

ARSA PAYI KARŞILIĞI KAT YAPIMI SÖZLEŞMESİ

Yrd. Doç. Dr. Yasemin DURAK*

ÖZET

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş sözleşmelerden değildir. Bu sözleşme karma sözleşmelerden çifte tipli bir sözleşmedir. Sözleşme ile arsa sahibi yükleniciye arsa paylarını devretmeyi borçlanmakta, yüklenicide bunun karşılığında bağımsız bölümler inşa etmeyi üstlenmektedir. Buradan çıkan sonuca göre de arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen ani edimli bir sözleşmedir. Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinin konusu taşınmaz olduğu için noter tarafından düzenleme şeklinde yapılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi, yüklenici, arsa sahibi, karma sözleşme, ani edimli sözleşme.

LAND SHARE PROVISION FLOOR CONSTRUCTION CONTRACT

ABSTRACT

Land share provision floor construction contract is not from contracts regulated in Turkish Code of Obligations. This contract is a double type contract from mixed contracts. With this contract, land owner is to get into debt the transfer of land share to contractor, in return for this, the contractor also is undertake to build independent departments. According to the result from here also land share provision floor construction contract is a sudden act contract that loads debt both sides. It should be made form of arrangement by a notary public because the subject of land share provision floor construction contract is immovable.

Keywords: Land share provision floor construction contract, contractor, land owner, mixed contract, sudden act contract.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir sözleşme çeşididir. Arsa sahibi olup da inşaat işleri ile bizzat uğraşmak istemeyen kişiler arsalarını yükleniciye devretmektedirler. Yüklenici de bu devir karşılığında bağımsız bölümler inşa etmektedir. Bu bağımsız bölümler yapılan anlaşmaya göre yüklenici ve arsa sahibi arasında paylaşılmaktadır. Yükleniciler kendilerine düşen bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satarak kazanç sağlamaktadırlar. Arsa payı karşılığı uygulamada dört şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu sözleşmenin konusu bir eser meydana getirme olduğu için en fazla karşılaşılan sorun yapılan bağımsız bölümlerdeki ayıplar ve yüklenicinin temerrüdüdür.

I. TANIMI

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesiyle yüklenici, arsa sahibinin arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümler yapmak suretiyle bütünlük arz eden kat yapma borcu altına girmektedir¹.

Yapılan bir tanıma göre “Yüklenicinin, arsa sahibinin arsası üzerinde ve asada belli veya belirlenebilir payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümlerin bir bütünlük taşıy biçimde inşa edilmesini üstlendiği bir sözleşmedir.”²

Yapılan diğer bir tanıma göre de, “Arsa sahibinin arsasına ait belli payları yükleniciye ve üçüncü kişiye devretmeyi, yüklenicinin ise bu pay karşılığında arsa üzerinde bağımsız bölümler yapma ve bu bağımsız bö-

¹ Yavuz, C., Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 483; Gümüş, M. A., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 213; Şahin, T., Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara 2012, s. 102; Karaman, Ş., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, ylt., Ankara 2009, s. 2; İşbora, T., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, ylt., Antalya 2009, s. 2; Sütçü, M. N., Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, ylt., İstanbul 2010, s. 2; Yıldırım, S. H., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, ylt., Ankara 2011, s. 3.

² Kartal, B., Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s. 15; Kartal, B., Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi I, Yargıtay Dergisi, 1983, C. 9, S. 1-2, s. 98.

lümlemlerden arsa sahibinin payına ait olan kısmı devir borcu altına girdiği sözleşmedir.³”

Bu sözleşme ile arsa sahibi para yerine arsasından belli payları yükleniciye devrederek belirli dairelerin yapılmasını elde etmekte yüklenici bu arsaları değerlendirmekte ve kar elde etmektedir.

II. UNSURLARI

Yukarıda verilen tanımdan hareketle arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinin unsurları, arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu, yüklenicinin kat yapma borcu ve arsa sahibi ile yüklenici arasındaki anlaşmadır.

A) ARSA SAHİBİNİN ARSA PAYLARINI DEVİR BORCU

Yüklenicinin kat yapımını yerine getirmesinin karşılığı olarak, arsa sahibi kendisine verilecek bağımsız bölümlere isabet eden arsa payını kendi üzerinde bırakarak diğer payları devretme borcu altına girmektedir⁴.

Eser sözleşmesinde ücret sözleşmenin esaslı unsurudur fakat ücretin mutlaka para olması şart değildir. Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde ücret, para yerine yükleniciye devredilecek arsa paylarıdır⁵.

Arsa payının devri iki şekilde yapılabilir⁶: İlk olarak arsa sahibi, devredilmesi kararlaştırılan arsa payının mülkiyetini yükleniciye devretmekte, diğer payları kendi mülkiyetinde tutmaktadır. İkinci halde ise arsa sahibi yükleniciye bırakılması gereken arsa payını tamamen devretmemekte, bağımsız bölümler bitene kadar arsanın mülkiyetinin kendi üzerinde kalmasını sağlamakta, inşaatın ilerleme aşamasına göre kısım kısım devretmektedir. Bu devir şekilleri ileride daha geniş bir şekilde açıklanacağı için şimdilik sadece bu ayırım belirtilmekle yetinilmektedir.

B) YÜKLENİCİNİN KAT YAPMA BORCU

Eser sözleşmesinde “bir eser meydana getirme” unsuru, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde yerini yüklenicinin kat yapma borcuna

³ Ayazlı, P., Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1987, C. 2, S. 1, s. 43.

⁴ Karaman, s. 2; İşbora, s. 3; Yıldırım, s. 8.

⁵ Kartal, İnşaat, s. 19 – 20; Yavuz, s. 483; Ayazlı, s. 44; Kartal, Arsa Payı, S. 1 – 2, s. 99.

⁶ Ayazlı, s. 44.

bırakmıştır. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 2. maddesinde “..... ana gayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümlerine bağımsız bölüm bu bölümlere sahip olanlara da kat maliki denilmiştir.” Böylece kata bağımsız bölüm niteliği tanınmıştır. Bir görüşe göre “bu tanımdan hareket edilirse, sözleşmeye konu olan ve yüklenici tarafından yapılacak kısımlar kat değil, daire, dükkân gibi arsa paylarına bağlı bağımsız bölümler olduğunu kabul etmek gerekir.” Bundan dolayı sözleşmedeki “kat” yerine “bağımsız bölüm” ifadesini kullanmanın daha doğru olacağı belirtilmiştir⁷.

Sözleşme ile amaçlanan, sadece arsa sahibine ait bölümlere ilişkin dairelerin yapılması değil, yüklenicinin ücretine karşılık aldığı arsa paylarına bağlı bölümlerin de tamamlanıp bütünlük taşıyan ana yapının ortaya çıkarılmasıdır⁸.

Sonuç olarak yüklenici yapılan sözleşme ile iki edimi borçlanmaktadır. Birincisi kendine verilen arsa payına karşılık bu arsada bina yapmak; ikincisi ise bağımsız bölümlerden arsa sahibine ait olanı devretmektir.

C) ARSA SAHİBİ İLE YÜKLENİCİ ARASINDA ANLAŞMA

Yüklenici, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde, arsa sahibine kat mülkiyetine çevrilebilecek bir bağımsız bölüm yapmayı taahhüt etmektedir. Bir sözleşmenin hukuki sonuç doğurabilmesi için, sözleşmenin konusu ve koşulları üzerinde taraf iradelerinin birleşmesi gerekir⁹.

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde ise şekil şartına bağlı olmak gerekir. Bu sözleşme Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Sözleşme yapma serbestisi ilkesinden doğmuştur. Bu sözleşmede taşınmaz mülkiyetinin devri söz konusu olduğu için resmi biçimde yapılması gerekmektedir. Buradaki şekil şartı ispat değil, bir geçerlilik şartıdır. Ayrıca arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi devlete ait ve ihale ile veri-

⁷ Kartal, İnşaat, s. 18; İşbora, s. 4; Yıldırım, s. 9.

⁸ Kartal, İnşaat, s. 18.

⁹ Karaman, s. 4; İşbora, s. 5; Yıldırım, s. 6.

len arsalarda söz konusu ise bu sözleşmenin geçerli sayılabilmesi için noter onayı aranmaktadır¹⁰. Bu sözleşmede arsa sahibi de kendisine yapılıcak bağımsız bölümlere ait arsa payını kendi üzerine bırakarak diğer payları yükleniciye devretmeyi taahhüt etmektedir.

III. HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULAMA ŞEKİLLERİ

A) HUKUKİ NİTELİĞİ

1- Çifte Tipli Karma Sözleşme Niteliği

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde, taşınmaz satımı ve eser sözleşmesi unsurları bir araya geldiğinden karma nitelikli bir sözleşme vardır. Çeşitli sözleşme tiplerinin unsurlarını bünyesinde birleştiren sözleşmeye doktrinde genellikle “karışık akitler” adı verilmektedir. Karışık içerikli sözleşme unsurları kanunda münferit olarak düzenlenmemiş, fakat kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını içeren sözleşme olarak tanımlanmıştır¹¹. Bir görüşe göre birden fazla bağımsız sözleşmenin birleşmiş olduğu düşüncesine yol açacağı için “karışık muhtevalı akit” denilmesi daha uygundur¹².

Arsa sahibinin borcu olan taşınmaz mülkiyetini geçirme, yüklenicinin eser sözleşmesinin unsuru olan inşaatı yapma ve bağımsız bölümü devretme borcu ile mübadele ilişkisi içinde bulunmaktadır. Böylece kanunla düzenlenmiş iki sözleşmeye ait edimler, kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya getirilmektedir¹³.

¹⁰ Kartal, İnşaat, s. 17.

¹¹ Karaman, s. 5; İşbora, s. 17 – 18; Sütçü, s. 5.

¹² Kuntalp, E., Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, s. 23; Kartal, İnşaat, s. 23; Fila, H./Eraslan, E., Bir Yargıtay Kararı ve Eleştirisi, İstanbul Barosu Dergisi, 1985, C. 59, s. 666.

¹³ Tandoğan, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 1988, 5. Tıpkı Basımdan 6. Tıpkı Basım, İstanbul 2008, s. 69, 71; Yavuz, s. 485; Zevkliler, A./Gökyayla, K. E., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Ankara 2013, s. 16 – 17; Ayazlı, s. 45; Aral, F., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara 2010, s. 53; Gümüş, M. A., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 12 – 14; Gümüş, Cilt 2, s. 213; Oktay, S., İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1996, C. 55, S. 1, – 2, s. 274; Karahasan, M. R., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt IV, İstanbul 1992,

Bir görüşe göre sözleşmenin inşaat yapımına ilişkin bölümüne eser sözleşmesi ile ilgili hükümler, arsa paylarının devrine ait bölümüne de taşınmaz satımına ilişkin hükümlerin uygulanması yoluyla sorunlar giderilemez. Bu sözleşme yapılırken ne sadece taşınmaz satımı ne de inşaatın bağımsız bir şekilde yapımı düşünülmüştür¹⁴.

Karma sözleşmeler kanunda düzenlenmediği için bu sözleşmelere kanun hükümleri ancak kıyas yoluyla uygulanır ve kanundaki hükümlerin sözleşmeye uygun düşmemesi durumunda uygulanmaması gerekir¹⁵.

2- Ani Edimli Sözleşme Olması Niteliği

Ani edimli borç ilişkisinde edimin ifasıyla borcun sona ermesi aynı anda gerçekleşmektedir. Burada alacaklının menfaati bir anda gerçekleştiği için arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinden doğan borç ilişkisi de ani edimli bulunmaktadır¹⁶.

Ani edimli sözleşme olması sadece hukuki niteliğin tespiti açısından değil fesih yoluyla tarafların sözleşmeye son vermeleri açısından da önemlidir. Zira bu sözleşmeyi ani edimli bir sözleşme olarak nitelendirmek sözleşmeyi geçmişe yönelik olarak sona erdirecektir¹⁷. Taraf menfaatleri ve sözleşmenin geçmişe yönelik olarak sona erdirilmesi göz önüne alındığında ani edimli olarak kabul etmek daha uygun olacaktır.

Diğer bir görüşe göre bu sözleşme sürekli bir borç ilişkisi doğurmaktadır. Bu görüşe göre edimler, bütünlük oluşturan sonucun meydana gelmesinden önce de zaman içinde ve bölümler halinde ifa edilmektedir. Bu süre içerisinde taraflar arasında sürekli borç ilişkisi kurulmaktadır.

s. 1172; Yaşar, H., Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcının) Hak ve Sorumlulukları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012, S. 102, s. 290 – 291; Darende, İ., Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmenin Üçüncü Şahıslar Üzerindeki Etkisi, s. 1, www.sinerjias.com.tr/pg/pdf/10.pdf.

