



KADIR HAS ÜNİVERSİTESİ  
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ  
HUKUK ANABİLİM DALI

**ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE ARSA SAHİBİNİN  
AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI**

HALİS CENGİZ

TEZ DANIŞMANI: DR. ÖĞRETİM ÜYESİ ÖZGE UZUN KAZMACI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İSTANBUL, OCAK, 2020

**ARSA PAYI KARŐILİĐI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE ARSA SAHİBİNİN  
AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI**

HALİS CENGİZ

TEZ DANIŞMANI: DR. ÖĞRETİM ÜYESİ ÖZGE UZUN KAZMACI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

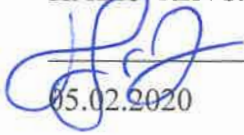
Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı'nda Yüksek Lisans derecesi  
için gerekli kısmi şartların yerine getirilmesi  
amacıyla Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler  
Enstitüsü'ne teslim edilmiştir.

İSTANBUL, OCAK, 2020

Ben, HALİS CENGİZ;

Hazırladığım bu Yüksek Lisans Tezinin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve başka çalışmalardan yaptığım alıntıların kaynaklarını kurallara uygun biçimde tez içerisinde belirttiğimi onaylıyorum.

HALİS CENGİZ

  
05.02.2020

## KABUL VE ONAY

HALİS CENGİZ tarafından hazırlanan ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE ARSA SAHİBİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI başlıklı bu çalışma 06.01.2020 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Dr. Öğretim Üyesi Özge Uzun KAZMACI (Danışman) Kadir Has Üniversitesi

Prof. Dr. Hasan ERMAN

Kadir Has Üniversitesi

Prof. Dr. Emrehan İNAL

İstanbul Üniversitesi

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylıyorum.

ONAY TARİHİ:

Prof. Dr. Sinem Akgül Açıkkese  
6/1/2020

## İÇİNDEKİLER DİZİNİ

İÇİNDEKİLER	
DİZİNİ.....	i
KISALTMALAR DİZİNİ.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

<b>I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI</b> .....	2
A. Tanım .....	2
B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları.....	4
1. Arsa Sahibinin Belirli Arsa Paylarının Mülkiyetini Devir Borcu Altına Girmesi....	4
2. Yüklenicinin İnşa Ettiği Bağımsız Bölümleri İnşa ve Teslim Borcu Altına Girmesi	8
3. Tarafların Anlaşması.....	9
<b>II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ..</b>	
A. Genel Olarak .....	12
B. Hukuki Niteliği.....	14
1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması .....	14
2. Karma Bir Sözleşme Olması.....	15
3. Sürekli-Geçici Karmaşığı Bir Borç İlişkisi Doğurması.....	16
4. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilir Olması .....	20
<b>III. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ</b> .....	21
1. Sözleşmenin Geçerlilik Şekli Ve Hükümleri.....	21
2. Şekle Aykırılığın İleri Sürülemeyeceği Haller .....	24
3. Şekle Aykırılığın Hukuki Sonuçları .....	27

### İKİNCİ BÖLÜM ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN AYIP NEDENİYLE SORUMLULUĞU

<b>I. GENEL OLARAK</b> .....	29
<b>II. YÜKLENİCİNİN AYIP NEDENİYLE SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI</b> ..	30
A. Yapının Teslim Edilmiş Olması .....	30
B. Yapının Ayıplı Olması.....	36
1. Ayıplı Yapı Kavramı .....	36
a. Sözleşmede Kararlaştırılan Nitelik Eksikliği.....	38
b. Gerekli Niteliklerin Eksikliği.....	40
2. Ayıp Türleri .....	40
a. Hukuki – Maddi (Fiili) Ayıp.....	40
b. Açık Ayıp – Gizli Ayıp.....	41
c. Tam Önemli Ayıp – Daha Az Önemli Ayıp .....	42
d. Asli Ayıp – İkincil(Tali) Ayıp .....	44

e. Eksik İfa – Ayıplı İfa Kavramları ve Hukuki Sonuçları.....	44
C. Arsa Sahibinin Muayene ve İhbar Yükümünü Yerine Getirmesi.....	48
1. Genel Olarak .....	48
2. Muayene Yükümü.....	49
3. İhbar Yükümü .....	53

## **ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**

### **ARSA SAHİBİNİN AYIP NEDENİYLE SAHİP OLDUĞU HAKLAR**

<b>I. ARSA SAHİBİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI..</b>	<b>58</b>
A. Genel Olarak .....	58
B. Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı .....	61
1. Yapıdaki Ayıpların Arsa Sahibinin Kabule Zorlanmayacağı Derecede Olması .....	63
2. Binanın Yıkılmasının ve Kaldırılmasının Aşırı Bir Zarara Yol Açmaması .....	66
3. Sözleşmeden Dönülmesinin Sonuçları .....	68
4. Sözleşmeden Dönülmesinin Üçüncü Kişilere Etkisi .....	70
C. Arsa Sahibinin Ücretin İndirilmesini Talep Hakkı.....	73
1. Hakkın Kullanılması .....	73
2. Hakkın Hukuki Niteliği .....	75
3. Bedelden İndirilecek Tutarın Hesaplanması.....	77
D. Arsa Sahibinin Ayıbın Giderilmesini Talep Hakkı.....	79
1. Hukuki Niteliği ve Kullanılması.....	79
2. Özel Şartları .....	79
E. Ayıp Nedeniyle Tazminat Talep Hakkı .....	82
1. Genel Olarak .....	82
2. Ayıbı Takip Eden Zarar ve Ayıp Zararı Kavramları .....	82
3. Tazminat Talebine İlişkin 818 Sayılı ve 6098 Sayılı Borçlar Kanununun Karşılaştırılması .....	83
<b>II. YÜKLENİCİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN SORUMLUĞUNUN DOĞMASINI ENGELLEYEN HALLER</b> .....	<b>85</b>
A. Ayıbın Arsa Sahibine Yüklenebilecek Bir Sebepden Doğması .....	85
B. Eserin Kabul Edilmiş Olması .....	87
<b>III. ZAMANAŞIMI</b> .....	<b>90</b>
<b>SONUÇ</b> .....	<b>95</b>
<b>KAYNAKÇA</b> .....	<b>98</b>

## KISALTMALAR

bknz.	: bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas Numarası
EBK	: 818 sayılı eski Borçlar Kanunu
Erş.	: Erişim
f.	: fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Numarası
KMK	: 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	: madde
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
Sa.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu (6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu)
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

## ÖZET

CENGİZ, HALİS. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE  
ARSA SAHİBİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI, YÜKSEK  
LİSANS TEZİ, İSTANBUL, 2020

Çalışmamızın konusu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici tarafından ayıplı eser meydana getirilmesi halinde arsa sahibinin sahip olduğu haklar üzerinedir. Gerçekten de, uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu yapılarda meydana gelmesi muhtemel ayıplar nedeniyle taraflar arasında çoğu zaman ihtilaflar çıkmaktadır. Borçlar Kanununun 475. maddesinde yüklenici tarafından ayıplı olarak imal edilen esere karşı arsa sahibine, sözleşmeden dönme, eserin ücretsiz olarak onarılmasını talep etme, ayıplı eserin bedelinin indirilmesini talep etme olmak üzere üç adet seçimlik hak tanınmıştır. Ancak, kanun koyucu bu seçimlik hakların kullanılması için; arsa sahibine, eserin muayene edilmesi ve eserde ayıp tespit edilmesi halinde bu ayıbın yükleniciye ihbar edilmesi külfetini yüklemiştir. Ayrıca, arsa sahibinin seçimlik haklarının dışında genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkı da bulunmaktadır. Çalışmamızda arsa sahibinin sahip olduğu bu seçimlik hakların ve tazminat taleplerinin şartları, ayıp kavramı da açıklanmak suretiyle kanuni düzenleme, doktrin ve Yargıtay kararları çerçevesinde ele alınmıştır.

**Anahtar Sözcükler:** Arsa payı, Arsa Sahibi, Ayıp, Seçimlik Haklar, Yüklenici



## ABSTRACT

CENGİZ HALİS. THE RIGHTS OF THE LAND OWNER IN THE CONSTRUCTION AGREEMENT IN RETURN FOR LAND SHARE FOR WARRANTY AGAINST DEFECTS, MASTER THESIS, Istanbul, 2020

The subject of our study is on the rights of the land owner in case of defective work by the contractor in the construction agreement in return for land share. Disputes often arise between the parties due to deficiencies likely to occur in the structures subject to the construction agreement in return for land share in practice. The land owner have three rights if the work produced defective by contractor; termination of contract, wage reduction and repair of the defective work by Article 475 of the Code of Obligations ( TBK)

In Turkish legal system; the land owner has to obligate the notification to the contractor if the work defective. On the other hand, the land owner doesnt use these three optional rights against to contractor. The land owner also have the right to demand indemnity against the contractor.

The conditions of these three optional rights of the land owner and right to demand indemnity against the contractor were discussed with the legal regulation, doctrine and supreme court decisions in our study.

Key words: Land Share, The Land Owner, Defect, Optional rights, Contractor

## GİRİŞ

Ülkemizde, 1950 yılından itibaren köylerden şehirlere doğru yoğun bir göç hareketi yaşanmıştır. Belirtilen göç hareketi ile özellikle büyükşehirlerdeki nüfus artmış, buna bağlı olarak yeni konut ihtiyacı ortaya çıkmıştır. İşte bu noktada arsa maliyetlerinden kurtulmak isteyen inşaat şirketleri, arsa sahipleriyle anlaşarak, arsadan pay almak şartıyla arsa üzerine inşaat yapma taahhüdü altına girmekte ve inşa edilen binadan arsa sahibine bağımsız bölümler vermeyi taahhüt etmektedirler. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibi yükleniciye arsa paylarını devretmeyi borçlanmakta, yüklenici de bunun karşılığında eser (bağımsız bölümler) inşa etmeyi üstlenmektedir. Yüklenici tarafından inşa edilen eserde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kabul edilen niteliklerin yahut sözleşmedeki tahsis amacı açısından gerekli niteliklerin bulunmaması halinde eserin ayıplı olduğundan bahsetmek mümkün olacaktır. Yüklenici tarafından teslim edilen eserin ayıplı olması halinde, kanun koyucu tarafından arsa sahibine bir takım seçimlik haklar tanınmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki tanımı ve unsurları üzerinde durularak sözleşmenin geçerlilik şekilleri incelenecektir. İkinci bölümde ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğunun şartları, ayıp kavramı ve ayıp türleri de ele alınarak detaylı olarak incelenecektir. Daha sonra arsa sahibine bir külfet olarak yüklenen, eserin muayene edilmesi ve ayıbın ihbar edilmesi açıklanacaktır. Son bölümde ise, arsa sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik hakları ve bu hakların ne şekilde kullanılacağına dair konular irdelenecektir. Gerçekten de, yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğunun doğduğu hallerde arsa sahibinin bedel indirimi talep etme, eserin onarımını talep etme ve sözleşmeden dönme hakları bulunmaktadır. Ayrıca, TBK 475. madde gereği, arsa sahibinin genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkı da bulunmaktadır. Arsa sahibinin, gizli ayıplar hariç olmak üzere eseri zımnen yahut açık olarak kabul etmesi, eserde meydana gelen ayıbın arsa sahibinin kusuru ile meydana gelmesi ve son olarak zamanaşımı sürelerinin geçmesiyle beraber, arsa sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik haklarını kullanması artık mümkün olmayacaktır.

# BİRİNCİ BÖLÜM

## GENEL OLARAK

### ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

#### I.ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

##### A. Tanım

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda özel olarak yer alan bir tanımı bulunmamasıyla birlikte, bu sözleşme Borçlar Kanununda düzenlenen “eser ve taşınmaz satımı” sözleşmelerinin unsurlarını birlikte taşımaktadır.<sup>1</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımından evvel, eser sözleşmesinin tanımının yapılmasında fayda bulunmaktadır. TBK m. 470’de: “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Doktrinde ise, “iş sahibinin taahhüt ettiği bir ücret karşılığında, müteahhidin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi yüklediği, iki taraf açısından da hak ve borç doğuran sözleşme olarak tanım yapılmıştır.<sup>2</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini TBK 470. maddede düzenlenen eser sözleşmesi tanımından hareketle açıklamak gerekirse; yüklenicinin arsa sahibine ait arsa üzerinde ve arsadaki belirli payların

---

<sup>1</sup> **Erman**, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Bası, İstanbul 2010, s.1; **Yener**, Mehmet Deniz: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 3.

<sup>2</sup> **Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s.489; **Büyükkay**, Yusuf: Eser Sözleşmesi, İstanbul 2013, s.27; **Aral**, Fahrettin / **Ayrancı**, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014, s.333; **Yavuz**, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s.984-985; **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2015, s.283.

mülkiyetini devri karşılığında bağımsız bölümler inşa etme borcu altına girdiği sözleşmeye “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”<sup>3</sup> denilmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenici ve arsa sahibinin karşılıklı edimlerini içerdiğinden bu doğrultuda farklı bir tanım yapmak gerekirse; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsa sahibi maliki olduğu arsanın bir kısım paylarının mülkiyetini, yüklenicinin arsa üzerinde inşa edeceği binanın<sup>4</sup> belirli bağımsız bölümlerinin teslimli karşılığında, yükleniciye devretmeyi taahhüt etmektedir. Başka bir anlatımla, arsa sahibi yükleniciye karşı maliki olduğu arsanın belli paylarını devir borcu altına girerken, yüklenici taraf da inşa edeceği binadaki belirli bağımsız bölümlerin arsa malikine teslim borcu altındadır.<sup>5</sup>

Yargıtay tarafından verilen kararlarda<sup>6</sup> da; yüklenicinin, finansmanı kendisine ait olmak üzere başkasına ait bir arsa üzerine bina inşa ettiği, bunun karşılığında arsa

---

<sup>3</sup> **Tokbaş**, Hakan/**Üçışık** Fehim: Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016, Ankara 2016, s.109,(**İnal**, Emrehan: Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinin Alıcı-Tüketici Bakımından Arz Ettiği Özellikler); **Yavuz**, s.1064: “Bu sözleşme ile arsa sahibi çok defa parası olmadığından, para yerine arsasından belli payları yükleniciye devretmek suretiyle karşılığında belirli dairelerin yapılması imkanını elde etmekte ve böylece hem arsasını daha iyi değerlendirerek bir daire veya oturacak ev yerine, daha fazla daire almış olmakta; hemde bunun için para ödemek durumunda kalmamaktadır.”; **Yaşar**, Halis: Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde 3. kişinin hak ve sorumlulukları, TBB Dergisi 2012, s.291: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde; arsa sahibinin borcu arsayı yükleniciye tam ve zamanında her türlü ayıptan arî olarak inşaat yapımına hazır hale getirip teslim etmek ve sözleşmeye uygun yüklenici edimi yerine getirildiğinde ise yükleniciye düşen bağımsız bölümlerin tapusunu devir etmektedir. Yüklenicinin edimi ise arsa sahibine karşı yükümlendiği binayı sözleşmeye ve yasaya uygun olarak yapmak ve arsa sahibine teslim etmek ve sözleşmeden kararlaştırdıkları bağımsız bölümlerin tapu devrini talep etmektir.”; Y. 15. HD, 2019/1960 E. ,2019/3281K. www.kazanci.com.tr, Erş. T.25.07.2019: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, bazı yargıtay kararlarında “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” olarak da tanımlanmaktadır. “..Dosya kapsamına göre davalı kooperatifin dava dışı diğer arsa sahipleriyle de kat karşılığı inşaat sözleşmeleri yaptığı...”; **Yavuz**, s.1066: “Uygulamada bu sözleşmenin, inşaat sözleşmesi, kat yapımı sözleşmesi, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi, kat karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satışı ve inşaat sözleşmesi gibi değişik isimlerle anıldığı görülmektedir.”; “İnşaat Hukuku” terimi için bknz: **Aydemir**, Efrail: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016; Medeni Kanun madde 1009’da, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” terimi kullanıldığından, çalışmamızda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi terimi kullanılacaktır. Ayrıca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tarafları için de çalışmamızda “arsa sahibi” ve “yüklenici” terimleri kullanılacaktır.

<sup>4</sup> 3194 sayılı imar kanunu m.5: “Bina; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarıyan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır.”.

<sup>5</sup> **Erman**, s.2; **Yavuz**, s.1067; **Enli**, İsa: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İşi Teslim Borcu ve Temerrüdü, Ankara 2017, s.4; **Karadaş**, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2009, s.44.

<sup>6</sup>Y. 14. HD, 2013/11 E., 2013/5516 K., T. 09.04.2013, www.kazanci.com.tr, Erş. T.25.07.2019: “Bir tanımlama yapmak gerekirse; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yüklenicinin finansmanı kendisi sağlayarak arsa maliklerine ait arsa üzerine bina yapımı işini yükümlendiği, arsa malikinin ise bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği

sahibinin de inşa edilen binadaki belirli bazı bölümleri yükleniciye devrettiği sözleşmeler olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Eser sözleşmesinde ortaya çıkarılacak eserin; taşınır, taşınmaz yahut fikri bir eser olarak ortaya çıkması mümkündür. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise, eserin bağımsız bölüm olarak ortaya konulması gerekmektedir.<sup>7</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, uygulamada birden fazla yapılma şekli bulunmakla birlikte<sup>8</sup>; arsa sahibinin arsa paylarının satışını vaad ettiği, yüklenicinin ise arsa üzerine bina inşa etmeyi yüklediği durum, uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde en sık kullanılan tür olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>9</sup>

## **B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları**

Yukarıda verilen arsa payı inşaat sözleşmesi tanımı üzerinden sözleşmenin unsurları; arsa sahibinin belirli arsa paylarının mülkiyetini devir borcu altına girmesi, yüklenicinin inşa ettiği bağımsız bölümleri teslim borcu altına girmesi, taraflar arasında anlaşma yapılması şeklinde açıklanabilmektedir.

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

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin bağımsız bölüm inşa etme ve arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümleri teslim etme edimini yerine getirmesinin karşılığı olarak, arsa sahibinin de, sözleşme gereği elde edeceği bağımsız bölümlere isabet eden arsa payı haricindeki diğer payları yükleniciye devretmesi sözleşmenin bir

---

sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde bina inşaatı sebebiyle yükleniciye ödenmesi gereken ücret (bedel), arsa sahibi tarafından ayın olarak ödenmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ilk unsur "yüklenicinin bir inşaat (bina) meydana getirme borcu altına girmesidir." Zira, bu tür sözleşmelerde yüklenici finansı sağlayarak sanat, beceri ve emek sarfıyla bir bina meydana getirmekle, buna karşılık arsa sahipleri de taşınmaz malda belli bir mülkiyet payını yükleniciye devretmekle yükümlüdür.”; Y. 14. HD, 2003/4696 E., 2003/5639 K., T. 03.07.2003, www.kazanci.com.tr, Erş. T.25.07.2019: “Kural olarak kat karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmek ile yükümlüdür. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edim borcu ise sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektedir.”.

<sup>7</sup> **Şahin, Turan**: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.120.

<sup>8</sup> **Erman**, s.11: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin çeşitleri: Arsanın tamamı veya belli arsa payları müteahhide devredilmektedir. Arsa paylarının devri inşaatın ulaştığı seviyeye göre kısım kısım gerçekleşmektedir. Arsa sahibi arsa paylarının satışını vaad etmekte, müteahhit de arsa üzerine inşaatı yapmayı taahhüt etmektedir.”.

<sup>9</sup> **Gür**, s.22.

unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>10</sup> Bu unsur, eser sözleşmesinin tarafı olan iş sahibinin ücret ödeme borcuna karşılık gelmektedir.<sup>11</sup>

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, sözleşme gereği arsa sahibine verilen bağımsız bölümlerin karşılığı olarak yükleniciye ücret değil, arsa payı verilmektedir.<sup>12</sup> Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin borcunu para borçları oluşturmamaktadır.<sup>13</sup> Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre<sup>14</sup>, inşaat tamamlanmadan, arsa sahibinin yükleniciye yaptığı arsa payı devirleri avans olarak kabul edilmektedir. Yüklenicinin kendisine ait olacak bağımsız bölümlerin mülkiyetini hukuki anlamda kazanması için, inşaatı sözleşmeye uygun şekilde eksiksiz ve kusursuz tamamlayıp teslim etmesi gerekmektedir. Yüklenici tarafından tüm edimler ifa edildiği takdirde, onun şahsî hakkı, aynî hakka dönüşmektedir.<sup>15</sup>

Bunun haricinde, arsa sahibinin yüklenicinin bina yapacağı arsayı inşaat yapmaya elverişli halde yükleniciye teslim etmesi gerekmektedir. Nitekim fiili ve hukuki imkansızlıklar neticesinde, yüklenici tarafından bina inşa edilmesi mümkün

---

<sup>10</sup> **Erman**, s.2; **Yavuz**, s.1067; **Yıldırım**, Sümeyye Hilal: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara 2011, s.8; Y. 23. HD, 2016/5609 E., 2019/483 K., T. 09.04.2013, T. 18.02.2019, www.kazanci.com.tr, Erş. T.25.07.2019: “Bu sözleşmelerde yüklenicinin asli edimi finansmanı kendisi tarafından sağlanarak arsa sahibinin arsası üzerinde sözleşme ve ekleri, tasdikli projesi, ruhsatı ve imara uygun olmak üzere inşaatı yapıp teslim etmek, arsa sahibinin borcu da bedel olarak kararlaştırılan bağımsız bölüm-bölümler ya da arsa payının mülkiyetini yükleniciye devretmektir.”

<sup>11</sup> **Yavuz**, s.1067.

<sup>12</sup> **Erman**, s.2; **Yavuz**, s.1068; **Duman**, İlker Hasan: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2005, s.30: “Örneğin arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde yüklenici, iş sahibinin arsası üzerine apartman veya iş hanı inşa eder. Bunun karşılığında ise bedel olarak aralarında kararlaştırılan oran dahilinde arsa payı alır.”; **Enli**, s.4: “Bu sözleşme ile iş sahibi, eser sözleşmesinin ücretini para ile değil de ayın ile ödemektedir.”; **Gümüş**, s.288: “Bedel kural olarak paradır. Ancak para dışında bir şeyin de bedel olarak belirlenmesi mümkündür.”; Y. 15. HD, 2019/526 E., 2019/2017 K., T. 02.05.2019, www.kazanci.com.tr, Erş. T.26.07.2019: “Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi eser sözleşmesinin bir türüdür. Eser sözleşmesi ile taraflara karşılıklı hak ve borçlar yüklenmektedir. Yüklenicinin borcu inşaat yapımı, arsa sahibinin borcu da yapılan iş karşılığı olarak taşınmaz malda pay mülkiyetinin devri borcudur.”

<sup>13</sup> **Öz**, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve ilgili mevzuat, İstanbul 2016, s.97.

<sup>14</sup> Y. 23. HD, E. 2015/8887, K. 2017/3470, T. 28.11.2017, www.kazanci.com.tr, Erş. T. 26.07.2019: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye yapılan tapu devri “avans” niteliğinde olup, yüklenici ediminin kural olarak tamamen ifası sonucu sözleşme konusu kendisine bırakılan tapulu taşınmaz ya da bağımsız bölümün aynı hak sahibi olabilir”; Y. 15. HD, 2009/1989 E., 2010/3468 K., T. 17.06.2010, www.kazanci.com.tr, Erş. T. 26.07.2019: “Sözleşmeden sonra ve inşaat süresince yükleniciye bir kısım payların devri avans niteliğindedir.”

<sup>15</sup> **Aydın**, Gülşah Sinem: Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, 2019, Sa.1, s.421; Y. 23. HD, 2014/2487 E., 2014/5588 K., T. 12.09.2014, www.kazanci.com.tr, Erş. T. 26.07.2019: “... sözleşme uyarınca başlangıçta devredilen arsa payları avans niteliğinde olup, yüklenici, gerçekte bunlara işi eksiksiz tamamlayıp, teslim ettiğinde hak kazanabilecektir.”

olmaz ise, arsa sahibinin edimini yerine getirdiğinden bahsedilemeyecektir.<sup>16</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu inşaatın yapılacağı arsanın imar durumunun bu iş için elverişli olması gerekmektedir. Nitekim, Yargıtay bir kararında<sup>17</sup>, arsanın sit alanında kalması nedeniyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hükümsüz olacağını ifade etmiştir.

Ayrıca, arsa sahibinin belirli bir arsa payını devretmesi için o arsanın tapuda kayıtlı olması zorunlu değildir. Zira tapuda kayıtlı olmayan bir arsanın mülkiyetinin geçirilmesi, zilyetliğin devri ile mümkün bulunduğundan, sözleşme gereği belirlenen arsa paylarının zilyetliğin devri yoluyla yükleniciye devredilmesi halinde arsa sahibinin edimini yerine getirdiğinden bahsedilebilecektir.<sup>18</sup>

Ancak doktrindeki bir görüşe göre, yüklenicinin asli edimini yerine getirmesi için, imar ve projeye uygun bir bina inşa etmesi gerektiğinden, tapusuz taşınmazlar için de imar düzenlenmesi yapılamayacağından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu arsanın tapuya kayıtlı olması gerektiği savunulmaktadır.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> **Erman**, s.2; Y. 15. HD, 2002/761 E., 2002/2454 K., T. 13.05.2002, www.kazanci.com.tr, Erş. T.28.07.2019: “İnşaatın yapılacağı arsa üzerindeki Hazine payının satın alınması ve ipoteğin kaldırılması yükümlülüğü, sözleşmeye göre davalı arsa sahiplerine aittir. Hazine'nin karşılık yazısına göre, bu payın satın alınmasında bir engel bulunmamaktadır. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'nun 29.4.1999 tarihli yazısına göre de, inşaatın yapılacağı arsa sitaları içerisinde değildir. Başka bir anlatımla, inşaatın yapılmasında objektif bir imkânsızlıktan söz edilemez. Bu durumda, sözleşme, davalılardan kaynaklanan kusur nedeniyle fesh edilmiştir.”

<sup>17</sup> Y. 15. HD, 1990/2987 E., 1990/43 K. T.22.01.1990: ”Taraflar arasında 12.04.1978 tarihinde kat karşılığı inşaat yapımına ilişkin akdedilen sözleşmeye daha sonra ek 06.02.1987 ve 12.02.1987 tarihlerinde sözleşmeler düzenlenmiş ve bu sözleşmeler ile zemin ve üzerinde iki kat olmak üzere inşaatı yüklenen davalının, arsanın sit alanında bulunması nedeniyle ruhsat alamadığı ve 12.12.1980 tarihli Anıtlar Yüksek Kurulu'nun yazısına göre ancak zeminle birlikte iki kat inşaat yapılabileceği hususunun bildirilmesine rağmen, yüklenici tarafından üç kat inşaat yapılmış olmakla inşaat ve iskan ruhsatlarının alınmasının imkansız bulunduğu anlaşılmaktadır. Arsanın bulunduğu yer itibarıyla gerek sit alanı bulunması, gerekse imar durumu itibarıyla iki kat inşaatın müsait olmasına rağmen taraflarca üç kat inşaat yapılması yolunda akdedilen sözleşme ve sözleşmedeki bağımsız bölümlerin paylaşımı BK. 20. Madde hükmüne göre hükümsüzdür. Hükümsüz sözleşmenin tarafları bağlayıcı bulunduğu kabul edilemez.” (Naklen **Karadağ**, s.340).

<sup>18</sup> **Erman**, s.2; **Yavuz** s.106; **Yıldırım**, s.8: “Arsa sahibinin taahhüdünü yerine getirmiş sayılması için devredeceği payların sözleşmenin amacına fiilen ve hukuken elverişli olması gerekli ve yeterlidir.”

<sup>19</sup> **Usta**, Oğuz: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Ankara 2017, s.11; **Sütçü**, Nezihe: Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.31: ” Tapu tahsis belgesi, ıslah imar planı veya kadaströ planları yapıldıktan sonra hak sahiplerine verilecek tapuya esas teşkil edecek belge niteliğinde olduğundan, tapu tahsis belgesine istinaden de kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılması mümkün değildir.”

Arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan temel sorumluluklarını açıklamak gerekirse; inşaatın konu arsanın yükleniciye teslim edilmesi, imar durumu, proje hazırlanması, kat irtifakı kurulması vb. işlemlerin yapılması için yükleniciye vekalet verme<sup>20</sup>, yüklenici tarafından yapılan inşaat karşılığında mutabık olunan arsa payını devretme, inşaat teminatı olarak yükleniciye devredilen paylardaki ipotekleri şartların gerçekleşmesi halinde kaldırmak olarak ifade edilebilmektedir.<sup>21</sup> Hemen belirtmek gerekir ki, arsa sahibi tarafından projelerin hazırlanması, inşaat ruhsatının alınması yönünde yükleniciye vekalet verilmediği takdirde bu işlemlerin arsa sahibi tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir. Nitekim, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre<sup>22</sup>, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa, inşaat ruhsatının arsa sahipleri tarafından alınması gerekmektedir.

<sup>20</sup> **Karadaş**, s.344: "Uygulamada genellikle, arsa sahipleri için başında yükleniciye vekalet vermekte, böylelikle yüklenici aldığı bu vekaletnameye dayanarak iş ve işlemleri yürütmektedir. Yükleniciye bu işlemlerin takibi için vekaletname verilmişse, edimini yerine getirmeyen yüklenici temerrüde düşer. Diğer yandan yüklenici tarafından istenmesine rağmen vekalet verilmemesi veya verilen vekaletten haksız olarak azil işlemi yapılması halinde arsa sahibi temerrüde düşer.; Y. 15. HD, 2002/4506 E., 2002/384 K. T. 28.01.2002: "Bilirkişi raporlarında belirtilen eksiklikler, eserin teslimine ve iskan ruhsatı alınmasına engel değildir. Davalı yüklenici 31.12.1998 tarihinde keşide ettiği ihtarnamesinde, cins tashininin yapılabilmesi ve iskanın alınabilmesi için vekaletname talep ettiği halde; davacılar BK.'nun 81. Maddesi uyarınca yerine getirmeleri gereken öncelikli edimlerini ifa etmediklerinden, eserin teslim alınması yönünden temerrüde düşmüş sayılırlar." (Naklen **Karadaş**, s.345).

<sup>21</sup> **Oy**, Osman/**Haşal**, Tahsin Emre: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s.29; Y.15. HD, 2018/2944 E. 2019/1865 K., T. 18.04.2019, www.kazanci.com.tr, Erş. T. 28.07.2019: "Ayrıca kat karşılığı inşaat sözleşmeleri imzalandıktan sonra akdin ifası için taraflara yüklenen borç ve haklar bulunmaktadır. Bu anlamda arsa sahibinin borçları; yapı ruhsatı alma ve yapı denetim sözleşmesi borcu, arsanın inşaat yapılabilir ayıpsız teslim borcu ve arsa veya bağımsız bölüm tapu kaydının devir borcu olarak sıralanabilir. Bu borçlardan, arsanın inşaat yapılabilir ayıpsız teslim borcunun kapsamına, arsanın fiziki olarak ve hukuki sınırlandırmalardan arınmış olarak teslimi girmektedir. Bir başka deyişle arsa sahibi kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu arsayı yükleniciye fiziki ve hukuki ayıplarından arınmış olarak teslim etmek borcu içerisindedir."

<sup>22</sup> Y. 15. HD, 1990/4609 E., 1990/5577 K., T. 18.12.1990: "Sözleşmelerde tehvit ve ruhsat alım işlerinin kime ait olduğu açıklanmamıştır. Bu durumda kural olarak bu işleri yapmak ve yürütmek arsa sahiplerine ait bir yükümlülüktür. Dosyada bu konularda davalıya verilmiş bir vekaletname bulunmadığı gibi, aksi de davacı arsa sahipleri tarafından iddia ve ispat edilememiştir. Hal böyle olunca, bu işlemler davacı arsa sahipleri tarafından yapılmadığına göre, mahkemece davalı yüklenicinin işi geciktirdiğinin ve inşaat zamanında başlamadığının kabulü de doğru görülmemiştir." (Naklen **Sütçü**, s.487); Y.15. HD, 2002/1937 E., 2002/3347 K., T.20.06.2002: "Sözleşmede inşaat ruhsatının kim tarafından alınacağı kararlaştırılmadığından, kural olarak ruhsatın arsa sahiplerince alınacağı veya bu işe hasren arsa sahiplerinin yükleniciye ya da onun yetkili olduğu kişiye vekalet vereceğinin kabulü gerekir."(Naklen **Sütçü**, s.486).



