcunu yerine getirebilmesi için arsa paylarının mülkiyetinin devri gerektiğinden dolayı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerekir. Nitekim Yargıtay kararlarında da, taraflardan birinin ediminin resmi şekle tabi olduğu durumlarda, sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Sözleşmelerin özelliklerini incelediğimizde aslında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin istisna sözleşmesinin ve satım sözleşmesinin niteliklerini taşımakla birlikte, aslında tam bir istisna sözleşmesi ve satım sözleşmesi olmadığını görmekteyiz. Çünkü müteahhit yapılan iş karşılığında ücret değil arsa payının devrini istemektedir, bu nedenle istisna sözleşmesinin niteliğini taşımamaktadır. Diğer taraftan arsa payının devri sözleşmesi bir meblağ karşılığında yapılmadığı için satım sözleşmesi olarak da nitelendirilemez. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların karşılıklı edimleri bakımından karma bir sözleşme meydana gelmiştir. Yargıtay kararlarında da çift tipli sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Teoride karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde yaratma (kıyas) teorisi kabul edilmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için taşınmaz satımı ile istisna sözleşmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanabilecektir. Hükümlerin uygulanmasında çatışma olduğu zaman, tarafların sözleşmedeki amaçları ve tarafların menfaatleri göz önüne alınarak hakkaniyet çerçevesinde karar verilecektir. Şayet bir sonuç elde edilemezse örf ve adet hukukuna

---

tesbitidir. Bunun için iş sahibinin iradesine bakılır ve o irade yorumlanır. İş sahibi, hiçbir neden yokken ve hiçbir neden göstermeden, gördüğü lüzum üzerine sözleşmeyi feshederse BK.nun 369. maddesindeki fesih koşullarının varlığı söz konusu olabilir. İş sahibi eğer bir nedene dayanarak fesih iradesini açığa vurmuşsa, anılan madde hükmü uygulanamaz, fesihte haklı olup olmadığı tartışılır...” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı).

başvurulacak, bundan da bir sonuç elde edilemediği takdirde hakim TMK m. 1'e göre hukuk kuralı yaratacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri şekle uyulmadan yapıldıkları takdirde kural olarak geçersiz olurlar. Sözleşmenin geçersizliği durumunda taraflar sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde verdiklerini isteyebilirler.

Doktrinde çok taraf toplamış bir görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ani edimli sözleşmelerdir. Ani edimli borç ilişkilerinde edimin ifasıyla borcun sona ermesi aynı anda gerçekleşmektedir. Alacaklı ifaya ilişkin menfaatini borcun sona ermesi anında sağlar. Bizim katıldığımız görüşe göre ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi doğuran edimlerdir. Müteahhidin uzun süren edimlerini hazırlayıcı faaliyet olarak görmenin doğru olmayacağını düşünüyoruz. Çünkü taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi bulunmakta ve borçlar da zaman içerisinde bölümler halinde ifa edilmektedir. Şayet borç ilişkisinin sürekli olduğunu kabul edersek, arsa sahibi sözleşmeyi sona erdirdiğinde, sözleşme ileriye yönelik sonuç doğuracağı için yerine getirilmiş kısımlar varlığını koruyacaktır. Fakat borç ilişkisinin ani edimli olduğunu kabul edersek de sözleşme geçmişe etkili bir şekilde ortadan kalkacağı için müteahhit o ana kadar yapmış olduğu işlerin karşılığını sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak isteyebilecektir.

## KAYNAKÇA

AKYAZAN: İstisna Akitleri, Adalet Dergisi, S.12, Ankara 1967.

ARSEBÜK: Borçlar Hukuku, 3. Bası, C. I, Ankara 1950.

ATAAY: Borçlar Hukuku Genel Teorisi, 3. Bası, C. I, İstanbul 1981.

AYAZLI: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi (Unsurları, Hukuki Özellikleri,Şekil Sorunu), Marmara Üniversitesi HAD, C. II, S. 1, 1987.

BACKER (çev. ÖZKÖK): İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Kanunu, 1. Kısım- Genel Hükümler, IV. Fasükül.