¹⁴ Yavuz, s. 485.

¹⁵ Oktay, s. 277; Kartal, B., Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi II, Yargıtay Dergisi, 1983, C. 9, S. 3, s. 330.

¹⁶ Yavuz, s. 486; Ayazlı, s. 46; Şahin, s. 105; Yaşar, s. 291; Darende, s. 1; Sütçü, s. 6; Yıldırım, s. 17.

¹⁷ Yavuz, s. 486.

Eser bir bütün olarak tamamlanmadan inşaatın belli kesiminin yapılması ile arsa sahibi yükleniciye belli bağımsız bölümlerin mülkiyetini geçirmektedir. Arsa payları yüklenici adına tescil edilmiş ve arsa sahibi lehine ipotek kurulmuşsa bu ipotek inşaattaki ilerleme aşamasına göre pey der pey çözülmektedir¹⁸. Bu sözleşme sürekli borç ilişkisi içeren bir sözleşme olarak nitelendirildiğinde sözleşme ileriye etkili olarak sona erdirilecektir.

3- Karşılıklı Sözleşme Niteliği

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi tarafların her ikisinin de borç altına girdiği sözleşmelerdendir¹⁹. Bu sözleşmede arsa sahibi, arsa paylarını yükleniciye devretmeyi taahhüt etmekte; yüklenici ise, bağımsız bölüm inşa etmeyi ve arsa sahibine devretmeyi borçlanmaktadır. Böylece sözleşmenin her iki tarafı da hem alacaklı hem de borçludur.

Arsa sahibi bağımsız bölümlerin yapılmasını ve teslim edilmesini isteme bakımından alacaklı, arsa paylarını devir bakımından ise borçludur. Buna karşılık yüklenici ise, bağımsız bölüm inşası ve devri bakımından alacaklıdır. Karşılıklı sözleşme niteliği borçlunun temerrüdü bakımından da önem taşımaktadır.

4- Yüklenici, Arsa Sahibi ve Üçüncü Kişi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Yüklenici bağımsız bölüm yapmakta, arsa sahibi de buna karşılık, sözleşme ile kararlaştırılan bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretme taahhüdü altına girmektedir. İnşaatın yapılması için yükleniciye gereken sermaye ise yüklenicinin payına düşen bölümlerin üçüncü kişilere devredilmesi sonucu inşaat tamamlanmakta ve kar sağlanmaktadır. Burada bir alacağın devri mevcuttur. Alacağın devri ise bir tasarruf işlemidir²⁰.

Arsa sahibi arsaları üzerinde yapılacak binanın belli bölümlerini inşaat bedeline karşılık yükleniciye bırakmaktadır. Yüklenici de binanın yapımı tamamlanmadan kendisine bırakılan bölümlerin üçüncü kişilere satışını devretme taahhüdünde bulunmaktadır.

¹⁸ Kartal, İnşaat, s. 25; Kartal, Arsa Payı, S. 1 – 2, s. 111.

¹⁹ Karaman, s. 4.

²⁰ Kartal, İnşaat, s. 50.

Böylece arsa sahibi binanın belli bölümlerini üçüncü bir kişiye devretme durumunda kalmış olacaktır. Üçüncü kişide bu devir işleminin yapılmasını arsa sahibinden talep etme imkânına sahiptir.

B) UYGULAMA ŞEKİLLERİ

1- Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaat Etmesi ve Yüklenicinin İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi

Arsa sahibi bu uygulama şeklinde belli arsa paylarının satışını vaat etmekte; buna karşılık yüklenici de bağımsız bölümlerin yapımını taahhüt etmektedir. Uygulamada arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi en çok bu tarzda görülmektedir. Bu çeşit arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde, hem taşınmaz satış vaadi, hem de inşaat yapımı vardır. Bu nedenle sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir²¹. Böylece, bir taraftan arsa paylarının satışı vaat edilirken bir taşınmaz satış vaadi; diğer taraftan inşaatın yapımı öngörülürken bir eser sözleşmesi var olup her ikisi bir arada düzenlenmektedir.

2- Arsanın Tamamen Yükleniciye Devri

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinin, arsanın tamamen yükleniciye devri suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, arsa bütünü ile tapuda yükleniciye devredilmektedir. Ayrıca yapılacak bağımsız bölümlerin paylaşılması, nitelikleri vb. sözleşme şartları kararlaştırılabilir. Burada arsa üzerinde kat irtifakı kurulması gerekli değildir. Bu uygulama şeklinde de arsa sahibi lehine, yükleniciye devredilen arsa veya arsa payları üzerinde ipotek kurulabilmektedir. Uygulamada arsanın tamamen yükleniciye devrine arsada kat irtifakının kurulmadığı durumlarda ve arsa sahibinin yükümlülüklerini azaltmak amacıyla başvurulmaktadır²². Burada arsanın tescilinden ayrı olarak yapılan inşaat sözleşmesini, tescilin sebebi olarak değerlendirmek gerekir. Tapuda satış olarak isimlendirilen sebep gerçekte bağımsız bölüm yapmaktır. Arsanın devri ve inşaat sözleşmesi de bütün

²¹ Yavuz, s. 487; Gümüş, Cilt 2, s. 214; Kartal, İnşaat, s. 31; Kartal, Arsa Payı, S. 1 – 2, s. 105; Şahin, s. 103; İşbora, s. 16; Yıldırım, s. 23.

²² Yavuz, s. 488; Gümüş, Cilt 2, s. 215; Kartal, İnşaat, s. 30; Kartal, Arsa Payı, S. 1 – 2, s. 104; Karaman, s. 8; İşbora, s. 14 – 15; Yıldırım, s. 20.

olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle ek bir sözleşme ile arsa sahibinin hakları güvence altına alınmalıdır²³.

3- Belli Arsa Paylarının Yükleniciye Devri Suretiyle Gerçekleştirilmesi

Arsa sahibi bu uyumla şekilde, kat irtifakı kurulmuş olan arsasından ileride bağımsız bölümlere tahsis edilecek belirli payların mülkiyetini devretmeyi taahhüt etmektedir. Sözleşmede taraflar inşaatın başlama – bitim süreleri, arsa sahibine verilecek dairelerin nitelikleri ve diğer şartlar hakkında düzenlemeler getirmektedir. Bu durumda arsa sahibinin haklarının güvence altına alınması için, yükleniciye devredilen paylar üzerinde, arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmektedir. Yüklenici ipotegün bedelini ödeyerek ipotegi çözebileceği için arsa sahibinin haklarının güvence altına alındığından söz edilemez²⁴. Ayrıca arsa sahibi arsa paylarını satış yoluyla yükleniciye devretmekte, bu payların bedelini aldığını belirtmekte ve kendi adına yapılacak bağımsız bölümlerin sözleşmeye göre teslimi için arsa sahibine devir edilen paylar üzerine ipotek kurulmaktadır²⁵.

4- Arsa Paylarının İnşattaki Aşamaya Göre Devri

Arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen sözleşmede, hangi pay ve bölümlerin yükleniciye, hangilerinin arsa sahibine ait olacağı belirtilmektedir, fakat satış veya satış vaadinden söz edilmemektedir. Bu sözleşme ile arsa sahibi, yükleniciye bırakılan payların inşaatın belli aşamalara ulaşması durumunda, belli arsa payların yükleniciye tapuda devredeceğini veya üçüncü kişilere satışı için yükleniciye vekâlet vereceğini vaat etmektedir²⁶. Böyle bir sözleşme ile satış veya satış vaadinden bahsedilmese bile, şekil şartı gerçekleştiğinde tarafların sözleşmede kullandıkları

²³ Kartal, İnşaat, s. 30; Yavuz, s. 487; Kartal, Arsa Payı, S. 1 – 2, s. 105.

²⁴ Kartal, İnşaat, s. 29; Yavuz, s. 487 – 488; Gümüş, Cilt 2, s. 217; Ayazlı, s. 44; Kartal, Arsa Payı, S. 1 – 2, s. 104; Karaman, s. 9; Yıldırım, s. 19.

²⁵ Kartal, İnşaat, s. 29.

²⁶ Kartal, İnşaat, s. 30; Yavuz, s. 488; Gümüş, Cilt 2, s. 217; Karaman, s. 9; İşbora, s. 15 – 16; Yıldırım, s. 22.

sözlere bakılmaksızın sözleşme yorumlanarak tarafların amaçlarına göre sözleşmenin satış vaadi olduğu kabul edilmelidir²⁷.

IV. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

A) ARSA SAHİBİ İLE YÜKLENİCİ ARASINDAKİ SÖZLEŞMENİN GEÇERLİLİK ŞEKLİ

Sözleşmenin konusu taşımaz olduğu için, payların devri taahhüdünü içeren sözleşmenin TMK. m. 706, TBK. m. 237, Tapu K. m. 26 ve Noterlik K. m. 60 ve m. 89'a göre düzenleme şeklinde yapılması gerekir. Ancak şekle uyulmasının aranmadığı özel kanun hükümleriyle belirtildiği durumlarda şekil şartına uyulmayabilir²⁸. Türk Hukukunda bu sözleşme düzenlenmediği için şekil şartına ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır.

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi karışık muhtevalı sözleşme olduğu için, yüklenicinin inşaat yapma borcunun da resmi şekilde düzenlenen sözleşmede yer alması gerekir. Düzenleme biçiminde öngörülen bu sözleşme belirtilen biçimde düzenlenmezse, kural olarak geçerli sayılmaz ve hukuki sonuç doğurmaz. Burada sözleşmeyi resmi şekle bağlayacak olan makam kural olarak tapu memurudur. Noterlik K. m. 60'a göre taşınmaz satış vaatlerinin noter tarafından yapılabileceği kuralı getirilmiştir²⁹.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir İçtihadı Birleştirme Kararına göre noterlerce düzenlenen kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaatlerinin geçerli olduğu, bu türlü satış vaadi sözleşmesinin tapu memurunca düzenlenmesinin zorunlu olmadığı sonucuna varılmıştır.³⁰ Bu kararı ile Yargıtay toplumun baskılarını göz önüne alarak bu tür sözleşmelerin tümünün geçersiz sayılmaması endişesi ile bu sözleşmedeki satım vaadi unsurunu ele

²⁷ Kartal, İnşaat, s. 31; Yavuz, s. 488.

²⁸ Yavuz, s. 489 – 490; Gümüş, Cilt 2, s. 218; Kartal, İnşaat, s. 42; Kartal, B., Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi III, Yargıtay Dergisi, 1983, C. 9, S. 4, s. 552; Yaşar, s. 296; Karaman, s. 10; Sütçü, s. 15; Yıldırım, s. 26 vd.

²⁹ Yavuz, s. 490.

³⁰ İBK. 24.04.1978, E. 3 K. 4 (www.kazanci.com).

alıp bu sözleşmenin noterler tarafından düzenlenebileceğini belirtmiştir³¹. Bu sözleşme ile varılmak istenen amaç, kat mülkiyetine ulaşmadır.

Kat irtifakı kurulduğu durumlarda arsa payının kat irtifakından ayrı olarak devredilmesi mümkün değildir. Bu nedenle de arsa payının kat irtifakından ayrı olarak satış vaadine konu olması da gerçekleşmeyecektir. Ancak kat irtifakının kurulmasından sonra ve kat mülkiyetine geçilmeden önce arsa payının satılması ve satış vadine konu olması mümkündür³². Bu durumda arsa payına bağlı taşınmaz satım vaadi sözleşmesini noterler resmi şekilde yapabilirler. Ancak taraflarca dışarıda düzenlenip noterlikçe imzaları onanan sözleşmeler geçerli değildir.

B) YÜKLENİCİ İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİ ARASINDA DÜZENLENEN ARSA PAYININ DEVRİNE İLİŞKİN TAAHHÜTLERİN GEÇERLİLİK ŞEKLİ

Yüklenicinin, kendisine devredilecek olan arsa paylarının adına tescil yapılmadan önce üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda TBK. m. 184'e göre alacağın devri söz konusu olacaktır. Burada yüklenici sözleşmeye göre sahip olduğu arsa paylarının devrini isteme şeklindeki alacağını üçüncü bir kişiye temlik etmektedir. Sadece devir vaadi söz konusu ise herhangi bir şekil zorunluluğu yoktur. Daha önce belirtildiği gibi inşaat için gerekli olan sermaye yüklenicinin payına düşen bölümlerin üçüncü kişilere devredilmesi sonucu sağlanmaktadır. Burada çoğunluğun görüşüne göre alacağın devri bulunmaktadır. Bu alacağın devri için, alacağın doğmuş veya gerçekleşmiş olması gerekir. Zira bu devir bir tasarruf işlemidir. Bu nedenle alacağın doğması için hukuki ilişki ve sözleşmenin kurulması imkân dâhilinde ise devrin geçerli olacağı kabul edilmektedir³³.