## 2. Yüklenicinin İnşa Ettiği Bağımsız Bölümleri İnşa ve Teslim Borcu Altına Girmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin diğer tarafı olan yüklenici, mezkur sözleşmeye uygun olarak arsa üzerine bina inşa etme ve inşa edilen binadaki belirli bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim borcu altındadır.<sup>23</sup> Nitekim, yüklenicinin borcu sadece arsa malikine düşecek bağımsız bölümlerin tesliminden ibaret olmayıp, yüklenicinin aynı zamanda bütünlük arz eden bir bina inşa etmesi de gerekmektedir.<sup>24</sup>

Ayrıca, yüklenicinin binayı ve arsa sahibine teslim edilecek daireleri fiili olarak tamamlayarak ve teslim ederek borcundan kurtulması mümkün değildir. Zira arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin amacı, yüklenici tarafından inşa edilen binadaki bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kanunu çerçevesinde her iki taraf açısından sözleşmedeki şartlar göz önüne alınarak paylaşılmasıdır.<sup>25</sup> Başka bir anlatımla, yüklenici yapımını üstlendiği inşaatı, fen ve sanat kurallarına ve yasa kurallarına uygun olarak yapma yükümlülüğü altındadır.<sup>26</sup>

Yüklenici tarafından inşa edilen binadaki bağımsız bölümlerin, kural olarak kat mülkiyeti sıfatına haiz olması halinde yüklenicinin edimini yerine getirdiği kabul edilmelidir.<sup>27</sup> Diğer yandan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile her zaman bağımsız bölümler içeren bir inşa edilmesi söz konusu olmayabilir. Örneğin, arsa payı karşılığında otel inşası yapılan bir projeye ilişkin olarak, bağımsız bölümler yapılmadığı veya inşaatın kat mülkiyetine haiz olmadığından bahisle, yüklenicinin edimini yerine

<sup>23</sup>YHGK, 2014/569 E.,2016/181 K. T. 26.02.2016, www.kazanci.com.tr, Erş. T.28.07.2019: “Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edimi ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir. İşte böyle bir sözleşme imzalayan yüklenici, inşaat sözleşmesinden doğan edimlerini yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kişisel hak kazanır ve sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunun adına nakledilmesini arsa sahibinden isteyebilir.”.

<sup>24</sup>**Erman**, s.3; **Gür**, Mustafa: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, İzmir 2017, s.25.

<sup>25</sup> **Yavuz**, s.1069: “Bağımsız bölüm kavramının ise, Kat Mülkiyeti Kanunu(KMK) hükümlerine göre tespit olunması lazımdır.”; **Ertas**, s.431: “Kat mülkiyetinde, bağımsız bölümler üzerindeki kat mülkiyeti hakkı ile ona bağlı arsa payı ve ortak yerler üzerindeki müşterek mülkiyet payı arasında eşyaya bağlı bir mülkiyet hakkı ilişkisi vardır.”.

<sup>26</sup> Y. 15. HD, 2004/4004 E., 2005/1553 K., T.17.03.2005: “Oysa yüklenici yapımını üstlendiği inşaatı, yanların arasındaki sözleşme hükümlerine, fen ve sanat kurallarına, kendisine duyulan güvene ve yasa kurallarına uygun olarak yapma yükümlülüğü vardır ve bu yükümlülüğü özen borcu gereğidir.” (Naklen **Sütçü**, s.515).

<sup>27</sup> **Erman**, s.2; **Gür**, Mustafa: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde eksik ifa ve ayıplı ifa kavramları, İzmir 2017, s.25; **Şahin**, s.114-115.

getirmediği ileri sürülemez. Yüklenici tarafından inşa edilen bina, niteliği itibariyle kat mülkiyeti kurmaya elverişli ise bu halde yüklenicinin kat mülkiyeti kanuna göre borcunu ifa etmesi gerekmektedir.

Bu aşamada hemen belirtmek gerekir ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde aksine bir anlaşma olmadığı takdirde, yüklenici ancak yapımını üstlendiği binayı tamamlayıp teslim ettikten sonra, arsa paylarının devrini talep edebilecektir.<sup>28</sup> ERMAN'a göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekle uyularak yapılmaması halinde ifa önceliğinin arsa malikinde olduğu, arsa malikinin kendi edimini yerine getirmeden yüklenicinin ediminin yerine getirilmesini talep edemeyeceği ifade edilmektedir.<sup>29</sup>

Yüklenicinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan temel sorumluluklarını açıklamak gerekirse; projelerin yaptırılması, tasdik ettirilmesi, yönetim planı hazırlanması, kart irtifakı kurulması, arsa sahibi tarafından verilen vekaleti sözleşme doğrultusunda kullanmak, yapılan projelerde ve değişikliklerde arsa sahibinin muvafakatini almak, inşaata kararlaştırılan zamanda başlamak, sözleşmede belirlenen sürede inşaatı tamamlamak, inşaatı sözleşmeye uygun niteliklerde gerçekleştirmek olarak ifade edilebilmektedir.<sup>30</sup>

### 3. Tarafların Anlaşması

TBK m.1'deki; "Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir." şeklindeki düzenlemeden hareketle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen karşılıklı bir sözleşme olduğu göz önüne alındığında, tarafların(arsa sahibi ve yüklenicinin)sözleşmenin konusu ve şartları üzerinde iradelerinin birleşmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki sonuç doğurması bakımından zorunludur.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> **Atamulu**, İsmail: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s.32.

<sup>29</sup> **Erman**, Hasan: İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1979, s.25.

<sup>30</sup> **Oy/Haşal**, s.32.

<sup>31</sup> **Yıldırım**, s.6; **Gür**, s.27; **Sütçü**, s.37: "Ehliyetsizlik veya iradeyi sakatlayan nedenlerin bulunması halinde sözleşmenin iptali veya geçersizliği ileri sürülebilir."

Bu tanımdan hareketle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarının arsa sahibi ve yüklenici olduğu anlaşılmaktadır. Arsa sahibi, gerçek ya da tüzel kişi olabilmektedir. Bunun yanında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi tek kişi olabileceği gibi, birden fazla kişinin de arsa sahibi olması mümkündür.<sup>32</sup>

Yargıtay<sup>33</sup>, inşaatla ilgili olarak el birliği yahut paylı mülkiyet söz konusu ise, mezkur arsaya ilişkin yapılacak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin önemli iş niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin önemli iş niteliğinde kabul edilmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalanırken tüm paydaşların bu sözleşmeye rıza göstermesi gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Nitekim Yargıtay 16.01.2015 tarihli, 2014/6322 E., 2015/209 K., tarihli kararında; “Taraflar arasındaki sözleşme... ..TMK m.692’ye göre tüm paydaşlarla yapılmadığından geçersizdir.” şeklinde hüküm tesis etmiştir.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> **Erman**, s.2; **Uçar**, Ayhan: İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003, s.29.

<sup>33</sup> Y. 23. HD, 2014/5567 E., 2015/7712 K., T. 30.11.2015, www.kazanci.com.tr, Erş. T. 28.07.2019: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu taşınmazın elbirliği mülkiyetine tabi olduğu... önemli tasarruf niteliğinde olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine en başından itibaren tüm paydaşların katılmadığı...”.

<sup>34</sup> Aynı yönde, Y. 15. HD, 2007/334 E. ve 2008/1286 K., T. 29.02.2008, www.kazanci.com.tr, Erş. T. 28.07.2019: “Dava dilekçesinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarih ve sayısı gösterilmediği gibi; mahkeme kararında da sözleşme hakkında bir açıklama bulunmadığından dava dosyası geri çevrilerek davaya dayanak alınan sözleşme istenmiş ve Tarsus 5. Noterliği’nce doğrudan düzenlenen 16.08.1999 tarih ve 05129 yevmiye nolu "Düzenleme Şeklinde Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmesi" başlıklı sözleşme gönderilmiştir. Bu sözleşme kapsamı incelendiğinde; sözleşme konusu 1816 ada 159 parsel numaralı olarak tapuya tescilli taşınmazın 334/800 hissesi maliki Mustafa A. ile yüklenici Zekai Y. arasında yapıldığı anlaşılmaktadır. Dosya kapsamındaki kat irtifakı paylı tapu kaydına göre, inşaat sözleşme konusu 159 numaralı parselde yapılmıştır. Ancak, sözleşme konusu parselin diğer malikleriyle sözleşme yapılmış ise o sözleşme ya da sözleşmeler, dava dosyasına sunulmamıştır. Oysa, Türk Medeni Kanunu'nun 692. maddesi gereğince; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüm malikler ile yüklenici arasında yapılması veya sözleşme yapmayan paydaşların yapılan sözleşme ya da sözleşmelere onay vermiş olmaları zorunludur. Aksi halde, bazı paydaşlar tarafından yapılan sözleşme yanları da, diğer paydaşları da bağlayıcı olmaz. Mahkemece, açıklanan bu hususların gözetilmemesi doğru olmamıştır.”; Fesih davası açmakla tarafların sözleşmeye muvafakat ettiğinin kabul edilmesi gerektiğine ilişkin, Y. 15. HD, 2009/6610 E., 2010/498 K., T. 02.02.2010, www.kazanci.com.tr, Erş. T. 29.07.2019: “TMK'nın 692. maddesi uyarınca kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerli olabilmeleri için tüm tapu maliklerince yapılması gerekir. Somut olayda, kat karşılığı inşaat sözleşmesi Nihat tarafından yapılmıştır. Sözleşme tarihinde taşınmazın paydaşı olan Sefa ve Nihal'in sözleşmede imzaları bulunmamaktadır. Ancak sözleşmede imzası bulunmayan tapu paydaşları Nihal ve Sefa kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi davasını açmakla sözleşmeye muvafakat etmiş sayılırlar.”; Fesih davası açmakla tarafların sözleşmeye muvafakat ettiğinin kabul edilmemesi gerektiğine ilişkin, Y. 23. HD, 2015/5802 E. ve 2016/3815 K., T. 21.06.2016, www.kazanci.com.tr, Erş. T. 29.07.2019: “Somut olayda, taraflar arasındaki dava konusu ...'nin 03.06.2005 tarih ve 12834 yevmiye sayılı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu taşınmazın davacı ve sözleşmeyi imzalayan arsa malikleri dışında başka paydaşlarının da bulunduğu, davalı yüklenici tarafından taşınmazın tüm paydaşları ile sözleşme imzalandığı ya da sözleşmeye onay verdikleri hususunun savunulmadığı anlaşılmış olup, bu sebeple sözleşme geçersiz hale gelmiştir. Bu durumda

Arsa sahibi gibi, sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin de gerçek ya da tüzel kişi olması mümkündür.<sup>35</sup> Aynı şekilde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici tarafın da birden fazla olduğu durumlar olabilmektedir. Bu halde, yükleniciler arasında hak ve borçlar yönünden müştereken ve müteselsilen sorumluluk doğmaktadır.<sup>36</sup> Diğer yandan birden fazla yüklenicinin ortak girişim çatısı altında birlikte eser meydana getirmeyi taahhüt ettiği sözleşmelerde bulunmaktadır.<sup>37</sup>

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, arsa sahibi ve yüklenici tarafın anlaşmasına bağlı olduğundan, diğer bir deyişle arsa sahibi ve yüklenici tarafın iradeleri uyuştugu noktada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulmaktadır. Bu anlamda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi rızai sözleşme olarak kabul edilmektedir.<sup>38</sup>

Hemen belirtmek gerekir ki, tarafların sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde iradelerinin uyuşması halinde sözleşmenin hukuki sonuç doğuracağında şüphe bulunmamaktadır. Bu anlamda, esaslı noktaların neler olduğunun tanımlanması gerekmektedir. RESİOĞLU'na göre;<sup>39</sup> sözleşmenin özelliği, genel iş anlayışı ve koşullara göre tarafların mutlak suretle uyuşması gereken noktalar esaslı noktalar olarak tanımlanmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşmenin tali noktalarında bir uyuşmazlık meydana geldiği takdirde, bu uyuşmazlık Borçlar Kanunu m.2 uyarınca hakim tarafından çözümlenebilecektir.<sup>40</sup> Yine, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi içeriğinin

---

mahkemece, feshin ancak geçerli bir sözleşme için söz konusu olabileceği, bu şekilde açılmış bir davada “Çoğun içinde az da vardır.” kuralı gözetilerek, sözleşmenin geçersizliğinin tespitine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış ise de, sonucu itibarıyla doğru olan kararın, hüküm fıkrasında yapılan yanlışlığın giderilmesi, yeniden yargılamaya gereksinim göstermediğinden, HUMK'nın 438/7. maddesi uyarınca aşağıda yazılı olduğu şekilde düzeltilerek onanması gerekmiştir.”; Tüm paydaşlarla yapılmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli olacağına dair görüş için bkz, **Gür**, s.23.

<sup>35</sup> **Oy/Hasal**, s.32.

<sup>36</sup> **Oy/Hasal**, s.33.

<sup>37</sup> **Kurt**, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.39: “Uygulamada özellikle köprü veya baraj yapımı gibi büyük çaplı inşaat işlerinde bu duruma sıklıkla rastlanmaktadır. Joint Venture(Ortak Girişim) kavramı, “hukuken ve ekonomik olarak bağımsız iki yada daha çok sayıda gerçek veya tüzel kişinin, belirli bir işi gerçekleştirmek yoluyla kazanç elde etmek maksadı ile malvarlığı, para, bilgi, beceri gibi katkılarını, bir sözleşme çerçevesinde bir araya getirerek oluşturdukları ve işin risklerini ortakların her birinin müteselsilen sorumluluk altına girerek üstlendiği, tüzel kişiliği olan veya olmayan ortaklık” olarak tarif edilmektedir.”

<sup>38</sup> **Seçer**, Öz: Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara 2016, s.33; **Büyükcay**, s.33; **Altaş**, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2002, s.46.

<sup>39</sup> **Reisoğlu**, Safa : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul 2014, s.63.

<sup>40</sup> **Reisoğlu**, s.64; **Erman**, s.3.

belirli hale getirilmesi ve yorumlanması, tarafların iradeleri göz önünde bulundurularak TBK madde 19. uyarınca hakim tarafından yapılmalıdır.<sup>41</sup>

## II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile tarafların karşılıklı olarak borç altına girdiği göz önüne alındığında bu sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Diğer yandan, Roma Hukuku döneminde sözleşme tipleri sınırlı sayıda ve belirli isimlere sahipti. Bu sınırlı sayıdaki sözleşmeler dışında sözleşme yapılamamaktaydı. Ancak, hukuk sistemlerinin gelişmesiyle birlikte modern hukukta “sözleşme serbestisi” ilkesi benimsenmiştir. Sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında, kanun tarafından düzenlenmiş bulunan çeşitli sözleşme türlerine ait unsurları birlikte taşıyan yahut yasada düzenlenen sözleşmelerin öğelerine yabancı olmakla birlikte, içerisinde kendine özgü öğeler barındıran bu sözleşmelere “isimsiz(atipik) sözleşmeler” denilmektedir.<sup>42</sup>

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, bütün unsurları ile birlikte Türk Borçlar Kanununda özel olarak düzenlenmediğinden, atipik sözleşme<sup>43</sup> olarak kabul edilmektedir.

Kanaatimce, TMK. m.1009’da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden açıkça bahsedilmesine rağmen, bu sözleşmenin kanunda bütün unsurları ile birlikte düzenlenmemesi önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Zira, günümüzde sıklıkla yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanacak hükümlerin belirli

---

<sup>41</sup> Gür, s.27.

<sup>42</sup> Zevkliler/Gökyayla, s.11.

<sup>43</sup> Atipik sözleşme için bkz., Cansel, Erol/Özel, Çağlar: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, Ankara 2017, s.64; Yavuz, s.1070; Gür, s.28; Sütçü, s.34.

hale getirilmesi; hem uygulama birliği açısından hem de sözleşmede zayıf konumda bulunan arsa sahibinin haklarını bilmesi açısından önem arz etmektedir.

İsimsiz (atipik) sözleşmeler kendi içerisinde; bileşik, karma ve kendine özgü yapısı olan(sui generis) sözleşmeler olarak ayrılmaktadır.

Bu anlamda kısaca değinmek gerekir ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin birleşik bir sözleşme değildir. Zira birleşik sözleşmelerde, her sözleşme kendisine ait hükümler çerçevesinde birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Oysa, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin içinde barındırdığı “eser sözleşmesi” ve “taşınmaz satımı” hükümlerinin ayrı ayrı uygulanması ile bir sonuca varılması mümkün değildir.<sup>44</sup>

Yine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sui generis bir sözleşme olma özelliği de bulunmamaktadır.<sup>45</sup> Esasen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, Türk Borçlar Kanununda düzenlenen “Eser Sözleşmesi”<sup>46</sup> ile aynı özellikleri taşımakla birlikte, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici tarafından meydana getirilen esere karşılık olarak arsa sahibi tarafından ücret yerine arsa payının belirli bir kısmı devredilmektedir.<sup>47</sup> Dolayısıyla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kendine özgü bir yapısı olduğundan da bahsetmek mümkün bulunmamaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi niteliği itibariyle doktrinde ve Yargıtay kararlarında çifte tipli ve karma sözleşme olarak kabul edilmektedir.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> **Erman**, s.6.

<sup>45</sup> Karşı yönde görüş için bkz, **Enli**, s.5.

<sup>46</sup> TBK m. 470: “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”.

<sup>47</sup> **Yavuz**, s.1070; **Erman**, s.6: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, Taşınmaz Satımı ve Eser Sözleşmesinin unsurları bulunduğundan ve bu sözleşme tipleri kanunda düzenlenmiş olduğundan, bu sözleşmeyi sui generis bir sözleşme olarak nitelemek mümkün değildir.”

<sup>48</sup> **Erman**, s.4; **Yavuz**, s.1071; **Karahasan**, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2002, s.501: “İnşaatçının yapı yapma ediminde ağır basan yön gereçlerin tesliminden çok, anlaşmaya uygun olarak bir eserin yaratılmasıdır. Bu nedenle inşaatçının edimi, eser sözleşmesinin belirleyici özelliklerini taşımaktadır. Buna karşılık arsa malikinin karşı edimi taşınmaz satım sözleşmesinin belirleyici özelliklerini taşımaktadır. Öyleyse, arsa payı karşılığında kat yapımı çift tipli bir karma sözleşmedir.”; **Yeniocak**, Umut: Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014, s.107; Y. 23. HD, 2013/4611 E., 2013/6458K., T. 23.10.2013, www.kazanci.com.tr, Erş. T.29.07.2019: “Arsa

Son olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani mi yoksa sürekli mi borç ilişkisi niteliği taşıdığı noktasında doktrinde önemli tartışmalar bulunmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında aşağıda detaylı açıklamalar yapılacaktır.

## **B. Hukuki Niteliği**

### **1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sinallagmatik bir sözleşmedir<sup>49</sup>. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan her biri diğerinden edimini ifa etmesini isterken, kendisi de o kişiye bir borç yükümlülüğü altında girmektedir.<sup>50</sup> Gerçekten de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin imzalanmasıyla, arsa sahibi mülkiyeti devir borcu altına girerken yüklenici de bağımsız bölüm inşa etme borcu altına girmektedir.

Bu tarz sözleşmelerde, taraflardan her birinin borcu diğer tarafın borcunun karşılığını oluşturmaktadır.<sup>51</sup> Başka bir ifadeyle, sözleşmenin her iki tarafı hem alacaklı hem de borçlu durumundadır. Bu hususu izah etmek gerekirse; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, bina inşa edilmesi ve belirli bağımsız bölümlerin teslimi açısından alacaklı konumunda, arsa paylarını devir yönünden borçlu konumundadır. Bunun tam aksi olarak, yüklenici taraf arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi doğrultusunda bina inşa etmek ve belirli bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim

---

payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, hukuki niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen çifte tipli karma sözleşmeler olup, arsa sahibi sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek ve inşaatın tamamlanıp teslimi halinde bağımsız bölümlere bağlı pay devrini yükleniciye devretmek, yüklenici de arsa sahibinin taşınmazı üzerinde sözleşme, yapı ruhsatı ve eki projelerle amacına uygun şekilde bina inşa ederek, arsa sahibine teslim etmekle yükümlüdür.”.

<sup>49</sup> **Erman**, s.4; **Yavuz**, s.1073, **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2017, s.585; Y. 23. HD, 2016/2823E, 2019/168 K., T. 28.01.2019, www.kazanci.com.tr, Erş. T. 29.07.2019: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Taraflardan biri kendi edimini yerine getirmeden karşı taraftan edimini yerine getirmesini isteyemez.”.

<sup>50</sup> **Zevkliler/Gökyayla**, s.2.

<sup>51</sup> **Oğuzman**, M. Kemal / **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 12. Baskı, İstanbul 2014, s.46.

açısından borçlu konumunda, kendisine isabet edecek bağımsız bölümlere ilişkin arsa payının devrini istemek bakımından da alacaklı konumdadır.<sup>52</sup>

## 2. Karma Bir Sözleşme Olması

Karma sözleşme; kanunlarda düzenlenen çeşitli sözleşme tiplerine ilişkin öğelerin, kanunda öngörülmeyen şekilde bir araya gelmesiyle oluşan sözleşme olarak tanımlanmaktadır.<sup>53</sup> Bu tanımdan hareketle; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibi tarafından yapılan hukuki işleme taşınmaz satım sözleşmesi hükümleri, yüklenici tarafından yapılan hukuki işleme ise eser sözleşmesi hükümleri karşılıklılık çerçevesinde uygulanacağından, tarafların karşılıklı edimleriyle bu iki sözleşme hükümleri birleşerek karma bir sözleşme meydana gelmektedir.<sup>54</sup>

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların karşılıklı edimleri arasında, kanunda öngörülmeyen bir mübadele ilişkisi mevcuttur. Bu sözleşmeye göre, yüklenicinin eser meydana getirme ve arsa sahibinin belirli arsa paylarını devretme yönündeki edimleri birbirlerine sıkı sıkıya bağlıdır. Bu edimlerden herhangi birine ilişkin hükümler nazara alınmadığı takdirde diğer edime ilişkin hükümlere de bir sonuç bağlanamayacaktır.<sup>55</sup> Dolayısıyla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, farklı sözleşme tiplerine ait edimlerin karşılıklı olarak mübadele edilmesi söz konusu olduğundan, bu sözleşmenin çifte tipli karma sözleşme niteliğine sahip olduğu kabul edilmelidir.<sup>56</sup>

Karma sözleşmelere ilişkin ortaya çıkacak ihtilaflarda hangi hükümlerin uygulanacağı, doktrinde tartışma konusudur. Tavsiye edilen görüşler, soğurma,

---

<sup>52</sup> **Yavuz**, s.1074.

<sup>53</sup> **Zevkliler/Gökyayla**, s.18; **Karahasan**, s.51-52: “Bu sözleşme bağımsız nitelik taşır. Çok geniş uygulama alanı bulan çifte tipli karma sözleşmeler, taraflardan her birinin ediminin ya da edimlerinin çeşitli tipte sözleşmelerden birbirine özgü olduğu sözleşmelerdir.”; **Kuntalp**, Erden: Karışık Muhtevalı Akit(Karma Sözleşme), Ankara 2013, s.15-16: “...karma sözleşme daha doğrusu karışık muhtevalı akit diye adlandırılan ve unsurları kanunen düzenlenmiş akitlere ait, fakat bunları birleştirme biçiminin kanuna yabancı olduğu sözleşme yer almaktadır.”.

<sup>54</sup> **Erman**, s.5: “Kanunda düzenlenen iki ayrı sözleşme tipine ait edimler, kanunun öngörmediği bir tarzda mübadele ilişkisi içinde olmaktadır.”; **Yavuz**, s.1071.; Aynı yönde bkz, **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.1, İstanbul 2008 s . 69; **Cansel/Özel**, s.66.

<sup>55</sup> **Erman**, s.6, **Yavuz**, s.1071.

<sup>56</sup> **Erman**, s.6; **Karadaş**, s.46; **Yıldırım**, s.11.



birleştirme, çeşitli tiplerin birbirini götürmesi ve kıyas teorisi olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>57</sup>

Doktrindeki baskın görüşe göre, karma sözleşmeler açısından kıyas teorisinin uygulanması genel kabul görmektedir.<sup>58</sup> Bu görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin içinde bulunan taşınmaz satımı ve eser sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulama alanı bulacak, hükümler arasında çatışma olduğu takdirde sözleşmenin amacı, tarafların menfaati ve hakkaniyet çerçevesinde genel hükümler uygulanacak, bundan sonuç alınamaz ise örf ve adet hukuku uygulanacak, bundan da bir sonuç alınamazsa hakim TMK. m. 1 gereği hukuk kuralı oluşturacaktır.<sup>59</sup>

### 3. Sürekli-Ani Karmaşığı Bir Borç İlişkisi Doğurması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ne tür bir borç ilişkisi doğurduğu doktrinde tartışmalı olup, TANDOĞAN'a göre<sup>60</sup>; edimin sonucunun gerçekleşmesi ile eserin teslimi aynı anda olduğundan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli bir borç ilişkisi olarak nitelendirilmelidir<sup>61</sup>. Doktrinde bu görüşte olan yazarlar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, eser sözleşmesi gibi bir sonuç ve teslim borcu doğurduğunu, bağımsız bölümün tamamlanmasına kadar yapılan bütün çalışmaların ifa

<sup>57</sup> Ayrıntılı bilgi için bkznz, **Zevkliler/Gökyayla**, s.21; **Gür**, s.31; **Kartal**, s.28.

<sup>58</sup> **Erman** s.8; **Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara 2014, s.750: “Keza kat karşılığı inşaat sözleşmeleri de karma sözleşmelerden olmasına rağmen, kat inşa etme unsuru nedeniyle, eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması söz konusudur.”.

<sup>59</sup> Ayrıntılı bilgi için bkznz, **Erman** s.8; **Yavuz**, s.1088.

<sup>60</sup> **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri..C.II, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010, s.147.

<sup>61</sup> Aynı yönde görüş için bkznz: **Yavuz**, s.1072; **Eren**, s.587; **Seçer**, s.44; **Seliçi**, Özer İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978 s.7; **Kocaağa**, Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014, s.71; **Şahin**, s.105; **Selimoğlu**, Yaşar Engin: İstisna(Eser) Sözleşmesi, Ankara 2010, s.29: “Örneğin; bir bina inşaatını üstlenen yüklenicinin iki veya üç yıl süresince inşaatı bitirmeye çalışması, ifaya hazırlık olup, ifa sayılmaz. İfa, tamamlanmış binanın teslimi ile bir anda gerçekleşir.”; **Sütçü**, s.36: “Fakat sözleşme süresi ile sürekli edimli sözleşme kavramları birebir örtüşmez. Örneğin tek bir malın satımını konu alan sözleşmenin uzun bir vadeye bağlanması, onun ani edimli olma niteliğini değiştirmez.”; **Güleç**, Şafak: Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Ankara 2009, s.26; **Kurt**, s.53; Sürekli sözleşme benzeri bir borç ilişkisi olduğu yönünde bkznz, **Ormancı Altınok**, Pınar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2011, s.42: “Örneğin eser sözleşmesi müteahhit açısından bakıldığında eserin yaratılmasının bir zamana yayılması nedeniyle süreklilik göstermesine karşın; iş sahibi açısından, iş sahibinin menfaati eserin teslim edildiği anda gerçekleştiği için, ani edimli olarak ortaya çıkar. Sözleşmenin sürekliliği açısından taraf menfaatlerine değil, asli edimin kapsamını ele alarak yapacağımız değerlendirme sonucu eser sözleşmesi, dar anlamda sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirilmeyecektir... bu nedenle eser sözleşmesini, sürekli sözleşme benzeri bir borç ilişkisi olarak ele almak, en yerinde çözüm olacaktır.”.

öncesi hazırlık olduğunu kabul etmektedirler. Sözleşmenin ani edimli borç ilişkisi doğurduğunu kabul eden görüşe göre; yüklenicinin bütün çalışmalarına rağmen inşa edilen bağımsız bölümlerin teslimini gerçekleştirememesi halinde, ifanın gerçekleşmemiş olduğunun kabulü gerekmektedir.<sup>62</sup> Bu bakımdan, bağımsız bölümün tesliminden önce geçmiş olan aşamaların sözleşmenin ifası anlamında bir önemi yoktur. Yargıtay tarafından verilen bir kararda<sup>63</sup> da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli sözleşme olduğu ifade edilmiştir.

ERMAN'a göre,<sup>64</sup> yüklenici tarafından inşa edilen binaya ilişkin, uzun süreyi gerektiren çalışmaları ifa öncesi hazırlık faaliyeti olarak kabul etmek mümkün değildir. Nitekim, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde eser henüz tamamlanmadan önce belli aşamalarda edimler peyderpey ifa edilmektedir. Genellikle uygulamada, inşaatın tamamlanma durumuna göre, arsa payları kısım kısım yükleniciye devredilmekte yahut yükleniciye verilecek arsa payları ipotek tesis edilerek en baştan devredilmekte ve inşaatın tamamlanmasına göre ipotekler kısım kısım kaldırılmaktadır. Aynı şekilde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu malzemelerin mülkiyetinin bütünleyici parça kuralına göre arsa sahibine geçmesi de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliğini ortaya koyan başka bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> **Ayan**, Serkan: İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s.43.

<sup>63</sup>Y. 23. HD, 2016/4330 E., 2019/1005 K., T. 14.03.2019, www.kazanci.com.tr., Erş. T. 09.09.2019: "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren, iki tarafa borç yükleyen, ani edimli sözleşmelerdir. Bu sözleşme uyarınca karşı tarafın edimini talep eden tarafın kendi edimini yerine getirmiş olması gerekir. Somut olayda, davalı arsa sahiplerinin davacı yüklenici aleyhine geç teslimden kaynaklı tazminat davası açtıkları ve yargılamanın devam ettiği anlaşılmaktadır. .... olan bu davanın sonucu eldeki davayı etkileyecek mahiyettedir. Sözleşmenin geç ifasından kaynaklı tazminat talebinin kabul edilmesi halinde henüz ifanın tam olarak yerine getirildiğinden bahsedilemeyeceğinden davacının da arsa sahiplerinin edimini talep etmesi şimdilik mümkün olmayacaktır. Bu itibarla arsa sahipleri tarafından açılan davanın sonuçlanması beklenmeli, bu davanın kabulü sonuçlanması halinde eldeki davanın erken dava olduğundan bahisle reddine karar verilmeli, aksi halde yüklenicinin edimlerini tam olarak yerine getirdiği sonucuna varılacağından şimdiki gibi kabule karar verilmelidir. Bu hususlar nazara alınmadan yazılı şekilde yanılığılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir."

<sup>64</sup> **Erman**, s.9; Aynı yönde bkz, **Kartal**, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s.25: "Yargıtayın son yıllardaki kararlarında sözleşmeden dönme durumlarında sonuçlarının ileriye etkili olduğunu kabul etmekle eser sözleşmesinin bir türü olan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak kabul ettiği sonucuna varılabilir. Bazı eser sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğurup-doğurmadığı tartışma konusu olabilir de arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapma sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurduğunu kabul etmek gerekir."

<sup>65</sup>**İnal** Emrehan: "Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt.LXX, s.253.

Dolayısıyla, bu gerekçelerle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

Borç ilişkisinin türü, sözleşmenin çözümünde ileriye veya geriye etkili olması bakımından önem arz etmektedir.<sup>66</sup>

Doktrindeki diğer bir görüş<sup>67</sup> de, eser sözleşmesinde eser meydana getirme borcunun ani-sürekli karmaşığı bir borç ilişkisi doğurduğunu savunmaktadır. Nitekim, YİBBGK'nun 25.01. 1984 gün ve 3/1 sayılı kararında bu sözleşmelerin “geçici-sürekli karmaşığı özellik taşıdığı belirtilmiştir<sup>68</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin niteliğinin sürekli mi ani mi olduğunun belirlenmesi yüklenicinin temerrüdü bakımından önem arz etmektedir.