DAYINLARLI: İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü (Hüküm ve Sonuçları) 2. Bası, Ankara 1993.

DOĞAN: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1998.

DOMANIÇ: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1988.

EDİS: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 5. Bası, Ankara 1993.

ELBİR: Gerekçeli, Notlu, Sistemik Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1958.

ERDOĞAN: İstisna Sözleşmesi Ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması, SÜHFD, C. III, S. 1, 1990.

EREN: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, C. I, Ankara 2003.

ERMAN: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2007.

FEYZİOĞLU: Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, 4. Bası, C. I, İstanbul 1980.

GÖKTÜRK: Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951.



GÜRAL: Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1973.

KANETİ: Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi ‘Tahvili’, İstanbul 1972.

KARAYAALÇIN: İstisna Akdi- Zamanaşımı, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Ankara 1975.

KARAHASAN: Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1977.

KARAHASAN: İnşaat İmar İhale Hukuku, Ankara 1979 (Kısaltılmışı: İnşaat).

KARAHASAN: Mülkiyet Hukuku, İstanbul 1975 (Kısaltılmışı: Mülkiyet).

KARAHASAN: Türk Borçlar Hukuku, C. II, İstanbul 2002 (Kısaltılmışı: Borçlar).

KARTAL: Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi YD., S. 3, Ankara 1983.

KAYA: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İstanbul 1993.

KILIÇOĞLU: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2003.

KILIÇOĞLU: Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD, C. XXXII, S. 14, Ankara 1975 (Kısaltılmışı: Müteahhit).

KOSTAKOĞLU: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5. Bası, İstanbul 2006.

KUTLU SUNGURBEY: Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988.

OĞUZMAN: Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların İfası, İfa Edilmemesi, Sona Ermesi, 3. Bası, İstanbul 1979.

OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2006.

OSER/ SCHÖNENBERGER (çev. SEÇKİN): Borçlar Kanunu.

ÖĞÜTÇÜ/ÇİTOĞLU: Uygulamalı İcra Ve İflas Kanunu, Ankara 1977.

ÖZ: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanununun 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle, İstanbul 1990.

ÖZDEMİR: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 1995.

ÖZENLİ, Uygulamada Taşınmaz Satış Vadi Sözleşmesi ve Neden Olduğu Davalar, Ankara 1986.

ÖZYÖRÜK: İnşaat Sözleşmesi, Yapısı-Feshi, Borçlar Kanunu'nun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, İstanbul 1988.

REİSOĞLU: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, İstanbul 2008.

SAÇAK: İrtifaklı Satış Vaadlerinde Yeni Gelişmeler (İBD., 1990, C. 64 , S. 1-2-3).

SAYMEN/ELBİR: Türk Borçlar Hukuku, I. Umumi Hükümler, C. I, İstanbul 1958.

SELİÇİ: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978.

SEROZAN: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975.

SUNGURBEY: Medeni Hukuk Sorunları, C. IV, İstanbul 1984.

TANDOĞAN: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkisi, 4. Bası, C. II, Ankara 1987.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Tekinay- Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

TUNÇOMAĞ: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkisi, 3. Bası, C. II, İstanbul 1977.

YAVUZ, Türk Medeni Hukuku ve Borçlar Hukuku Mevzuatı, Medeni Kanun- Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat, İstanbul 1997.

## Ö Z G E Ç M İ Ş

**Adı ve SOYADI** : TUBA İŞBORA

**Doğum Tarihi ve Yeri** : 17.09.1982/ ADIYAMAN

**Medeni Durumu** : BEKAR

### **Eğitim Durumu**

**Mezun Olduğu Lise** : ANTALYA LİSESİ

**Tez Konusu** : ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

**Yabancı Dil / Diller** : İNGİLİZCE-ALMANCA

### **İş Deneyimi**

**Staj** : ANTALYA BAROSU AVUKATLIK STAJI (2006-2007)

**Adres** : YEŞİLBAHÇE MAHALLESİ PORTAKAL ÇİÇEĞİ  
CADDESİ 16/15 - ANTALYA

**Tel. no** : 0.242.311 92 61