Yüklenici edimini yerine getirince kişisel hak doğar ve bu hakkını üçüncü kişiye devredebilir. Bu hakkın devri için arsa sahibinin rızası

³¹ Ayazlı, s. 48.

³² Yavuz, s. 490; Ayazlı, s. 48.

³³ Kartal, İnşaat, s. 51.

aranmamaktadır³⁴. Yüklenicinin edimini yerine getirip inşaatı tamamlamasına rağmen taşınmazda henüz kat irtifakı veya mülkiyeti kurulmamış ise, üçüncü kişilere devredilebileceği bağımsız bölümler belli değildir; fakat belirlenebilir. Bunun için de, tüm bina ve arsanın ayrı ayrı değerlendirilip, sözleşmeye konu olan arsa payının saptanması bu payın devralan adına tescili gerekmektedir. Bu işleme tahvil adı verilmektedir³⁵. Tahvil sözleşmesinin yapılan işlem ile ifasının mümkün olmaması durumunda, onun için esasen var olan bir şekle dönüştürülerek ifa olanağı sağlamaktır. Burada tarafların irade beyanları esas alınmaktadır³⁶.

C) ŞEKLE UYULMAMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Türk Hukukunda baskın görüşe³⁷ ve Yargıtay'ın içtihadına göre³⁸, resmi şekle uyulmamanın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışılmıştır. Bu konuda üç görüş bulunmaktadır.

1- Klasik Görüş

Klasik görüşe göre sözleşme kanunun öngördüğü biçimde yapılmamışsa hükümsüz (mutlak butlan) sayılmalıdır. Diğer tarafın iyiniyeti göz önünde tutulamaz. Bu tarz sözleşmeyi ifadan kaçınmak ahlaka aykırılık teşkil etmez. Sözleşme hüküm ve sonuç doğurmaz. Hâkim geçersizliği re'sen nazara almak zorundadır. Şekil noksanlığı icazetle ortadan kaldırılamaz³⁹. Ancak taraflar edimlerini bilerek ve isteyerek her türlü yanılığdan

³⁴ Kartal, İnşaat, s. 55. 14. HD. 01.11.1999, E. 7472, K. 7431 “Kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca bina yapmakta olan yüklenici, edimini tam olarak yerine getirdiğinde, payına düşen bağımsız bölümlerin adına tescilini isteyebileceği gibi, bu şahsi hakkını yazılı olmak koşuluyla üçüncü kişilere de devredebilir. Üçüncü kişi ise devraldığı bu şahsi hakkı arsa sahiplerine karşı yine yüklenicinin edimini yerine getirmiş olması koşuluyla ileri sürebilir.” (YKD, 2001, C. 27, S. 11, s. 1721).

³⁵ Kartal, İnşaat, s. 55; Karahasan, s. 1179.

³⁶ Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul 2012, s. 295 – 296.

³⁷ Kartal, İnşaat, s. 55; Karahasan, s. 1175 vd.; Kostakoğlu, C., Eser Sözleşmelerinin Bir Türü Olan Arsa Karşılığı Kat Yapım Sözleşmelerinde Şekil, Yasa Hukuk Dergisi, 1984, C. 7, S. 7, s. 925; Geniş bilgi için bkz. Yıldırım, s. 32 vd.

³⁸ İBK. 26.05.1954, E. 8, K. 18 (www.kazanci.com).

³⁹ Eren, s. 290; Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993; Oğuzman, K. M./Öz, M. T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler,

uzak olarak ifa etmişlerse, bunun iadesini istemek hem iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil eder hem de hakkın kötüye kullanılması sayılır. Yine şekil eksikliğine, karşı tarafı aldatarak, onda güven uyandırarak sonuca kasten neden olan kimse daha sonra bu noksanlığı ileri süremez. Burada da hakkın kötüye kullanılması durumu mevcuttur⁴⁰.

Geçersiz sözleşmeye dayanarak yüklenicinin kendisine teslim edilen arsa üzerinde inşaat yapıp bitirmesi ve arsa sahibine ait olması gereken bağımsız bölümleri teslim etmesine karşılık, arsa sahibinin geçersizliği ileri sürmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Yine şekil şartına uyulmadan yapılan arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesine dayanarak, arsa sahibinin arsanın veya arsa payının yüklenici adına tapuya tesciline karşılık yüklenicinin inşaat yapma borcunu yerine getirmeyerek şekle aykırılığı ileri sürmesi de dürüstlük kuralı nedeni ile kabul edilemez⁴¹.

2- Yeni Görüş

Bu görüşe kendine özgü geçersizlik görüşü adı verilmektedir. Burada geçersizlik taraflar arasında söz konusu olur. Hâkim geçersizliği re'sen göz önünde tutamaz. Burada ifa ile sözleşme geçerlilik kazanır. Bu görüşün benimsenmesinin sebebi mutlak butlan yaptırımının ağır sonuçlarını hafifletmektedir. Şekle aykırılığın sonucu, şeklin konuluş amacından hareket edilerek belirlenmektedir. Şekilde amaç tarafların menfaatine hizmettir. Taraf menfaatinin gerçekleştiği durumlarda şekle aykırılığın önemi ortadan kalkacaktır⁴².

8. Baskı, İstanbul 2010, s. 126 – 127; Kılıçoğlu, A. M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2011, s. 141; Antalya, O. G., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 350.

⁴⁰ Kartal, İnşaat, s. 57 – 58; Yavuz, s. 491; Kostakoğlu, Eser, s. 929; Kostakoğlu, C., İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 2. Baskı, İstanbul 1995, s. 523; Antalya, s. 351.

⁴¹ Yavuz, s. 491.

⁴² Kanber, K., Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Şekil ve Şekle Aykırılığın Hukuki Sonuçları, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, 1996, S. 7, s. 16; Eren, s. 293; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 143; Antalya, s. 350.

3- Yokluk Görüşü

Bu görüş klasik görüşten ayrılmaktadır. Burada kanunun öngördüğü şekilde yapılmayan sözleşmenin meydana gelmesi mümkün değildir. Sözleşmenin edimlerinin ifa edilmesi ile sözleşme geçerlilik kazanamaz, zira iradeler belirtilen biçimde birleşmemiştir. Böyle bir sözleşme bu nedenle kurulmamıştır, yoktur. Buradan çıkan sonuca göre bu durumda şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmez⁴³. Bir görüş⁴⁴ bu fikri TBK. m. 12'deki "hüküm doğuramaz" ifadesini biçim koşulunun kurucu unsuru olarak değil, geçerlilik unsuru olarak kabul ettiği için eleştirmiştir.

Sonuç olarak gerekli şekle uyulmadan yapılan arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi, tarafları bağlamaz ve taraflara diğer tarafı sözleşmeye uyması için zorlama imkânı vermez. Bu nedenle geçersiz sözleşme ile kabul edilen cezai şart vb. ferî yükümlülüklerde geçersizdir⁴⁵.

Hukuk Genel Kurulunun verdiği bir karara göre "Davalının eser meydana getirme borcunu kapsayan sözleşmenin şekle bağlı olmamasına karşılık, davacı arsa sahibinin pay mülkiyetini davalıya devir borcu için, yasalarda öngörülen resmi şekle uygun bir sözleşmenin varlığı zorunlu olmaktadır... Anılan yasa hükümlerinin öngördüğü biçimde yapılmayan sözleşmeler hukuken geçersizdir. Öte yandan, olayımızda sözleşmeden doğan karşılıklı hak ve borçlar da taraflarca tamamen yerine getirmiş değildir. Hal böyle olunca, MK. m. 2'de ifadesini bulan afaki iyiniyet kuralının bu davada uygulanması ve bu nedenle sözleşmenin geçerli sayılması da düşünülemez. Çünkü bu kural, ancak, sözleşmenin tamamen ifa edildiği haller için geçerlidir.⁴⁶" Bu karar daha sonra aynı Hukuk Genel Kurulunca 17.2.1984 T. ve E. 1983/15 – 359, K. 1984/121 sayılı kararı ile ortadan kaldırılmıştır. Bir görüşe göre bu düşünce kabul edilecek olursa

⁴³ Kartal, İnşaat, s. 60; Eren, s. 294.

⁴⁴ Eren, s. 294.

⁴⁵ Kostakoğlu, Eser, s. 928.

⁴⁶ HGK. 09.06.1982, E. 1979/15–1613, K. 1982/565 (Erman, H., Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1984, C. 50, S. 1 – 4, s. 507).

resmi şekilde yapılmayan sözleşme baştan itibaren geçersiz olduğu için taraflar verdiklerini geri alamayacaklardır. Oysa sürekli bir borç ilişkisi meydana getiren eser sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz sayılması hakkaniyete uygun düşmez. Burada tarafların gerçek iradeleri araştırılmıdır. Bu tür sözleşmelerde yüklenicinin gerçek amacı belirlenen arsa paylarının mülkiyetini üzerine almak değil, bunların satışından elde edilen para olmaktadır⁴⁷.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda “davacı arsa sahibi ile davalı yüklenici arasında düzenlenen arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesine göre arsasını yükleniciye devretmiştir ve yüklenici inşaatı sözleşme şartlarına göre ilerletmemiş, bunun üzerine arsa sahibi gecikmeden dolayı payına düşen bağımsız bölümlerin kira kaybından doğan zararını talep etmiştir. Taraflar arasındaki sözleşme haricen düzenlenmiştir ve inşaatın % 50’yi aşan kısmı yapılmıştır. Bu nedenle taraflar sözleşmeyi, edimlerini kısmen ve karşılıklı olarak ifa ederek kendileri için geçerli kabul etmişlerdir.... Taraflar için artık bağlayıcı olduğu kabul edilmiş bulunan sözleşmeye göre, davadaki istek hakkında işin esasına girerek bir karar verilmesi gerektiği halde, taraflar arasındaki akdin şekil yönünden geçersizliği ve dava sırasında feshedildiği nedeniyle davanın reddi usul ve kanuna uygun değildir⁴⁸”. Bu karara yönelik yapılan bir eleştiriye göre büyük bir kısmı biten sözleşmenin taraflarca geçersizliği ileri sürülemez mantığının yazılı hukukla ilişkisi bulunmamaktadır. Yüklenicinin sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürmesi ve bu tutumunun TMK. m. 2’ye aykırı olduğu için kararın bozulması hukuk adına benimsenemez⁴⁹.

Yargıtay’ın verdiği çelişkili kararlarından sonra verdiği İçtihadı Birleştirme Kararında “Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilemeyeceği”; “bununla beraber

⁴⁷ Erman, Karar İncelemesi, s. 510 – 517.

⁴⁸ 15. HD. 30.03.1984, E. 679, K. 1109 (Fila/Eraslan, s. 661 – 663).

⁴⁹ Kararın eleştirisi için bkz. Fila/Eraslan, s. 660 – 685.

Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hâkimin TMK. m. 2'yi gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceği" şeklinde görüş belirtilmiştir⁵⁰.

V. TARAFLARIN BORÇLARI

A) YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

1- Bağımsız Bölüm Yapma Borcu

Yüklenici, inşaatı, sözleşmede belirtilen biçimde, öngörülen sürede bitirip teslim etmelidir. Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi iş görme sözleşmelerinden olduğu için yüklenici arsa sahibinin yararına iş yapmak ve zarar verici davranışlardan kaçınmak zorundadır⁵¹.

Eser sözleşmesine göre malzeme arsa sahibi tarafından verilmişse yüklenici malzemeyi özenle kullanmak ve hesap vermek zorundadır. Yine arsa sahibi tarafından verilen malzeme veya arsa, inşaatın gereği gibi ve zamanında ifasını tehlikeye koyacak biçimde ise, yüklenici bunu arsa sahibine derhal bildirmelidir. Arsa sahibinin yanlış talimat vermesi nedeniyle inşaat istenilen nitelikte ve sürede yapılamıyorsa bu durumda da yüklenici arsa sahibini uyaracaktır; fakat iş sahibi bu talimatında ısrar ederse yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkacaktır⁵². Yüklenicinin özen borcu ise TBK. m. 471'de düzenlenmiştir. Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmektedir.

İşe zamanında başlamamak, işi geciktirmek gibi hallerde arsa sahibi kusursuzsa, işin sözleşmeye aykırı yapılacağı kesinlikle tahmin edilmesinde, işin başkasına yaptırılacağı ihtarını yükleniciye bildirir. Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı biçimde yapılacağı kesinlikle tahmin edili-

⁵⁰ İBK. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2 (www.kazanci.com).