Yüklenicinin sözleşme gereği yapmayı üstlendiği bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim edemeyerek temerrüde düşmesi ihtimalinde, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi gündeme gelecektir. Bu ihtimalde, arsa sahibinin feshettiği sözleşmenin ileriye mi yoksa geçmişe mi etkili olarak sona ereceği sözleşmedeki edimlerin niteliğine göre belirlenecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, ani edimli olarak nitelendirilmesi durumunda, sözleşme geçmişe etkili olacak şekilde sona erecek ve yüklenici o zamana kadar yaptığı işin ve malzemenin karşılığını sebepsiz sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilecektir.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> **Yavuz**, s.1073.

<sup>67</sup> **Erman**, s.8; **Serozan**, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 175-176; **Şenocak** Zarife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s.11-12; **Kocağa**, s.55; **Büyükcay**, s.46.

<sup>68</sup> 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiği gibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçici-sürekli karmaşığı özellik taşırlar. Arsa sahibi yönünden ifa ancak son edim olan teslimle gerçekleşmiş olsa bile, yüklenici bakımından edim yükümü uzun bir süreye yayılmıştır. Bu süre boyunca sözleşmenin konusu ve ortak amaç olan eserin ortaya çıkması için yanların karşılıklı anlayış içinde bulunması dürüstlük kuralına (TMK. Md. 2) uygun biçimde davranmaları esastır. Çıkan uyuşmazlığın giderilmesinde de işin teknik yönü bakımından bilirkişiye başvurulması bir yana bırakıldığında değerlendirmenin öncelikle dürüstlük kuralı gözetilerek yanların ortak amacına ve çıkarlar dengesine uygun yapılması gerekir.”;Ayrıntılı bilgi için bknz, **Erman**, s.9.

<sup>69</sup> **Kurşat**, Zekeriya: İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s.754.

Diğer yandan, sözleşmedeki edimlerin sürekli borç ilişkisi doğurduğu kabul edildiği takdirde, arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmesiyle sözleşme ileriye etkili olarak sonuç doğuracak ve yüklenici tarafından o zamana kadar yerine getirilmiş olan kısımlar varlığını muhafaza edecektir.<sup>70</sup> İnşaatın belirli seviyeye ulaşması halinde, geriye etkili olarak sözleşmenin feshedilmesi haksız sonuçlara yol açabilmektedir. Bu durumu bertaraf etmek için, sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilmesi gerekmektedir. Yargıtayın son kararlarında, arsa sahibinin ileriye etkili fesih hakkını kullanması için inşaatın en az % 90 seviyeye ulaşmış olma şartı aranmaktadır.<sup>71</sup> Yargıtay'ın bu doğrultuda verdiği kararlar doktrinde eleştirilmiştir. İNAL'a göre<sup>72</sup>, inşaatın tamamlanma oranının %90 olması halinde sözleşmenin ileriye etkili, inşaatın tamamlanma oranının %89 olması halinde sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ereceği yönündeki ezberci yaklaşımın doğru olmadığı, dürüstlük kuralının aradaki %1'lik fark ile ölçülemeyeceği savunulmaktadır. Nitekim, bu konuyla ilgili olarak

<sup>70</sup> Erman, s.9.

<sup>71</sup> Arat, Ayşe/Akçaal, Mehmet: 20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Durumuna Etkisi, SÜHFD, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/535913>, Erş. T. 11.09.2019: “Yargıtay, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinin kural olarak geçmişe etkili sonuçlar doğurmasını kabul etmekle birlikte, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK. m. 2. hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuçlar doğurabileceğini öngörmektedir; “Y. 15. HD, 2011/192 E., 2011/3284 K., T. 02.06.2011, www.kazanci.com.tr , Erş. T. 11.09.2019: “..Kural olarak, BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kısmi ifadan sözedilemez ise de, 25.01.1984 gün ve 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında, müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın BK'nın 106-108. maddelerine göre çözümleneceğine, ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanun'un 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verilmiştir. Burada yüklenicinin ileriye etkili fesih sonuçlarından yararlanabilmesi için inşaatın en az %90 ve üzeri seviyeye getirilmiş olması zorunludur. Gerek Dairemizin, gerekse Hukuk Genel Kurulu'nun uygulamaları bu doğrultudadır. Hemen belirtilmelidir ki, ileriye etkili fesihte müteahhit, inşaatı getirebildiği seviyeye göre tapu payı almaya hak kazanmakta, arsa sahibi de geriye etkili feshin aksine, ifaya ekli cezayı ve ifanın gecikmesine bağlı zararlarını (BK.96. md.) müteahhitten isteyebilmektedir. Bu nedenlerle fesih isteme tarihinde inşaatın getirildiği seviyenin tespiti çok önem arz etmektedir.”; Y.23. HD, 2015/7386 E., 2016/5426 K., T. 26.12.2016, www.kazanci.com.tr , Erş. T. 11.09.2019: “ Somut olayda yükleniciden bağımsız bölüm satın alan 3. kişilerin inşaatı devam ettiği anlaşılmakta olup inşaatın durması konusunda bir ihtiyati tedbir kararı da olmadığına göre sözleşmenin feshinin ileriye mi yoksa geriye mi etkili fesih olacağı hususu inşaatı yargılama safhasındaki son durumu itibari ile belirlenmelidir. Sözleşmenin ileriye etkili feshine karar verilebilmesi için inşaat seviyesinin %90 oranının üzerinde ve kabul edilebilir nitelikte olması gerekir. Bu durumda mahkemece mahallinde uzman bilirkişiler marifetiyle yeniden keşif yapıp, tüm bağımsız bölümler ve ortak alanlar görülerek keşif tarihi itibari ile inşaatın hali hazır durumu belirlenip buna göre sözleşmenin ileriye veya geriye etkili feshine karar verilmesi gerekirken, bu hususlar dikkate alınmadan karar verilmesi doğru görülmemiştir.”.

<sup>72</sup> İnal, Emrehan: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Hukuki Çözümlerin Gözden Geçirilmesi İhtiyacı”, Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 1208.

verilen 25.01.1984 gün 1983/3 Esas ve 1984/1 Karar sayılı Yargıtay İtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da, herhangi bir oran belirtilmemiştir.

Kanaatimce de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ileriye yahut geriye etkili olarak sona ereceği noktasında kesin sınırlar belirlenmesi hakkaniyete uygun olmayacaktır. Her somut olayın özelliğine göre, tarafların da menfaatleri dikkate alınarak sözleşmenin ileriye mi yoksa geçmişe mi etkili olarak sona ereceği hakkaniyet ve dürüstlük kuralı çerçevesinde takdir edilmelidir. Ayrıca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, teslimden önceki inşaat faaliyetlerinin tümünün ifaya hazırlık hareketleri olarak kabul edilmesi mümkün olmayıp, örneğin yüklenicinin uzun süreler sonucunda peyderpey büyük bölümünü tamamladığı binaya ilişkin edimlerin sürekli nitelikte olduğu, inşaata konu malzemelerin inşaat faaliyetleri süresince bütünleyici parça kuralı gereği sürekli olarak mülkiyetinin arsa sahibine geçtiği de göz önüne alınarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu edimlerin sürekli niteliğinin de bulunduğu kabul edilmelidir.

#### **4. Tapu Kütüğüne şerh Edilebilir Olması**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerh edilmesi, TMK 1009. maddede açıkça düzenlenmiştir.

“TMK madde 1009: Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir. Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.” ifade edilmektedir. Söz konusu düzenleme ile, tapuda yer alan şerhe rağmen arsa sahibi arsasını 3. kişiye devrettiği takdirde, yüklenici sözleşmeden doğan haklarını yeni malike karşı da ileri sürebilecektir.<sup>73</sup>

Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde inşaat yapma borcunu yerine getiren yüklenici, tapudaki bu şerhe dayanarak sözleşme gereği

---

<sup>73</sup> Erman, s.10.

kendisine isabet edecek dairelerin kendi adına tescilini yeni malikten de talep edebilecektir.<sup>74</sup>

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin uygulamada farklı çeşitleri olup, çalışmamızın geniş kapsamlı olmasından dolayı bu hususlara değinilmeyecektir.<sup>75</sup>

### III. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

#### 1. Sözleşmenin Geçerlilik Şekli Ve Hükümleri

Yukarıda daha önceden de değindiğimiz üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, içerisinde taşınmaz satım ve eser sözleşmesini barındıran karma nitelikli bir

<sup>74</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: **Sarı**, Suat: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, İÜHFİM, C. 64, Sa. 2, İstanbul 2006, s. 273-299; YHGK. 2015/12 E., 2016/1005 K., T. 02.11.2016, www.kazanci.com.tr, Erş. T.13.09.2019: “Kişisel (nispi) hakkın şerhinin, hak üzerinde yapacağı etki doktrinde tartışmalı olmakla birlikte çoğunluğun kabulüne göre şerhin iki etkisi vardır: Birincisi; şerh verilen kişisel hakkın konusunda borç doğuncaya kadar etkisidir ki bu şerh verilen hakla ilgili borcu “eşyaya bağlı borç” durumuna sokar. Buna göre, şerhten sonra taşınmazın her maliki kendi mülkiyeti esnasında doğacak borçla yükümlü olur. Şerhin ikinci etkisi; şerhten sonra taşınmazda hak kazanmış olanlardan, doğmuş borcun ifasında alacaklıya zarar verenlerin haklarının bertaraf edilmesini sağlamasıdır. Buna şerhin munzam etkisi denir. Şerhin birinci etkisi ancak borcun doğumuna kadardır. Borcun doğumundan sonra rolü yoktur. Doğan borç, hangi malik zamanında doğarsa onun borcudur. Borç doğduktan sonra taşınmaz el değiştirirse borç yeni malike geçmez. İkinci yani munzam etki ise ancak borç doğduktan sonra söz konusu olur. Borç doğmadıkça bir rolü yoktur. Her iki etki bakımından da şerh kurucu bir nitelik taşır. Diğer bir ifade ile ancak şerhin yapılması ile kişisel hak sözü geçen etkileri kazanır (Oğuzman, K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir,S.: Eşya Hukuku, İstanbul 2014, s.247 vd.)Vaad alacaklısına kişisel bir hak sağlayan satış vaadi sözleşmelerinin TMK’nın 1009. ve Tapu Kanununun 26. maddeleri uyarınca tapu kütüğüne şerh edildiği tarihten sonra taşınmazda aynı hak kazanan kişilere karşı ileri sürülebilme olanağı kazanmaktadır. Çünkü kişisel hakkın tapuya işlenilmesiyle sonradan hak kazanan üçüncü kişiler bu konuda uyarılmış olur.”; Y.15. HD, 2018/5191 E., 2018/5130 K., T. 18.12.2018, www.kazanci.com.tr , Erş. T. 13.09.2019: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshinin âkit taraflarca tek taraflı olarak gerçekleştirilmesi mümkün olmayıp, mahkeme kararıyla veya taraf iradelerinin birleşmesi ile fesih gerçekleştirilebilir. Sözleşme gereğince konulan şerhin terkinin talep edilebilmesi için ise öncelikle fesih kararı verilmesi gerektiğinden, terkin talebinin içinde doğal olarak fesih talebinin varlığı da kabul edilmelidir.”

<sup>75</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin çeşitleri için bkz, **Erman**, s.11.-15; Y. 15. HD, 2018/5361 E., 2019/2479 K., T.23.05.2019, www.kazanci.com.tr, Erş. T.15.09.2019: “Arsa sahibinin arsa paylarının satımını ve yüklenicinin de inşaat yapmayı taahhüt etmesi, arsanın tamamen yükleniciye devri, belirli arsa paylarının yükleniciye devri ve arsa paylarının inşaatteki aşamaya göre yükleniciye (veya göstereceği kişilere) devri şeklinde olmak üzere dört farklı uygulaması yaygın olarak kullanılmakta olup, herbirinde karşılıklı edimlerin ifası farklılık arz etmektedir. Karşılıklı taahhütlerin ağır basması halinde klasik eser sözleşmesinin, taşınmaz devrinin ağırlık kazanmasında ise taşınmaz satış sözleşmesinin öne çıktığını görmek mümkündür.”

sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>76</sup> Türk Medeni Kanununun 706. Maddesinde “Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır.” şeklindeki kanuni düzenleme ile taşınmaz satım sözleşmelerinin resmi şekilde yapılacağı düzenlenmiştir.

Yine Tapu Kanununun 26. Maddesinde de, “Mülkiyete, mülkiyetin gayri aynı haklara ve müşterek bir arzın hissedarları veya birbirine muttasıl gayrimenkullerin sahipleri arasında bunlardan birinin veya bir kaçının o gayrimenkul üzerinde mevcut veya inşa edilecek binanın, muayyen bir katından veya dairesinden yahut müstakillen istimaline elverişli bir bölümünden munhasıran istifadesini temin gayesiyle Medeni Kanunun 753. maddesi hükümlerine göre irtifak hakkı tesisine veya tesis vadine mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir.” şeklindeki düzenleme ile de taşınmaz satış işlemlerinin resmi memurlar huzurunda ve resmi senetlerle yapılacağı kanunda ifade edilmiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kanunda düzenlenmiş bir sözleşme olmadığından, sözleşmenin şekline ilişkin kanunlarımızda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.<sup>77</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin içinde barındırdığı taşınmaz satış sözleşmesi resmi şekle tabi olduğundan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de resmi şekle tabi olması gerekmektedir.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> **Karadaş**, s.55: “Belirtilen niteliği itibarıyla arsa payı inşaat sözleşmeleri iki tipli karma bir sözleşmedir. Burada, eser sözleşmesinin konusu olan inşaat yapma edimi ile taşınmaz satım sözleşmesindeki mülkiyet nakli borcu bir araya gelmektedir.”

<sup>77</sup> **Yavuz**, s.1077; **Durak**, Yasemin: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6 (Özel Sayı), 2015, s.216.

<sup>78</sup> **Erman**, s.17; **Eren**, s.596; **Yakuppur**, Sendi: Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s.15; **Kuntalp**, s.161: “Şu halde şekil zorunluluğuna bağlı bir akit tipinin unsurlarını içeren karışık muhtevalı bir aktin, diğer unsurlara ilişkin bir şekil zorunluluğu bulunmasa dahi, geçerli olabilmesi, içerdiği unsur için hangi şekil öngörülmüş ise, o şekle uygun olarak yapılmasına bağlı bulunmaktadır. Ülkemiz uygulamasında bu konuda yaygın bir biçimde karşımıza çıkan örnek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Nitekim, bu sözleşme bir yandan herhangi bir şekle bağlı olmayan yapı yapma edimini, öte yandan ise, resmi şekle tbi olan taşınmaz mülkiyetini devir edimini içeren karışık muhtevalı akit görünümündedir. Gerçekten YHGK. 1979/1613 E., 1982/565 K. Sayılı kararında, bu sözleşmenin kanun öngördüğü biçimde yapılmamış olması nedeniyle geçersiz olduğunu hükme bağlamış bulunmaktadır.”; **Erzurumluoğlu**, Erzan: Sözleşmeler Hukuku(Özel Borç İlişkileri), Ankara 2015, s.173: “Eser sözleşmesinin kendine özgü bir türü olan inşaat ya da kat karşılığı inşaat sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla aslında pür ya da saf eser sözleşmesinden biraz farklıdır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satış sözleşmesi ile eser sözleşmesinin bir araya gelmesinden oluşan karma bir sözleşmedir. Gerek öğretide gerek uygulamada bu kabul gören bir görüştür. ...Dolayısıyla taşınmaz unsuru içeren bu sözleşme, yapısı gereği resmi şekilde

Kural olarak sözleşmeyi resmi şekle bağlayacak olan kurum tapu müdürlüğü olmasına rağmen, Noterlik Kanunu'nun 60. Maddesi gereği taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin noterler tarafından yapılması mümkün olduğundan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de noterler tarafından düzenlenmesinde resmi şekil açısından bir sakınca bulunmamaktadır.<sup>79</sup> Bu doğrultuda, uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri noterler vasıtasıyla yapılmaktadır.<sup>80</sup> Kaldı ki, 24.04.1978 tarih ve 3/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin noterler tarafından da düzenlenebileceği hüküm altına alınmıştır.<sup>81</sup>

Noter huzurunda akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, re'sen düzenlenmesi gerekmektedir. Zira, eser sözleşmesi bir şekle bağlı olmasa da arsa sahibi taşınmazdaki bir bölüm mülkiyeti yükleniciye geçirmek zorunda olduğundan sözleşmenin TMK m.706, BK m. 213, Tapu Kanunu' nun 60. maddesi uyarınca, Tapu sicil Müdürlüğünde veya noterlerce düzenleme şeklinde yapılması zorunludur.

Başka bir ifadeyle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, noter tarafından resmi olarak düzenlendiği takdirde şekil yönünden geçerli hale gelecektir.<sup>82</sup> Nitekim yargıtayın yerleşmiş içtihatları da bu yöndedir.<sup>83</sup> Tarafların kendi aralarında

---

yapılmak zorundadır.”; **Özmen**, Etem Saba / **Akçura-Karaman**, Tuba: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88. Sa. 1, 2013, s.53.

<sup>79</sup> **Kılıçoğlu**, Ahmet Mithat: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2013, s.109: “Noterler taşınmaz satım sözleşmesi değil, ancak taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapabilirler.” ; **Cansel/Özel**, s. 209.

<sup>80</sup> **Oğuzman/Öz**, s.156.

<sup>81</sup> 10 Haziran 1978 — Sayı: 16312 RESMÎ GAZETE, “634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, ana taşınmazda henüz kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadan önce, bağımsız bölüme ilişkin ve arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız olarak noterlerce düzenlenen kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaadi sözleşmesinin geçerli bulunduğu...”; **Kartal**, s.47: “Kararla iki konu açığa kavuşmuştur. Bunlar, sözleşmenin konusu ve biçimidir. Sözleşmenin konusu ile ilgili olarak taşınmazda kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmuş ise; kat mülkiyeti yasasına göre, her bağımsız bölüm ayrı bir taşınmaz niteliğini kazanacağından, bu tür bir taşınmazın satışı veya satışının vaadedilmesi, taşınmazların tabi olduğu kurallar gereğince noterlerce yapıldığında geçerli olacaktır.... sözleşme konusunun belirli olması şart olmayıp, belirtilebilir durumda bulunması yeterli kabul edilmiş ve ifa sırasında, ifa edilebiliyorsa imkansızlık söz konusu olamayacağından sözleşmenin geçerli olacağı sonucuna varılmıştır. İkinci olarak İBK’da sözleşmenin biçimi üzerinde durulmuştur. ...sözleşme ile vaadedilen kat irtifakı ya da kat mülkiyetinin kurulması vaadi olmayıp, bağımsız bölümün satışının vaadedilmesidir. Bu sözleşmeyi noterler de düzenleyebilir.”.

<sup>82</sup> **Öz**, s.6; **Enli**, s.9; **Yavuz**, s.1077; **Büyükay**, s.53; **Özer**, Serhat: İnşaat Sözleşmelerinden Doğabilecek Uyuşmazlıkların Alternatif Hukuki Çözüm Yolları, Ankara 2012, s.14.

<sup>83</sup> Y. 23. HD, 2016/2313 E., 2019/232 K., T.30.01.2019, www.kazanci.com.tr, Erş. T.15.09.2019: “Burada iki sözleşme iç içedir. Biri, hiçbir şekle bağlı olmayan “inşaat sözleşmesi” diğeri ise, Türk Medeni Kanunu 634. 6098 sayılı TBK'nın 237. Tapu Kanunu'nun 26. ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri uyarınca, resmi biçimde yapılması gereken “mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşme”dir. Bu nedenle, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri”nin noterde "düzenleme" biçiminde yapılması



hazırlayarak notere tasdik ettirdikleri arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekle aykırılıktan geçersiz olduğu sonucuna varılmalıdır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, tarafların kendi aralarında düzenledikleri arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; noter tarafından her sayfası mühürlenmek suretiyle, sözleşmenin tarafların iradelerine uygun olarak ve taraflarca okunarak imzalandığı şerhi taşıyorsa bu halde sözleşmenin şekle aykırı olacağından bahsedilemeyecektir.<sup>84</sup>

Resmi şekilde yapılması zorunlu olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, sonradan değiştirilmesi yahut ek protokol ile ekleme yapılması istendiğinde de yapılacak işlemler resmi şekilde yapılmalıdır.<sup>85</sup> Yine, ileride arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılacağından bahisle taraflar arasında yapılan ön sözleşmenin de resmi şekilde yapılması gerekmektedir.<sup>86</sup> Ancak, sözleşme metni ile çelişki içermeyen

---

gerekmektedir. Burada şekil geçerlik şartıdır. Emredici kural gereği, resmi şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler ise geçersizdir.”; Y. 15. HD, 2010/7418 E., 2011/6873 K., T.28.11.2011, www.kazanci.com.tr, Erş. T.15.09.2019: “Dava dışı S... Ltd. Şti. ile arsa sahipleri arasında 11.9.2001 ve 5.10.2001 tarihli arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmeleri adi yazılı şekilde yapılmıştır. Arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmeleri tapu devrini de içerdiğinden, noterde düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Bu zorunluluk sözleşmenin geçerlilik şartıdır. Sözleşmelerin noterde düzenleme şeklinde yapılmaması halinde, tapu devri yapılmışsa veya inşaat tamamlanmışsa sözleşmelerin tarafları bağlayıcı olacağı kabul edilmelidir. Somut olayda, arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmeleri noterde düzenleme şeklinde yapılmadığından geçersizdir. Sözleşmelerin yapılmasından sonra, arsa sahipleri tarafından dava dışı yüklenici şirkete tapu devri yapılmadığından ve şirket tarafından inşaat da sözleşmelere göre tamamlanmadığından, bu sözleşmeler tarafları bağlayıcı nitelik de kazanmamıştır. Bu durumda dava dışı S... Ltd. Şti. tarafından yapılan imalat sebebiyle arsa sahipleri sebepsiz olarak zenginleştiklerinden alacak miktarının sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre imalatların yapıldığı yıl itibariyle hesaplanması gerekir.”.

<sup>84</sup> **Erman**, s.19.

<sup>85</sup> **Erman**, s.19; **Kartal**, s.43: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1969/1257 E., 1974/308 K., T.30.03.1974, sayılı kararında, bir işlemin yapıldığı sırada uyulan biçimden daha az güvenceli bir biçimle değiştirilemeyeceğini, bu nedenle sözleşmenin noterde yapılmasından sonra tarafların satış parasını arttırdıklarına dair yaptıkları ilave geçersizdir. Çünkü, buradaki şeklin bir ispat şekli değil, geçerlilik şekli olduğu kabul edilmelidir.”; Y. 15. HD, 2005/6737 E., 2006/6400 K., T. 09.11.2006, www.kazanci.com.tr, Erş. T.17.09.2019: “...06.04.2002 tarihli ve taraflar arasında adi yazılı şekilde yapılan ek protokolün 10. maddesinde, yüklenici davalının 15.08.2002 tarihinde binanın iskanını almış vaziyette binayı tam ve sözleşme koşullarına göre teslim etmediği takdirde, geciktirdiği her ay için 5000 Euro ceza şartı davacı arsa sahibine ödemeyi yüklenici davalının kabul ettiği hükme bağlanmıştır. BK’nın 12. maddesi hükmü gereğince; borcun içeriğini genişleten veya yasal şekle bağlı olarak yapılmış sözleşmede var olan herhangi bir kaydı kaldıran veya değiştiren, sözleşmeden doğan borçları ağırlaştırarak sözleşmelerin de asıl sözleşmenin yapıldığı şekle uygun olarak yapılması zorunludur... kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 4. maddesi hükmüyle kararlaştırılan "ifaya ekli ceza" tutarı, yanlarca adi yazılı şekilde yapılan 16.04.2002 tarihli ek sözleşmenin 10. maddesi hükmü ile artırılmış ise de, BK’nın 12. maddesi hükmü gereğince, yüklenicinin sorumluluğunu ağırlaştırarak bu ek sözleşme, asıl sözleşmenin tabi olduğu zorunlu şekil koşuluna uygun olarak yapılmış olmadığından davalı yükleniciyi bağlayıcı değildir...”.

<sup>86</sup> **Erman**, s.20.

tamamlayıcı noktalara ilişkin sözleşme değişiklikleri için, resmi şekil şartına uyulmasında zorunluluk bulunmamaktadır.<sup>87</sup>

## 2. Şekle Aykırılığın İleri Sürülemeyeceği Haller

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şeklen eksik yapılması her ne kadar sözleşmeyi geçersiz kılsa da, bazı hallerde şekil eksikliğine rağmen sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği, doktrinde ve uygulamada kabul edilmektedir.<sup>88</sup> Somut olay bakımından değerlendirildiğinde, şekil eksikliğinin ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyor ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçersiz kabul edilmesi mümkün olmayacaktır.<sup>89</sup>

YAVUZ'a göre; sözleşmede öngörülen edimler yerine getirildikten sonra, taraflardan birinin sözleşmenin resmi şekilde yapılmadığı yönündeki itirazı dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir. Hatta Yargıtay bir kararında<sup>90</sup>, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu inşaatın vazgeçilmez seviyeye gelmesi nedeniyle, mezkur sözleşmenin şekil şartına aykırılıktan geçersiz olmayacağına karar vermiştir. Yine sözleşmedeki şekil eksikliğini bilerek böyle bir tehlikeye katlanan ve bu noksanlığı kendi yararı için isteyen taraf, daha sonradan bu şekil eksikliğine dayanarak

<sup>87</sup> Reisoğlu, s.96.

<sup>88</sup> Erman, s. 24; Yavuz, s.1083; Eren, s.597.

<sup>89</sup> Oğuzman/Öz, s.159: "Şekil noksanı sebebiyle hükümsüzlüğü ileri sürme hakkı kötüye kullanılıyorsa bunu kanun himaye etmez, sözleşme geçerli imiş gibi sonuçlar doğar."; Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre: Borçlar Kanunu Genel Bölüm, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2011, s.50.: "Ne var ki hakkın kötüye kullanılması yasağı butlanın ileri sürülmesi itirazını da denetler ve hakkın kötüye kullanılması olguları varsa bu itiraz da dinlenmez."; Doğan, Murat/Şahan, Gökhan/Atamulu, İsmail: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara 2019, s.122: "Örneğin taraflardan birinin , karşın tarafın borcunu ifa etmesine rağmen kendi edimini ifa etmemek için şekle aykırılığı ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilebilir."; Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem-Sözleşme, İstanbul 2010, s.315 vd.

<sup>90</sup> Y. 23. HD, 2016/6991 E. 2017/3238 K., T.14.11.2017, www.kazanci.com.tr , Erş. T. 17.09.2019: "Taraflar arasında resmi şekil şartına uyulmadan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmış ise de; inşaatın vazgeçilemeyecek seviyeye geldiği anlaşıldığından artık sözleşmenin bu nedenle geçersizliğinden bahsedilemez. Mahkemece gerekli yazışmalar yapıldıktan sonra yerinde yeniden keşif yapılarak inşaatın ruhsatının bulunup bulunmadığı, ruhsatı yoksa ruhsata bağlanmasının mümkün olup olmadığı, imara aykırı olup olmadığı, varsa imara aykırılıkların giderilip giderilemeyeceği belirlenerek, inşaatın ruhsata bağlanması ve imara aykırılıkların giderilmesi mümkün ise yüklenici davacıya bu konuda yeterli süre ve yetki verilmesi, verilen süreye rağmen ifa tamamlanmaz ise davanın şimdiki gibi reddedilmesi, imara, fen ve sanat kurallarına, sözleşmeye uygun bir inşaatın davalılara teslim edilmesi halinde ise davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken mahkemece bu hususlarda gerekli inceleme yapılmadan hüküm kurmaya yetersiz bilirkişi raporları dayanak yapılarak hüküm kurulması doğru olmamış kararın bu nedenlerle bozulması gerekmektedir."

sözleşmenin geçersizliğine dayanmamalıdır. Son olarak, yüklenicinin kendisine teslim edilen arsa üzerinde bina yapımını tamamlaması akabinde arsa sahibinin sözleşmenin resmi şekilde yapılmadığı ve geçersiz olduğu gerekçesiyle kendi edimini yerine getirmemesi, yahut yüklenicinin arsa paylarını devraldıktan sonra sözleşmenin resmi şekilde yapılmadığı ve geçersiz olduğu gerekçesiyle inşaat yapma borcunu yerine getirmemesi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir.<sup>91</sup>

Diğer yandan, yüklenicinin kendisine isabet edecek bağımsız bölümleri resmi şekil şartına uymaksızın taşınmaz satış vaadi yoluyla sattıktan sonra, şekil noksanlığı nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir. Bu hususa ilişkin ortaya çıkan Yargıtay kararları arasında çelişki meydana gelmesi nedeniyle, 30.09.1988 tarih ve 1987/2 E., 1988/2 K. Sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararı oluşturulmuştur.<sup>92</sup>

Mezkur Yargıtay içtihadı birleştirme kararı incelendiğinde, yüklenicinin kendisine isabet edecek bağımsız bölümleri bedelini de almak suretiyle sattıktan sonra,

<sup>91</sup> **Yavuz**, s.1086 vd.; aynı yönde bkz, **Erman**, s.24.vd.; Y. 15. HD, 1995/3473 E. 1995/587 K., T.07.02.1995, www.kazanci.com.tr, Erş. T.18.09.2019: “Sözleşme adi yazılı şekilde düzenlenmişse de yüklenici sözleşmede öngörülen inşaatı tümüyle yapıp bitirmiş ve arsa sahibine isabet eden bağımsız bölümleri de teslim etmiş olduğundan artık bu aşamadan sonra sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmek M.K. 2. Maddesindeki iyiniyet kuralı ile bağdaşmaz.”; YHGK. 1991/396 E., 1991/511 K., T.23.10.1991, www.kazanci.com.tr, Erş. T.18.09.2019: “...Olayda davacı arsa sahibi tarafından tapuda davalı 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 ifade bulunmuşlardır. Bu durumda taraflar arasındaki sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi M.K. 2. Maddesinde öngörülen objektif iyiniyet kuralına aykırı olup, sözleşme artık geçerli hukuki sonuç doğurur.”; Y. 15.HD, 1981/942 E. 1981/1313 K., T.03.06.1981, www.kazanci.com.tr, Erş. T.18.09.2019: “...taraflar arasında haricen düzenlenmiş kat karşılığı inşaat sözleşmesi geçersiz ise de, inşaat tamamen yapılmış ve davacıya teslim hazır duruma getirilmiş bulunduğu tespit edilmesi nedeniyle, bu durumda artık sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi afaki iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz.”.

<sup>92</sup> 30.09.1988 tarih ve 1987/2 E., 1988/2 K. Sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararı. www.kazanci.com.tr, Erş. T.18.09.2019: “.. İşte bu şekilde Kat Mülkiyeti Kanununa 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; genellikle, aslında bağımsız bölümün satış bedeli satım tarihi itibarıyla uygun bulunduğu ve satıcı satış bedelinden inşaat sırasında yararlandığı halde, bu arada alıcının ödemiş olduğu para değerinin enflasyon nedeniyle oldukça düşmesinden, buna mukabil satılan bağımsız bölümlerin değerlerinin tapuda devir edileceği zamanda fahiş oranda artmış bulunmasından ileri gelmektedir. Başka bir anlatımla, bunları düşünen satıcı (müteahhit) sözleşmeden sıyrılmanın yollarını aramakta ve yasanın öngördüğü resmi şekil şartına sığınarak mülkiyeti devir borcundan kaçınmaktadır.... açıklanan nedenlerle, içtihadı birleştirmenin konusu uyuşmazlıklarda ve onunla sınırlı olmak üzere, olayın özelliğine göre hâkimin Medeni Kanunun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceği sonucuna varılmıştır.”.

taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde şekil eksikliği bulunduğu yönündeki talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu vurgulanmıştır.

Doktrinde ve mahkeme kararlarında, hakkın kötüye kullanılması olgusunun mahkeme tarafından re'sen araştırılması gerektiği kabul edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 04.11.1964 tarih, 1953/2 E., 1953 K. Sayılı kararında, karar düzeltme safhasında dahi hakkın kötüye kullanıldığı iddiasının araştırılması gerektiğine karar vermiştir.<sup>93</sup> Hemen belirtmek gerekir ki, şekil eksikliği nedeniyle geçersizlik iddiasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığı her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.<sup>94</sup>

### 3. Şekle Aykırılığın Hukuki Sonuçları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, resmi şekle tabi olduğunu az yukarıda açıklamıştık. Resmi şekle tabi olan bir sözleşmenin resmi şekilde yapılmaması halinde ortaya çıkacak sonucun ne olacağı borçlar kanunumuzda açıkça düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanununun, 12. Maddesinin ikinci fıkrasında, “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*” kanuni düzenlemesi bulunmaktadır. Kanun maddesinde de açıkça anlaşılacağı üzere, resmi şekle tabi olan bir sözleşmenin, öngörülen şekilde yapılmamasının sonucu olarak sözleşme geçersiz kabul edilmektedir.

Türk hukukunda baskın olan görüşe ve Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre<sup>95</sup> de, resmi şekle uyulmaksızın yapılan akitler kesin hükümsüz olarak kabul edilmektedir.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> Kılıçoğlu, s.150.

<sup>94</sup> Cansel/Özel, s.212.

<sup>95</sup>Y. 15. HD, 2001/3323 E., 2001/5377K., T.22.11.2001, www.kazanci.com.tr, Erş. T.18.09.2019: “Davacı-karşı davalı iş sahipleri(arsa sahipleri) ile davalı-karşı davacı yükleniciler arasında yapılmış olan eser sözleşmesi, arsa payının devrini de içerdiğinden, Medeni kanunun 634, Borçlar kanununun 213., Tapu kanununun 26 ve Noterlik kanununun 60. Maddeleri gereğince bizzat tapu memuru huzurunda ve noter aracılığıyla resmi ve düzenleme şeklinde yapılması gerekirken taraflar arasında haricen ve adi şekilde yapılmış olup, geçersiz bulunduğundan tarafları bağlamaz.”; Y. 15. HD, 1989/1015 E., 1989/3883 K. T.01.06.1989: “Davaya konu edilen 04.10.1986 tarihli sözleşme, içeriği itibarıyla kat karşılığı inşaat

Her ne kadar doktrinde azınlıkta kalan karşıt görüşler olsa da, resmi şekle uyulmamasının sonuçları kanunun emredici hükmü ile düzenlenmiş olup, taraflarca ile sürülmesi dahi hakim tarafından re'sen göz önüne alınmalıdır.<sup>97</sup>

Doktrindeki karşıt görüş ise, bu hükümsüzlüğün kendine özgü bir yapısının olduğunu, hakimin bunu re'sen dikkate almasının mümkün olmadığını ve hükümsüzlüğün sonradan düzeltilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır.<sup>98</sup>

---

yapmak üzere düzenlenmiş olup, ayna zamanda taşınmaz satış vaadini de içerdiğinden BK.213, MK.634, Tapu Kanunu 26 ve Noterlik Kanunu 60. Maddeleri hükmü gereğince geçersizdir.” (Naklen **Sütçü**, s.70).

<sup>96</sup>**Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s.289: “Bu görüş doktrinde klasik görüş olarak da tanımlanmaktadır.”; **Oğuzman/Öz**, s.157: “Bu hükümsüzlük zamanın geçmesi ile veya onama(icazet) ile ortadan kalkmaz”; **Kocayusufpaşaoğlu**, s.311; **Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu**, Hüseyin Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, s.215; **Yavuz**, s.589; **Kılıçoğlu**, s.144; **Reisoğlu**, s.146.; **Cansel/Özel**, s.210; **Kartal**, s.64.

<sup>97</sup> **Erman**, s.22; **Oğuzman/Öz**, s.157.

<sup>98</sup> **Eren**, Genel, s.292: “Zira şekil, kural olarak tarafları düşünmeye sevk etmek, acele karar vermelerini önlemek suretiyle onları korumak amacını güder.”; Doktrinde ayrıca, yokluk görüşü, eksik borç görüşü, fiili sözleşme görüşü olmak üzere üç görüş daha bulunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz, **Eren**, Genel, s.294-295.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN AYIP NEDENİYLE SORUMLULUĞU

#### I. GENEL OLARAK

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde eseri meydana getirme borcunu üstlenen yüklenici taraf, eseri ayıplı olarak inşa ettiği takdirde, kanun tarafından arsa sahibine seçimlik haklar tanınmaktadır. Öncelikle, ayıp sebebiyle arsa sahibine tanınan seçimlik hakların, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamına girip girmeyeceği hususunun açıklanması gerekmektedir. 6502 sayılı TKHK'nın tanımlar başlıklı 3. maddesinin (k) bendinde tüketici tanımı yapılmıştır. Kanuni tanıma göre tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Yine TKHK'nın Tüketicinin seçimlik hakları başlıklı 11. Maddesinde tüketicinin seçimlik hakları düzenlenmiştir. Buna göre “malın ayıplı olduğunun anlaşılması durumunda tüketici; a) Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme, b) Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme, c) Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme, ç) İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme, seçimlik haklarından birini kullanabilir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür.” düzenlemesi mevcuttur. Kanaatimce, TKHK'nın 3. ve 11. maddesinden hareket etmek gerekirse, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları arsa sahibi ve yüklenici olduğundan, bu tarafları tüketici ve satıcı olarak kabul etmek mümkün değildir. Zira, yüklenici tarafından arsa sahibine satılan bir mal söz konusu değildir. Aynı zamanda, arsa sahibi kanuni tanımda yer alan tüketici tanımına uymamaktadır. Dolayısıyla, taraflar arasındaki ilişkinin tüketici-satıcı çerçevesinde değerlendirilmesi kanaatimce mümkün değildir.

Nitekim Yargıtay bir kararında<sup>99</sup>, “*Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu'nun 355 vd., 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türüdür. Bu*

<sup>99</sup> Y. 23. HD, 2017/2916 E., 2017/3679 K., T.11.12.2017, www.kazanci.com.tr, Erş. T.22.12.2019.

*sözleşmelerin bir tarafı arsa sahibi diğer tarafı yüklenicidir. Bu tür sözleşmelerde arsa sahibinin Tüketici Kanunu'nda 3/k maddesindeki tüketici tanımına uymadığı açıktır...  
...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç, arsasını değerlendirmektir. Bu nedenle arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin 6502 sayılı Kanun'da tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır...”* ifadesiyle tarafların güttüğü amacın, tüketici saikinden farklı olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu inşaattaki ayıba karşı arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanılması, TBK'da düzenlenen eser sözleşmesi çerçevesinde ele alınmalıdır.

Arsa sahibinin ayıptan kaynaklı seçimlik haklarını kullanması için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Yüklenici tarafın ayıp nedeniyle sorumluluğuna başvurulabilmesi için; eserin teslim edilmiş olması, teslim edilen eserin ayıplı olması, arsa sahibinin eseri muayene ve ihbar sorumluluğunu yerine getirmesi şartlarının bir arada bulunması gerekmektedir.<sup>100</sup> Bu şartların detaylarına ilişkin aşağıda açıklamalar yapılacaktır.

## **II. YÜKLENİCİNİN AYIP NEDENİYLE SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI**

### **A. Yapının Teslim Edilmiş Olması**

Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki en önemli borcu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu binayı inşa ederek, sözleşmede arsa sahibine ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümleri teslim etmektir.<sup>101</sup>

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde teslim tarihi genellikle, sözleşmenin imzalandığı tarihten, arsanın teslim tarihinden ya da inşaat ruhsatının alındığı tarihten itibaren belli bir süre olarak belirlenmektedir.<sup>102</sup> İnşaatın teslim tarihinin sözleşmede

<sup>100</sup> Erman, s.121; Karadaş, s.226.

<sup>101</sup> Erman, s.33; Eren, s.634; Kocağa, s.139: “Zira inşaatın ayıplı olması, ayıplı bir işgörmeye sonucudur.”; Turanboy, Asuman: Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatdaki Noksan Ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/301/2826.pdf>, s.154, Erş. t. 20.09.2019: “Müteahhidin eseri teslim borcu Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemekle birlikte, Borçlar Kanunu'nun(Eski) 359'uncu maddesinin l'inci fıkrasının “şeyin tesliminden sonra” ifadesinden, bu borcun kabul edildiği sonucuna varılmaktadır.”; Zevkliler/Gökyayla, s.514.

<sup>102</sup> Sütçü, s.610.

belirtilmemiş olması halinde, yüklenici sözleşme imzalandıktan sonra hemen işe başlamalıdır. Hemen belirtmek gerekir ki, yüklenicinin işe hemen başlayacağından kasıt, fiili olarak inşaat başlanması değildir. Bilindiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu binanın yapımına başlanılmadan önce, proje hazırlanması, ruhsat alınması vb. işler yapılmaktadır.<sup>103</sup> Deyim yerindeyse, yüklenici taafından bürokrasi işlemlerine başlanması halinde, işe derhal başlandığının kabulü gerekmektedir.

Eser sözleşmesi bakımından teslim kavramını kısaca tanımlamak gerekirse; teslim, yüklenicinin meydana getirdiği eseri, sözleşme gereği doğan borcunun ifası amacıyla iş sahibinin hakimiyet alanına geçirmesidir.<sup>104</sup> Başka bir anlatımla inşaatın teslimi; yüklenici tarafından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifası maksadıyla, bitmiş inşaatın ayıplı da olsa zilyetliğinin arsa sahibine geçirilmesidir.<sup>105</sup>

Her ne kadar TBK’da eser sözleşmesinin teslim borcu yönünden açık bir hüküm bulunmasa da, TBK’nun 474. maddesinde “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.” şeklindeki düzenlemeden yüklenicinin teslim borcu olduğu sonucuna varılabilmektedir.<sup>106</sup>

Teslim ve tesellüm kavramları netice itibariyle aynı kavramlar olup; teslim kavramı yüklenici açısından, tesellüm kavramı ise iş sahibi açısından, teslimin görünen yüzü olarak karşımıza çıkmaktadır. Teslim madalyonun yüklenici tarafından görünen kısmıyken, tesellüm madalyonun iş sahibi tarafından görünen diğer kısmıdır.<sup>107</sup> Yüklenici tarafından meydana getirilen eserin alınması yahut eserin tamamlandığının iş sahibine bildirilmesi ile, teslim ve tesellüm aynı anda gerçekleşmiş olmaktadır.<sup>108</sup>

Bir eserin tamamlanması ile teslim edilmesi kavramları birbirinden farklıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından teslimin gerçekleştiğinden

---

<sup>103</sup> Sütçü, s.612.

<sup>104</sup> Tandoğan, s.125; Gümüş, s.306; Nart, Serdar: Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler, Ankara 2014, s.252; Şahin, s.3 vd.

<sup>105</sup> Kaplan, İbrahim: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.113.

<sup>106</sup> Kocağa, s.118; Erman, s.33; 6098 sayılı TBK’da teslim kavramının geçtiği diğer maddeler, (TBK 473, 475,478, 479)

<sup>107</sup> Ayan, s. 50.

<sup>108</sup> Şahin, s.49.



bahsedilebilmesi için, öncelikle sözleşmeye konu binanın tamamlanması ve binada arsa sahibine isabet edecek bağımsız bölümlerin arsa sahibinin kullanımına sunulması gerekmektedir.<sup>109</sup>

Arsa sahibinin hakimiyet alanında meydana getirilen eserlerde, kural olarak yüklenici tarafından binanın tamamlandığının arsa sahibine bildirilmesi ve binadaki arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümleri kullanıma elverişli şekilde arsa sahibinin hakimiyetine bırakması halinde teslimden bahsedilebilecektir.<sup>110</sup> Binanın tamamlandığının arsa sahibine bildirilmesi, açık veya örtülü şekilde yapılabilmektedir.<sup>111</sup> Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde teslim; ancak yüklenici tarafından açık veya örtülü şekilde yapılacak tamamlama bildirimini ile, arsa sahibinin eseri tamamlanmış saydığı halde veya dürüstlük kuralı çerçevesinde eserin tamamlanmış sayılmasının gerekeceği hallerde gerçekleşmiş olacaktır.<sup>112</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, teslimin sözleşmedeki bir şarta bağlanması halinde bu şartın gerçekleşmesiyle teslimin gerçekleştiğinden söz edilebilecektir. Uygulamada teslimin anahtar teslim şartına bağlandığı durumlarda, bina tamamlanmış ve gerekli bildirimler yapılmış olsa dahi fiili olarak anahtar teslimi yapılmadan, hukuki anlamda bir teslimden söz edilemeyecektir.<sup>113</sup>

Yargıtay bir kararında<sup>114</sup> sözleşmede kararlaştırılan anahtar tesliminin, iskan ruhsatını da kapsadığını ifade etmiştir. Bu doğrultuda, yüklenici tarafından inşa edilen binaya ilişkin teslimin gerçekleşmesi, iskan(yapı kullanım belgesi) alınması şartına bağlı tutulduysa, bina tamamlanmış ve gerekli bildirimler yapılmış olsa dahi hukuki anlamda binanın teslim edildiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.<sup>115</sup>

<sup>109</sup> Aral/Ayrancı, s.367; Erman, s.34.

<sup>110</sup> Şahiniz, Cevdet Salih: Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul, 2014, s.12.

<sup>111</sup> Tandoğan, s.125; Erman, s.34.

<sup>112</sup> Kurt, s.82.

<sup>113</sup> Ayan, s.82.

<sup>114</sup>Y. 15. HD, 2005/7477 E., 2006/6298 K., T.28.11.2006, www.kazanci.com.tr., Erş. T.23.09.2019: “Taraflar arasındaki 06.12.1996 tarihli düzenleme şeklinde kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 6.maddesine göre, inşaat, anahtar teslimi olarak yüklenilmiştir. Aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı için anahtar teslimi deyimi, iskan ruhsatını da kapsar.”

<sup>115</sup> Erman, s.35; Ayan, s.82.

Yine bir Yargıtay kararında,<sup>116</sup> taraflarca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan iskan şartı yerine getirilmeksizin inşa edilen bağımsız bölümlerin arsa sahibi tarafından teslim alınmamasında, arsa sahibine kusur yüklememiştir. Nitekim, eserin teslim edilebilmesi ancak geçerli bir sözleşmeyle mümkündür. Konusu imkansız veya kamu düzenine aykırı olduğu için geçersiz kabul edilen bir sözleşmede, arsa sahibinin eseri teslim alması beklenemez. Aykırılıkların giderilmesi olanak dahilinde ise, yükleniciye aykırılıkların giderilmesi için mehil verilmeli bu süre içerisinde de yapı kullanım belgesi alınamıyor ise, eserin teslim ediliğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.<sup>117</sup>

Diğer taraftan Yargıtay'ın güncel bir kararında<sup>118</sup>, yapı kayıt belgesi alınmasının iskan yerine geçmeyeceği yönünde karar tesis edilmiştir. Yargıtay, afet risklerine

<sup>116</sup> Y. 23. HD, 2014/8139 E., 2015/8249 K., T.18.12.2015, www.kazanci.com.tr., Erş. T.23.09.2019: "Taraflar arasındaki sözleşmenin "Cezai şartlar" başlıklı 8. maddesinin (8.2) bendinde gecikme halinde yüklenicinin arsa sahibine bağımsız bölüm başına 300 Euro kira ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Yüklenicinin dava tarihine kadar bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmediği ve teslim konusunda davacı arsa sahibini alacaklı temerrüdüne düşürmediği de sabittir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kural olarak taraflarca aksine bir hüküm kurulmadığı takdirde götürü bedelli sözleşmelerden olup, uyumsuzluğa konu sözleşmenin de 6.3. maddesinde yüklenicinin genel iskan raporunu alacağı hüküm altına alındığı gibi, 10/1. maddesinde sözleşme konusu inşaatlarla ilgili her türlü vergi, resim, harç, SSK primleri ve benzeri her türlü giderlerin yükleniciye ait olduğu ifade edilmiştir. Sözleşme tarihinde yürürlükte olan Yapı Denetim Kanunu uyarınca doğacak giderlerin de bu kapsamda olduğunun ve yüklenici tarafından taahhüt edildiğinin kabulü gerekir. Bu durumda, dava tarihi itibarıyla genel iskan raporu alınmamış binayı arsa sahibinin teslim almaktan kaçınması hususunda kendisine kusur yüklenmesi mümkün değildir."; Ayrıntılı bilgi için bkz: **Şahin**, s.111 vd.

<sup>117</sup> **Duman**, İlker Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.89.; Y. 15. HD, 2009/1420 E., 2009/1294 K., T.09.03.2009, www.kazanci.com.tr., Erş. T.23.09.2019: "...Bu durumda mahkemece ilgili Belediyeden yapılan inşaatla ilgili Belediye İşlem Dosyası'nın getirtilerek gerekirse mahallinde yeniden keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle inşaatteki sözleşme, tasdikli proje, inşaat ruhsatı ve imara aykırılıkların tadilat ruhsat ya da projesi alınmak ya da bu kısımlar yıkılmak suretiyle giderilmesinin mümkün olup olmadığı saptanarak, mümkün olması halinde davalı yükleniciye inşaatın yasal hale getirilmesi ve iskan ruhsatının alınması için makul bir süre verilerek bunun sonucuna uygun bir karar verilmesi, inşaatın yasal hale getirilmesinin mümkün olmaması halinde teslim iskan koşuluna bağlandığı, iskan alınmadığı ve inşaatın ruhsat tasdikli proje ile imara aykırı yapılmış olması sebebiyle hukuken geçerli teslim gerçekleşmediği ve yüklenici temerrüdünün gerçekleştirdiği kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekir...".

<sup>118</sup> Y. 15. HD, 2018/5361 E., 2019/2479 K., T.23.05.2019, www.kazanci.com.tr., Erş. T.23.09.2019: "Tüm bu anlatılanlar nezdinde, davaya konu olaya döndüğümüzde; taraflar arsında imzalanan 05.04.2000 tarihli sözleşmede, yüklenici tarafından binanın projeye uygun, anahtar teslimi ve iskân alınmış şekilde bitirileceği kararlaştırılmıştır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin edimi, inşaat yapımına uygun olarak arsayı teslim etmek, yüklenicinin edimi ise sözleşmede kararlaştırılan şekilde inşaatı yaparak bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmekten ibarettir. İskân alınmayan ve/veya iskân alınmaya uygun olmayan bir binanın ekonomik bir değeri bulunmamaktadır. Bu durumda, eğer sözleşmede iskân alınması kararlaştırılmış ve iskân alınmamışsa yüklenicinin edimini ifa ettiğini kabul etmek mümkün olmayacaktır. Davaya konu olayda da iskân alınması sözleşmede kararlaştırılmış olup, yüklenici iskân almadığından edimin ifa edildiği kabul edilemeyecektir. İki tarafa borç yükleyen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, inşaat belirli bir aşamaya gelmiş ise ifanın tamamlanmasını beklemek ve gerekiyorsa dava açılması halinde de bu konuda fırsat tanıyarak ifaya olanak tanımak hakkaniyete uygun

hazırlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması ve imar barışının sağlanması amacıyla, 31.12.2017 tarihinden önce yapılmış yapılar için alınan yapıt kayıt belgesinin, eldeki davalara uygulanabileceği yönünde karar vermiştir.<sup>119</sup>

---

ise de, iş sahibi için de bu bekleminin bir tahammül sınırı bulunmaktadır. Dava açıldığında, yüklenici tarafından sözleşmede kararlaştırıldığı gibi ifa yerine getirilmemiş olup, ilk derece mahkemesince de 11.04.2000 tarihli duruşmada, davalı tarafa iskân alınması için dört aylık süre serilmiştir. Verilen süre içinde gereği yerine getirilmediğinden davanın kabulüne karar verilmiştir. İstinaf edilmesi üzerine, istinaf mahkemesince de, ... Belediyesi'ne iskân alınma koşulları sorulmuş ve verilen cevaba göre de, yükleniciye tadilat avan projesi hazırlaması ve belediyeye başvuru yaparak iskân alması için süre ve yetki verilmiş, ancak netice alınmamasına rağmen 3194 Sayılı Kanun'a eklenen geçici 16. madde dikkate alınarak, kaçak yapının geçici olarak da olsa yasal hale geldiği kabul edilerek istinaf isteminin kabulüne karar verilmiştir. Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, yapı kayıt belgesi alınması, idare tarafından kaçak yapının kullanılmasına imkân tanırken, imara ilişkin mer'î mevzuatta bir değişiklik yapılmadığından, iskân alınmayan/alınmayan yapının yasal hale geldiğini kabul etmek mümkün değildir. Diğer yandan, taraflar arasındaki sözleşmede iskân alınması kararlaştırılmış olup, yüklenici tarafından edimin ifası ancak iskân alınarak taşınmazın teslimi ile mümkün olabilir. Yapı kayıt belgesi alınmış olup olmamasının karşılıklı edimlerin ifasına bir etkisi bulunmamaktadır. Yüklenici tarafından da edimin ifa edilmemesi halinde arsa sahibi, borçlar kanununun tanıdığı sözleşmeden dönme ve diğer haklarını kullanabilecektir. Arsa sahibi, yüklenicinin edimini ifa etmemesi nedeniyle yasadın kaynaklanan fesih hakkını kullanmış olup, mahkemece bu hakkının kullanılmasının yerinde olup olmayacağı değerlendirilecektir. Yapı kayıt belgesi alındı diye, fesih hakkını kullanmasının yerinde olup olmadığı değerlendirilmeden, doğan zararına karşın tazminat hakkını kullanabileceğini gerekçe göstererek davanın reddi de doğru olmamıştır. Arsa sahibinin bu hakkını kullanması karşısında, dava sırasında da yükleniciye ediminin ifası hususunda fırsat tanınması mümkün ise de makul ve katlanabilir bir sürenin verilmesi gerekir. Dosya kapsamına göre ilk derece mahkemesinde de istinaf mahkemesinde de gerekli ve uygun süre verilmiş, ancak netice alınmamıştır. Netice itibarıyla dava sırasında da yükleniciye edimini ifa etmesi için süre verilip fırsat tanınmış, ancak edimin ifa edilmesi hususunda gereği yerine getirilmemiştir. Yapı kayıt belgesi alınması nedeniyle, yapının yeniden yapılması veya kentsel dönüşüme kadar da ifanın yerine getirmesinin askıda kalmasını arsa sahibinden beklemek Borçlar Kanununun ifaya ilişkin hükümlerine de sözleşmeye de hakkaniyete de uymamaktadır. Tüm bu hususlar dikkate alındığında davacının davasında haklı olduğu ve davanın kabulü gerektiği anlaşıldığından davacının temyiz isteminin kabulü ile usul yasaya uygun olmayan Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulması uygun görülmüştür.”

<sup>119</sup> Y. 23. HD, 2016/2304 E., 2018/4341 K., T.27.09.2018, www.kazanci.com.tr., Erş. T.23.09.2019: “İmara aykırı ve kaçak yapılar için 18.05.2018 tarihinde yürürlüğe giren 7143 Sayılı Kanun'un 16. maddesiyle 3194 Sayılı İmar Kanunu'na eklenen geçici 16. madde ile yapılmış yeni bir düzenleme bulunmaktadır. Madde de; afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması ve imar barışının sağlanması amacıyla, 31.12.2017 tarihinden önce yapılmış yapılar için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara 31.10.2018 tarihine kadar başvurulması, bu maddedeki şartların yerine getirilmesi ve 31.12.2018 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde yapı kayıt belgesi verilebileceği, başvuruya konu yapının ve arsasının mülkiyet durumu, yapı sınıf ve grubu ve diğer hususlar Bakanlık tarafından hazırlanan yapı kayıt sistemine yapı sahibinin beyanına göre kaydedileceği (Geçici16/1); yapı kayıt belgesinin yapının kullanım amacına yönelik olduğu, yapı kayıt belgesi alan yapılar, talep halinde ilgili mevzuatta tanımlanan ait olduğu abone grubu dikkate alınarak geçici olarak su, elektrik ve doğalgaz bağlanabileceği (Geçici16/3); yapı kayıt belgesi verilen yapılarla ilgili bu Kanun uyarınca alınmış yıkım kararları ile tahsil edilemeyen idari para cezalarının iptal edileceği (Geçici16/4); yapı kayıt belgesinin, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerli olduğu, yapı kayıt belgesi düzenlenen yapıların yenilenmesi durumunda yürürlükte olan imar mevzuatı hükümlerinin uygulanacağı, yapının depreme dayanıklılığı hususunun malikin sorumluluğunda olduğu (Geçici16/10); bu maddenin uygulanmasına dair usul ve esasların Bakanlık ve Maliye Bakanlığı tarafından müştereken belirleneceği

Yüklenici tarafından meydana getirilen bina veya binada arsa sahibine isabet edecek bağımsız bölümler natamam vaziyette arsa sahibine verildiği takdirde borçlar kanunu açısından teslimin gerçekleştiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.<sup>120</sup>

Yine, yüklenici tarafından bina tamamlanmasına rağmen arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerin kullanılmasının yüklenici tarafından engellenmesi halinde de eserin teslim edildiğinden bahsedilemeyecektir.<sup>121</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde belirtilen işlerin tamamen yerine getirilmesiyle eser tamamlanmış kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, binanın tüm işleri tamamlanmadan arsa sahibinin kendisine isabet eden bağımsız bölümleri kullanmaya başlaması eserin teslim alındığı anlamına gelmemektedir. Başka bir deyişle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu binadaki tüm işler tamamlanmaksızın, arsa sahibinin kendisine ait bağımsız bölümlere taşınması, teslimin yapıldığının mutlak göstergesi olarak kabul edilmemektedir.<sup>122</sup>

ERMAN'a göre,<sup>123</sup> arsa sahibinin yüklenici tarafından inşa edilen binaya taşınması eserin teslim alındığı yönünde fiili bir karine oluşturmaktadır. Yani, yüklenici tarafından inşa edilen binaya taşınan arsa sahibi, bu aşamadan sonra yapının tamamlanmadığı ve teslim borcunun yerine getirilmediği yönündeki iddialarını kendisi ispat edecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, yüklenici tarafından inşa edilen binadaki önemsiz ve tali işlerin eksikliği, MK. 2/II uyarınca eserin tamamlanmadığı anlamına gelmeyecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu bina ve bağımsız bölümlere ilişkin olarak, eserin teslimi ve eserin kabulü kavramları birbirine karıştırılmamalıdır. Eserin

---

(Geçici 16/12) düzenlenmiş ve maddenin diğer fıkralarında da uygulama esasları ve istisnaları belirtilmiş ayrıca bu tür yapılarda cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesis edilebilmesi imkanı getirilmiştir. 3194 Sayılı Kanun'a eklenen geçici 16. madde, 31.12.2017 tarihinden önce yapılmış imara aykırı ve kaçak yapılar için uygulanacağından içeriği itibarıyla geriye etkili olarak uygulanması öngörülmüş bir düzenlemedir, Usuli kazanılmış hakkın istisnası olan geriye etkili bir kanuni düzenleme olması sebebiyle anılan hükmün mahkemelerce eldeki davalar için de uygulanması gerektiği gibi öncesinde aksine verilmiş bir bozma kararı bulunsa bile, temyiz aşamasında da Yargıtayca gözetilmesi gerekir. Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen kurallarla birlikte somut olay değerlendirildiğinde, kanunda belirtilen süre içinde başvurulup gerekli işlemler tamamlanarak yapı kayıt belgesi alınmak suretiyle yapının yasal hale getirilip getirilmediği saptanmak üzere uyuşmazlığın mahkemece yeniden değerlendirilmesi gerektiğinden kararın bozulması uygun bulunmuştur.”

<sup>120</sup> **Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.2, İstanbul 1977.s.1012.

<sup>121</sup> **Tandoğan**, s.125.

<sup>122</sup> **Tandoğan**, s.126.

<sup>123</sup> **Erman**, s.34.

teslim alınması için özel bir teslim alma iradesi gerekmezken, eserin kabulü için arsa sahibinin meydana getirilen eseri sözleşmeye uygun ve ayıptan arı olarak teslim aldığına ilişkin irade ortaya koyması gerekmektedir.<sup>124</sup> Bu doğrultuda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında eserin kabul edilmesi, arsa sahibinin yüklenici aleyhine ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvuru hakkından feragat ettiği anlamına gelmektedir.<sup>125</sup> Eserin kabul edilmesine ilişkin olarak, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde detaylı açıklamalar yapılacaktır.

Eserin teslim edilmesinin önemli sonuçları bulunmaktadır. Taraflarca aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, yüklenicinin alacağı eserin teslimi ile muaccel hale gelmektedir. Ayrıca, TBK m.474/f.1 gereği eserin teslimi ile birlikte arsa sahibinin muayene ve bildirim külfeti doğmaktadır. TBK m.483/f.1 gereği, bedele ilişkin hasar teslim ile birlikte iş sahibine geçmektedir. Diğer taraftan, TBK m.478’de düzenlenen arsa sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının kullanılmasına ilişkin zamanaşımı süreleri, eserin teslimi ile birlikte işlemeye başlamaktadır.<sup>126</sup>

## **B. Yapının Ayıplı Olması**

### **1. Ayıplı Yapı Kavramı**

Yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğunun doğması için aranan ikinci şart, yüklenici tarafından inşa edilen yapının ayıplı olarak teslim edilmesidir.<sup>127</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu yapıdaki nitelik noksanlıkları ayıp olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>128</sup> ERMAN’a göre yapının ayıplı olması, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kabul edilen niteliklerin yahut sözleşmedeki tahsis amacı açısından gerekli niteliklerin bulunmaması şeklinde ifade edilmektedir.<sup>129</sup> Sözleşmede

<sup>124</sup> Erman, s.36; Gür, s.36.

<sup>125</sup> Şahiniz, s.4.

<sup>126</sup> Kurt, s.84.

<sup>127</sup> Aral, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara 2011: “İstisna akdinde müteahhid akdin konusu olan eseri ayıpsız olarak ifa etmekle yükümlüdür.”

<sup>128</sup> Kocağa, s.140.

<sup>129</sup> Erman, s.121; Yavuz, Nihat: Ayıplı İfa, Ankara 2014, s.637: “Ayıp, eser sahibine teslim edilen eserin niteliklerinde, sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına göre teslim edilmesi gereken eserin özellikleriyle

kararlaştırılan nitelikler yönünden bir ayıp meydana geldiğinde ayıbın tespitinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Ancak, bazı durumlarda her hususun sözleşmede kararlaştırılması mümkün olmamaktadır. İşte böyle bir durumda inşaatın olağan kullanım amacına uygunluğu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bütün olarak değerlendirilmek suretiyle objektif kıstaslara ve dürüstlük kuralına uygun olarak belirlenmelidir. Örnek vermek gerekirse, anahtar teslim yapılan bir inşaat sözleşmesinde kombinin kim tarafından takılacağı sözleşmede düzenlenmese dahi, anahtar teslim bir dairede kombi bulunması gerektiğinden kombi masrafının yükleniciye ait olacağı kabul edilmektedir. Hatta, sözleşmede kombinin yüklenici tarafından takılacağı belirtilmiş ancak markasının ne olacağı belirtilmemiş olabilir. Bu halde dahi, yüklenici garantisi ve yetkili servisi olan veya daireyi ısıtmaya elverişli kombi montajı yaptırmak durumundadır.<sup>130</sup>

Yargıtay bir kararında<sup>131</sup> ayıplı eseri: “Ayıplı eser, sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir.” şeklinde tanımlamıştır.

Başka bir anlatımla ayıp, bir malda ya da eserde sözleşme ya da yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır. Ayıp, aynı zamanda yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan edimini gereği gibi yerine getirmediği sonucunu doğurmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, burada yüklenicinin edimini gereği gibi yerine getirmediği yahut kötü ifa söz konusu olacağından, yüklenicinin edimini yerine getirmediği için temerrüde düştüğünden bahsedilemeyecektir.<sup>132</sup>

Yüklenici tarafından meydana getirilen eser, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden tamamen farklı niteliklerde ise “aliud” ifa söz konusu olacaktır. Örneğin, düğün salonu inşa etmesi istenen yüklenici su arıtma tesisi inşa ederse, arsa

---

karşılaştırıldığında, ortaya çıkan her türlü sapmadır. Kısaca ayıp, teslim edilenle, teslim edilmesi gereken arasındaki farktır.”.

<sup>130</sup> Sütçü, s.698-699.

<sup>131</sup> Y. 23. HD, 2015/973 E. , 2015/1534 K., T.11.03.2015, www.kazanci.com.tr, Erş. T.24.09.2019.