⁵¹ Zevkliler/Gökyayla, s. 476 – 477; İşbora, s. 25; Sütçü, s. 37; Yıldırım, s. 57.

⁵² Kartal, İnşaat, s. 68.

yorsa, yüklenici verilen sürede gerekeni yapmazsa veya sürenin yararsız olduğu durumlarda hiç süre verilmeden sözleşme feshedilerek iş başkasına yaptırılır. Bu durumda TBK. m. 123 ve 125'teki borçlu temerrüdünün feshine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır⁵³.

2- Bağımsız Bölümü Bizzat Yapma Borcu

TBK. m. 471 f. 3'te yüklenicinin inşaatı bizzat veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecbur olduğu belirtilmiştir. Ayrıca işin mahiyetine göre yüklenicinin şahsi yeteneğinin önemi yok ise yüklenici taahhüt ettiği inşaatı başkasına yaptırabilir. Tüzel kişi olan yükleniciler için de bizzat yapma borcu söz konusu olamayacağı için bu borç bir yaptırma borcu olacaktır⁵⁴.

Yüklenicinin işi bizzat yapmayı üstlenmesi, yardımcı kişi kullanmasına engel değildir. İşçi, usta, kalfa gibi yardımcı şahıslar ile arsa sahibi arasında hukuki bir ilişki bulunmadığından, bu kişiler yükleniciye bağlıdır ve ona karşı sorumludurlar⁵⁵.

Bu sözleşmede yüklenici işi bir alt yükleniciye devredebilir. Alt yüklenici eseri yapma borcunun ifasının kısmen veya tamamen kendisine devredildiği bağımsız ve kendi hesabına çalışan bir yardımcı şahıstır. Asıl yüklenicinin alt yükleniciler üzerinde, bağımlı yardımcı şahıslar üzerinde olduğu gibi bir gözetimde bulunma yükümlülüğü yoktur⁵⁶.

İşin yüklenici tarafından bizzat yapılmasında kişisel yetenek aranmıyorsa, işin alt yükleniciye yaptırılmasında arsa sahibinin rızası aranmaz⁵⁷. Zira alt yüklenici, asıl yüklenicinin nam ve hesabına yapmayı üstlendiği kısmi edimlerin yapımından yükleniciye karşı sorumlu olur. Yük-

⁵³ Kartal, İnşaat, s. 70.

⁵⁴ Tandoğan, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 1988, 4. Tıpkı Basımdan 5. Tıpkı Basım, İstanbul 2010, s. 70 vd; Yavuz, s. 446 vd; Zevkliler/Gökyayla, s. 499 vd; İşbora, s. 26; Yıldırım, s. 62 vd.

⁵⁵ Kılıçoğlu, A. M., Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1975, C. 32, s. 185; Karaman, s. 22.

⁵⁶ Geniş bilgi için bkz. Erişen, M., Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, Ankara 2005.

⁵⁷ Kılıçoğlu, Eser, s. 195; Kartal, İnşaat, s. 73.

lenici ise, arsa sahibine karşı bütün olarak binanın yapımından ve bağımsız bölümlerin tesliminden sorumludur⁵⁸.

3- Bağımsız Bölümü Teslim Etme Borcu

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde yüklenicinin asıl borcu, sözleşmede öngörülen özellikte inşaatı yapma ve bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmektir⁵⁹.

Teslim borcunun bildirim ile yerine getirildiği durumlarda, arsa sahibinin bina üzerinde fiili egemenliği sağlanmadıkça veya egemenliği engelleyici durumlar ortadan kaldırılmadıkça sadece eserin tamamlandığını bildirme ile ifa sağlamış olmaz. Teslim ve teslim alma birbirinin karşıtı olan biri yüklenici, diğeri arsa sahibi açısından belirlenen borçlardır. Bu bakımdan bu borçlar aynı anda gerçekleşir⁶⁰.

Teslimin yapılacağı tarih, genellikle sözleşmede gösterilir. Teslim tarihi taraflarca yanlış anlaşılmaya ve yoruma yer vermeyecek biçimde ise TBK. m. 117 f. 2'ye göre "Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır." Aksi takdirde süre belirtilmemiş veya objektif ölçülere göre kesinlikle belirtilmesi mümkün olamıyorsa kesin teslim tarihi belli değildir. Bu halde teslim tarihini işin mahiyetine ve tarafların iradesine göre belirlemek gerekir⁶¹.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir İçtihadı Birleştirme Kararına göre yüklenicinin üçüncü kişiye göre adi sözleşme ile sattığı bağımsız bölümle ilgili satışın şekil yönünden geçersiz olmasına karşın, bağımsız bölümün

⁵⁸ Kartal, İnşaat, s. 73.

⁵⁹ Tandoğan, Cilt II, s. 124 vd; Yavuz, s. 454 vd; Zevkliler/Gökyayla, s. 477 vd; Şahin, s. 106; Karaman, s. 15; İşbora, s. 41; Sütçü, s. 47; Yıldırım, s. 75 vd.

⁶⁰ Kartal, İnşaat, s. 74.

⁶¹ Kartal, İnşaat, s. 75.

teslim edilmiş olması halinde, satışın geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması kabul edilerek satışın teslim ile geçerliliği korunmaktadır. Buradaki teslim satış sırasında olan bir teslim olmayıp, satış yapıldığı zaman henüz bağımsız bölüm tamamlanmış değildir. Teslim bağımsız bölümün bitiminden sonra gerçekleşmekte olup hukuki sonuç o zaman doğacaktır⁶².

Bir görüşe göre arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmelerinde inşaat iş sahibinin arazisinde yapıldığı için, teslim fiiline gerek yoktur; aksine yüklenici iş sahibine bildirim yaparak teslim fiilini gerçekleştirmiş olur⁶³.

4- Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Ayıplı eserden amaç, yüklenicinin taahhüt ettiği nitelikte eseri şahsen gerçekleştirememesidir⁶⁴. İnşaatın eksik olan niteliklerine karşın, kararlaştırılan eserle aynı derecede kullanılabilir olması ayıbı ortadan kaldırmaz.

TBK. m. 474'e göre "İşsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır." Bu maddeye göre ayıba karşı tekeffül için aranan şartlar inşaatın tamamlanarak teslim edilmiş olması ve eserin ayıplı olmasıdır.

Yüklenicinin eseri teslim borcu Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemekle beraber, TBK. m. 474 f. 1 "eserin tesliminden sonra" ifadesinden bu borcun kabul edildiği sonucuna varılmaktadır. İnşaat işlerinde teslim, yüklenicinin inşaatın bitiğini iş sahibine bildirdiği ve iş sahibinin de yükleniciye ait olan bu yükümlülüğün onun tarafından yerine getirilmiş olduğuna dair kabul beyanı ile tamamlanacaktır⁶⁵.

⁶² İBK. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2 (www.kazanci.com).

⁶³ Acar, F., Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, 2013, S. 134, s. 8, dn. 29, www.e-akademi.org.

⁶⁴ Geniş bilgi için bkz. Tandoğan, Cilt II, s. 160 vd; Zevkliler/Gökyayla, s. 514 vd; Yavuz, s. 456 vd; Karaman, s. 44 vd; İşbora, s. 79 vd; Sütçü, s. 59 vd; Yıldırım, s. 114 vd.

⁶⁵ Turanboy, A., Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,

Teslim ancak inşaatın tamamlanmış olması halinde söz konusudur. İnşaatın tamamlanmış sayılabilmesi için, yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan inşaat işlerinin bitirilmesi gerekmektedir. Teslim için bir vade kararlaştırılmamış olabilir. Bu halde, yükleniciye inşaata ilişkin borcunu yerine getirebilmesi için uygun bir zaman bırakılmalıdır. İnşaat işlerinde inşaatın teslim borcunun ifa yeri inşaatın bulunduğu yerdir⁶⁶.

TBK. m. 475'e göre eserdeki ayıptan anlaşılması gereken bağımsız bölümün kullanılmayacak veya kabul edilemeyecek durumda olmasıdır. Ayıp bağımsız bölümün sözleşmeye aykırı olarak yapılmasını oluşturur. Bunun tespiti için arsa sahibinin sözleşmenin içeriğine ve iyi niyet kurallarına göre nasıl bir inşaat beklediği esas alınmaktadır⁶⁷.

Taraflar sözleşme ile inşaatta öngörülen nitelikleri belirlemişlerse, kararlaştırılan bu nitelikleri taşımayan bağımsız bölüm de ayıplı sayılır. İnşaatteki ayıbın kapsam ve derecesinin belirlenmesinde tereddütler varsa TMK. m. 2'de yer alan doğruluk ve dürüstlük kuralı uyarınca yorum yapılarak sonuca varılmalıdır. İnşaatın eksik niteliklerine rağmen kararlaştırılanla aynı derecede kullanılabilir olması onun ayıplı niteliğini ortadan kaldırmayacaktır⁶⁸.

Ayıplar açık ve gizli ayıp olarak ikili bir ayrıma tabi tutulabilir. Açık ayıplar dikkatli bir muayene sonucunda anlaşılabilir ayıplardır. Görülmeyen ancak zaman içinde kullanılmakla ortaya çıkan ayıplar ise gizli ayıplardır. Bu ayıpların ortaya çıkmasıyla birlikte arsa sahibi bu durumu yükleniciye derhal bildirmelidir; aksi halde bağımsız bölümlerdeki ayıplar nedeniyle kendi borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkını kaybeder⁶⁹.

1989 – 1990, C. 41, S. 1 – 4, s. 154; Kanber, K., Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, 1997, S. 3, s. 37, 38.

⁶⁶ Kartal, İnşaat, s. 77.

⁶⁷ Turanboy, s. 157; Kostakoğlu, İnşaat, s. 389; Kanber, Sorumluluk, s. 39.

⁶⁸ Kartal, İnşaat, s. 80.

⁶⁹ Tandoğan, Cilt II, s. 167; Yavuz, s. 456; Zevkliler/Gökyayla, s. 515; Selçuk, R. N., Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ödemezik Defi, Kırkkale Barosu Dergisi, 1994/1 – 2, S. 9, s. 15.

Ayrıca zımni kabul gizli ayıpları ve kasten saklanan açık ayıpları kapsamaz. Bağımsız bölümün muayenesinin yapılabilmesi için inşaatın teslim edilmiş olması gerekmektedir. TBK. m. 478'e göre "Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar."

Önemli ayıplar, bağımsız bölümün kullanılmaya elverişli olmaması ve dürüstlük kuralının gereği olarak da bağımsız bölümün kabulünün arsa sahibinden beklenilemeyeceği ayıplardır. İnşaattaki ayıp önemli ise, TBK. m. 475'e göre arsa sahibi sözleşmeyi fesheder ve önemsiz ayıp için de tamir veya ücretin indirimini talep edebilir⁷⁰.

Arsa sahibi açık ayıplı bulunan bağımsız bölümü üçüncü kişiye satmış ise bu anda bulunan ayıplardan yüklenici sorumlu olmamalıdır. Gizli ayıp varsa üçüncü kişi satıcı olan arsa sahibini sorumlu tutacaktır. Arsa sahibi de bu ayıp nedeniyle yükleniciye rücu edebilecektir. Bu durumda satıcının ayıp nedeniyle sorumluluğuna ilişkin TBK. m. 219 ve devamı uygulanabilir⁷¹.

5- İnşaat Ruhsatını ve Oturma İznini Alma Borcu

Yasal olarak inşaatın ruhsatı arsa sahibi tarafından alınır, fakat bu vekâleten yükleniciye devredilebilir. İnşaatın başlaması için ruhsatın alınması gerekmektedir. Bu nedenle ruhsatın alınması yükleniciye bırakıldığında inşaatın yapılmasını engelleyen durumları yüklenicinin arsa sahibine bildirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde ruhsat alınmadı diye işi sürüncemede bırakmak yüklenicinin sorumluluğunu gerektirir. İmar Kanunu m. 29'a göre sözleşmede bir hüküm bulunmadığı takdirde ruhsat alındıktan 2 yıl sonra inşaata başlanmalıdır⁷².

Yargıtay tarafından verilen bir karara göre "Yüklenici ruhsatsız inşaata başlayamaz, arsa sahibi de yükleniciyi ruhsatsız inşaata zorlayamaz.

⁷⁰ Tandoğan, Cilt II, s. 167; Turanboy, s. 162; Kostakoğlu, İnşaat, s. 394 vd.

⁷¹ Geniş bilgi için bkz. Kanber, Sorumluluk, s. 42 vd.

⁷² Kartal, İnşaat, s. 83; Şahin, s. 111; Sütçü, s. 38.