<sup>132</sup> Erman s.121.

sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını değil, borcun ifa edilmemesinden kaynaklı genel haklarını kullanabilecektir. Nitekim, aliud ifa sonucunda basit anlamda dahi bir ifa meydana gelmediğinden, yüklenicinin hiçbir şey teslim etmediği kabul edilmelidir. Bu doğrultuda, arsa sahibi sözleşmenin ifa edilmemesine bağlanan TBK m.96 vd. hükümlerine başvurulmalıdır.<sup>133</sup>

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde eserin ayıplı olduğunun tespit edilmesi hususu teknik bir konu olup, eserde sözleşme gereği bulunması gereken nitelikler ve gerekli nitelikler ile teslim edilen eserdeki nitelikler kıyaslanmalıdır.<sup>134</sup> Eserde bulunan ayıplar, sözleşmede yer alan vasıflar ve gerekli vasıflar olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir.

#### **a. Sözleşmede Kararlaştırılan Nitelik Eksikliği**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflar, inşa edilecek yapının niteliklerini sözleşmede kararlaştırmış ise yüklenicinin sözleşmeye uygun nitelikte yapı inşa etme borcu doğmaktadır. Başka bir ifadeyle, yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılmış olan nitelikleri taşıyacak şekilde inşaatı meydana getirmelidir.

Yüklenicinin, sözleşmede belirtilen bu niteliklerden herhangi birine aykırı olarak inşa ettiği yapı, hukuken eserin ayıplı olduğu anlamına gelmektedir.<sup>135</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi içerisinde inşa edilecek bina ve bağımsız bölümlere ilişkin, plan, proje ve teknik şartname yer alabilmektedir. Yüklenicinin, plan, proje ve teknik şartnameye aykırı olarak inşa ettiği bina ve bağımsız bölümlerin ayıplı olduğunun kabulü gerekmektedir.<sup>136</sup>

Bu doğrultuda, yüklenici tarafından inşa edilecek binanın yapımında belli bir markanın kullanılması sözleşme ile belirlenmiş ise, yüklenicinin sözleşmede belirtilen

---

<sup>133</sup> **Yavuz**, İfa, s.637-638; **Yakuppur**, s.54; **Kaplan**, s.113: “Müteahhidin temerrüdü sonucu bitirilmemiş yapı, yapı ayıbı niteliğinde değildir. Sözleşmede kararlaştırılan yapıdan tamamen farklı bir yapı olup, yapı ayıplı değildir. Her iki durum TBK m.122 ve 123 uyarınca sözleşmeye aykırılık durumu oluşturur.”

<sup>134</sup> **Tandoğan** s.162; **Erman** s.122; **Kocağa**, s.140; **Kaplan**, s.113.

<sup>135</sup> **Erman** s.122; **Yavuz**, s.1025.

<sup>136</sup> **Şahiniz**, s.101.

markadan farklı bir marka kullanması halinde de ayıptan söz edilebilecektir.<sup>137</sup> Kanaatimce, inşaatta sözleşmede kararlaştırılan markadan daha iyi bir marka kullanılması halinde, ayıptan söz edilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak, arsa sahibi daha kaliteli olan markayı estetik açıdan beğenmediyse, bu durumda ayıplı imalattan bahsedilebilecektir.

Ayrıca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yapıya ilişkin kararlaştırılan niteliğin eserde yer almaması objektif olarak eseri daha değerli ve kullanışlı hale getirirse dahi, ayıplı eserden söz edilebilecektir. Fakat bu durumda, yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğuna başvurulması TMK. m.2 gereği hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilir.<sup>138</sup>

Yine, sözleşmede kararlaştırılan nitelikler, yapının tahsis amacına veya inşa edilen binanın kullanım amacına aykırı ise arsa sahibinin bu niteliklerin yerine getirilmediğinden bahisle ayıp hükümlerine başvurması hukuka aykırı olacaktır. Böyle bir ihtilafta, sözleşmedeki bu çelişkiyi bilen tarafların dürüst ve mantıklı hareket ederek ulaşacağı sonuç tespit edilerek, ihtilaf çözüme kavuşturulmalıdır.<sup>139</sup>

Sözleşmede yer alan nitelikler asgari ölçüde düzenlenmiş ise, arsa sahibi yapıdaki niteliklerin asgari ölçütlerin üzerinde olmadığı talebiyle ayıp iddiasına bulunamaz. Ancak, yapıdaki nitelikler asgari ölçütlerin altında ise arsa sahibinin ayıp iddiası dinlenmelidir. Yine taraflar arasında, sözleşmeye konu yapıda bazı niteliklerin bulunmaması yönündeki bir anlaşma yapıldıysa, bu niteliklerin yapıda yer almasıyla yüklenici tarafından inşa edilen binanın ayıplı olduğundan söz edilebilecektir.<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> Y. 23. HD, 2014/10495 E., 2015/6320 K., T.06.10.2015, www.kazanci.com.tr, Erş. T. 29.09.2019: “Taraflar arasında Çeşme Noterliği'nin 14.10.2008 tarih ve 11764 yevmiye sayılı düzenleme şeklinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlenmiştir. Sözleşmeye göre, İzmir ili, Çeşme ilçesi İnönü Mahallesi 21 ve 22 parsellerde yapılacak inşaatın 21 parsel üzerine yapılacak dört bağımsız bölümün arsa sahiplerine verilmesi kararlaştırılmıştır. Arsa sahiplerince yüklenici aleyhine Çeşme Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/4 D.İş sayılı dosyası ile yapılan tespit sonucu alınan ve inşaat mühendisi bilirkişi tarafından düzenlenen 03.03.2010 tarihli bilirkişi raporunda, teknik şartnameye aykırı olarak ve farklı marka veya malzeme kullanılarak yapılan imalatlar nedeniyle hesaplanan nefes farkının 5.396,00 TL olduğu belirtilmiştir. Davacıardan M.. K.. tarafından straför yerine alçı kartonpiyer yapımı ve seramik ve fayans fark bedeli olarak istenen 971,00 TL bedelin tespit sonucu alınan bilirkişi raporunda belirlenen 5.396,00 TL bedel içerisinde bulunduğu anlaşıldığından, mahkemece ayrıca bu bedele hükmedilmesi hatalı olmuştur.”

<sup>138</sup> Tandoğan, 163-164.; Erman, s.122.

<sup>139</sup> Tandoğan, 165; Erman, s.122-123.

<sup>140</sup> Erman, s.123.



## **b. Gerekl Niteliklerin Eksikliği**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenici tarafından inşa edilecek olan yapının hangi nitelikleri taşıyacağı sözleşmede düzenlenmemiş olabilir. Böyle bir durumda, ticari ahlak ve dürüstlük kuralı çerçevesinde yüklenici, kullanıma elverişli ve normal bir yapıdaki eser kalitesinde inşaat yapma borcu altına girmektedir.<sup>141</sup> Başka bir ifadeyle, yüklenici taraf orta kalitede, kullanıma elverişli bir yapı inşa etme sorumluluğundadır. Son olarak, taraflarca nitelikleri kararlaştırılmayan yapıya ilişkin akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yapının inşa edildiği yöredeki genel uygulama ve örfi kurallar dikkate alınmalıdır.<sup>142</sup>

Örneğin, soğuk iklime sahip bir bölgede yapılacak binaya ait ısı yalıtımı ile, sıcak iklime sahip bir bölgede yapılacak yapıdaki ısı yalıtımı nitelik bakımından farklılık oluşturmaktadır. Bu doğrultuda yüklenici, inşa ettiği yapıda teknik kurallara ve sanatın gereklerine uygun davranmalıdır.<sup>143</sup>

## **2. Ayıp Türleri**

Yüklenici tarafından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında inşa edilen binada ve arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerde ortaya çıkan ayıplar çeşitli görünümde karşımıza çıkabilmektedir.

Nitekim ayıp türleri; hukuki- fiili(maddi) ayıp, gizli - açık ayıp, tam önemli – daha az önemli ayıp ve son olarak asli-ikincil(tali) ayıp olarak kategorize edilmektedir.<sup>144</sup>

### **a. Hukuki – Maddi (Fiili) Ayıp**

Hukuki ayıp; yüklenici tarafından inşa edilen binanın kullanılması için, kamu hukuku tarafından yapı güvenliği yahut başka gerekçelerle konulan kurallara riayet

<sup>141</sup> Tunçomağ, s.1015; Tandoğan, s.164; Erman, s.124; Şahiniz, s.104.

<sup>142</sup> Erman s.124.

<sup>143</sup> Gür, s. 144.

<sup>144</sup> Erman, s.125-126; Eren, s.635: “..eserdeki estetik eksikliğinden kaynaklanan bir ayıp bulunması da söz konusu olabilmektedir.”.

edilmemesi neticesinde doğmaktadır. <sup>145</sup> Örneğin, arsanın kamulaştırılmış olması halinde hukuki ayıbın varlığından söz edilebilecektir. <sup>146</sup>

Maddi ayıp ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu yapı ve bağımsız bölümlerdeki fiziksel özelliklerin sözleşmeye yahut dürüstlük kuralına aykırı olması halinde söz konusu olabilecektir. <sup>147</sup> ERMAN'a göre maddi ayıp inşaattaki fiili bozukluk olarak tanımlanmaktadır. <sup>148</sup> Bir başka görüşe göre, iş sahibinin eserde bulmayı amaçladığı maddi niteliklerin bulunmaması halinde maddi ayıp söz konusu olacaktır. Örneği, eserin yırtık olması, altın yerine bronz olması, ceviz olarak yapılması gereken mobilyaların çam olarak imal edilmesi halinde maddi(fiili) ayıp söz konusu olacaktır. <sup>149</sup>

#### **b. Açık Ayıp – Gizli Ayıp**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibine teslim edilmesi gereken bağımsız bölümlerin teslimi sırasında, arsa sahibi tarafından ilk görüşte fark edilen yahut dikkatli bir muayene sonucu ortaya çıkan ayıplar açık ayıp olarak kabul edilmektedir. <sup>150</sup>

Gizli ayıp ise, teslim sırasında arsa sahibi tarafından yapılacak usulüne uygun bir muayene ile fark edilemeyecek ayıp olarak tanımlanmaktadır. <sup>151</sup> Ayıp nedeniyle ortaya çıkan sorumluluk hali kusura bağlı olmadığından, yüklenicinin gizli ayıp yönünden gizleme kastının var olup olmaması önemli değildir. <sup>152</sup> Açık ve gizli ayıp ayrımında, ayıbının gözden geçirme sırasında farkedilip edilmeyeceği, kullanmakla ve sonradan

---

<sup>145</sup> Erman, s.125.

<sup>146</sup> Yavuz, İfa, s.638; Kaplan, s.114: “Örneğin yapının elektrik tesisatı kullanıldığı yerin yapı sahibinin haklı beklentilerinin aksine, elektrik tesisatının güvenliği ile ilgili mevzuata uygun kurulmamışsa, ortada hukuki bir yapı ayıbı söz konusudur.”

<sup>147</sup> Şahiniz, s.105; Gür, s.149.

<sup>148</sup> Erman, s.125.

<sup>149</sup> Yavuz, İfa, s.638.

<sup>150</sup> Seliçi, s.143; Şahiniz, s.106; Kaplan, s.115.

<sup>151</sup> Y. 23. HD, 2016/5377 E. , 2019/3510 K., T.11.09.2019, www.kazanci.com.tr, Erş. T. .29.09.2019: “Eğer meydana getirilen eserin, teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile var olan bozukluğu görülmemişse, ortada gizli bir ayıbın olduğu kabul edilir.”

<sup>152</sup> Gür, s.146.,

ortaya çıkıp çıkmadığı durumları göz önüne alınmalıdır.<sup>153</sup>Yargıtay'ın bir kararına göre, ilk bakışta anlaşılamayan, kullanıldıktan sonra veya bir doğal afet sonrasında ortaya çıkan ayıplar gizli ayıp olarak kabul edilmektedir.<sup>154</sup>

### c. Tam Önemli Ayıp – Daha Az Önemli Ayıp

Bahse konu ayırım, arsa sahibinin ayıba karşı tekeffül halinde yükleniciye karşı hangi haklara sahip olduğu bakımından önem arz etmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında inşa edilen bağımsız bölümlerin, arsa sahibi tarafından kullanılmasının engellenmesi yahut arsa sahibinin eseri kabüle zorlanmasının mümkün olmayacağı ayıplar tam önemli ayıplar tanımlanmaktadır.<sup>155</sup>

Diğer yandan, meydana getirilen yapının arsa sahibi tarafından kullanılmasına engel teşkil etmeyen ayıplar daha az önemli ayıp olarak kabul edilmektedir.<sup>156</sup> Bu ayırımdan farklı olarak, bazı yazarlar önemli – önemsiz ayıp şeklinde bir ayırımı gitseler de, sonuç olarak yapılan tanımlar birbirleri ile aynı doğrultudadır.<sup>157</sup> Diğer yandan, satım sözleşmelerinde ayıbın önemsiz ayıp olması halinde satıcı bundan sorumlu tutulamayacaktır. Zira, TBK m.222'de “Satıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir. Satıcı, alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplardan da, ancak böyle bir ayıbın bulunmadığını ayrıca üstlenmişse sorumlu olur.” düzenlenmesi mevcuttur.

Yüklenici tarafından inşa edilen yapıda daha öz önemli ayıp bulunması halinde, arsa sahibinin eseri kabul etmesi zorunludur. Ancak, bu durumda yüklenicinin sorumluluğu devam etmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, daha az önemli ayıplara

---

<sup>153</sup> **Kartal**, s.81.

<sup>154</sup>Y. 23. HD, 2016/9601 E, 2018/3361 K., T.28.05.2018, www.kazanci.com.tr, Erş. T. 29.09.2019: “Gerçektende gizli ayıp, kısa bir tanımlama yapmak gerekirse; eserin teslimi sırasında ilk bakışta görülemeyen, muayene ile hemen anlaşılamayan, sonradan kullanılmakla veya somut uyumsuzlukta görüldüğü gibi deprem ve benzeri bir olay vesilesi ile ortaya çıkan bir ayıptır.”; Y. 15. HD, 2011/2539 E., 2011/8023 K., T.28.12.2011: “Bu ayıplar yapının tesliminden sonra, meydana gelen deprem nedeniyle oluşan hasarların incelenmesi sırasında anlaşılabilmiştir. Bu nedendir ki, gizli ayıp niteliğinde olduklarının kabulünde zorunluluk vardır.”(Naklen, **Sütçü**, s.700).

<sup>155</sup> **Yavuz**, s.1027.

<sup>156</sup> **Erman**, s.126.

<sup>157</sup> **Gür**, s.147; **Şahin** s.108.

ilişkin ileri sürülecek ayıp iddiaları hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyor ise ayıba ilişkin hükümlerin tatbik edilmesi mümkün değildir.<sup>158</sup>

Eserdeki ayıp önemli ayıp niteliğinde ise, ileride detaylı olarak açıklanacağı üzere arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Ancak eserdeki ayıp, daha az önemli ayıp niteliğinde ise, arsa sahibi sözleşmeden dönme dışında kalan seçimlik haklarını kullanmak zorundadır.<sup>159</sup>

#### **d. Asli Ayıp – İkincil(Tali) Ayıp**

Eserin teslimi anında mevcut bulunan ayıplar asli ayıp olup, ikincil ayıp ise teslim anındaki asli ayıbın sonradan meydana getirdiği ayıp olarak tanımlanmaktadır.<sup>160</sup> Başka bir anlatımla, tali ayıp teslim anındaki asli ayıbın varlığına bağlı olup, bu asli ayıptan doğan ayıp olarak karşımıza çıkmaktadır.

Diğer yandan, tali ayıp ve gizli ayıp kavramlarının birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Gizli ayıbın teslim anında var olması karşısında, tali ayıp teslim anında mevcut bulunmamaktadır.<sup>161</sup>

#### **e. Eksik İfa – Ayıplı İfa Kavramları ve Hukuki Sonuçları**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri çerçevesinde eksik ifa ve ayıplı ifa kavramları birbirinden farklı kavramlar olmakla birlikte, her iki ifa sonucunda da sözleşmeye aykırılık meydana gelmektedir.<sup>162</sup>

Eksik ifa, yüklenicinin sözleşme gereği yapması gereken işlerin bir kısmını yahut tamamını yapmaması halinde söz konusu olmaktadır.<sup>163</sup> Örneğin; asansörün

---

<sup>158</sup> Erman, s.126; Yavuz, s.1027.

<sup>159</sup> Şahiniz, s.108.

<sup>160</sup> Erman, s.126; Kaplan, s.116.

<sup>161</sup> Gür, s.150.

<sup>162</sup> Erman, s.199.

<sup>163</sup> Uzun Kazmacı, Özge: “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin ve Özellikle Mimari Projelerde Mimarın Ayıp Sebebiyle Sorumluluğu”, İnşaat Sektöründe Mimari Haklar, Sempozyum 11 Nisan 2014, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s.24.

yapılmamış olması, pencerelerin takılmaması, parkelerin döşenmemesi halinde eksik ifadan söz edilebilecektir.<sup>164</sup>

ERMAN'a göre<sup>165</sup>, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki teknik şartnamede belirtilen işlerin bir bölümünün veya tamamının yapılmaması yahut teknik şartnamede yer almasa dahi orta seviyede bir inşaatla yer alması gereken imalatın bulunmaması halinde eksik işlerin varlığından bahsedilebilecektir.

ŞAHİNİZ'e göre, yüklenicinin sözleşmede yer alan yahut dürüstlük kuralı gereği yapması gereken bir kısım işleri hiç yapmaması halinde eserin eksik ifası söz konusudur.<sup>166</sup>

Her ne kadar daha önceki bölümlerde ayıplı iş – ayıplı ifa kavramının tanımını yapmış olsak da, eksik ifa ile karşılaştırılması bakımından ayıplı ifanın tanımını tekrardan yapılmasında yarar bulunmaktadır. Ayıplı ifayı kısaca tanımlamak gerekirse; yüklenici tarafından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kabul edilen niteliklere yahut sözleşmedeki tahsis amacı açısından gerekli niteliklere aykırı yapılan ifa ayıplı ifa olarak kabul edilmektedir.

Yargıtay bir kararında<sup>167</sup>, eksik iş ve ayıplı eser kavramını şöyle tanımlamıştır: “Eksik iş, sözleşme ve eklerine göre yapılması kararlaştırıldığı halde tam yapılmayan işlerdir. Ayıplı eser sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir.”

Eksik ifa ve ayıplı ifanın birbirinden ayırt edilmesi noktasında, Gauch tarafından tavsiye edilen kıstaslar<sup>168</sup> doktrinde genel kabul görmektedir. Buna göre, sözleşmedeki aykırılıklar diğer kısımlara temas edilmeksizin gideriliyor ise eksik ifa, sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için diğer kısımlara da müdahale edilmesi gerekiyor ise ayıplı ifa söz konusu olacaktır.<sup>169</sup>

---

<sup>164</sup> Ayan, s.61.

<sup>165</sup> Erman, s.199-201.

<sup>166</sup> Şahiniz, s.39.

<sup>167</sup> Y. 23. HD, 2014/1106 E. , 2014/5941 K., T.25.09.2014, www.kazanci.com.tr, Erş. T.30.09.2019.

<sup>168</sup> Gauch, Peter: Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, s.403., No:1449 (Naklen, Ayan, s.61).

<sup>169</sup> Gür, s.83.

Ayıplı ifa ve eksik ifa kavramları doğrudukları sonuç bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Zira, yüklenicinin teknik şartnameye aykırı olarak bir takım imalatları hiç yapmamış olması halinde eksik işler söz konusu olacağından, kural olarak yüklenicinin temerrüdünün sonuçları dikkate alınacaktır.

Ancak, yüklenicinin sözleşmede öngörülen imalatları teknik özelliklerine aykırı olarak meydana getirmesi halinde ayıplı iş söz konusu olacağından, ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ayıplı işler nedeniyle ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulması için, arsa sahibinin muayene ve ihbar yükümünü yerine getirmesi gerekmektedir. Muayene ve ihbar yükümünü yerine getirmeyen ve dolayısıyla eseri kabul etmiş sayılan arsa sahibi kural olarak ayıba karşı tekeffül hükümlerine müracaat edememektedir. Fakat, eksik işler bakımından muayene ve ihbar yükümü söz konusu olamayacağından, eser kabul edilmiş olsa dahi yüklenicinin eksik işlerden sorumluluğu devam etmektedir.<sup>170</sup>

Hemen belirtmek gerekir ki, arsa sahibinin muayene ve ihbar yükümünü yerine getirmeyerek eseri örtülü olarak kabul etmesi halinde, mevcut eseri eksik olarak da kabul ettiği anlamı çıkabilmektedir. Böyle bir durumda, arsa sahibinin teslim sırasında inşaatta yer alan eksikliklere ilişkin talep haklarını saklı tuttuğuna ilişkin bir şerh düşmesi, uygulamada çıkacak ihtilafların çözümü noktasında yararlı olmaktadır.<sup>171</sup>

Yüklenicinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu yapıya ilişkin iskan ruhsatı almaması halinde, ortada eksik iş mi yoksa ayıplı ifa mı olduğu hususu önem arz

---

<sup>170</sup> **Erman**, s.199; YHGK 2000/1134 E., 2000/1191 K., T.27.09.2000, www.kazanci.com.tr, Erş. T.30.09.2019: “Bağımsız bölümde mesaha noksanlığı, diğer bir anlatımla, sözleşmede kararlaştırılan, bağımsız bölümün alan itibarıyla noksan ifası, hukuki tanımı ile ayıp değil eksik iştir. Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna akitlerinde, işin eksik ifası halinde uygulanacak yasa maddeleri borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlerdir. Ayıplı iş vasıf noksanlığını ifade ettiği halde, noksan iş kavramı yapılmayan işi ortaya koyar, ayıplı işler hakkında BK. 359-363 maddeleri uygulanırken eksik işler bu maddelerin kapsamı dışında bırakılmış, BK. Md. 96 kapsamında tutularak, borçlunun kusurlu ifa imkansızlığından veya gereği gibi ifa etmemesinden, yahut sözleşmenin müsbet ihlalinden kaynaklanan tazminatla giderilmesi sağlanmıştır. Eksik işlere dayanan giderim davalarında, uygulanacak yasa maddeleri belirli ve açıktır. Hakimin herşeyden önce bu hükümleri uygulayarak uyumsuzluğu çözümlenmesi gerekir.”; YHGK 1977/1270 E., 1979/824 K. T.13.06.1979: “Noksan iş, ayıplı iş değildir. Noksan işte, iş yapılmadığından vasfının uygun olup olmadığı üzerinde durulamaz. O halde noksan işi ayıplı işlerle bir arada ifade etmek ve yasadaki ayıplı işler kavramına sokmak olanağı bulunmamaktadır. Buna göre noksan işlerin ihbarı olmasa dahi zamanaşımı süresince tazmini dava edilebilir.” Hükmü ile noksan işlerde ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulamayacağına karar vermiştir. (Naklen **Kostakoğlu** Cengiz: İcraatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2010, 445 vd.).

<sup>171</sup> **Erman**, s.201.

etmektedir. Öncelikle iskan ruhsatının tanımını yapmak gerekirse; iskan ruhsatı inşa edilen binanın ruhsat ve eklerine uygun olarak tamamlandığını gösteren bir belgedir.<sup>172</sup>

Yargıtay'ın önceki kararlarında iskan ruhsatı alınmaması halinde ortada hukuki bir ayıp olduğu kabul edilmekteydi.<sup>173</sup> Dolayısıyla, her ne kadar ortada ayıp olsa da, bu ayıbın varlığı yapının arsa sahibi tarafından teslim alınmasına engel oluşturmamaktaydı.

Ancak, Yargıtay daha sonradan verdiği kararlarda iskan ruhsatının alınmamasını eksik iş olarak kabul ederek, yapı arsa sahibine fiilen teslim edilmiş olsa dahi hukuki anlamda teslimin gerçekleşmediği sonucuna varmıştır. Hukuki anlamda teslim meydana gelmediğinden, yüklenicinin edimini yerine getirdiğinden söz etmek mümkün değildir.<sup>174</sup>

Nitekim doktrinde de, iskan ruhsatının alınmaması eksik iş olarak kabul edilmektedir.<sup>175</sup> Gerçekten de, inşaat ruhsatı alınmamasının hukuki ayıp olarak kabul edilmesi halinde arsa sahibini az sonra açıklayacağımız gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmediği takdirde, yüklenicinin iskan ruhsatı alma sorumluluğu sona erecektir. Bu sonuç da arsa sahibi açısından hakkaniyete aykırı bir durum oluşturacağından, iskan ruhsatı alınmasının eksik iş olarak kabul edilmesinin isabetli bir görüş olduğu düşünülmektedir.

Diğer yandan, yüklenici tarafından inşa edilen bağımsız bölümlerin, sözleşmede kararlaştırılan yüzölçümünden küçük yapılması halinde, ortada eksik ifa mı yoksa ayıplı ifa mı olacağı hususu da önem arz etmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda<sup>176</sup>, bağımsız bölümlerin küçük yapılması halinde eksik işin varlığı

---

<sup>172</sup> **Özcan**, Zeynep: Kamu İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıplı İfası ve Temerrüdü, Ankara 2018, s.108.

<sup>173</sup> Y. 15. HD, 1986/4243 E., 1987/2172 K., T.14.05.1987, www.kazanci.com.tr, Erş. T.30.09.2019.

<sup>174</sup> Y. 23. HD, 2016/7132 E.,2019/3721 K., T.19.09.2019, www.kazanci.com.tr, Erş. T.30.09.2019: "...somut olayda, sözleşmeye göre davacı yüklenicinin yükümlülüğünde bulunan iskan ruhsatının alınmadığı ve eksik imalatların bulunduğu görülmüştür. Bu durumda mahkemece, edimini tam olarak ifa etmeyen davacı yüklenicinin davalı arsa sahibinden karşı edim olan tapu iptali ve tescil isteyemeyeceği gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabule karar verilmesi doğru görülmemiş kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir."

<sup>175</sup> **Ayan**, s.71; **Zevkliler**/Gökyayla, s.481; **Turanboy**, s.155.

<sup>176</sup> YHGK 1992/15-649 E. 1992/732 K., T. 09.12.1992, www.kazanci.com.tr, Erş. T. 01.10.2019: "...Dosya kapsamına göre davacı Şükran'ın dükkanının 75.62 m 2 yapılması gerekirken 17.62 m 2 .'lik

kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu kararı ile birlikte, bağımsız bölümlerin sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşımaması halinde bunun eksik iş olarak kabul edilmesi gerektiği Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı haline gelmiştir.<sup>177</sup> Ancak, eksik iş ve ayıplı iş ayırımına ilişkin olarak doktrinde genel kabul gören Gauch tarafından ileri sürülen kıstaslar dikkate alındığında, sözleşmedeki aykırılıklar diğer kısımlara temas edilmeksizin gideriliyor ise eksik ifa, sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için diğer kısımlara da müdahale edilmesi gerekiyor ise ayıplı ifa söz konusu olacaktır. Bu doğrultuda, örneğin 100 m2 yapılması gereken bir dairenin, 80 m2 olarak inşa edilmesi halinde bu dairenin tekrar 100 m2'ye çıkartılması için bağımsız bölüme müdahale edilmesi pek muhtemeldir.<sup>178</sup> Bu yönüyle değerlendirme yapıldığında, bağımsız bölümlerin yüzölçümünün sözleşmede kararlaştırılardan küçük yapılması halinde ayıplı ifanın varlığından söz etmek mümkün olacaktır. Kanaatimizce de, bağımsız bölümlerin yüzölçümünün sözleşmeye uygun hale getirilmesi için, mevcut yapıya müdahale edilmesi zaruridir. Dolayısıyla, bağımsız bölümdeki yüzölçümü yönünden ortaya çıkan eksikliğin, ayıplı ifa olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

### **C. Arsa Sahibinin Muayene ve İhbar Yükümünü Yerine Getirmesi**

#### **1. Genel Olarak**

Yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğunun doğması için gerekli olan üçüncü şart, arsa sahibinin eseri teslim aldıktan sonra muayene ve ihbar yükümünü yerine getirmesidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, daha evvel de açıkladığımız üzere karma sözleşme niteliğindedir.<sup>179</sup> Mezkur sözleşme içerisinde, yüklenicinin edimi eser

---

bir noksanla teslim edildiği ve yapı kullanma izninin 19.3.1985 tarihinde alındığı davanın ise BK.nun 363/2 nci maddesinde öngörülen beş yıllık süre geçirilmeden 13.2.1990 tarihinde açıldığı ve böylece olayda dava zamanaşımının gerçekleşmediği anlaşılmaktadır. Bunun dışında, Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre, eserdeki ayıplardan dolayı teslim alınırken ihtirazi kayıt ileri sürülmesi gerekmesine karşılık noksan teslim edilen eserin zamanaşımı süresi içinde bedeli istenebileceğinden ve dükkanın küçük yapılması eksik işe girdiğinden ve bunun için bir ihtirazi kayıt dermeyanına lüzum bulunmadığından mahkemece işin esasına girilerek bir karar verilmelidir.”

<sup>177</sup> Y. 23. HD, 2016/1343 E., 2018/2843 K., T. 17.04.2018, www.kazanci.com.tr, Erş. T. 01.10.2019: “Davacı taraf, teslim edilen dairelerin toplam yüzölçümlerinin sözleşmeye uygun olmadığını, eksik teslim yapıldığını ileri sürerek tazminat isteminde bulunmuştur. Bağımsız bölümlerdeki yüzölçümü eksikliği ayıp olarak değil, eksik iş olarak kabul edilir.”

<sup>178</sup> Şahiniz, s.54.

<sup>179</sup> Bknz, s.15.



sözleşmesini içerdiğinden, muayene ve ihbar yükümü yönünden eser sözleşmelerine ilişkin hükümlerin kıyasen<sup>180</sup> uygulanması isabetli olacaktır. 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." ifade edilmektedir. Gerçekten de, arsa sahibinin ayıba karşı tekeffül halinde TBK m.475'te düzenlenen seçimlik haklarını kullanması, TBK m.474'de belirtilen muayene ve ihbar yükümünün yerine getirilmesi şartına bağlanmıştır.<sup>181</sup> Arsa sahibinin, eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek yükümlülüğü, hukuki anlamda bir borç olmayıp yalnızca ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılmasının ön şartı<sup>182</sup> olarak kabul edilmektedir. Doktrinde bu husus, hukuki görev(külfet) olarak tanımlanmaktadır.<sup>183</sup>

Külfet bir davranış biçimi olup; kişi kanun tarafından kendisine yüklenen davranışı yerine getirmediği takdirde, kanun tarafından kendisine tanınan hakları kısmen yahut tamamen kaybetmektedir. Ancak, kişinin kendisine yüklenen bu davranışı yerine getirmemesi halinde, bunun yerine getirilmesinin istenemeyeceği gibi bundan doğan zararların tazmini talep edilemeyecektir. Dolayısıyla, külfete konu davranışın yerine getirilmemesi ile birlikte, kişi kendi yararına olan bir hukuki durumu kaybetme riskiyle karşı karşıyadır.<sup>184</sup>

Bu şartın süresinde yahut hiçbir şekilde yerine getirilmemesi halinde, arsa sahibi TBK m.477/1-2 gereği eseri mevcut haliyle zımnen kabul etmiş sayılmaktadır. Nitekim,

---

<sup>180</sup> **Aktürk Yücer**, İpek: Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözdem Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara 2012, s.55: "Soruna isimsiz sözleşmelerin bir türü olan karma sözleşmeler yönünden bakıldığı takdirde; daha öncede ifade edildiği gibi, bunun cevabı karma sözleşmelere uygulanacak hukuk kurallarının çözümüne bağlıdır. Bu konuda benimsediğimiz kıyas yoluyla uygulama görüşüne göre, karma sözleşmelere uygulanacak hukuk kuralları, bu sözleşmelerde yer alan isimli sözleşmelere ilişkin unsurlarla ilgili Kanun hükümlerinin kıyas yolu ile uygulanmasını gerektirir. İsimli sözleşmeye uygulanacak herhangi bir kural bulunmazsa hakim, hukuk yaratma yetkisini kullanmalıdır."; Karma sözleşmelere ilişkin ortaya çıkacak ihtilaflarda kıyas teorisinin uygulanacağına ilişkin görüşler için bkz, s.13.

<sup>181</sup> **Şahiniz**, s.109.

<sup>182</sup> **Aktürk**, s.72: "Ayıp bildirimiminin hakların saklı tutulması için yapılması gereken bir "ön koşul" niteliğinde olduğu görüşüne de katılmak mümkün değildir. Zira ayıp bildirimiminin bir "ön koşul" niteliğinde olduğuna yönelik bir görüş, hukuken yetersiz ve gerekçesizdir. Doktrinde ön koşul deyimi, "ayıp sorumluluğunun şartları" başlığı altında yer alan genel ve hukuki nitelikte olmayan bir ifadeden ibarettir. Bize göre ayıp bildirimiminin hukuki niteliği ancak "külfet" ile açıklanabilir. TBK m. 223/1 ve TBK m.474/1 alıcı veya iş sahibinin ayıptan doğan haklarının ileri sürülmesinin ayıp bildirimiminin yapılmasına bağlamıştır."

<sup>183</sup> **Erman**, s.128; **Seliçi**, s.145; **Aral/Ayrancı**, s.377; **Yavuz**, 1029.

<sup>184</sup> **Aktürk**, s.68.

TBK m.477’de “Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder. İş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır” düzenlemesi bulunmaktadır. Bu yasal düzenleme ile, yüklenicinin bir an evvel ayıptan haberdar edilmesi ve zararın artmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.<sup>185</sup>

## 2. Muayene Yükümü

Arsa sahibinin muayene yükümünden bahsedilmesi için, evleviyetle yüklenici tarafından arsa sahibinin hissesine tekabül edecek bağımsız bölümlerin teslim<sup>186</sup> edilmesi gerekmektedir.<sup>187</sup> TBK m. 474’de “İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır. “ düzenlemesi mevcuttur. Bu madde hükmün ile, hem muayenenin başlayacağı süre hem de muayenenin hangi süre içerisinde bitirilmesi gerektiği kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir.<sup>188</sup> Eserin, tek bir seferde teslim edilmeyip kısım kısım teslim edildiği hallerde teslim edilen kısımların ayrı ayrı gözden geçirilmesi gerekmektedir.<sup>189</sup>

Bu duruma ilişkin örnek vermek gerekirse; yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile iki ayrı bloklu bir yapı inşa etme taahhüdü altına girip, öncelikle ilk inşa ettiği bloğu arsa sahibine teslim ederse, bu halde arsa sahibinin, muayene külfeti inşa edilip teslim edilen blok açısından başlayacaktır. Yani böyle bir durumda, arsa sahibi eseri muayene etmek için ikinci bloğun da tamamlanarak teslim edilmesini beklememelidir.

TBK m 474’de geçen “imkan bulur bulmaz” ibaresinden somut olayın özelliğine göre muayene süresinin değişiklik gösterebileceği anlaşılmaktadır.<sup>190</sup> Bu doğrultuda,

---

<sup>185</sup> Kocağa, s.153.

<sup>186</sup> Teslim kavramı için bkz, s.30 vd.

<sup>187</sup> Erman, s.131; Tandoğan, s.168; Kocağa, s.154.

<sup>188</sup> Şahin, s. 110-111.

<sup>189</sup> Aktürk, s.128.

<sup>190</sup> Aktürk, s.128: “Görülüyor ki, kanun koyucu gözden geçirme süresi ve özellikle bunun başlaması ve devamı hakkında sert ve katı bir tutumdan kaçınmış, gün, hafta gibi kesin ve belir bir süre koymamıştır. Aksine, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz gözden geçirmeye başlama ve bunu

arsa sahibinin ve yüklenicinin bulunduğu çevrede geçerli olan teamüllere ve somut olayın özelliğine göre muayenenin süresi belirlenebilecektir. Muayeneye konu eserin nitelikleri göz önünde tutularak, arsa sahibine makul ve özenli bir muayene için gerekli olan sürenin tanınması gerekmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, “İş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır.” ifade edilmektedir. Ancak, yüklenici arsa sahibinin çeşitli sebeplerden dolayı eseri muayene edemeyeceğini bildiği halde, eseri teslim etmek istiyorsa artık bu bir dürüstlük kuralı ihlali olacağından, yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>191</sup>. Yine, arsa sahibinin muayeneye hemen başlayamamasını haklı gösterecek bir sebep olması halinde, muayene işlerinin hayatın olağan akışına göre geç sayılmayacak bir tarihe ertelenmesi de mümkün bulunmaktadır.<sup>192</sup>

Arsa sahibi tarafından yapılacak muayene süresi, somut olay dikkate alınarak ortalama bilgiye sahip arsa sahibi tarafından, özenli bir araştırma için gerekli olan makul süredir.<sup>193</sup> Arsa sahibinin muayene sırasında göstermesi gereken özenli araştırmanın ölçütünün ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre<sup>194</sup> orta nitelikte bir uzman tarafından yapılacak muayene ve gösterilecek özen kıstas alınmalıdır. Bu görüşün temel dayanağı, orta düzeyde bilgi ve tecrübeye sahip olmayan kişinin, muayene işlemlerini bir uzmana yaptırmasının beklenebilir olmasıdır. Türk doktrinindeki ve yargıtayın da kabul ettiği diğer görüşe göre,<sup>195</sup> eseri teslim alan kişinin muayene sırasında kendisinden beklenebilecek özeni göstermesinin yeterli olacağı kabul edilmektedir.

Eserin muayenesi konusunda deneyimsiz olan kişiye mümkün olduğu kadar geniş süre tanınmalıdır.<sup>196</sup> Kural olarak muayene yükümü teslim ile doğsa da, somut olayın özelliklerine göre teslimden belli bir süre sonra muayene yapılması zarureti hasıl

---

sora erdirme süresi, iş ve meslek hayatındaki örf ve adete, ticari teamüllere; her olayın özelliğine, satılan ve meydana getirilen durumuna, ayıbın türüne göre değişebilir.”

<sup>191</sup> **Erman**, s. 131.

<sup>192</sup> **Burcuoğlu** Haluk: Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılması İçin Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.309.

<sup>193</sup> **Erman**, s.132.

<sup>194</sup> Gautschi ve Pedrazzini bu görüşü savunmaktadırlar. (Naklen **Öz**, s.114.).

<sup>195</sup> **Seliçi**, s.147; **Erman** s.133.

<sup>196</sup> **Aral/Ayrancı**, s.378.

olabilmektedir. Bu halde, muayene için geçen süre gecikmeye neden olmamaktadır.<sup>197</sup> Örneğin, ısı yalıtım sistemi imalatı yapılan bir binadaki yalıtım sisteminin ayıplı olup olmadığının tespiti ancak soğuk mevsimlerde ortaya çıkmaktadır. Böyle bir ihtimalde, teslimin yaz mevsiminde yapıldığı varsayımında, muayenenin yapılması için kış mevsiminin beklenmesi gecikme olarak kabul edilmemektedir.<sup>198</sup>

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarının, sözleşme serbestisi doğrultusunda muayene süresine ilişkin sözleşmede düzenleme yapması mümkündür. Ancak, taraflarca sözleşmede kararlaştırılan süre, özenli bir muayene yapılmasını engelleyecek derecede kısa ise, muayene süresine ilişkin sözleşmedeki bu hüküm dikkate alınmayarak, işlerin olağan akışı ölçütüne göre uygun kabul edilebilecek sürenin nazara alınması gerekmektedir.<sup>199</sup>

Her ne kadar, arsa sahibi tarafından yaptırılacak muayenenin uzman bir bilirkişiye yaptırılması zorunlu değilse de, kanun koyucu TBK m.474/2’de yer alan “Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir.” düzenlemesi ile taraflardan herhangi birinin talebiyle muayenenin uzman bilirkişi vasıtasıyla da yaptırılabilceğini düzenlemiştir. Bahse konu kanuni düzenleme hem arsa sahibi hem de yüklenici açısından hüküm ifade etmekte olup, her bir taraf masrafını karşılamak kaydıyla bilirkişi vasıtasıyla bina üzerinde inceleme yaptırma imkanına sahip olmaktadır.

Kanun koyucu tarafından bahsedilen bilirkişi incelemesinin, resmi bilirkişiler olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Nitekim HMK m.400’de, “Taraflardan her biri, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakianın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilir. Delil tespiti<sup>200</sup> istenebilmesi için hukuki yararın varlığı gerekir. Kanunda açıkça

---

<sup>197</sup> Tandoğan, s.169.

<sup>198</sup> Şahiniz s.112.

<sup>199</sup> Uçar, s. 144.

<sup>200</sup> Kuru, Baki: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara-2011, s.593: “Delillerin tespiti (talebi), ayrı bir dava değildir; bilâkis, ilişkin olduğu (açılacak veya açılmış) davaya bağlı bir işlemdir. Delillerin tespiti ayrı (yalnız başına) bir dava konusu da olamaz. Çünkü delil tespitinin konusu maddî vakialardır ve maddî vakıalar ise yalnız başına tespit davasına konu yapılamaz.”.

öngörülen hâller dışında, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde bulunuyorsa hukuki yarar var sayılır.” düzenlemesi bulunmaktadır.

HMK gereği, muayene yönünden delil tespiti yoluna başvurulması halinde, dosyanın bilirkişide kaldığı süre dikkate alınarak muayene süresinin geçtiğinden bahsedilemez. Ancak, arsa sahibi özel bilirkişi vasıtasıyla bu muayeneyi yaptırmış ve makul süreleri geçirmiş ise, artık arsa sahibinin TBK m.475 gereği seçimlik haklarını kullanılmasının tehlikeye düşmesi söz konusu olacaktır.<sup>201</sup>

Muayene yükümünün, eserde mevcut olan açık ayıplar bakımından uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Yüklenici tarafından kasten gizlenen ayıplar ve gizli ayıplar bakımından, arsa sahibinin muayene yükümünün bulunduğu bahsedilemeyecektir. Gizli ayıplar<sup>202</sup>, zamanla ve kullanıma bağlı ortaya çıktığından zaten bu aşamadan sonra yükleniciye bildirilmektedir. Kastem gizlenen ayıplar, açık veya gizli ayıp niteliğinde ortaya çıkabilmektedir. Yüklenicinin kastem gizlediği açık ayıplar nedeniyle, arsa sahibinin muayene yükümünü yerine getirmemesi halinde yüklenicinin sorumluluğunun ortadan kalkmayacağı kabul edilmektedir.<sup>203</sup> Arsa sahibine, yüklenici tarafından bildirilmesi gereken ayıpların kastem gizlenmesi halinde, dürüstlük kuralına aykırı hareket edildiğinden her ne kadar muayene yapılmamış olsa da yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır.<sup>204</sup>

### 3. İhbar Yükümü

TBK m. 474’de “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.” düzenlemesi ile ayıbın ihbar edilmesi yönünde kanuni düzenleme bulunmaktadır.

<sup>201</sup> Erman, s.133; Tandoğan, s.170.

<sup>202</sup> “Gizli ayıp ise, teslim sırasında arsa sahibi tarafından yapılacak usulüne uygun bir muayene ile fark edilemeyecek ayıp olarak tanımlanmaktadır.”, bknz, s.27.

<sup>203</sup> Erman, s.134.

<sup>204</sup> Seliçi, s.202; Öz, s.116.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu inşaattaki ayıp nedeniyle yüklenicinin sorumluluğuna başvurulması için, ayıbın yükleniciye ihbar edilmesi gerekmektedir.<sup>205</sup> Başka bir anlatımla, arsa sahibi TBK m.475'deki seçimlik haklardan yararlanmak için, tespit edilen ayıbı yükleniciye bildirmek durumundadır. Arsa sahibinin eser üzerindeki ayıpları tespit ettirmesi halinde, bu ayıpların yükleniciye uygun bir süre içerisinde bildirmesi gerekmektedir<sup>206</sup>.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere kasten gizlenen ayıplar bakımından, arsa sahibinin ihbar yükümlülüğüne yerine getirmediğinden bahisle seçimlik haklarını kullanamayacağı ileri sürülemez. TBK m. 477/3 hükmüne göre, eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa işsahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır. Yani gizli ayıplar bakımından arsa sahibinin derhal bu ayıpları bildirmesi gerekirken<sup>207</sup>, özenli bir muayene sonucu ortaya çıkan açık ayıplar bakımından ihbarın hangi sürelerde yapılacağı yönünde kanuni düzenleme bulunmamaktadır.<sup>208</sup>

Bu ayıplarda nispi bildirim süresinin, olağan muayeneden hemen sonra başlayacağı kabul edilmektedir. Özellikle, eserde farklı türden ayıplar mevcut ise, olağan gözden geçirme süresinin sonuna kadar beklenilmesi gerekmektedir. Zira, muayene edilen eserin bütünlük arz ettiği hallerde, eserdeki ayıpların tek seferde bildirilmesi hem iş sahibi hem de alıcının lehine bir durumdur. Dolayısıyla, muayene yapılıp yapılmadığı, açık ayıp tespit edilip edilmediği hususları dikkate alınmaksızın, bildirim süresi olağan muayeneden hemen sonra başlamaktadır. Çünkü dürüstlük kuralı gereğince, açık ayıpların en geç olağan muayene süresinin sonunda tespit edilebileceği varsayımı kabul edilmektedir. Bu doğrultuda açık ayıplar bakımından, her halükarda

---

<sup>205</sup> Gür, s.69.

<sup>206</sup> Y. 15. HD, 2015/829 E., 2015/6452 K. T.16.12.2015, www.kazanci.com.tr, Erş. T. 02.10.2019: “..iş sahibi tarafından süresi içerisinde ayıp ihbarında bulunulması şartıyla E. BK'nın 360. maddesinde sayılan seçimlik haklarından birisini kullanabilir. Bu hakkın kullanması için iş sahibi tarafından ayrı bir dava açılabilir gibi, yüklenici tarafından aleyhine açılmış olan bir davada da bu hususu def'i olarak ileri sürebilir.”

<sup>207</sup> TBK m. 477/3: Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır.

<sup>208</sup> Erman, s.135.

olağan muayene süresi beklenilmeli ve olağan muayene sonucunda ortaya çıkan ayıpların, “uygun bir süre içerisinde” bildirilip bildirilmediği değerlendirilmelidir.<sup>209</sup>

Doktrinde ise, muayene sonucunda ortaya bir ayıp çıkması halinde muayeneden hemen sonra ihbarın yapılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>210</sup>. Fakat, muayene tamamlandıktan kısa bir süre sonra yapılan ayıp ihbarının, derhal yapılmadığından söz edilemez. Zira, arsa sahibine düşünme ve karar verme noktasında kısa bir süre imkanı tanınması gerekmektedir.<sup>211</sup>

Teslim sırasında, özenle yapılacak bir muayeneye gerek olmaksızın tespit edilen ayıpların(aşık ayıplar) derhal yükleniciye ihbar edilmesi gerekmektedir.<sup>212</sup> Bununla birlikte, zamanla ve sonradan ortaya çıkan gizli ayıplar bakımından da, bunların önem ve kapsamı hakkında kesin bir kanaat oluşması beklenmeksizin, derhal ihbar yapılması gerekmektedir.<sup>213</sup>

Ancak doktrindeki bir görüşe göre<sup>214</sup>, TBK m. 477/3 hükmüne göre, eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa işsahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; hükmünde geçen “gecikmesizin” lafzının kanun koyucunun ihmeline dayalı olarak ortaya çıkan örtülü bir kanun boşluğu olduğu kabul edilerek, “gecikmesizin” ibaresinin TBK m. 474/1 hükmündeki “uygun bir süre” olarak okunmasıyla boşluğun doldurulması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca, ŞAHİNİZ’e göre;<sup>215</sup> eser sözleşmesinde açık ayıp – aşık ayıp ayrımı yapılmadığından her iki ayıp için aynı muayene ve ihbar süreleri kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, hem açık ayıplar hem de aşık ayıplar bakımından, ayıp ihbarının süresi “eserin tesliminden itibaren makul süre” olarak kabul edilmelidir.

---

<sup>209</sup> Aktürk, 188-189.

<sup>210</sup> Seliçi, s.152; Tandoğan s.173.

<sup>211</sup> Tandoğan, s.173-174, Burcuoğlu, s.310.

<sup>212</sup> Şenocak, s.122; Tandoğan, s.174; Seliçi, s.153.

<sup>213</sup> Tandoğan, s.174.

<sup>214</sup> Gümüş, s.324; Aynı yönde görüş için bkz, Seliçi, s.155.

<sup>215</sup> Şahiniz, s.115.

Ayıp ihbarı kanunda tamamlayıcı hukuk kuralı olarak düzenlendiğinden, tarafların kendi aralarında anlaşarak, ayıp halinde ihbarın hangi sürelerde ve şekilde yapılacağı yönünde sözleşmeye özel hüküm koymaları mümkündür.<sup>216</sup>

Bu doğrultuda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yapılan ayıp ihbarı, arsa sahibinin eserin durumu hakkındaki bilgisini açıklamak anlamına gelmeyip, yüklenici tarafından ortak yerler ve bağımsız bölümlerde meydana getirilen ayıplı imalatlara ilişkin ortaya çıkan sözleşme aykırılıklarının yükleniciye bildirilmesi yönündeki irade açıklamasıdır. Diğer yandan bu irade beyanı, hukuki bir işlem olmayıp hukuki işlem benzeri fiil olarak kabul edilmektedir.<sup>217</sup> Nitekim, yüklenicinin sorumluluğunun doğması ayıp ihbarına bağlı olmayıp, doğrudan ayıba bağlıdır. Mevcut olarak ortada bir ayıp yok ise, yüklenici itiraz etmese dahi sorumlu tutulamayacaktır.<sup>218</sup>

Arsa sahibi tarafından yapılacak ayıp ihbarı, herhangi bir şekil şartına bağlı bulunmamaktadır.<sup>219</sup> Ayıp ihbarının şekli, ispat hukuku açısından önem arz etmektedir.<sup>220</sup> Yapılacak ayıp ihbarının, doğrudan yükleniciye yapılması söz konusu olabileceği gibi, yüklenicinin yetkili temsilcisi aracılığıyla da ayıp ihbarı yapılması mümkündür.<sup>221</sup> Uygulamada genellikle delil tespiti yolu ile ayıpların tespit edilmesi söz konusu olduğundan, delil tespiti sonucunda elde edilen bilirkişi raporunun yüklenici tarafa ulaştırılması ile ayıp ihbarının yapıldığı kabul edilebilecektir.<sup>222</sup> Ayıp ihbarının

---

<sup>216</sup> **Erman**, s.136; **Akça**, Merve: Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Dolayı Sözleşmeden Dönme Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s..42.

<sup>217</sup> **Tandoğan**, s.172; **Burcuoğlu**, s.306; **Aybay**, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, İstanbul 2016,s.17: “Hukuksal işlem benzerleri, BK. 116’daki ihtar bu türdendir. Bunlarda da bir irade açıklanmaktadır. Ne var ki, burada hukuksal sonuç iradeye dahil olmayabilir.”; **Aktürk**, s.73.”Ayıp bildiriminde, irade sahibinin, iradenin yönetildiği kişi gibi tam ehliyetli olmasının gerekmediği, ayırt etme gücüne sahip olmasının yeterli olduğu hukuki işlem benzeri bir fiil söz konusudur.”.

<sup>218</sup> **Erman**, s.137.

<sup>219</sup> Y. 15. HD, 2014/4010 E., 2015/2127 K., T.22.04.2015, www.kazanci.com.tr, Erş. T.03.10.2019: “Eserin iş sahibinin kullanamayacağı derecede ayıplı olması veya hakkaniyet kaideleri gereği eseri kabul etmesinin iş sahibinden beklenememesi veya eserin sözleşmede açıkça kararlaştırılan nitelikleri taşımaması halinde iş sahibi eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebilir. Eserdeki ayıpların eserin reddini gerektirecek nitelikte önemli olmaması halinde ise diğer seçimlik hakların kullanılması gerekir. Diğer taraftan ayıbın varlığını ihbar şekil koşuluna bağlı olmayıp tanık dahil her türlü delille kanıtlanabilir.”.

<sup>220</sup> **Tandoğan**, s.173; **Seliçi**, 151.

<sup>221</sup> **Şenocak**, s.125.

<sup>222</sup> **Seliçi**, s.151; **Şahiniz**, s.117; Resmi bilirkişi raporunun tebliğ edilmesinin kural olarak ayıp ihbarı yerine geçmeyeceği yönünde görüş için bknz, **Şenocak**, s.125: “Hatta BK. Mad. 359/2 çerçevesinde resmen tayin edilen bilirkişinin raporunun müteahhide mahkemece tebliğ edilmesi kural olarak ayıp ihbarı yerine geçmez.”



hukuki neticeleri, ihbarın yükleniciye ulaştığı anda değil ayıp ihbarının gönderildiği anda meydana gelmektedir.<sup>223</sup>

Yapılacak ayıp ihbarında genel ve soyut ifadelerin bulunması yeterli değildir. Örneğin, “eser ayıplıdır.”, “eser sözleşmeye uygun değildir.” şeklinde yapılan ihbarların, ayıp ihbarı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Diğer yandan, ayıp bildirimının pasif bir davranışla örneğin susarak yerine getirilmesi mümkün değildir.<sup>224</sup> İhbarın, ortaya çıkan ayıbın kapsam ve niteliklerinin yüklenici tarafından anlaşılacak şekilde yapılması halinde geçerli kabul edilmesi gerekmektedir.<sup>225</sup>

Ayıp ihbarının süresinde yapılıp yapılmadığı yönünde hakimin re’sen araştırma yapması mümkün olmayıp, ihbar yükünün yerine getirilmediği hususunun, yüklenici tarafından ileri sürülmesi gerekmektedir.<sup>226</sup> Ayıp ihbarına ilişkin bildirim yapıldığının ispat yükü, doktrindeki hakim görüşe göre arsa sahibine ait olmalıdır.<sup>227</sup>

ERMAN’a göre, yüklenicinin imalat ve işçilik hatalarına ilişkin vermiş olduğu garanti süresi içerisinde arsa sahibinin muayene ve ihbar yükümlüğünün sözleşme ile kaldırıldığı kabul edilmelidir. Başka bir deyişle, garanti sözleşmesi ile yüklenici tarafın ortaya çıkması muhtemel ayıpları gidermeyi önceden kabul ettiği anlaşılmalıdır.<sup>228</sup>

Nitekim yargıtayın da, bu görüş doğrultusunda içtihatları bulunmaktadır.<sup>229</sup> Diğer yandan Yargıtayın, garanti süresi içerisinde ayıp ihbarı yapılması gerektiği aksi halde yüklenicinin sorumluluğunun ortadan kalkacağı yönünde kararları da bulunmaktadır.

---

<sup>223</sup> Seliçi, s.152.

<sup>224</sup> Aktürk, s.185.

<sup>225</sup> Tandoğan, s.172; Erman, s.138.

<sup>226</sup> Erman, s.139; Tandoğan, s.176; Şenocak, s.129-130.

<sup>227</sup> Yavuz, s.1030; Şenocak, s.130: “İsviçre Federal Mahkemesi ve öğretideki birçok yazar, bu husustaki ispat yükünün iş sahibinde olduğu görüşündedir.”

<sup>228</sup> Erman, s.137; Aynı yönde görüş için bkz, Şahiniz, s.117.

<sup>229</sup> Y. 15. HD, 2001/790 E., 2001/1628 K., T.02.04.2001, www.kazanci.com.tr., Erş. T. 04.10.2019: “Garanti kapsamındaki işler için garanti süresi içerisinde kalmak koşulu ile ayrıca ayıp ihbarında bulunulması gerekmez.”

Yargıtay 15. HD, 15.04.2008 T. 2007/3124 E., 2008/2496 K. sayılı ilamında<sup>230</sup>; “Eserin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin olağan gidişine göre, imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve bozukluğu varsa derhal yükleniciye bildirmek zorundadır. Garanti süresi kararlaştırılmış ise, garanti süresi içinde de ayıp ihbarı yapılabilir. Ayıbın süresinde yapılmaması durumunda yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Ancak, kasten sakladığı ayıplarla usulüne uygun gözden geçirmede fark edilemeyecek ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Eğer meydana getirilen eserin teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile var olan kusurları görülmemiş ise, ortada gizli bir ayıbın olduğu kabul edilir, ayıp, sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, öğrenir öğrenmez yükleniciye bildirmek zorundadır. Açık ayıplarda Borçlar Kanunu’nun 359; gizli ayıplarda 362. maddeleri hükümlerine uygun olarak iş sahibi, yükleniciye ihbarda bulunduğu takdirde, Borçlar Kanunu’nun 360. maddesinde tanımlanan hakları kullanabilir.” şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Arsa sahibi tarafından ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvuru süreleri, garanti sözleşmesi kapsamında taraflarca uzatılabilir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kanunda yer alan sürelerin kısaltılması TBK m.127 gereği mümkün değildir. Garanti sözleşmesinin yazılı olması ispat açısından önemli olup, yüklenici tarafından tek taraflı düzenlenerek arsa sahibinin kabulüne sunulan garanti sözleşmesinin de geçerli olduğu kabul edilmelidir. Sözleşmede garanti süresinin belirtilmediği hallerde, taşınmaz yapılardaki zamanaşımı süresi olan 5 yıllık sürenin dikkate alınması gerekmektedir.<sup>231</sup>

---

<sup>230</sup> **Şahin Turan:** Borçlar Kanunu Ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C.I, Sa.2, Yıl 2011, s.140.

<sup>231</sup> **Yavuz,** İfa, s.464.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ARSA SAHİBİNİN AYIP NEDENİYLE SAHİP OLDUĞU HAKLAR

#### I. ARSA SAHİBİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI

##### A. Genel Olarak

TBK m. 475’de eserdeki ayıp sebebiyle, iş sahibinin sahip olduğu seçimlik haklar düzenlenmiştir. Çalışmamızın konusu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olduğundan dolayı, bu kısımda kanunda düzenlenen iş sahibinin karşılığını oluşturan arsa sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarından bahsedilecektir. Türk Borçlar Kanununun 475. Maddesinde; “Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde işsahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.

2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme.

3. Aşırı bir masraftı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.

İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır. Eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.” yasal düzenlemesi mevcuttur.

Eski borçlar kanununun 360. Maddesinde arsa sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik hakları düzenlenmekteydi. Yeni kanun ve eski kanun arasında seçimlik haklar yönünden herhangi bir fark bulunmamaktadır. Ancak, iş sahibinin seçimlik hakları yeni kanun ile daha açık bir şekilde düzenlenmiştir. Örnek vermek gerekirse,

eski kanuni düzenlemede “kabulden imtina edebilir” kısmı, yeni düzenleme ile açıkça “sözleşmeden dönme” olarak düzenlenmiştir.<sup>232</sup>

Madde metni incelendiğinde, 475/f.1 ve 475/f.3. maddelerdeki talep hakkı belli şartlara tabi tutulmuşken, 475/f.2. Maddesine dayanarak ileri sürülecek talep herhangi bir şarta bağlanmamıştır. Yani ayıp halinde arsa sahibi, hiçbir koşul aranmaksızın bedel indirimi talebinde bulunabilecektir. Yine, maddenin devamında iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkının bulunduğu da belirtilmiştir.<sup>233</sup>

Kanun maddesini kısaca açıklayacak olur isek, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu inşaatta ayıp bulunması durumunda arsa sahibinin; sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesi talep etme, ayıbın giderilmesini talep etme ve tazminat talep etme hakları bulunmaktadır. Kanunda düzenlenen ve madde numarası ile numaralandırılan ilk üç talep, arsa sahibinin seçimlik haklarına ilişkindir. Bu haklar kanunda sınır olarak sayılmış olup, bunun haricinde arsa sahibine tanınmış seçimlik bir hak bulunmamaktadır. Kanun koyucu, satış sözleşmesinden farklı olarak eser sözleşmesinde ayıplı inşaatın ayıpsız misliyle değiştirilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir.<sup>234</sup>

Daha evvel de ifade ettiğimiz gibi, arsa sahibinin bu seçimlik haklar haricinde genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkı da bulunmaktadır. Arsa sahibinin sahip olduğu seçimlik haklarından birisini kullanması yenilik doğuran bir hak olup, bu

---

<sup>232</sup> **Büyükay**, s.121.

<sup>233</sup> **Erman**, s.141.

<sup>234</sup> **Kocaağa**, s.160; Aksi yönde görüş için bknz, **Öz**, s.206: “Ender rastlanacak olan tüketici sözleşmesi niteliğindeki inşaat sözleşmesi niteliğindeki inşaat sözleşmelerinde, TKHK m.4 uyarınca, gene ender rastlanacak bir durum olarak yapının ayıpsız misli ile değiştirilmesi söz konusu olabilir.”; **Gür**, s.152: “Bu seçimlik hakların haricinde diğer bir seçimlik hak olan, TBK m. 227 hükmünde yer alan ayıpsız benzeri ile değiştirme hakkının istisnai hallerde kullanılmasına imkan tanımak gerekir.”; Y., 15. HD, 2018/1607 E., 2018/3413 K. T.25.09.2018, www.kazanci.com.tr, Erş. T.05.10.2019: “Davacı yüklenici satıcı/sağlayıcı ise de, davalıların nihai tüketici olduğundan söz edilemez. Davalılar Düzenleme Şeklinde Taşınmaz Satış Vaadi ve Arsa Payı Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi'nde taraf olup, arsa payları bulunmakta olup, eser sözleşmesi ilişkileri anılan Kanun kapsamında ise de, Dairemizin uygulamalarına göre, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri anılan Yasa uyarınca tüketici işlemi kabul edilmemekte ve davaların genel mahkemede görülmesi gerektiği yönünde değerlendirme yapılmaktadır. Bu nedenle, mahkemece davanın asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerekmesi sebebiyle dava şartı yokluğundan davanın reddi gerekirken, davanın esasının incelenip sonuçlandırılması hatalı olmuş, kararın bu sebeple bozulması uygun bulunmuştur.”; **Uçar**, s.331.

hak yükleniciye karşı tek taraflı, varması gerekli, kural olarak geçerlilik şekline bağlı olmayan, açık veya örtülü irade beyanı kullanılmaktadır.<sup>235</sup>

Kural olarak bu seçimlik hakların kullanılması hiçbir şekle bağlı olmamakla beraber, Türk Ticaret Kanunu 18. Maddesinin 3. Fıkrasında düzenlenen; *“Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.”* hükmü gereği tacirler arasında yapılacak bu işlemlerde şekil şartının arandığı görülmektedir.

İş sahibi seçimlik haklarından birini kullandığında, yüklenicinin kusurlu olup olmadığı aranmamasına rağmen<sup>236</sup>, arsa sahibi tarafından ileri sürülen tazminat talebi açısından ise yüklenicinin kusurlu olması şarttır<sup>237</sup>. Bu husus tazminat hukukunun genel bir sonucudur. Maddenin en son cümlesinde ise, arsa üzerine inşaa edilen eserin yıkılmasının aşırı bir zarar doğurması halinde, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı ifade edilmiştir. Gerçekten de, belli bir aşamaya gelmiş eserin yıkılması halinde yüklenicinin menfaati, arsa sahibinin menfaatine ağır basıyor ise yapının yıkılması hukuken mümkün olmayacaktır.

## **B. Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı**

Eski Borçlar Kanunu döneminde, sözleşmeden dönme hakkı “kabulden imtina” olarak düzenlenmekteydi. Doktrinde ise, kabulden imtina deyiminin sözleşmeden dönme anlamına geldiği yönünde görüş birliği bulunmaktaydı.<sup>238</sup>

Nitekim yeni Borçlar Kanununda kabulden imtina ibaresi, doktrindeki görüşler doğrultusunda sözleşmeden dönme olarak düzenlemiştir. TBK 475/f.1'e göre, eser iş

---

<sup>235</sup> **Gümüş**, s.327.

<sup>236</sup> **Güleç**, s.40.

<sup>237</sup> **Erman**, s.141; **Antalya**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2015, s.22: “Kusur sorumluluğu genel ve diğer haksız fiil sebeplerine nazaran ikinci derecede sorumluluk sebebidir. İkincil niteliği sebebiyle de diğer kusursuz sorumluluk sebeplerinden birinin gerçekleşmemesi halinde uygulama alanı bulur.”