Ruhsatsız yapı belediyece ve valilikçe yıkılır. Arsa sahibi de yıkım davası açabilir. İmar Yasası'nın hükümleri emredici nitelikte olup herkesi bağlar ve mahkemelerce de resen göz önünde tutulur.⁷³ Yargıtay tarafından verilen başka bir karara göre "Tapu tahsis belgesi bir mülkiyet belgesi olmadığından bu belgeye dayanılarak o arsa üzerinde tarafların ruhsat alıp inşaat yapmaları mümkün değildir."⁷⁴

Oturma izni almak için inşaatın bitmiş olması gerekir. Oturma izni İmar Kanunu m. 30'a göre mal sahibi tarafından alınır, fakat sözleşme ile bu yükleniciye devredilebilir.

6- Kat İrtifakı ve Kat Mülkiyetini Kurma Borcu

Kat irtifakı ve kat mülkiyetinin kurulması yasal olarak taşınmaz malikine aittir (KMK. m. 1 – 14). Bu borç sözleşme ile yükleniciye bırakılmışsa ve vekâlet verilmişse bu takdirde yükleniciye ait olacaktır. Bu borca uymayan yüklenicinin sorumluluğu vekâlete göre değil arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesine göre tespit edilecektir.⁷⁵

7- Vergileri Ödeme Borcu

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesine konu olan kat irtifakına veya kat mülkiyetine bağlanmış binalar, emlak vergisine tabidir (Emlak Vergisi Kanunu m. 8/III). Vergi yükümlüsü tapuda malik olarak görünen kişidir. Yükleniciye arsa payları henüz devredilmediğinden vergi yükümlüsü arsa sahibidir. Ancak sözleşme ile bunun aksi kararlaştırılabilir.⁷⁶

B) ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI

1- Arsayı Teslim Etme Borcu

Ücret eser sözleşmesinin önemli bir unsuru olup, bunun iş sahibi tarafından sözleşmede belirtilen miktar ve biçimde ifası gerekmektedir.⁷⁷ Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde ise arsa sahibinin ücret öde-

⁷³ 15. HD. 04.11.1999, E. 2019, K. 3893 (YKD, 2000, C. 26, S. 5, s. 725).

⁷⁴ 15. HD. 25.05.2000, E. 834, K. 2568 (YKD, 2000, C. 26, S. 11, s. 1726).

⁷⁵ Kartal, İnşaat, s. 84; Şahin, s. 114.

⁷⁶ Kartal, İnşaat, s. 84 – 85.

⁷⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Baygın, C., Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 1999, s. 142 vd.

me yükümlülüğü yoktur. Arsa sahibinin borcu sözleşmede belirtilen arsanın yükleniciye tesliminden ibarettir⁷⁸

Arsa sahibinin temel borcu arsayı yükleniciye teslim etmektir. Arsanın imar plan ve projesine uygun olması gerekir. Bu proje uygun olmayan arsa ile ilgili sözleşmeler geçersizdir. Ayrıca yasal düzenleme gereği yapı ruhsatının alınması arsa sahibine ait bir yükümlülüktür⁷⁹.

Arsa sahibinin henüz inşaatla başlamadan arsanın tamamını veya bağımsız bölümlere isabet eden arsa paylarını yükleniciye tapuda devrettiğinde yapı ruhsatı yüklenici tarafından veya müştereken alınacaktır. Arsa sahibi taşınmazı tüm sorunlardan arındırılmış bir şekilde teslim etmelidir. Aksi halde temerrüde düşecektir. Arsa sahibi tarafından yükleniciye teslim edilen arsanın fiili, hukuki bir sorunu ortaya çıktığında bu durumu derhal arsa sahibine bildiren yüklenici TBK. m. 472 f. 3'e göre sorumluluktan kurtulur. Sözleşmede işin tamamlanması için bir süre verilmişse bu süre yapı ruhsatının alındığı tarihte işlemeye başlar. Arsanın imar parseli haline getirilmesi için, geçen sürenin sözleşme süresine eklenmesi gerekir⁸⁰.

İnşaatın ruhsat alınmadan yapımına başlanmış, izin olmadığı için inşaat belediye tarafından mühürlendiğinde arsa sahibi, sözleşmenin feshini isteyemeyeceği gibi tazminat ve cezai şart işleminde de bulunamaz. Bunun nedeni inşaat ruhsatını alma yükümlülüğünün arsa sahibine ait olmasıdır. Sözleşmede, yüklenici yetkili kılınarak inşaatın ruhsatının alınmasından sonra belli bir sürede bitirilmesinin öngörüldüğü hallerde ruhsatın alınacağı tarih kesin olarak belirtilmediği için, yüklenicinin temerrüde düşmesi için TBK. m. 124'e göre ihtar çekilmesi gerekir⁸¹.

2- Arsa Paylarını Devir Borcu

Arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu, yüklenicinin işi tamamlayıp, arsa sahibine teslim etmesi ile muacceliyet kazanır (TBK. m. 479 f. 1

⁷⁸ Kartal, İnşaat, s. 105.

⁷⁹ Karaman, s. 26; İşbora, s. 112.

⁸⁰ Kartal, İnşaat, s. 106, 107.

⁸¹ Kartal, İnşaat, s. 107.

ve m. 97). Yargıtay tarafından verilen bir karara göre “Yüklenicinin sözleşme uyarınca kendisine isabet eden bağımsız bölümlerin adına tescilini isteyebilmesi için, imar mevzuatına ve sözleşmeye uygun bir şekilde binayı tamamlaması gerekir.”^{82,}

Uygulamada yüklenicinin borcunu tamamıyla ifa etmeden önce arsa sahibinin borcunu yerine getirdiği görülmektedir. Bu borç sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan yükleniciye düşecek bağımsız bölümlere özgülenmiş arsa paylarının devrinden ibarettir⁸³.

VI. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ VE BUNUN SONUÇLARI

A) YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ

Yüklenici, sözleşme konusu olan inşaatı belirlenen sürede ve kapsamda ifa edememesi durumunda temerrüde düşer. Şayet böyle bir süre tayin edilmemişse arsa sahibinin ihtarı ile yüklenici temerrüde düşer. Bunun için de edimin ifa gününün gelmiş olması gerekir. Buna karşın yüklenici borcunu ifa etmiyorsa, arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmesi için yükleniciye ek bir süre vermesi gerekir⁸⁴.

Verilen veya tayin edilen süre yetersiz olsa bile verildiği andan itibaren işlemeye başlar. Ek süre tayini herhangi bir şekle tabi değildir. Bu sürenin tayini mahkeme aracılığı ile de yapılabilir. Bu takdirde yetkili hâkimden karar alınmalıdır⁸⁵.

Ek süre tayini, hukuki işlem benzeri olduğu için arsa sahibi, yükleniciye edimini ifa etmesinin sonuçlarını bildirmek zorunda değildir⁸⁶. TBK. m. 125 ek süre sonunda borcu ifa etmemenin sonuçlarını belirtmiştir.

Arsa sahibi süre tayinine gerek varken bu süreyi vermez veya verilen süre dolunca sözleşmeyi feshettiğini geç bildirirse TBK. m. 125’te

⁸² 15.HD. 20.04.2000, E. 1999/501,2 K. 2000/1923 (YKD, 2000, C. 26, S. 10, s. 1563).

⁸³ Kartal, İnşaat, s. 109.

⁸⁴ Kostakoğlu, İnşaat, s. 327. Geniş bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 130 vd; Zevkililer/Gökyayla, s. 484 vd; İşbora, s. 43 vd; Sütçü, s. 112 vd; Yıldırım, s. 82 vd.

⁸⁵ Eren, s. 1111.

⁸⁶ Eren, s. 1112.

belirtilen haklardan vazgeçtiği sonucuna varılmalıdır. Bu durumda arsa sahibi TBK. m. 475 gereği yüklenicinin tüm zararını karşılayarak sözleşmeyi feshedebilir. Yüklenicinin temerrüde düşmesinden sonra ek sürenin geçmesine, ek süre verilmesine gerek bulunmayan hallerde, arsa sahibi seçimlik haklarını makul bir süre içerisinde kullanmazsa yüklenicinin sorumluluğu ağırlaşmaktadır. Arsa sahibinin kusurlu hareketinden dolayı zarar arttığı için zararın tamamına veya cezai şartta hükmedilmeyecektir. Bu takdirde tazminatın hesabı yapılırken, ek sürenin bitiminden itibaren normal bir bekleme süresi eksik işlerin yapılması gereken süre de eklenecek gecikmemiş ifa tarihi saptanarak, temerrüt tarihi bu süre arasındaki gecikmeden dolayı meydana gelen zarar miktar olarak kabul edilmelidir. Süre tayinini yüklenici tespit edebilir. Bu durum TBK. m. 123'teki aynen ifa için geçerlidir⁸⁷.

İçtihadı Birleştirme Kararına göre kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuru ile teslim gününde yapıyı bitiremeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeyi feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak TBK. m. 123 – 125 hükümleri uyarınca çözümlenmesi gerektiği; ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK. m. 2 hükmü gösterilerek sözleşmenin feshi ileriye etkili sonuç doğuracaktır⁸⁸. Yargıtay'ın bu kararına göre inşaat sözleşmeleri “geçici-sürekli karmaşığı” bir özellik taşımaktadır. BK. m. 106 – 108 (Yeni TBK. m. 123 – 125) ise ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Bu karar bazı açılardan eleştirmiştir. Yüklenicinin edimi açısından eser sözleşmesi hükümlerine tabi olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin teslim günü geçmesine rağmen, eseri bitiremeyerek borçlu temerrüdüne düşmesi nedeniyle sözleşmenin arsa sahibi tarafından sona erdirilmesi halinde, eser sözleşmesini düzenleyen maddeler arasında olaya doğrudan uygulanacak bir hüküm bulunmadığından, uyuşmazlığın kural olarak TBK. m. 123 – 125 maddeleri uyarınca çözümlenmesi gerekir. Buna karşılık arsa payı karşılığı in-

⁸⁷ Zevkliler/Gökyayla, s. 485 vd; Kartal, İnşaat, s. 89.

⁸⁸ İBK. 25.01.1984, E. 1983/3, K. 1984/1 (www.kazanci.com).

şaat sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi doğuran karma sözleşmelerdir. Bu nedenle, yüklenicinin teslim günü geçmesine rağmen, eseri bitiremeyerek borçlu temerrüdüne düşmesi nedeniyle sözleşmeye son verilmesi halinde, kural olarak sözleşme ileriye etkili olarak sona erer. Bu sonuç TMK. m. 2'deki dürüstlük kuralının bir gereği olup, TBK. m. 475 f. 3 hükmü ile sağlanır. Ancak eserin kaldırılması yüklenici için ağır bir zararı gerektirmeyen hallerde sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar⁸⁹.

Ek süre tayinine gerek olmayan durumlarda edimin ifası belirlenen süre içersindi yerine getirilmezse artık edimin aynen ifası istenemez. Bu takdirde müsbet veya menfi zarar talep edilebilecektir. Bu konudaki bir düşünceye göre arsa sahibinin ifadan vazgeçtiğini bildirmesinin pratik önemi bulunmamaktadır ve yüklenicinin ifayı reddetmesi durumunda bu durumun bir anlamı kalmayacağından bildirim gerek yoktur. Aksi takdirde arsa sahibi aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirmediğinden diğer seçimlik haklarını da kaybedecektir⁹⁰. TBK. m. 124'e göre ek süreye gerek olmayan haller şunlardır:

İlk olarak TBK. m. 124 f. 1 b. 1'e göre "Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa" ifadesiyle ek süre tayinine gerek olmayacağı belirtilmiştir. Örneğin yüklenicinin sözleşmeyi hükümsüz saydığını bildirmesi durumunda ek süre tayinine gerek yoktur.

İkinci olarak edimin arsa sahibi açısından faydasız hale gelmesi halinde ek süre tayinine gerek yoktur. Bu durum TBK. m. 124 f. 1 b. 2'ye göre "Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa" hükmüyle belirtilmiştir. Bu faydasız kalma derecesi dürüstlük kuralına gör belirlenir.

Aynen ifanın arsa sahibi açısından önemli açıdan yararsız hale gelmesi yüklenicinin kusuru dışında bir sebebe dayanıyorsa arsa sahibinin

⁸⁹ Erman, H., Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü, İstanbul Barosu Dergisi, 1984, C. 50, S. 4 – 6, s. 216.

⁹⁰ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 140.

süre tayin etmesi gerekir, fakat bu durumda arsa sahibi gecikme nedeniyle meydana gelen zararları isteyebilecektir.

Üçüncü olarak edimin ifası için kesin bir tarihin belirlenmiş olması durumunda ek süre tayinine gerek yoktur. TBK. m. 124 f. 1 b. 3 “Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa” hükmü bu durumu düzenlemiştir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflar, ifanın mutlaka belirli bir tarihte yapılmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda sözleşmenin kesin vadeli olduğu kabul edilir. Kesin vadenin kabul edilebilmesi için sadece ifa gününün belirlenmiş olması yetmez. Ayrıca tarafların kararlaştırılan tarihe sıkı sıkıya uyacakları ve sözleşmede gerçekleşmeyen ifanın kabul edilmeyeceğinin de anlaşılması gerekir⁹¹. Bu tür işlemlere “Fixgeschäft” mutlaka belirli bir günde yapılması gereken işlemler denir⁹².

B) YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

1- Aynen İfa ile Birlikte Gecikme Tazminatı

Arsa sahibi temerrüde düşen yükleniciden aynen ifa ve ifanın gecikmesinden dolayı meydana gelen zararı isteyebilir, fakat bunun için arsa sahibi tercihini derhal bildirmelidir. Aksi takdirde aynen ifa + gecikme tazminatını tercih ettiği karine olarak kabul edilmektedir. Aynen ifanın istenebilmesi için yüklenicinin kusuruna gerek yoktur, fakat gecikme tazminatı için kusur aranmaktadır. Aynen ifa + gecikme tazminatının istenebilmesi için arsa sahibinin kendi edimini yerine getirmesi veya getirmeye hazır olduğunu bildirmesi gerekir⁹³.

TBK. m. 119 – 125’e göre arsa sahibi aynen ifa + gecikme tazminatı da isteme hakkına sahiptir. Alacaklı aynen ifadan vazgeçip gecikme tazminatı isteyemez. Gecikme tazminatında yüklenicinin kusursuz oldu-

⁹¹ Kartal, İnşaat, s. 93, 94.

⁹² Von Tuhr, A., Borçlar Hukuku, Çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983, s. 623.

⁹³ Kartal, İnşaat, s. 100; Eren, s. 1115; Reisoğlu, S., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, İstanbul 2011, s. 380 – 381; Oğuzman/Öz, s. 408; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 706; Karaman, s. 39; İşbora, s. 52 vd; Sütçü, s. 114 vd; Yıldırım, s. 93 vd; Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 133; Zevkliler/Gökyayla, s. 485.

ğunu kanıtlaması gerekir. Kural; gecikmenin yüklenicinin kusuru ile meydana geldiğidir⁹⁴.

Gecikme tazminatının, ihtarın borçluya tebliğ edildiği tarih esas alınarak tespit edilmesi gerekir. İhtara gerek olmayan hallerde de bu tarih muacceliyet günüdür. Gecikme tazminatının hukuki niteliği müsbet zardır. Bu nedenle tazminatın kapsamı, fiilen uğranılan zararlar yoksun kalınan kârdan ibarettir. Arsa sahibi inşaatın geç tesliminden dolayı yoksun kaldığı borç bedelini, depo giderlerini vb. isteyebilir, fakat manevi tazminat isteyemez⁹⁵.

İnşaatın zamanında bitmemesi ve teslim edilmemesi halinde arsa sahibi ve yüklenici cezai şartın ödenmemesi üzerinde anlaşılabilir (TBK. m. 179). Bu ifaya eklenen cezai şart niteliğindedir. Burada yüklenicinin temerrüde düşmesi durumunda aksi kararlaştırılmadıkça yüklenicinin kusuru tespit edilse bile hem cezai şart hem de yoksun kalınan kira tazminatı bir arada istenemez. TBK. m. 180 f. 2'ye göre arsa sahibi, şart olunan ceza miktarını aşan zararını ancak yüklenicinin kusurunu kanıtlamasıyla isteyebilir⁹⁶.

Yargıtay'ın verdiği bir karar göre "Ek süre sonunda inşaatın ikmal edilmemesi halinde yaptığı tüm işlemlerden dolayı yüklenicinin herhangi bir hak talep edemeyeceği şeklinde kararlaştırılan ceza, yüklenicinin mahvına neden olacak şiddette olup BK. m. 20'de (Yeni TBK. m. 27) belirtilen genel ahlaka aykırı ve batıldır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi arsa payının devrini içerdiğinden tek taraflı feshedilemez, feshe hâkim karar verir. İnşaat seviyesi davadan sonra % 90 seviyesine ulaşmışsa geriye etkili fesih kararı verilemez."⁹⁷

⁹⁴ Kartal, İnşaat, s. 100.

⁹⁵ Tandoğan, Borçlar, Cilt II, s. 134; Kartal, İnşaat, s. 101.

⁹⁶ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 135; Kartal, İnşaat, s. 102; Kostakoğlu, İnşaat, s. 474 vd.

⁹⁷ 15. HD. 10.06.1999, E. 1658, K. 2437 (YKD, 2000, C. 26, S. 3, s. 404). HGK. 02.04.2014, E. 2013/15-743, K. 2014/443 "Görüşmeler sırasında; davalı/karşı davacıların arsa maliki olarak dava açmadıkları, arsa malikleri ile gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapan ve bu şirkete devredilen hisseleri kendi üzerlerine intikal ettirecek eldeki davayı açtıkları; kaldı ki bu hisselerin sözleşme gereği davacı koopes-

2- İfadan Vazgeçip Müsbet Zararın Tazmini

Arsa sahibi aynen ifadan vazgeçip müsbet zararın tazminini isteyebilir. Bu durumda arsa sahibi ve yüklenici arasındaki sözleşme ilişkisi devam etmektedir, fakat sözleşmenin konusu değişmektedir. Arsa sahibi müsbet zararını istediğinde karşılıklı edimini yerine getirmekten de kurtulmuş olacaktır. Tazminat miktarında, arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçtiği tarih, bu beyana gerek olmayan hallerde temerrüdün gerçekleştiği gündür. Müsbet zarar sözleşme ifa edilseydi uğranılmayacak olan zarardır. Bu zarar kar mahrumiyetini de içine alır⁹⁸.

3- Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazmini

Sözleşmeden dönme, edimin ifası alacaklı için faydasız bir durum almış veya tazminat istemesi halinde bunu yerine getirip getirmeyeceği şüpheli hale gelmiş bir borçluya karşı alacaklıyı koruma amacı taşır. Sözleşmeden dönmenin amacı, sözleşme yapılmamış olsaydı alacaklı hangi ekonomik durumda bulunacaksa o durumu sağlamaktır⁹⁹.

ratife devrinin gerektiği ve iş bu hisselerin devri için kooperatif tarafından açılan davanın kabulü ile söz konusu hisselerin kooperatif adına tesciline karar verilmesi karşısında, davalı/karşı davacıların gecikme tazminatı talep edemeyeceklerinden bahisle aynı hususa işaret eden yerel mahkeme kararının onanması gerektiği ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca kabul görmemiştir.” (UYAP) HGK. 15.01.2014, E. 2013/15-483, K. 2014/11. “Somut olayda, taraflar arasındaki eser sözleşmenin bitimi ve işin teslimi belirli süreye bağlandığına göre; bu sürenin dolmasıyla, davalı yüklenicinin, borcunu yerine getirmede direndiği ve bu olgusunun hukuksal sonuçlar doğurduğu kabul edilmelidir. Davacı arsa sahibi sözleşme konusu edimin kararlaştırılan tarihte ifa edilmemesi nedeniyle akdi feshetmek zorunda olmadığı gibi akdin ifasını da talep edebilir. Diğer taraftan Mahkemenin 2009/261 esas sayılı dosyasında açılan dava sonucunda verilen kararda akdin yürürlükte bulunduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle davacı arsa sahibinin 818 sayılı BK'nun 106/II maddesine göre bir yıldan sonraki gecikmeye dayalı zararını isteme hakkı bulunmaktadır.” (UYAP)

⁹⁸ Eren, s. 1116 vd; Reisoğlu, s. 381 – 382; Oğuzman/Öz, s. 408 vd; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 707; Karaman, s. 40; İşbora, s. 63; Sütçü, s. 144 vd; Yıldırım, s. 95 vd; Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 138 – 139; Zevkliler/Gökyayla, s. 485.

⁹⁹ Eren, s. 1119 vd; Reisoğlu, s. 382 vd; Oğuzman/Öz, s. 411 vd; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 707 vd; Sütçü, s. 152 vd; Yıldırım, s. 100 vd; Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 141 vd; Zevkliler/Gökyayla, s. 486.

TBK. m. 125 f. 3'e göre "Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir."

VII. ARSA KARŞILIĞI KAT YAPIMI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

A) İFA

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi kendisinden doğan bütün borçların ifa edilmesiyle sona erer. İfa ile sona eren, taraflar arasındaki borç ilişkisi olmayıp, sözleşmenin konusu olan edimdir. Bu sözleşmede ifanın gerçekleşebilmesi için sözleşmede belirtilen koşulların yerine getirilmesi gerekir¹⁰⁰.

B) İNŞAATIN YOK OLMASI

TBK. m. 483'ün "Eserin yok olması" şeklindeki düzenlemesinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de uygulanması gerektiği düşünülmektedir. İnşaat teslimden önce beklenmedik bir olay sonucu yok olursa, arsa sahibi teslim almada temerrüde düşmezse, yüklenici çalışması ve masrafları için ücret isteyemeyeceğinden hasara kendisi katlanacaktır. Malzemenin hasarına ise kim malzemeleri temin etmişse o katlanacaktır¹⁰¹.

İnşaat, arsa sahibi tarafından verilen malzemenin veya arsanın ayıbından ya da arsa sahibinin verdiği talimat nedeniyle yok olmuşsa yüklenici bu durumu bildirdiği takdirde çalışmanın karşılığını ve diğer giderlerin tazminini, ayrıca arsa sahibinin kusuru varsa tazminat talep edebilir¹⁰².

Arsa payları önceden yükleniciye devredilmişse konusu kalmadığından, sebepsiz kalan paylar tapu iptali ve tescili yoluyla arsa sahibine

¹⁰⁰ Yıldırım, s. 200.

¹⁰¹ Yavuz, s. 495; Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 316 – 317; Zevkliler/Gökyayla, s. 572.

¹⁰² Yavuz, s. 496; Kartal, İnşaat, s. 128 vd; Yıldırım, s. 210 vd.

devredilecektir. Şayet yüklenici adına herhangi bir devir yapılmamışsa, yüklenici yaptığı iş için herhangi bir talepte bulunamaz¹⁰³.

C) ARSA SAHİBİNİN TAM TAZMİNAT KARŞILIĞI SÖZLEŞMEYİ FESHETMESİ

TBK. m. 484'ün eser sözleşmesinde tam tazminat karşılığı istenildiği zaman sözleşmeyi feshetme yetkisini arsa sahibine veren düzenlemesi, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmelerinde sadece arsa sahibinin belirli bir inşaata ilişkin hak sahibi olmasını değil, yüklenicinin belirli arsa paylarına da hak sahibi olması amaçlandığından, bu sözleşmelere uygulanabilmesi tereddütlere neden olmaktadır. Bir görüşe göre arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmelerinde de taraflar arasında güven ilişkisinin mevcut olması arsa sahibinin TBK. m. 484'ten yararlanmasını sağlamaya yeterli olmalıdır¹⁰⁴.

Bu çözüm yolunda arsa sahibi, bağımsız bölümler tamamlanmadığı sürece yüklenicinin o zamana kadar yaptığı çalışmalarının karşılığını ve masraflarını ödemekle yükümlü olacaktır¹⁰⁵. TBK. m. 484'ü uygulamanın koşulları bağımsız bölümlerin tamamlanmamış olması ve fesih beyanıdır.

İnşaat bittikten sonra bu imkândan yararlanılamaz. İnşaatın bitimine yakın bir zamanda arsa sahibinin feshi talep etmesi TMK. m. 2'ye göre değerlendirilmelidir ve bu durumda arsa sahibinin temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Burada yüklenici sadece ücretin verilmesini talep edebilecektir. Sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile sona erdirildiğinde de bu hüküm uygulanamaz. TBK. m. 484 hükmü henüz inşaata başlanılmadan da uygulanabilir¹⁰⁶.

Arsa sahibinin TBK. m. 484'e göre sözleşmeden dönebilmesi için bunu yükleniciye bildirmelidir. Fesih beyanı niteliği gereği şarta bağlanamaz ve karşı tarafa vardıktan sonra geri alınamaz. Fesih sözleşme hü-

¹⁰³ Kartal, İnşaat, s. 131.

¹⁰⁴ Yavuz, s. 496; Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 343; Zevkliler/Gökyayla, s. 566; Yıldırım, s. 217 vd.

¹⁰⁵ Yavuz, s. 496; Kartal, İnşaat, s. 122.