<sup>238</sup> **Burcuoğlu**, s.289: “iş sahibi o şeyi kabulden imtina edebilir” ibaresiyle ifade olunan bu hakkın, satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülde alıcıya tanınan sözleşmenin feshini isteme hakkının koşutu olduğunda ve bu nedenle sözleşmeden dönme anlamı taşıdığına görüş birliği bulunmaktadır.”; **Seliçi**, s.134.

sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır.<sup>239</sup>

Sözleşmeden dönme hakkı, tek taraflı varması gerekli bir irade açıklamasıyla kullanılmakta ve sözleşme kurulduğu andan itibaren ortadan kalkmaktadır.<sup>240</sup> Bu yönüyle sözleşmeden dönme bozucu yenilik doğuran bir hak kabul edilmektedir.<sup>241</sup> Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, dava dışında olabileceği gibi dava yoluyla da mümkündür.<sup>242</sup>

Dönme hakkının sonuç doğurabilmesi için, yüklenicinin muvafakatine gerek bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle arsa sahibinin dönme beyanı, yüklenicinin muvafakatine bağlı olmaksızın hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Dönme hakkının kullanılması yenilik doğuran bir hak olduğundan, bu hakkın kullanılması için muvafakat yahut mahkeme kararına ihtiyaç bulunmamaktadır.<sup>243</sup>

Ancak, yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, yüklenicinin kabulü yahut mahkeme kararı ile mümkün bulunmaktadır. Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin “taşınmaz mülkiyeti” devir borcunu da içerdiği gerekçesiyle ancak yüklenicinin kabulü yahut mahkeme kararı ile bu hakkın kullanabileceğini içtihat etmektedir.<sup>244</sup>

---

<sup>239</sup> **Tandoğan** s. 181: “E.BK m.360/1’de geçen eserin kullanılmazlığı ve kabulün beklenemezliği dönme hakkının alternatif şartı değildir. Asıl şart kabulün beklenemezliği olup, kullanılmazlık onun uygulama hallerinden biridir. Zira kullanılabilir bir serin iş sahibince kabulü başka nedenlerle mesela estetik nedenlerle beklenmeyebilir.”

<sup>240</sup> **Burcuoğlu**, s.289; **Yavuz**, s.1036.

<sup>241</sup> **Zevkliler/Gökyayla**, s.560; **Şahiniz**, s.139.

<sup>242</sup> **Tandoğan**, s.178.

<sup>243</sup> **Şenocak**, s.48.

<sup>244</sup> Y. 15. HD, 2007/1276 E, 2008/2431 K., T.14.04.2008, www.kazanci.com.tr, Erş. T.05.10.2019: “Kural olarak, eser sözleşmelerinin geçerliliği hiçbir şekilde bağlı olmadığı için, bu sözleşmelerden dönmek isteyen taraf, dönme iradesini karşı tarafa bildirdiği an, bozucu yenilik doğuran bu hak (sözleşmeden dönme hakkı) kendiliğinden hükümünü icra eder. Dönmenin haklı olup olmadığı, ayrıca açılacak tazminat davasında (eda davası) tartışılır. Eser sözleşmelerinin bir türü olan "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri", uygulamadaki adıyla "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri" bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu da içerdiğinden, TMK'nın 706., BK'nın 213., Noterlik Kanunu'nun 60. ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri uyarınca resmi şekilde bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkmıyorsa, hakimin kararına ihtiyacı vardır. O halde, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflardan birinin sözleşmeden dönme iradesinin karşı tarafça kabul edilmesi, başka bir anlatımla, dönme

Yargıtay'ın yerleşmiş olan bu içtihadı, doktrindeki görüşlerle aksi yöndedir. Zira yenilik doğuran haklar, tek taraflı ve karşı tarafa ulaştığında sonuçlarını doğurmaktadır. Dolayısıyla, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için arsa sahibinin kabulüne ya da mahkeme kararına ihtiyaç bulunmamaktadır.<sup>245</sup>

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için, yüklenicinin kusurlu olması şart değildir. Zira, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin ortaya çıkan ayıp halinde kusursuz sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak, dönme hakkı ile birlikte ayıbı takip eden zararların talep edilmesi için, tazminat hukuku kaideleri gereği yüklenicinin kusurunun bulunması gerekmektedir.<sup>246</sup>

Her ne kadar dönme hakkı, kural olarak şekle bağlı olmasa da, her iki tarafın da tacir olması ihtimalinde TTK m. 18/3 gereği sözleşmeden dönme hakkının kullanılması; noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılmalıdır.<sup>247</sup> Diğer yandan, dönme hakkının açık yahut örtülü şekilde yapılması mümkündür. Örneğin, eserin kullanılmaz durumda olduğunun bildirilmesi, ödenmiş olan bedelin iadesinin talep edilmesi örtülü olarak dönme hakkının kullanıldığı anlamını taşımaktadır.<sup>248</sup>

Sözleşmeden dönme hakkı kural olarak sözleşmenin tamamına etkili olarak sonuçlarını doğurmaktadır. Başka bir anlatımla kısmi olarak sözleşmeden dönülmesi kural olarak mümkün değildir. Ancak yüklenici tarafından birden fazla eserin meydana getirilmesi halinde TBK 230/1 hükmü gereğince kısmi dönmenin kıyasen kabul edilmesi gerekmektedir.<sup>249</sup> ÖZ<sup>250</sup>, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin aynı arsa üzerinde iki ayrı inşaat yapmayı taahhüt etmesi ve inşa edilen iki bloktan birinin ayıplı olması ihtimalinde, şartları da var ise sadece bu inşaat yönünden arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanılabileceği görüşündedir.

---

iradelerinin birleşmesi veya fesih davası üzerine mahkemece sözleşmeden dönmeye hükmedilmesi gerekir.”

<sup>245</sup> **Burcuoğlu**, s.289; **Erman**, s.146; **Şahiniz**, s. 139; **Gümüş**, s.327; **Gür**, s.152.

<sup>246</sup> **Şahiniz**, s.140.

<sup>247</sup> **Burcuoğlu**, s.290; **Erman**, s.146; **Şahiniz**, 141.; **Gür**, s.153.

<sup>248</sup> **Şahiniz**, s.141.

<sup>249</sup> **Şahiniz**, s.141.

<sup>250</sup> **Öz**, s.217.

Kanun koyucu sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını belli özel şartlara tabi tutmuştur. Nitekim TBK 475/f.1’de: “*Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa* “ sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının mümkün olabileceği düzenlenmiştir. Bu tanımdan hareketle, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, hem yapıdaki ayıpların kabule zorlanmayacak derecede ayıplı olması, hem de binanın yıkılması veya kaldırılmasının aşırı bir zarar meydana getirmemesi şartları birlikte aranmaktadır.<sup>251</sup>

### **1. Yapıdaki Ayıpların Arsa Sahibinin Kabule Zorlanmayacağı Derecede Olması**

Ayıba karşı tekeffülden doğan hakların sonuçları itibariyle en ağır sözleşmeden dönme olduğundan, kanun koyucu ayıbın bazı özelliklere sahip olmasını aramıştır. Şüphesiz sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için yapıdaki ayıbın önemli ayıp<sup>252</sup> olması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, arsa sahibini eseri kabul etmemekte haklı gösterecek önemde bir ayıbın varlığı gerekmektedir.<sup>253</sup> Eserdeki ayıbın bu denli önemli bir ayıp olup olmadığı hususu her somut olayın özelliğine göre, taraf menfaatleri ve hakkaniyet esaslarına göre tespit edilmelidir.<sup>254</sup>

Doktrindeki bir görüşe göre, eserin kullanılamaz durumda olması ve kabulünün beklenmezliği dönme hakkının alternatif şartları değildir. Aslolan şart kabulün beklenemezliği olup, kullanılamazlık bu şartın uygulama hallerinden bir tanesidir.<sup>255</sup>

<sup>251</sup> **Erman**, s.142.

<sup>252</sup> **Gümüş**, s.328: “Herşeyden önce dönme hakkının kullanılması için, eserdeki ayıbın “önemli” olması gerekir.”; Önemli ayıp tanımı için bkz, s.36; Y. 15. HD, 2013/3112 E., 2013/4901 K., T.17.09.2013, www.kazanci.com.tr, Erş. T. 06.10.2019: “Uyuşmazlık dava tarihinden önce akdedilen ...07.2010 günlü sözleşmeden kaynaklandığından uyuşmazlığa 818 Sayılı Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir. Ayıplı ifa halinde iş sahibinin kullanacağı seçimlik haklar Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinde sözleşmeden dönme, ücretten indirim, ayıpların tamir ve ıslahı olarak düzenlenmiştir. Davacı iş sahibi dava dilekçesinde bu seçimlik haklardan sözleşmeden dönme seçeneğini kullanmıştır. Sözleşmeden dönülebilmesi için yapılan işin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı olması ya da aynı ölçüde sözleşme şartlarına aykırı bulunması gerekir. Mahkemece alınan bilirkişi raporlarından eserdeki eksik ve ayıpların önemli ölçüde olmadığı, eserin reddini gerektirmeyeceği, seçimlik hakkın sözleşmeden dönme olarak kullanılmasında isabet bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda hangi seçimlik hakkın kullanılması gerektiğinin mahkemece belirlenmesi gerekir.”.

<sup>253</sup> **Burcuoğlu**, s.290.

<sup>254</sup> **Tandoğan**, s.181.

<sup>255</sup> **Tandoğan**, s.181; **Erman**, s.143; **Gümüş**, s.328; **Yavuz**, s.1036.



KOCAĞA'ya göre<sup>256</sup>, eski BK.'nın 360/1 maddesinde “iş sahibinin kullanamayacağı” ifadesi ile “hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı” ifadesi arasında “ve” bağlacı yer aldığından dolayı doktrindeki görüşler bu yöndedir.

Ancak doktrinde bu görüşün aksini savunan yazarlar da bulunmaktadır.<sup>257</sup> Bu görüşte olan yazarlar, kanunda geçen “veya” bağlacından hareketle bu şartların birbirinin alternatifi olduğunu ifade etmektedirler.

Yani, eserin kullanılamaz olması halinde veya hakkaniyet gereği kabulünün beklenemez olması şartlarından birisi veyahut bu iki şart aynı anda oluştuğu takdirde eserdeki ayıbın önemli ayıp olduğundan bahisle sözleşmeden dönülmesi diğer şartlarda mevcut ise mümkün olabilecektir. Bu tanıma göre; eserin kullanılamaz olması, eserin hakkaniyet gereği kabulünün beklenemez olması, eserin kullanılamaz veya hakkaniyet gereği kabulünün beklenemez ölçüde sözleşmeye aykırı olması şeklinde üç adet alternatif şart ortaya çıkmaktadır.<sup>258</sup>

Öncelikle eserin kullanılamaz olması halinden bahsetmek gerekirse; eserde mevcut bulunan ayıp yapıyı arsa sahibi tarafından kullanılamayacak bir hale getirmiş ise, sözleşmeden dönülebileceği düzenlenmiştir. Yapının bu derece ayıplı olduğundan bahsedilmesi için yapının tamamen ve kesin şekilde kullanılamayacak durumda olması gerekmektedir.

Kaba inşaatı ve çatısı tamamlanmış fakat kapısı ve penceresi takılmamış, elektrik ve su tesisatı yapılmamış yapılar bu duruma örnek gösterebilir.<sup>259</sup>

Bazı durumlarda, çok basit ve giderilmesi mümkün olan bozukluklar dahi yapıyı kullanılamaz duruma getirebilmektedir. Örneğin, basit bir elektrik arızası sebebiyle yapının elektriksiz kalması yahut asansörün kolayca takılabilecek bir parçasının eksik olması nedeniyle asansörün çalışmaması durumlarında kullanılamazlık mevcuttur. Ancak bu gibi hallerde, yapının o anda kullanılıp kullanılmadığına

---

<sup>256</sup> Kocağa, s.161.

<sup>257</sup> Zevküller/Gökyayla, s.559; Şahiniz, s.142; Gür, s.153.

<sup>258</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz, Şahiniz, s.142. vd.

<sup>259</sup> Öz, s.214.

bakılmamalı, ayıbın sözleşmeden dönme sonucunu doğuracak ağırlıkta olup olmadığı dikkate alınmalıdır.<sup>260</sup>

ŞAHİNİZ'e göre, eserin kullanılamaz durumda olduğunun tespiti sübjektif bakış açısı ile, iş sahibinin özel ihtiyaçları dikkate alınarak belirlenmelidir. Başka birisi tarafından kullanılabilen eser, sözleşme gereği iş sahibi tarafından kullanılamaz durumda ise bu şartın gerçekleştiğinden bahsedilebilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, eserin başkası tarafından da kullanılması mümkün değilse, hayli hayli kullanılamazlık şartının gerçekleştiğinden söz edilebilecektir.<sup>261</sup>

Eserde meydana gelen kullanılamazlık, eserin tümünde ve kesin olarak mevcut olmalıdır. Azalmış kullanılabilirlik yahut giderilebilir bir ayıp olması halinde kullanılamazlık şartının gerçekleştiğinden söz edilemez. Ayıp o kadar önemli olmalıdır ki, eserin herhangi bir şekilde kullanılması makul ve mümkün olmamalıdır.<sup>262</sup>

Eserdeki ayıbın iş sahibinin kabule zorlanamayacağı derecede önemli olması şartı ise, somut olaydaki eser kullanılabilir olmakla birlikte hakkaniyet gereği kabulünün beklenemeyeceği hallerde ortaya çıkmaktadır. Buradaki ayıplı eserin iş sahibi tarafından kabul edilmemesinin haklı olup olmadığı, her somut olayın özelliğine göre hakkaniyet ölçüsünde değerlendirilmelidir.<sup>263</sup> Yalıtım bozukluğu nedeniyle duvarları ve tavanı sürekli olarak rutubetlenen yahut hiçbir ısıtma tesisatı bulunmayan yapılar bu duruma örnek gösterebilir. Yapıdaki ayıbın, onarılarak giderilmesi mümkün olmakla beraber, bu onarıma razı olunması iş sahibinden beklenemeyecek ise burada da eserin kabulünün beklenemeyeceğinden söz etmek mümkündür.<sup>264</sup>

Son olarak, eserin hem kullanılamaz hem de hakkaniyet gereği kabulü beklenemez ölçüde sözleşme hükümlerine aykırı olması şartından bahsetmek gerekirse; eser sözleşmesinde yer almakla birlikte meydana getirilen eserde bulunmayan vasıflar; iş sahibi yönünden eseri kullanılamaz yahut hakkaniyet gereği kabul edilemez

---

<sup>260</sup> Öz, s.215.

<sup>261</sup> Şahiniz, s.142.

<sup>262</sup> Tandoğan, s.182.

<sup>263</sup> Şahiniz s.144.

<sup>264</sup> Öz, s.215.

kılacak ise bu şartın gerçekleştiğinden söz edilebilecektir.<sup>265</sup> Başka bir anlatımla, eserin sözleşme hükümlerine aykırı olarak ayıplı yapılması tek başına yeterli olmayıp, bu ayıp; kullanılamazlık veya arsa sahibinden eserin kabulünün beklenmemesi şartlarından birini de içerisinde bulundurmalıdır.<sup>266</sup>

## 2. Binanın Yıkılmasının Ve Kaldırılmasının Aşırı Bir Zarara Yol Açmaması

Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesinin diğer bir şartının TBK Madde 475/3 hükmünde yer aldığını daha önce ifade etmiştik. TBK m. 475/3 *eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.*” ifade edilmektedir.

Hükmün lafzında her ne kadar iş sahibinin taşınmazı üzerinde ibaresi bulunsa da, bu hüküm yüklenicinin iş sahibine ait olmayan bir arsa üzerinde inşaat yapması durumunda da uygulanması mümkün olabilmektedir. Örnek vermek gerekirse, asıl eser sözleşmesindeki iş sahibinin arsasına taşeron şirket tarafından inşaat yapılması durumunda da TBK m.475/3 fıkrası uygulanabilecektir.<sup>267</sup>

Bu hükmün getirilmesindeki amaç, “yaratılmış olan değerlerin korunması” ilkesine dayanmaktadır.<sup>268</sup> İnşaatın kaldırılmasının aşırı bir zarara yol açması kriteri hususunda doktrinde<sup>269</sup> kabul edilen kıstas; eserin arsa ile birlikte değerlendirildiği zamanki değeriyle, arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer düşüklüğü oranının göz önünde tutulmasıdır.

Bu kıstasa göre, ayıplı olarak inşa edilen bir yapı tamamen yıkıldığında moloz değeri haricinde ekonomik bir değer ifade etmeyeceğinden, ayıplı inşaat nedeniyle kural

---

<sup>265</sup> Şahiniz s.147.

<sup>266</sup> Öz, s.216.

<sup>267</sup> Gümüş, s.329; Şahiniz, s.148.

<sup>268</sup> Seliçi, s.163; Tandoğan, s.183; Öz, s.218: “TBK 475/f.2 hükmünün amacının “yaratılan değerlerin korunması” olduğu belirtilmekteyse de, aslında kanımca, sadece mevcut yapının mümkün mertebe kalıcı olması ile açıklanmayacak bir başka amaç ön plana çıkmaktadır: Bu, iş sahibinin sözleşmeden dönerek yükleniciye sadece yapılan kısmın sebepsiz zenginleşme değerini ödeyerek yapıyı edinmesinin adaletsiz olacağı durumlarda sözleşmeyi yasaklamaktadır.”

<sup>269</sup> Seliçi, s. 163-164; Tandoğan, s.183; Öz, s.217.

olarak sözleşmeden dönülmesi mümkün olmayacaktır.<sup>270</sup> Ancak hemen belirtmek gerekir ki, yüklenici tarafından meydana getirilen eser iş sahibi tarafından hiçbir şekilde kullanılamaz veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı ise dönme hakkı sınırlanmamalı ve binanın kaldırılması aşırı zarara neden olsa dahi sözleşmeden dönülebilmesi gerekmektedir. Örneğin, deprem yönetmeliğine aykırı olarak inşa edilen bir yapının yıkılma tehlikesi ile karşı karşıya olacağı dikkate alındığında iş sahibinin bu gerekçeyle sözleşmeden dönmesi mümkündür.<sup>271</sup>

TURANBOY'a göre temeli olmayan bir inşaat yıkılabilecek durumdaysa bu inşaatın arsa ile birleştiği zamandaki değerinin enkaz değeri olduğu kabul edilmelidir<sup>272</sup>. Yani, bu somut örnekte inşaatın kaldırılmasının aşırı bir zarara yol açmadığının kabulü gerekmektedir.

Sözleşmeden dönülmesinde, eserin sökülerek kaldırılmasının aşırı bir zarar neden olup olmadığı yönündeki ispat yükü yüklenici üzerinde olup, somut olayda aşırı zarar doğacağı ve bu nedenle sözleşmeden dönülemeyeceği yönündeki ispat yükünün yüklenicide olduğu kabul edilmektedir.<sup>273</sup>

Sonuç olarak, eserin yıkılmasının aşırı bir zarar doğurması halinde, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmayacağı ifade edilmiştir. Yani, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, hem yapıdaki ayıpların kabule zorlanmayacak derecede mühim olması, hem de binanın yıkılması veya kaldırılmasının aşırı bir zarar meydana getirmemesi şartları birlikte aranmaktadır

Görüleceği üzere, kanun koyucu sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını sıkı şartlara bağlamıştır.<sup>274</sup> Arsa sahibinin eseri kabule zorlanamayacağı hususu, somut olayın koşullarına göre tarafların karşılıklı menfaatleri de dikkate alınarak hakkaniyete uygun şekilde belirlenmelidir. Bu belirleme yapılırken, ayıbın çeşidi ve olayın tüm

---

<sup>270</sup> Şahiniz, s.149.

<sup>271</sup> Şahiniz, s.149.

<sup>272</sup> Turanboy, s.176.

<sup>273</sup> Öz, s.218.

<sup>274</sup> Akça, s.72.

koşulları dikkate alınarak sözleşmenin ortadan kalkmasının hukuka uygun olup olmadığı tartışmalıdır.<sup>275</sup>

### 3. Sözleşmeden Dönülmesinin Sonuçları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin borcunu yerine getirirken temerrüde düşmesi halinde, eser sözleşmesinde temerrüde ilişkin özel hüküm bulunmadığından, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.<sup>276</sup> Borçlunun temerrüdü halinde, sözleşmeden dönülmesinin sonuçları ise doktrinde tartışmalıdır. Sözleşmeden dönülmesinin sonuçlarına ilişkin, sebepsiz zenginleşme (klasik dönme), kanuni borç ilişkisi, aynı etkili dönme (istihkak) ve yeni dönme (dönüşüm) olmak üzere doktrinde öne çıkan dört görüş bulunmaktadır.<sup>277</sup>

Klasik dönme teorisine göre<sup>278</sup>, hakkın kullanılması ile birlikte sözleşme sanki hiç yapılmamış gibi sona ermektedir. Başka bir deyişle, sözleşmeden dönülmesi halinde taraflar arasındaki mevcut hukuki ilişki geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır. Ancak, bu görüşe sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesi sadece taahhüt işlemi ile sınırlıdır. Yani, dönmeden önce karşı tarafa devredilen hak aynı hak olsa dahi, bu hakkın sebepsiz zenginleşme<sup>279</sup> hükümlerine göre talep edilmesi gerekmektedir.<sup>280</sup>

Kanuni borç ilişkisi teorisine göre kabul edilen görüş, klasik dönme teorisindeki görüş ile aynı doğrultuda olup, bu görüşü savunanlar da sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ereceğini, dönmeden önce karşı tarafa devredilen hak aynı hak olsa dahi, bu hakkın sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilmesi gerektiğini kabul etmekteydiler. Ancak, bu görüşe göre zamanaşımı süresinin klasik dönme teorisinde

---

<sup>275</sup> **Tandoğan**, s.181.

<sup>276</sup> **Kırca**, Çiğdem: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 2007, s. 82.

<sup>277</sup> **Aydın**, s.428.

<sup>278</sup> **Tandoğan**, s.504.

<sup>279</sup> **Antalya**, s.565: “Sebepsiz zenginleşme haklı bir sebebe dayanmaksızın bir kişinin malvarlığından diğerine kayan malvarlığı kazanımlarını düzeltmeye yönelik, başkasının malvarlığına geçen değer de geri istemini sağlama(düzeltilici) işlevi güder. TBK'nun gerekçesinde, sebepsiz zenginleşmenin kanunda düzenlenmesinin amacı, iki mal varlığı arasındaki sebepsiz değer kaymasının geri verilmesinin sağlanması olduğu ifade edilmiştir.”; **Doğan/Şahan/Atamulu**, s.237 vd.

<sup>280</sup> **Buz**, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 1. Baskı, Ankara 1998, s.118-119.

kabul edilen, sebepsiz zenginleşmenin tabi olduğu 2 yıllık zamanaşımı yerine, borçlar kanunundaki 10 yıllık genel zamanaşımı olduğu savunulmaktadır.<sup>281</sup>

Aynı etkili dönme teorisini, diğer adıyla istihkak teorisi; klasik dönme teorisini hukuki sebebe bağlılık ilkesi uyarınca tekrar yorumlamaktadır. Bu görüş de, klasik dönme teorisinde olduğu gibi sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ereceğini savunmakta, ancak sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesi ile sadece borçlandırıcı işlemler değil, tasarruf işlemleri de iadeye konu olmaktadır.<sup>282</sup>

Son olarak, yeni dönme(dönüşüm) teorisine göre; dönme hakkının kullanılması ile birlikte, taraflar arasındaki sözleşme geçmişe ya da ileriye etkili olarak sona ermemekte, sözleşme içerik değiştirerek taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi meydana gelmektedir. Bu doğrultuda, taraflar arasında sebepsiz zenginleşmeden değil, sözleşmesel iadede kaynaklanan yükümlülükler söz konusu olmaktadır. Yani, dönüşüm teorisini savunan görüşe göre, dönme hakkının kullanılması ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu tesciller kendiliğinden yolsuz hale gelmemekte, tasfiye ilişkisi çerçevesinde eski malik adına iade yapılana kadar mülkiyet el değiştirmemektedir.<sup>283</sup>

Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte kural olarak sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ereceği kabul edilmektedir.<sup>284</sup>

<sup>281</sup> **Buz**, s.120-121; **Aydın**, s.430.

<sup>282</sup> **Buz**, s.121-122; **Aydın**, s.430: “ifa edilen edimin konusunun taşınmaz olduğu durumda, dönme üzerine mülkiyet el değiştirmemiş olduğundan, tescil TMK m. 1024 uyarınca yolsuz hale gelir ve TMK m. 1025'e göre tapu sicilinin düzeltilmesi davasına konu olur. İade konusu şeyi devralan üçüncü kişinin bu kazanımının korunması, TMK m. 1023 uyarınca iyiniyetli sayılmasına bağlıdır. İade istihkak talebine dayandığından, tapu sicilinin düzeltilmesi davasının açılması herhangi bir süreye tâbi değildir.”.

<sup>283</sup> **Buz**, s.123-124; **Aydın**, s.432: “Bu durumda ifa edilen edimler sebepten yoksun hâle gelmemekte, ifa edilmemiş edimler bakımından ise TBK m. 112 vd. hükümleri uygulanma alanı bulmaktadır”.

<sup>284</sup> Y. 23. HD, 2015/9708 E., 2018/3902 K., T.03.07.2018, www.kazanci.com.tr, Erş. T.10.10.2019: “Eser sözleşmeleri -kural olarak- ani edimli oldukları için fesih, geriye etkili sonuç doğurur. Geriye etkili feshe, sözleşmeden “dönme” denir. Dönme halinde, sözleşme, geçmişe etkili olarak son bulur. Başka bir anlatımla, sözleşmenin yapıldığı andaki duruma dönülür. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK'nın 108/1. maddesine göre; sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler.”; YHGK, 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752, www.kazanci.com, Erş. T. 10.10.2019: “Bu durumda sözleşme hiç yapılmamış gibi tarafların durumları sözleşme öncesine döneceğinden, yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı temlik sebepsiz kalır. Diğer bir ifade ile tescil baştan itibaren yolsuz tescil sayılır”.

Yargıtay bir kararında<sup>285</sup>, “Sözleşmenin geriye etkili fesih halinde bu tapu payları 818 sayılı BK’nın 108/1. maddesi uyarınca talep halinde arsa sahibine geri döner” şeklinde hüküm tesis etmiştir. Bu karar incelendiğinde, Yargıtay’ın aynı etkili dönme teorisi doğrultusunda karar verdiği görülmektedir.

Diğer yandan, Yargıtay tarafından verilen başka bir kararda<sup>286</sup>, “Davacı yüklenici ile davalı arsa sahipleri arasında imzalanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ..... Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 03.02.2012 tarih ve 2010/646 E., 2012/64 K. sayılı ilamı ile geriye etkili feshedilmiş ve karar kesinleşmiştir. Feshin geriye etkili olması durumunda, sözleşme hiç yapılmamış (yok) farzedilerek hüküm doğuracağından taraflar karşılıklı olarak birbirlerine verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri alabilir.” ifade edilmektedir. Yine, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 17.10.1962 tarihli 1962/14 E., 1962/35 K. Sayılı kararında<sup>287</sup>, “...bu yüzden geri alma alacağı akde dayanan bir alacaktır ve zamanaşımı süresi on yıldır.” şeklinde bir içtihatı bulunmaktadır. Bu iki Yargıtay kararı birlikte değerlendirildiğinde Yargıtay’ın kanuni borç ilişkisi teorisini de benimsediği düşünülmektedir.<sup>288</sup>

#### 4. Sözleşmeden Dönülmesinin Üçüncü Kişilere Etkisi

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile birlikte, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin Yargıtay içtihatları çerçevesinde kural olarak geriye etkili olarak sona ereceğinden tarafların yerine getirdiği edimlerin iade edilmesi gündeme gelecektir.<sup>289</sup>

Bu anlamda, sözleşmeden dönülmesine sebep olan yüklenicinin binanın yıkım masraflarına da katlanması gerekmektedir.<sup>290</sup> Ancak hemen belirtmek gerekir ki,

<sup>285</sup> Y. 23. HD, 2013/3213 E., 2013/5831 K., T.27.09.2013, www.kazanci.com.tr, Erş. T. 11.10.2019.

<sup>286</sup> Y. 23. HD, 2015/8521 E., 2017/1153 K., T. 18.04.2017, www.kazanci.com.tr, Erş. T. 11.10.2019.

<sup>287</sup> YHGK, 1962/14 E., 1962/35 K., T. 17.10.1962, www.hukukturk.com, Erş. T. 11.10.2019.

<sup>288</sup> **Buz**, s.132.

<sup>289</sup> Y.23. HD, 2013/1818 E., 2013/4300 K., T.27.09.2013, www.kazanci.com.tr, Erş. T.12.10.2019: “Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde taraflar fesihden önce edimde bulunmuşlarsa bunları karşılıklı olarak iade etmeleri gereklidir. Fesihle ilgili davada alınan bilirkişi raporlarında sözleşme konusu taşınmazda davacı yüklenicinin bir takım imalat yaptığı anlaşılmaktadır... davaya konu olan parsel üzerinde yüklenici davacının yaptığı, arsa sahibinin yararına ve onun malvarlığında artışa neden olan imalat bulunup bulunmadığının ve varsa bedelinin tespitiyle hüküm altına almaktan ibarettir.”; Y. 23. HD, 2013/3213 E., 2013/5831 K., T.27.09.2013, www.kazanci.com, Erş. T. 13.10.2019: “Sözleşmenin geriye etkili fesih halinde bu tapu payları 818 Sayılı B.K.nın 108/1. maddesi uyarınca talep halinde arsa sahibine geri döner. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde arsa sahibine sözleşmenin feshi ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar”.

<sup>290</sup> **Şahiniz**,s.169; **Gür**, s.154.

yargıtayın yerleşmiş uygulamalarına göre yüklenici tarafından inşa edilen binanın, inşaat seviyesinin %90 ve üzerinde olması halinde geriye etkili feshin mümkün olmadığı, yapılacak feshin ileriye etkili olarak sonuç doğuracağı içtihat edilmektedir.<sup>291</sup>

Sözleşmenin geriye etkili olarak feshedilmesi ihtimalinde, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin durumunun ne olacağı hususu önem arz etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin, satın aldıkları bu bağımsız bölüm tapularına hak kazanması için, yüklenicinin arsa malikine karşı edimini tam olarak yerine getirmesi gerekmektedir.<sup>292</sup>

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili olarak feshedilmesi halinde, tarafların edimlerini geri alacağını az yukarıda ifade etmiştik. Dolayısıyla, yüklenici adına kayıtlı bulunan ve avans niteliğinde kabul edilen tapudaki arsa paylarının da iptal edilerek, arsa sahibine geri dönmesi söz konusu olacaktır. Bu halde, yükleniciden arsa payı karşılığında bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişinin üzerine kayıtlı olan arsa payının da iptal edilmesi gündeme gelebilecektir.

<sup>291</sup> Y.23. HD, 2015/10148 E., 2017/3800 K., T.21.12.2017, www.kazanci.com.tr, Erş. T.14.10.2019: “Eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuruyla işi muayyen bir zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle iş sahibi tarafından sözleşmenin feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Fesih akdî ilişkiyi ortadan kaldırmaya yönelik bozucu yenilik doğuran bir hak olup, fesih ile akdî ilişkinin geriye etkili sona ereceği kabul edilmekte ise de; inşaatın geldiği seviye itibarıyla sözleşmenin geriye etkili feshinin adalet duygularını zedeleyeceği hallerde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 25.01.1984 gün 3/1 sayılı kararı uyarınca feshin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmektedir. Burada feshin geriye ve ileriye etkili olmasının sonuçları üzerinde durulmasında yarar vardır. Feshin geriye etkili olması durumunda, sözleşme hiç yapılmamış (yok) farz edilerek hüküm doğuracağından taraflar karşılıklı olarak birbirlerine verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri alabilir. Örneğin; avans niteliğinde bir miktar arsa payı devredilmiş ise arsa sahibince, yasaya uygun bir kısım imalât gerçekleşmiş ise yüklenici tarafça bunun bedeli de yüklenici tarafça istenebilir. Oysa ileriye etkili fesihte sonuç farklıdır. Burada arsa sahibi, yüklenicinin gerçekleştirdiği inşaat oranında arsa payını devretmekle yükümlü olmakla beraber yüklenicinin kusuru nedeniyle uğradığı zararların ödenmesini de ister. Ancak, gerek Dairemiz, gerekse Hukuk Genel Kurulu Kararlarında, akdî ileriye etkili feshedilebilmesi için inşaat seviyesinin %90 ve üzeri orana ulaşmış olması gerekir.”