¹⁰⁶ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 344; Kartal, İnşaat, s. 123.

kümelerini ileriye etkili olarak sona erdirir. Arsa sahibi fesih beyanının vardığı ana kadar yapılan kısmi ifayı kabul etmek ve bedelini ödemek zorundadır. Bu bölümde ayıplı bir ifa varsa yapılan kısmın değerinden ayıplı değer indirilmelidir. Arsa sahibi sözleşmeyi feshedince yüklenici de borcundan kurtulur ve kalan kısım için ücret isteme hakkı sona erer. Önceden bu kısmın ücretini almışsa iade etmelidir¹⁰⁷.

Tazminat miktarının hesaplanması ise iki yöntemle yapılabilir. Kesinti yöntemine göre TBK. m. 408'e göre inşaatın bedelinden yüklenicinin işi tamamlamasından dolayı harcamadığı giderlerin toplamı ve işten alıkonulması nedeniyle boş kalması yüzünden başka iş bularak elde ettiği giderler ve böyle bir iş yapmaktan kasten kaçınarak elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar toplamı çıkarılarak arsa sahibinin ödeyeceği tazminat bulunur. Toplama yöntemine göre, yüklenicinin fesih anına kadar yaptığı gerçek giderler ile inşaat bitirilmiş olsa idi o işten elde edeceği safi olmayan kar toplanarak tazminat miktarı bulunur. Uygulamada her iki yöntemle de rastlanılmaktadır¹⁰⁸.

D) ARSA SAHİBİ TARAFINDA ORTAYA ÇIKAN İMKÂNSIZLIK

TBK. m. 485'e göre yüklenici arsa sahibi tarafında ortaya çıkan beklenmedik bir olay nedeniyle inşaatı tamamlama imkânsızlığına düşerse, yapılan inşaatın karşılığını ve buraya girmeyen giderleri isteyebilecektir. Arsa sahibi kusurlu ise yüklenici bundan başka tazminat da talep edebilecektir. Bu maddenin uygulama alanı çoğunluğun görüşüne göre arsa sahibinin şahsi veya çevresinde meydana gelen olaylar nedeniyle onun kusuru olmadan objektif olarak işin ifası mümkün olmayan hallerde söz konusudur. İmkânsızlık inşaatı başlamadan önce veya sonra olabilir. Burada kanun metninde açıkça belirtilmese bile imkânsız hale gelen bir sözleşmenin devamı beklenemeyeceğinden fesih ihbarına gerek yoktur¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 345; Kartal, İnşaat, s. 124.

¹⁰⁸ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 348; Kartal, İnşaat, s. 127.

¹⁰⁹ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 326 vd; Kartal, İnşaat, s. 122; Zevkliler/Gökyayla, s. 572; Karaman, s. 72.

TBK. m. 485'e göre arsa sahibinin kusuru olmadan ifanın imkânsızlaşması halinde yüklenici o ana kadar yapılan işin değeri ile diğer giderleri isteyebilecektir.

E) SÖZLEŞMENİN KONUSU OLAN İNŞAATA İLİŞKİN İMKÂNSIZLIK

İnşaata ilişkin imkânsızlık ya taşınmazdan kaynaklanır ya da hukuki bir nedenden kaynaklanır. Taşınmazla ilgili imkânsızlığın ortaya çıkması için arsanın fiilen mevcut olması ve sözleşme konusu inşaatın gerçekleştirilmesine uygun bulunması gerekir. Örneğin deprem nedeniyle arsa yok olmuşsa, sözleşme ortadan kalkmaktadır. Bu durumda TBK. m. 485 gereğince sözleşmenin feshi yoluna gidilir.

Hukuki imkânsızlıkta ise arsa fiilen mevcut olmakla beraber üzerinde inşaat yapılmasına imar mevzuatı uygun olmayabilir. Arsanın mülkiyet sorunu da olabilir. Başlangıçta arsa imar mevzuatına uygunken sonradan imar değişikliği yapılarak imara uygun olmayabilir. Bu durumda imkânsızlık nedeniyle sözleşme sona erecektir.

F) YÜKLENİCİNİN ÖLÜMÜ VEYA ACZİ

Yüklenicinin kişisel becerileri nazara alınarak sözleşme yapılmışsa, ölümüyle arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi sona erer. Bu sonuç TBK. m. 486'daki eser sözleşmesinden çıkmaktadır. Arsa sahibinin, yüklenicinin kişisel niteliğini göz önünde tuttuğunu açıklamasına gerek yoktur. Arsa sahibinin istediğinin anlaşılması yeterlidir. TBK. m. 486 emredici olduğu için aksine sözleşme yapılmaz. Kişisel nitelik aranmamış ve işin özelliği de gerektirmiyorsa bu durumda arsa sahibinin fesih beyanına ihtiyaç vardır¹¹⁰.

TBK. m. 486'da yüklenicinin kusuru olmadan aciz durumuna düşmesinde, sözleşmenin kişisel nitelikler göz önünde tutularak yapılmasında sona ereceği ifade edilmiştir. Bu aciz nedeniyle imkânsızlık işin bizzat

¹¹⁰ Kartal, İnşaat, s. 115; Kostakoğlu, İnşaat, s. 523; Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 333; Zevkliler/Gökyayla, s. 572; Karaman, s. 70; Sütçü, s. 223; Yıldırım, s. 214; Özyörük, S., İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1988, s. 36.

yapılmasına veya yönetim altında yaptırılmasına ilişkin olabilir¹¹¹. Yüklenicinin kusuru varsa sözleşme yine sona erer, fakat bu durumda yüklenici TBK. m. 112'ye göre tazminat ödemekle yükümlü olur. Yüklenicinin bu aciz duruma düşmesi devamlı nitelikte olmalıdır.

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi ortadan kalkınca yan yükümlülüklerde sona ermektedir. Ayrıca arsa sahibinin eserin tamamlanan kısmını kabul etme ve bedelini ödeme borcu bulunmaktadır. Yüklenicinin kusursuz olmasına karşın sözleşmenin ifası imkânsız ise eserin tamamına göre hangi orandaki kısım yapılmışsa ücret de o oranda ödenmelidir. Ücretin aynen ödenmesi hukuk ve adalet kurallarına uygun düşmektedir¹¹².

G) FESHİ İHBAR YOLUYLA SONA ERME

1- Öngörülemeyen Haller Dolayısıyla Fesih

TBK. m. 480'e göre "Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez (f. 1). Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir (f. 2). Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile işsahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür (f. 3)."¹¹³ TBK. m. 480 f. 2'ye göre öngörülemeyen haller dolayısıyla feshin şartları şunlardır:

İlk olarak beklenilemeyen ve öngörülemeyen bir halin bulunması gerekmektedir. Bağımsız bölümün ifası halinde yüklenicinin zarara uğramasına neden olan olayın meydana geleceği önceden tahmin edilmemeli-

¹¹¹ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 334; Zevkliler/Gökyayla, s. 572; Sütçü, s. 224; Yıldırım, s. 216; Özyörük, s. 37.

¹¹² Kartal, İnşaat, s. 118.

¹¹³ Geniş bilgi için bkz. Yıldırım, s. 221 vd.

dir. Olayın olacağı önceden mümkün görülüyorsa ve buna rağmen sözleşme yapılmışsa bu durumda yüklenici borcunu ifa etmek durumunda¹¹⁴. Yer sarsıntısı, su basması beklenilmeyen hallerde örnek gösterilebilir.

İnşaatın ifası için olağanüstü bir durumun ortaya çıkması yeterli değildir. Ayrıca bu olayın taraflarca öngörülmemiş veya öngörülemez nitelikte olması gerekir. Önceden öngörülemeyen fakat mücbir sebep olmayan olaylar da TBK. m. 480 f. 2'ye girebilir. Tarafların öngördükleri, ancak gerçekleşmesi tahmin edilmeyen olayın meydana gelmesinde de TBK. m. 480 f. 2 uygulanır.

Öngörülemeyen haller nedeniyle fesihte ikinci aranan şart beklenilemeyen ve öngörülemeyen olayın inşaatın yapılmasını güçleştirmesidir. Hâkim her olayın niteliğine göre işin güçleşmesi sonucu artan masrafların rizikosunun yükleniciye ait olup olmayacağını iyiniyet kurallarına göre takdir eder¹¹⁵. Bu rizikonun aşırı olması gerekmektedir. Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde götürü ücret arsa sahibinin yükleniciye devre-deceği arsa paylarıdır.

Bu fesihte aranan üçüncü şart ise arsa sahibi ve yüklenicinin kusurunun olmamasıdır. İfa güçlüğü, taraflardan birinin ihmali ve tedbirsizliği sonucu meydana gelmemiş olmalıdır. Yüklenici olağanüstü halin ortaya çıkması üzerine, durumu gecikmeksizin arsa sahibine bildirmek zorundadır. Bu yükümlülüğünü yerine getirmese TBK. m. 480 f. 2'ye dayanamaz¹¹⁶.

TBK. m. 480 f. 2'de belirtilen ücretin artırılmasına veya sözleşmenin feshine hâkim karar vermelidir. Yüklenicinin tek taraflı irade beyanının hukuki sonuç doğurması için hâkim kararı zorunludur. Koşullar feshi gerektirmiyorsa bu durumda hâkim ücretin artırılması yoluyla soruna çözüm bulacaktır. Hâkimin bu kararı açıklayıcı niteliktedir. Feshe işin başında iken karar verilmelidir, fakat inşaatın yapımı çok ilerlemiş ise ve

¹¹⁴ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 239; Yıldırım, s. 222 vd.

¹¹⁵ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 244; Kartal, İnşaat, s. 135; Yıldırım, s. 224.

¹¹⁶ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 246; Kartal, İnşaat, s. 135; Yıldırım, s. 225.

sadece ücrette anlaşlamıyorsa bu durumda ücretin artırılması yoluna gidilmelidir. TBK. m. 480 f. 2'ye göre yüklenici buradaki haklarından önceden vazgeçebilir. Bu vazgeçme hakkı yüklenicinin yararı için düzenlenmiştir¹¹⁷.

2- Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Fesih

Yüklenici, sözleşmede belirtilen zamanda işe başlamaz veya işi geciktirir veya işin belirlenen zamanda bitirilmesinin olanaksız olduğu görüldüğü takdirde arsa sahibi, sözleşmedeki zamanı beklemezsizin TBK. m. 473 f. 1'e göre sözleşmeyi feshedebilir¹¹⁸.

İşe başlama zamanı sözleşmede belirlenmemiş veya işin niteliğinden anlaşlamıyorsa sözleşmenin kurulmasıyla derhal işe başlanması gerekir. Yüklenici işe başlamayı veya işe devamı reddederse TBK. m. 473 f. 2'deki şartlar gerçekleşmeden arsa sahibi uygun bir süre tanıyarak sözleşmeyi fesheder. Eğer ihtara uyulmazsa arsa sahibi TBK. m. 123 ve m. 125'teki seçimlik haklarını kullanır¹¹⁹.

Gecikmeden dolayı arsa sahibini sorumlu tutmak için ise gecikmenin onun riziko alanı içinde doğması ve yüklenicinin zamanında durumu arsa sahibine ihtar etmesi gerekir. Arsa sahibi inşaatın sözleşmeye uygun surette yapılması için yükleniciye uygun bir süre tanımalıdır. Aksi takdirde TBK. m. 113 ve m. 473 f. 2'ye göre işi üçüncü bir kişiye yaptıracağını bildirmelidir. Yüklenicinin kişisel niteliklerinin önem taşıdığı hallerde ve zamanında tamamlanmasının olanaksız olduğu durumlarda inşaatın üçüncü kişiye yaptırılması yoluna gidilemez¹²⁰.

Arsa sahibi temerrüde düşen yükleniciye karşı aynen ifa için süre tanımalı veya aynen ifadan vazgeçip tazminat talep etmeli veya sözleşmeyi feshetmelidir. Tazminat talebi veya sözleşmeyi feshetmeyi yükleniciye derhal bildirmelidir.

¹¹⁷ Kartal, İnşaat, s. 139.

¹¹⁸ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 112 – 113; Kartal, İnşaat, s. 141; Karaman, s. 77.

¹¹⁹ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 114.

¹²⁰ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 116; Kartal, İnşaat, s. 143.

Yargıtay'ın verdiği bir karar göre “Taraflar arasındaki eser sözleşmesinin niteliği ve özelliğinden dolayı davalı yüklenicinin temerrüde düşmesi, davacı arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmesi için yeterli görülmez. Taraflar arasındaki sözleşme, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesidir..... Davacı sözleşmeyi feshettiği tarihte, yüklenici inşaatın bütünü itibariyle % 75’ini ve davacıya kalan daireler yönünden % 85’ini tamamlamıştır. Böyle bir durumda sözleşmenin, BK. m. 106 – 108 (Yeni TBK. m. 123 – 125) maddeleri çerçevesinde geçmişi kapsar şekilde feshi yerine BK. m. 360 f. 2 ve f. 3’ü (Yeni TBK. m. 475 f. 1 b. 2, b. 3 ve f. 3) kıyas yoluyla uygulamak ve noksan kalan işin de geri nispetinde eser karşılığı olan arsa payını indirmek, hem yasal hem de daha hakkaniyetli olur.¹²¹” Bir görüşe göre TBK. m. 475’in olaya örnekseme yoluyla uygulanabilmesi için, her şeyden önce o olayla ilgili yasal bir düzenlemenin mevcut olması gerekir. Borçlar Kanunu teslim borcunun belirlenen zamanda yerine getirilmemesi için özel bir hüküm düzenlememiş, çözümü genel hükümlere bırakmıştır. Bu durumda borçlu temerrüdünü düzenleyen TBK. m. 123, m. 125 hükmü uygulanmalıdır¹²².

3- İnşaatın Ayıplı Olması Nedeniyle Fesih

Yüklenicinin, inşaatın ayıplı olmasından dolayı sorumlu olmasının en önemli koşulu eserin teslim edilmesidir. Eser teslim edilmedikçe, ayıpları muayene ve ihbar külfeti doğmaz¹²³.

Arsa sahibi inşaatı teslim aldıktan sonra gözden geçirme görevini, imkân bulur bulmaz yapmalı ve bozuklukları yükleniciye bildirmelidir. Aksi takdirde yüklenici sorumluluklarından kurtulur (TBK. m. 477/II) fakat gizli bozukluklar veya yüklenicinin kasten sakladığı bozukluklar için

¹²¹ HGK. 6.10.1982, E. 15–356, K. 817 (www.kazanci.com).

¹²² Tandoğan, H., Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Brakan ve Temerrüde Düşen Müteahhide Karşı Geriye Etkili Fesih Hakkının Kullanılabileceği Hakkında Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Yeni İçtihadı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1982, C. 11, S. 3, s. 114 vd.

¹²³ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 169 vd; Yavuz, s. 459 vd.

bu kural uygulanmaz¹²⁴. TBK. m. 474 hükmü tamamlayıcı nitelikte olduğu için aksi kararlaştırılabilir.

H) FESİH

Fesih, sürekli bir sözleşme ilişkisini ileriye yönelik olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır. Feshin geçerli bir hukuki sonuç doğurması için karşı tarafın kabulü aranmamaktadır. Fesih aynı zamanda bir tasarruf işlemidir.

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde fesih hakkının kullanılabilmesi için şu iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir: İlk olarak yüklenici temerrüde düşmüş olacaktır. İkinci olarak ise arsa sahibinin, yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine makul bir süre içinde ifa istemediğini, sözleşmeyi feshettiğini yükleniciye bildirmesi gerekir. Fesih halinde yerine getirilmiş edimler istenemez, fakat yerine getirilmemiş edimler de sözleşme ileriye etkili olarak sona erdiği için artık istenemeyecektir¹²⁵.

Bir görüşe göre geleneksel dönme kuramı gereği fesih beyanı sözleşmeyi ve ondan doğan ilişkiyi geriye etkili olarak ortadan kaldırır. Fesih anına kadar ifa edilen edimlerin geri istenmesi talebi de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenir. Yüklenicinin sözleşmeye aykırı ve kusurlu olarak işi geciktirmesi veya kesin olarak yarıda bırakması yüzünden eser sözleşmesinin arsa sahibi tarafından TBK. m. 473 f. 1'e göre feshi, geriye etkili bir dönme niteliği taşır. Eser sözleşmesi arsa payı karşılığı inşaat yapılmasına ilişkin olsa bile, yine TBK. m. 473 f. 1'deki geriye etkili dönme hakkı kullanılabilir. Bu takdirde, yüklenici yaptığı edimlerini ancak arsa sahibinin sebepsiz zenginleşmesi veya yeni dönme kuramına göre bu edimlerin objektif değeri oranında geri alabilir. Yüklenici işin tamamlanması halinde elde edeceği kardan inşaatın yapılan kısmıyla orantılı bir bölümün kendisine verilmesini isteyememelidir. Yüklenici ediminin ve giderlerinin karşılığını da aynen değil nakden alabilmelidir¹²⁶.

¹²⁴ Kartal, İnşaat, s. 146; Karaman, s. 78.

¹²⁵ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 138 vd; Cura, A., Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklar, Bursa Barosu Dergisi, 1989/35, s. 40; Kostakoğlu, İnşaat, s. 528.

¹²⁶ Daha geniş bilgi için bkz. Tandoğan, H., Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde arsa sahibi yükleniciye bedel olarak arsa payını devretmeyi vaadeder. Fesih halinde fesih iradesinin açıklandığı gün eserin tamamlanma oranına isabet eden arsa payını arsa sahibi yükleniciye devretmekle yükümlü olacaktır. Sözleşmenin şerhi halinde, yükleniciye verilmesi gereken arsa payına isabet eden bağımsız bölümün üçüncü bir şahsa arsa sahibince devri halinde, bağımsız bölümün üçüncü şahıstan alınarak yükleniciye verilmesi gerekir. Ancak arsa sahibinin yükleniciye verebileceği aynı arsa üzerinde başka paylar varsa, sözleşmenin şerhine rağmen üçüncü şahıstan bağımsız bölümü almak yerine, arsa sahibinden payın devredilmesinin tercih edilmesi isabetli yol olacaktır¹²⁷.

Yüklenici ile arsa sahibi arasındaki sözleşmenin geçersiz olması ya da daha sonra feshedilmesi durumunda yüklenici ya da arsa sahibi haksız yapı kurallarına dayanabilir¹²⁸.

Üzerinde Görüşler, Banka ve Ticaret Enstitüsü Dergisi, 1981, C. 2, S. 1, s. 1 vd. Ayrıca dönmenin yükleniciden ev alan üçüncü kişiler üzerindeki etkisi için bkz. Darende, s. 1 vd; Yaşar, s. 299.

¹²⁷ Geniş bilgi için Sarı, S., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2006, C. 64, S. 2, s. 273 vd.

¹²⁸ Yücel, Ö., Yargıtay Kararları Işığında Geçersiz veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 62, s. 545 – 546.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen, ani edimli çifte tipli bir karma sözleşmedir. Bu sözleşme uygulamada arsa sahibinin, arsa paylarının satışını vaat etmesi ve yüklenicinin inşaat yapmayı taahhüt etmesi, arsanın tamamen yükleniciye devri, belli arsa paylarının yükleniciye devri ve arsa paylarının inşattaki aşamaya göre devri şekillerinde karşımıza çıkar. En sık karşılaşılan yöntem ise arsa sahibinin, arsa paylarının satışını vaat etmesi ve yüklenicinin inşaat yapmayı taahhüt etmesidir. Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmediği için Kanun'un eser sözleşmesine yönelik hükümleri kıyas yoluyla uygulanacaktır.

Sözleşmenin konusu taşımaz olduğu için, payların devri taahhüdünü içeren sözleşmenin TMK. m. 706, TBK. m. 237, Tapu K. m. 26 ve Noterlik K. m. 60 ve m. 89'a göre düzenleme şeklinde yapılması gerekir. Bu şekil şartına uyulmadığında sözleşme kesin hükümsüz olacaktır. Fakat taraflar edimlerini bilerek ve isteyerek ifa etmişlerse, bunun iadesini istemek hem iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil eder hem de hakkın kötüye kullanılması sayılır. Yine şekil eksikliğine, karşı tarafı aldatarak, neden olan kimse şekil eksikliğini ileri süremez. Burada da hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır.

BİBLİYOGRAFYA

- ACAR, Faruk: Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, 2013, s. 134, s. 1 – 24, www.e-akademi.org.
- ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012.
- ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara 2010.
- AYAZLI, Pervin: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1987, C. 2, S. 1, s. 43 – 51.
- BAYGIN, Cem: Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 1999.
- CURA, Aykut: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklar, Bursa Barosu Dergisi, 1989/35, s. 37 – 44.
- DARENDE, İhsan: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmenin Üçüncü Şahıslar Üzerindeki Etkisi, s. 1 – 11, www.sinerjias.com.tr/pg/pdf/10.pdf.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2012.
- ERMAN, Hasan: Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1984, C. 50, S. 1 – 4, s. 505 – 517(Erman, Karar İncelemesi).
- ERMAN, Hasan: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhedin Temerrüdü, İstanbul Barosu Dergisi, 1984, C. 50, S. 4 – 6, s. 209 – 219 (Erman, Temerrüt).
- FİLA, Hürrem/
ERASLAN, Eyüp: Bir Yargıtay Kararı ve Eleştirisi, İstanbul Barosu Dergisi, 1985, C. 59, s. 661 – 685.

- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, 1. Baskı, İstanbul 2008 (Gümüş, Cilt 1).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, 1. Baskı, İstanbul 2008 (Gümüş, Cilt 2).
- İŞBORA, Tuba: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, ilt., Antalya 2009.
- KANBER, Kemal: Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Şekil ve Şekle Aykırılığın Hukuki Sonuçları, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, 1996, S. 7, s. 14 – 17 (Kanber, Şekil).
- KANBER, Kemal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, 1997, S. 3, s. 36 – 47 (Kanber, Sorumluluk).
- KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt IV, İstanbul 1992.
- KARAMAN, Şeyma: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, ilt., Ankara 2009.
- KARTAL, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993 (Kartal, İnşaat).
- KARTAL, Bilal: Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi (I – II – III), Yargıtay Dergisi, 1983, C. 9, S. 1 – 2, s. 96 – 113; S. 3, s. 329 – 338; S. 4, s. 551 – 568 (Kartal, Arsa Payı).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2011 (Kılıçoğlu, Borçlar).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1975, C. 32, S. 1 – 4, s. 185 – 199 (Kılıçoğlu, Eser).

- KOSTAKOĞLU, Cengiz:İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 2. Baskı, İstanbul 1995 (Kostakoğlu, İnşaat).
- KOSTAKOĞLU, Cengiz: Eser Sözleşmelerinin Bir Türü Olan Arsa Karşılığı Kat Yapım Sözleşmelerinde Şekil, Yasa Hukuk Dergisi, 1984, C. 7, S. 7, s. 925 – 932 (Kostakoğlu, Eser).
- KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.
- OĞUZMAN, Kemal M./
- ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul 2010.
- OKTAY, Saibe: İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1996, C. 55, S. 1 – 2, s. 263 – 296.
- ÖZYÖRÜK, Sezer: İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1988.
- REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, İstanbul 2011.
- SARI, Suat: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2006, C. 64, S. 2, s. 273 – 300.
- SELÇUK, Rıza Nurettin: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ödemezlik Defi, Kırıkkale Barosu Dergisi, 1994/1 – 2, S. 9, s. 15.
- SÜTÇÜ, Mustafa Nezih:Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, ylt., İstanbul 2010.
- ŞAHİN, Turan: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara 2012.
- TANDOĞAN, Haluk: Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerinde Görüşler, Banka ve Ticaret Enstitüsü Dergisi,

- 1981, C. 2, S. 1, s. 1 – 49 (Tandoğan, Orantılı Ücret).
- TANDOĞAN, Haluk: Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan ve Temerrüde Düşen Müteahhide Karşı Geriye Etkili Fesih Hakkının Kullanılabileceği Hakkında Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Yeni İçtihadı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1982, C. 11, S. 3, s. 109 – 117 (Tandoğan, Fesih).
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 1988, 5. Tıpkı Basımdan 6. Tıpkı Basım, İstanbul 2008 (Tandoğan, Borçlar, Cilt I/1).
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 1988, 4. Tıpkı Basımdan 5. Tıpkı Basım, İstanbul 2010 (Tandoğan, Borçlar, Cilt II).
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/
AKMAN, Sermet/
BURCUOĞLU, Haluk/
ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- TURANBOY, Asuman: Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1989 –1990, C. 41, S. 1 – 4, s. 151 – 189.
- VON TUHR, Andreas: Borçlar Hukuku, Çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983.
- YAŞAR, Halis: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcının) Hak ve Sorumlulukları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012, S. 102, s. 289 – 322.
- YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012.

YILDIRIM, Sümeyye Hilal: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, ylt., Ankara 2011.

YÜCEL, Özge: Yargıtay Kararları Işığında Geçersiz veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 62, s. 539 – 563.

ZEVKLİLER, Aydın/

GÖGKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Ankara 2013.

KISALTMALAR

bkz.	: bakınız
C	: Cilt
E.	: Esas
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İBK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	: Karar
KMK.	: Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	: madde
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
S	: Sayı
s.	: sayfa
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