<sup>292</sup>Y. 15. HD, 1998/2147 E., 1998/2779 K., T.24.06.1998, www.kazanci.com, Erş. T. 15.10.2019: “Yükleniciden, inşaat halindeki bir binadan bağımsız bölüme ilişkin arsa payı satın alanlar, satın aldıkları bu bağımsız bölüm tapularına veya arsa paylarına ancak yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde hak kazanabilirler. Başka bir anlatımla, yüklenici hak kazanmışsa, ondan satın alanlar da hak kazanırlar”; Y. 23. HD, 2015/2663 E., 2017/3246 K., T.15.11.2017, www.kazanci.com, Erş. T. 15.10.2019: “Bağımsız bölümlerin mülkiyetini iktisap edebilmeleri için yüklenicinin arsa sahiplerine karşı yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmesi ve inşaatı sözleşme koşullarına uygun olarak bitirip teslim etmesi gerekir”.



Böyle bir ihtimalde Yargıtayın yerleşmiş içtihatlarına göre<sup>293</sup>; üçüncü kişilerin (yani yüklenicinin kendisine devredilmiş olan arsa paylarını satın devrettiği kişilerin ve bunlardan devralan sonraki kişilerin) arsa paylarının TMK m. 1023 uyarınca korunmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Yargıtayın yerleşmiş kararları incelendiğinde, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin tapuda yapacağı araştırmalarda gerçek malikin ve satan kişinin kim olduğunun tespit edilebileceği, üçüncü kişinin arsa payının iptali riskini göze alarak taşınmazın devrini aldığı dolayısıyla iyiniyetli olmadığından kazanımının korunmayacağı gerekçe gösterilmiştir.<sup>294</sup>

AYDIN'a göre<sup>295</sup>; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin tapudaki kazanımları sözleşmeden dönme sonucuna rağmen korunmalıdır. Zira, sözleşmeden dönmenin sonuçları bakımından, Türk hukuk sistemine en uyumlu olan teori kanuni borç ilişkisi teorisi. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönme ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geçmişe etkili olarak sona erse dahi, sözleşmeye konu tasarrufi işlemler bu sona ermenin sonuçlarından etkilenmemelidir. Bu yönüyle yazar, Yargıtay'ın sözleşmeden dönme ile tapuların

---

<sup>293</sup> Y. 23. HD, 2015/925 E., 2016/1721 K., T.08.03.2016, www.kazanci.com, Erş. T. 15.10.2019: "Alıcı, arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göz alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payını aldığı bilincindedir"; Y. 1. HD, 2000/12433 E., 2000/13094 K., T.26.10.2000, www.kazanci.com, Erş. T. 15.10.2019: "Topraktan satış, temelden satış' şeklinde isimlendirilen bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır"; Y. 15. HD, 1998/2147 E., 1998/2779 K., T.24.06.1998, www.kazanci.com, Erş. T. 16.10.2019: "... henüz tamamlanmamış bağımsız bölümü satın alan bir kimsenin, inşaatı görmemesi, tapudaki gerçek malikin ve satan kişinin kim olduğunu bilmemesi mümkün değildir".

<sup>294</sup> Aydın, s.423-424; "Arsa malikinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi hâlinde, bu durumun yükleniciden arsa payı satın alan üçüncü kişilere nasıl etki edeceği sorunu, bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne de taşınmıştır. Sonuç olarak, "yükleniciye düşen arsa payını satın alan başvuruocuların, yüklenici tarafından sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tapu kaydının iptali suretiyle yapılan müdahale yönünden, mülkiyet hakkına yönelik bir ihlâl bulunmamaktadır." şeklindeki karar ile, üçüncü kişilerin mülkiyet haklarının ihlale edilmediğine karar verilmiştir."; İnal, Tüketici, s.111.

<sup>295</sup> Aydın, s.447 vd.

yolsuz hale geleceğine ve arsa sahibine döneceğine ilişkin içtihatlarını eleştirmektedir.<sup>296</sup>

## C. Arsa Sahibinin Ücretin İndirilmesini Talep Hakkı

### 1. Hakkın Kullanılması

B.K. 475. Maddede sayılan arsa sahibinin seçimlik haklarından ikincisi ise, eserin alıkonulup ayıp oranında bedelden indirim talep etme hakkıdır. E.BK 360/2’de bu husus, “eserdeki ayıp kabulden kaçınmayı haklı gösterecek derecede önemli değilse, iş sahibi, ücretin kıymet noksanı oranında indirilmesini isteyebilir” şeklinde düzenlenmekteydi. Eski kanun dönemindeki kanun maddesinde yer alan, “eserdeki ayıp kabulden kaçınmayı haklı gösterecek derecede önemli değilse, şartı yeni kanun maddesinde ortadan kaldırılmıştır.<sup>297</sup>

Kanun koyucu ücretin indirilmesini talep hakkının kullanılması için genel anlamda belli bir şart düzenlememiştir.<sup>298</sup> Diğer yandan, doktrindeki hakim görüşe göre, ücretin indirilmesinin talep edilmesi için iki özel şart aranmaktadır. Bunlardan ilki, ayıpsız eser ile ayıplı eser arasındaki değer farkının bulunması; ikinci ise eserin ayıp nedeniyle tamamen değerini kaybetmemiş olması olarak belirtilmektedir. Bu aşamada hemen belirtmek gerekir ki, ayıplı eser ile ayıpsız eser arasındaki değer farkı belirlenirken, taraflarca kararlaştırılan değer önemli olmayıp, piyasadaki objektif satış

---

<sup>296</sup> Aydın, s.447 vd.: “Yargıtay’a göre yükleniciden arsa payı devralan alıcı-üçüncü kişinin ve hatta bu üçüncü kişiden söz konusu arsa payını devralan diğer alıcı-üçüncü kişilerin TMK m. 1023 kapsamında yapacakları iyiniyet savunmaları kabul edilmemelidir. Oysa aynı etkili dönme görüşü, dönmeden önce iyiniyetle hak kazanan üçüncü kişilerin kazanımlarının korunacağı temeline dayanmaktadır. Yargıtay tarafından aynı etkili dönme görüşü ile benzer sonuçların benimsenmesi, tescili bozucu koşula bağlamaktadır. Oysa TMK m. 1020/I, TBK m. 243/I ve Türk Sicil Tüzüğü m. 16/II hükümleri uyarınca tescil koşula bağlanamaz. Yolsuz tescilin arsa maliki tarafından alıcı-üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır. Hakkın kötüye kullanılmasının görünümünden birini de çelişkili davranış yasağı oluşturur. Özellikle çalışma kapsamında yer alan Anayasa Mahkemesi kararına konu olayda, arsa malikinin arsa payını yükleniciye devrettikten sonra yirmi dört yıl boyunca sessiz kalıp ardından davaya konu binanın yapı kullanma izin belgesi ve iskân ruhsatının bulunmadığından, inşaatın sözleşme koşullarına uygun olarak gereği gibi tamamlanmadığı gerekçesi ile tapu iptal ve tescil (doğru adlandırma ile tapu sicilinin düzeltilmesi) davası açması açıkça çelişkili davranış yasağına aykırılık oluşturduğundan, bu davranış hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmelidir.”

<sup>297</sup> Kocağa, s.163.

<sup>298</sup> Erman, s.141; Şahin, s.172.

bedeli göz önüne alınmalıdır.<sup>299</sup> Nitekim, ayıplı eserin herhangi bir değeri yoksa, TBK 227/4 hükmü kıyasen uygulanarak arsa sahibinin sözleşmeden dönme yolunu tercih etmesi gerektiği görüşü kabul edilmektedir.<sup>300</sup>

Ancak doktrinde bu görüşün aksini savunan yazarlar da bulunmaktadır. ŞAHİNİZ'e göre<sup>301</sup>; arsa sahibinin menfaatlerine uygun düştüğü ölçüde, ayıp nedeniyle eser tamamen değersiz hale gelse dahi ücretin indirilmesini talep hakkı kullanılabilir. Zira, ücretin indirilmesinin kullanılması kanunda hiçbir şarta bağlı tutulmamıştır. Bu ihtimalde arsa sahibi, yükleniciye herhangi bir ücret ödemeyecek ancak hiçbir değeri olmayan eseri elinde tutabilecektir.

Eserdeki ayıp, eserin objektif değerinde bir azalmaya yol açmıyor ise, ücretin indirilmesi yoluna başvurulması mümkün değildir. Ancak, şartları varsa ayıba karşı tekeffülden doğan diğer seçimlik hakların kullanılması mümkündür.<sup>302</sup>

ŞAHİNİZ'e göre<sup>303</sup>, ücretin indirilmesini talep hakkı kanunda hiçbir şarta bağlı tutulmadığından, eserdeki ayıp eserin objektif değerinde bir azalma meydana getirmese dahi ücretin indirilmesi yoluna başvurulması mümkündür. Ancak bu halde, ayıp nedeniyle eserin değerinde bir azalma meydana gelmediğinden, bedel indirim tutarının, ayıbın giderilmesi için gerekli olan masraflar göz önünde tutularak hesaplanması gerekmektedir. Yani, ayıbın giderilmesi için gerekli olan malzeme ve işçilik masraflarının bedelden mahsup edilmesi gerekmektedir.

Tekrar belirtmek gerekir ki, yüklenici tarafından meydana getirilen eserdeki ayıp arsa sahibinin kullanamayacağı yahut hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde değilse arsa sahibi, ücretin indirilmesini talep etme seçimlik hakkını da kullanabilmektedir. Arsa sahibinin, sözleşmeden dönme veya ücretin indirilmesini talep

---

<sup>299</sup> **Gökyayla**, Emre: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s.212; **Zevkliler/Gökyayla**, s.561.

<sup>300</sup> **Tandoğan**, s. 189; **Tunçomağ**, s 1033-1034; **Erman**, s.148; **Aral/Ayrancı**, s.381; **Burcuoğlu**, s.294.

<sup>301</sup> **Şahiniz** s.173; Aynı yönde bkz, **Şenocak**, s.60.

<sup>302</sup> **Tandoğan**, s.189; **Burcuoğlu**, s.294; **Erman**, s.150; **Öz**, s.207: “Örneğin yüklenicinin inşaatta sözleşmedekararlaştırılandan farklı model veya marka seramikten kullanması fakat kullanılan seramiğin sözleşmede belirtilen seramikten daha ucuzu olmaması durumu böyledir. Böyle durumlarda bedel indirim hakkı kullanılamayacak, birazdan açıklayacağımız onarım isteme hakkı kullanılarak durumun sözleşmeye uydurulması talep edilebilecektir.”

<sup>303</sup> **Şahiniz**, s.173.

haklarından hangisine başvuracağı, tarafların menfaatleri ve hakkaniyet çerçevesinde tayin edilmelidir.<sup>304</sup>

Her ne kadar, 818 sayılı BK 360/2'de ücret indirimi para ile belirlenen ücret olarak ifade edilmişse de, ERMAN'a göre<sup>305</sup>, yüklenicinin eser borcunun karşılığı arsa payı olduğundan, değer düşüklüğü nedeniyle yapılacak uygulamanın kural olarak arsa payı devri yahut iptali üzerinden yapılması gerektiği savunulmaktadır. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin eser meydana getirme borcunun karşılığını arsa payı oluşturduğundan dolayı, ücret indirimi oranında arsa payından indirim yapılması söz konusu olacaktır. Ancak, önceden arsa paylarının tamamı yükleniciye devredildi ise, ayıp oranında arsa payının iptali talep edilebilecektir.<sup>306</sup>

Ancak doktrindeki diğer görüşe göre,<sup>307</sup> yükleniciye ayrılan arsa payı üzerinden indirim yapılması mümkün değildir. Bu görüşe göre, ayıp nedeniyle ortaya çıkan değer düşüklüğünü arsa sahibinin para olarak talep etmesi gerekmektedir.

Kanaatimce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde inşaat yapma borcunun karşılığında arsa payı devri yapıldığından, arsa payı üzerinden indirim yapılmasının mümkün olduğu hallerde kural olarak indirimin arsa payı üzerinden yapılması gerekmektedir. Ancak, somut olayın şartlarına göre arsa payından indirim yapılması mümkün değilse, bu halde aşağıda açıklayacağımız tazminat yöntemlerinden birisi kullanılarak, yapılacak uygulamanın para üzerinden belirlenmesi gerekmektedir.

## 2. Hakkın Hukuki Niteliği

Ücret indirimi talep edilmesi, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılan yenilik doğuran bir hakır<sup>308</sup>. Doktrinde bir görüşe göre<sup>309</sup>, ücretin indirilmesi hakkı değiştirici yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmektedir. Ancak

<sup>304</sup> Burcuoğlu, s.292.

<sup>305</sup> Erman, s.149; Aynı yönde bkz, Öz, s.206-207.

<sup>306</sup> Erman, s.150.

<sup>307</sup> Seliçi, s.170.

<sup>308</sup> Burcuoğlu, s.293; Erman, s.148.

<sup>309</sup> Gümüş, s.329; Şahiniz, s.176.

doktrindeki diğer görüşe göre de, ücretin indirilmesi hakkının bozucu yenilik doğuran bir hak olduğunu savunmaktadırlar.<sup>310</sup>

Ücretin indirilmesini talep hakkı netice itibariyle yenilik doğuran bir hak olduğundan, ücret indirimi beyanının yükleniciye varmasıyla beraber yüklenicinin ücret alacağı daha düşük bir miktara düşer ve arsa sahibi bu beyanından tek taraflı dönemez.<sup>311</sup>

Ücretin indirilmesinin talep edilmesi dava yoluyla olabileceği gibi, dava dışında iş sahibine yöneltilen tek taraflı irade beyanıyla da mümkündür. Dava yolu ile bu talebin ileri sürülmesi halinde, hakimin hakkın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği, bedelden hangi oranda indirim yapılması gerektiği yönündeki kararı yenilik doğuran bir karar olmamaktadır.<sup>312</sup>

Ücretin indirilmesi, dava yoluna başvurulmaksızın tek taraflı irade beyanı ile kullanıldığı takdirde bu beyan herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Yükleniciye yöneltilen bu beyanın açık veya örtülü olması mümkündür. Diğer yandan, her iki tarafın da tacir olması halinde uygulama alanı bulan TTK. M.18/3 hükmü ücretin indirilmesi talebinde uygulanmayacaktır. Zira, mezkur madde hükmünde ücretin indirilmesi yönünden açık bir düzenleme yapılmamıştır.<sup>313</sup>

Taraflar ücret indirimi konusunda uzlaşabileceği gibi, uzlaşma olmadığı takdirde indirilecek tutar mahkeme tarafından tespit edilecektir<sup>314</sup>.

Ücretin indirilmesine yönelik seçimlik hakkın kullanılması için yüklenicinin kusurlu olması şart değildir. Yüklenici, ayıplı eser meydana getirme ve teslimde kusurlu hareket etmese dahi iş sahibinin bu haklarını kullanması mümkündür. Ancak daha önce

---

<sup>310</sup> **Yavuz**, s.1039.

<sup>311</sup> **Gümüş**, s.329; **Öz**, s.206; **Burcuoğlu**, s.293: “Dolayısıyla, bu hakkın kullanılması ile, ücret borcu eserdeki ayıp oranında azalmış olur ve artık diğer seçimlik haklar düşer.”.

<sup>312</sup> **Erman**, s.148; **Burcuoğlu**, s.293; **şahiniz** s.177.

<sup>313</sup> **Zevkliler/Gökyayla**, s.561; **şahiniz**, s.176-177; **Erman**, s.148-149.

<sup>314</sup> **Seliçi**, s.168.

de belirttiğimiz üzere, ayıbı takip eden zararlar yönünden TBK m.112 uyarınca talep edilecek tazminatlara ilişkin yüklenicinin kusurlu olması aranmaktadır.<sup>315</sup>

### 3. Bedelden İndirilecek Tutarın Hesaplanması

Bedel indirimi talebinde yapılacak hesaba ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bedelden indirilecek tutarın hesaplanmasında doktrinde kabul edilen dört hesap yöntemi bulunmaktadır. Bu yöntemler; tazminat yöntemi, nisbi metod yöntemi, mutlak yöntem, maliyete göre hesaplama yöntemi olup sırasıyla bu metodlar aşağıda açıklanacaktır.<sup>316</sup>

Tazminat yönteminde izlenecek yol, mevcut ayıp tespit edilerek ayıbın giderilmesi için gerekli olan masraflar, bedelden mahsup edilmektedir. Bu yöntemde, bilirkişiler ayıbın giderilmesi için gerekli olan malzeme ve işçilik tutarını tespit ederek bu tutar bedelden mahsup edilmektedir. Örnek vermek gerekirse, bozuk tesisatın yaptırılması için 10.000 TL gerekecekse, 200.000 TL bedelden bu tutar mahsup edilerek bedel 190.000 TL'ye indirilecektir.<sup>317</sup>

Mutlak indirim metodunda ise; yapının ayıplı olan değeri ile ayıpsız olan değeri arasındaki fark dikkate alınmaktadır. Örneğin, tesisatı bozuk olan ayıplı yapının değeri 280.000 TL iken, ayıpsız olan yapının değeri 300.000 TL ise aradaki fark 20.000 TL olarak kabul edilmektedir. Bu fark doğrultusunda, bedelden indirim yoluna gidilmektedir. Yapının ayıplı değeri ile ayıpsız piyasa değerini tespit etmek zor olduğundan, bu yöntem en az kullanılan yöntemdir.<sup>318</sup>

Diğer bir hesaplama yöntemi ise, nisbi metod yöntemi olup, bedel indirimi talebinde sıklıkla nisbi metod kullanılmaktadır. Buna göre, eserin ayıpsız değeri ile ayıplı değeri arasındaki oran, sözleşmede belirlenen veya kanuna göre tayin edilen ücrete uygulanarak indirilmiş ücret belirlenmektedir.<sup>319</sup>

---

<sup>315</sup> Şahiniz, s.177.

<sup>316</sup> Öz, s.207.

<sup>317</sup> Öz, s.208

<sup>318</sup> Öz, s.208.

<sup>319</sup> Erman s.150; Y. 15. HD, 2015/6540 E., 2015/3012 K., T.02.06.2015, www.kazanci.com, Erş. T. 18.10.2019: "818 sayılı BK'nın 360. maddesi uyarınca araştırma yapılmalı, HMK'nın 266. maddesi uyarınca uzman bilirkişiden tespitteki bulgular da gözetilerek eserin tamamen reddi gerektiğinin

Bazı hallerde nisbi metod yönteminin uygulaması zorunlu olmaktadır. Örneğin binanın bodrum katı yüksekliği projeye göre daha alçak yapılmışsa burada artık bozukluğun giderilmesi mümkün olmayıp, indirimin nisbi metod yöntemiyle belirlenmesi gerekmektedir.<sup>320</sup>

Maliyete göre hesaplama yöntemi ise, yukarıda sayılan üç metod haricinde bazen Türk mahkemeleri tarafından uygulanmaktadır. Bu yöntemde, yapının tamamlanmasına kadar malzeme ve işçilik maliyet hesabı yapılmakta, ardından ayıbın giderilmesi için gerekli olan masraf hesaplanarak, bu masrafın toplam maliyete oranı tespit edilmek suretiyle, bedelden bu oran dahilinde indirim yapılmaktadır. Örnek vermek gerekirse, 200.000 TL bedel kararlaştırılan yapıdaki toplam maliyet 100.000 TL ve yapıdaki ayıbın giderilmesi için gereken masraf 50.000 TL ise, masrafın(50.000 TL), toplam maliyete(100.000 TL) oranı 1/2 'dir. Bu doğrultuda, 200.000 TL kararlaştırılan bedelden  $\frac{1}{2}$  indirim yapıldığında, 100.000 TL bedel indirimi yapılması söz konusu olacaktır.<sup>321</sup>

Bedelden indirilecek tutarın hesabında hangi anın esas alınacağı hususu önem arz etmektedir. Doktrindeki genel görüşe göre, eserin fiilen teslim edildiği tarihteki rayicinin hesaplamada dikkate alınması gerekmektedir.<sup>322</sup> Zira, eser sözleşmesinde teslim yapılmakla hasar geçtiğinden, teslim anı esas alınmak suretiyle bir değerlendirme yapılmalıdır.

Yargıtay bazı kararlarında, bedel indirimi talebinde açık ayıplar için giderim masraflarının teslim tarihindeki, gizli ayıplar için ise gizli ayıbın ortaya çıktığı tarihteki rayiçlerin esas alınması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>323</sup>

---

anlaşılması halinde sözleşmenin feshiyle bedelin iadesine karar verilmeli ya da eserin reddi gerekmeyp bedelde indirim yapılacaksa, BK'nın 360/2. maddesinde düzenlenen yöntemle nisbi metod uygulanarak belirlenecek tutar hüküm altına alınmalıdır.”; **Öz**, s.208.

<sup>320</sup> **Erman**, s. 151.

<sup>321</sup> **Öz**, s.208; **Şahiniz**, s.181.

<sup>322</sup> **Tandoğan**, s.190; **Şenocak**, s.61.

<sup>323</sup> Y. 15. HD, 2002/4500 E., 2002/365 K., T.28.01.2002, www.kazanci.com, Erş. T. 19.10.2019: “Eserin teslimi ve kabulünden sonra zamanaşımı süresi içerisinde ortaya çıkan gizli ayıplar dai derhal yükleniciye bildirilir ve bu ayıpların giderilmesini istenir. Bildirimin sonuçsuz kalması halinde ise, gizli ayıpların ortaya çıktığı tarihteki piyasa rayicine göre belirlenecek giderim bedeli talep edilebilir.”.

Gerçekten de binalardaki ayıpların genellikle kullanıma bağlı olarak sonradan meydana çıktığı göz önüne alındığında ERMAN'a göre Yargıtay'ın böyle bir ayrıma gitmesinin hakkaniyete uygun olduğunun kabulü gerekmektedir.<sup>324</sup>

## **D. Arsa Sahibinin Ayıbın Giderilmesini Talep Hakkı**

### **1. Hukuki Niteliği Ve Kullanılması**

TBK 475. Maddede sayılan arsa sahibinin seçimlik haklarından üçüncüsü ise, arsa sahibinin eserde meydana gelen ayıbın giderilmesini talep etme hakkıdır. 818 sayılı BK. 360/2 uyarınca, onarım aşırı masrafı gerektirmiyorsa iş sahibi ücret indirimini yerine ayıbın giderilmesini isteme hakkına sahip bulunmaktadır.

Ayıbın giderilmesi talep etmenin yenilik doğuran bir hak olmadığını, müteahhit açısından yeni bir borç doğmayıp, ayıbın düzeltilmesinin söz konusu olduğunu savunanlar olduğu gibi,<sup>325</sup> bu hakkın kullanılması ile ortadan kalkmış olan ifa borcu yerine müteahhidin bağımsız bir borç altına girdiği dolayısıyla yenilik doğuran bir hak meydana geldiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır<sup>326</sup>.

### **2. Özel Şartları**

TBK m.475/3 hükmü gereği; arsa sahibinin “..Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme...” hakkı bulunmaktadır. “Arsa sahibinin ayıbın giderilmesini talep etmesi için öncelikle, objektif olarak ayıbın giderilmesi mümkün olmalıdır. Zira eserde meydana gelen ayıbın kolaylıkla ortadan kaldırılamayacağı ya da kaldırılmasının mümkün

---

<sup>324</sup> **Erman**, s.152; Açık ayıplar yönünden eserin teslim anındaki rayiçlerin, gizli ayıplar yönünden ise ayıbın ortaya çıktığı tarihteki rayiçlerin göz önünde bulundurulması gerektiğini savunan diğer yazarlar için bknz: **Seliçi**, s.171; **Karadaş**, s.221.

<sup>325</sup> **Seliçi** s.173; **Öz**, s.210: “Diğer seçimlik haklardan farklı olarak, onarım talebi yenilik doğuran bir hak niteliğinde görülmemektedir. Zira yüklenicinin zaten ayıpsız ifa borcu vardır ve onarım talebi de buna ilişkin özel bir hükümdür. Buna göre, iş sahibinin onarım istemeyi seçmesi diğer seçimlik hakları kesin olarak düşürmez. Eğer yüklenici onarımı reddeder veya uygun zaman içinde yapmazsa, iş sahibi bedel indirimini veya şartları ve şartları varsa sözleşmeden dönme haklarına başvurabilir. Buna karşılık yüklenicinin uygun zamanda onarıma başlamış ve bu onarım talebinin gereklerine aykırı davranmamış olması halinde, iş sahibi kararından vazgeçip diğer seçimlik haklara başvuramaz.”.

<sup>326</sup> **Burcuoğlu** s.297; **Şenocak**, s.38; **Şahiniz**, s.189: “...ayıbın giderilmesini isteme hakkı da, diğer seçimlik haklar gibi, hukuki niteliği itibariyle bir yenilik doğuran hakır.”.



olmadığı hallerde artık eserin onarımı talep edilemeyecektir<sup>327</sup>. Ayıbın giderilmesinin mümkün olmaması yönündeki imkansızlık, müteahhide isnat edilen bir imkansızlık ise, aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde arsa sahibi yine de ayıbın giderilmesini talep edebilecektir<sup>328</sup>.

Objektif olarak ayıbın giderilmesinin mümkün olduğu hallerde, ayıbın giderilmesinin kanun maddesinde de belirtildiği üzere aşırı bir masrafa yol açıp açmadığı saptanmalıdır. Masrafın aşırı olup olmadığı hususu, her somut olaya göre hakim tarafından takdir edilecektir. Hakim burada, yüklenici açısından işçilik ve malzeme giderlerini, iş sahibi açısından ise ayıbın giderilmesinin ona sağlayacağı yararı göz önünde bulunduracaktır.<sup>329</sup> Başka bir ifadeyle, iş sahibinin onarım sonrası elde edeceği fayda ile yüklenici tarafından yapılan masraflar arasında açık bir oransızlık varsa masrafın aşırı olduğu kabul edilecektir.

Onarım masrafları hesaplanırken, ayıbın giderilmesi için gereken malzeme ve işçilik tutarları yanında, bozuk kısım onarılırken bozuk olmayan kısımda meydana gelecek zararlar ve bu zararların giderim masrafları da dikkate alınmalıdır.<sup>330</sup>

Onarım masraflarının aşırı olması ihtimalinde, iş sahibinin onarım talebinin geçersiz olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu talep nedeniyle, iş sahibinin onarım borcunun doğduğundan söz edilemeyecektir. Şayet şartların sağlanması halinde, iş sahibi diğer seçimlik haklarına müracaat edebilecektir.<sup>331</sup>

---

<sup>327</sup> **Tandoğan**, s.196.

<sup>328</sup> **Seliçi**, s.177.

<sup>329</sup> **Seliçi**, s.175; **Tandoğan**, s.197.

<sup>330</sup> **Öz**, s.209: “Buna karşılık, taraflar sözleşmede ayıp halinde mutlaka onarımın yapılmasını kararlaştırmışlarsa, masraf büyük olsa bile yüklenici bunu yapmakla yükümlü olacaktır.”; **Seliçi** s.175.

<sup>331</sup> **Öz**, s.209; **Şahiniz**, s.193: “Davacının ayıpların giderilmesi talebiyle açtığı davada hakim davalı yüklenicinin itirazı üzerine veya resen ayıbın giderilmesinin aşırı masraf gerektirdiği ve dolayısıyla giderim hakkının bu özel şartının somut olayda gerçekleşmediği sonucuna vardığı takdirde; kanaatimizce, davacının diğer seçimlik haklardan hangisini kullanmak istediğine ilişkin isteğini sormalı ve davacının istediği seçimlik hak doğrultusunda sonuca varmalıdır; ancak davacının istediği seçimlik hakkın özel sonuçları da gerçekleşmemişse özel şartları gerçekleşmiş olan seçimlik hak doğrultusunda hüküm kurulmalıdır.”.

Ayıbın giderilmesini talep hakkı sadece arsa sahibi tarafından talep edilebilmektedir. Müteahhidin kendi iradesiyle böyle bir yola başvurma imkanı yoktur.<sup>332</sup>

Ayıbın giderilmesi için, yüklenicinin borcunu hangi sürelerde yerine getireceği kanunda düzenlenmemiştir. Ancak, arsa sahibi tarafından işin mahiyetine göre, müteahhide ayıbın giderilmesi için uygun bir süre verilmesi gerekmektedir<sup>333</sup>. Arsa sahibi tarafından belirlenen süre işin niteliğine uygun değilse, uygun olan süreye kadar sürenin uzadığı kabul edilse de, sürenin yetersiz olduğuna ilişkin yüklenici tarafından arsa sahibine bildirim yapılmaması halinde, yüklenicinin sürenin yetersizliği ileri sürme hakkından vageçtiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.<sup>334</sup> Mütcaahhit verilen bu makul süre içerisinde ayıpları gideremezse, ya da yüklenicinin tutumundan onarımın hiç yahut gereği gibi yapılmayacağı anlaşılır ise, arsa sahibi ifadan vazgeçerek müspet zararını talep edebilir veya şartları var ise diğer seçimlik haklarını kullanabilir.<sup>335</sup>

Her ne kadar onarım talebinin ileri sürülmesi için yüklenicinin kusurlu olması aranmasa da, iş sahibinin onarıma rağmen giderilmeyecek zararlarını tazminat hükümleri çerçevesinde yükleniciden ayrıca talep etmesi gerekmektedir. Örneğin, yapıdaki onarım nedeniyle bağımsız bölüme geç taşınan kişinin oturduğu yere verdiği kira nedeniyle uğradığı zarar yükleniciden talep edilebilecektir. Ancak bu tazminat talebinin haklı bulunması için, yüklenicinin kusurlu olması şart olup, yüklenici kusursuzluğunu ispat edemedikçe bu tazminattan sorumlu olacaktır.<sup>336</sup>

---

<sup>332</sup> Ancak müteahhide sözleşmede böyle bir hak tanındığı takdirde, müteahhit bu hakkı kullanarak arsa sahibinin diğer seçimlik hakları kullanmasının önüne geçebilmektedir.

<sup>333</sup> Seliçi, s.178.

<sup>334</sup> Erman, s.155-156; Öz, s.211.

<sup>335</sup> Öz, s.21: "...verilen süre sonunda onarım bitmemişse arsa sahibi sözleşmeden dönme ve indirim talep etme haklarına başvurabilmelidir. ...iş sahibinin onarım talebiyle birlikte, belli bir süre içinde ayıp giderilmez se hangi hakkını kullanacağını önceden bildirmesi de mümkündür. Örneğin, "yapı bir haftada onarılmaz ise sözleşmeden döneceğim veya bedel indirimi yapacağım" şeklindeki bir beyan geçerlidir."

<sup>336</sup> Öz, s.211.

## E. Ayıp Nedeniyle Tazminat Talep Hakkı

### 1. Genel Olarak

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, iş sahibinin TBK 475/2 fıkrasına göre genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır. 818 sayılı BK 360. Maddesinde, “Bu hususta yüklenicinin taksiri varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir” şeklindeki düzenleme mevcuttur. Her ne kadar yeni kanunda yüklenicinin kusurundan bahsedilmemişse de, arsa sahibinin genel hükümlere göre tazminat talep etmesi için müteahhidin kusuru gerekmektedir<sup>337</sup>.

Tazminat talebi, iş sahibinin dönme, bedel indirimi, ayıbın giderilmesi haklarından birini kullanmasına rağmen giderilemeyen zararlarıdır. Bu zararın nedeni, eserin ayıplı olarak imalatıdır. Ayıp ile uygun nedensellik bağında olan zararlar tazminat kapsamındadır<sup>338</sup>. Yüklenicinin sözleşmeye aykırı olarak (ayıplı olarak) inşaatların balkonunu yapmaması nedeniyle kira bedelinin, balkonlu evlere göre düşük olması, ayıplı mal nedeniyle arsa sahibinin zarara uğraması sonucunu doğacaktır. Yahut uzman olmayan kişilere montajı yaptırılan kombinin yangına yol açması halinde de müteahhidin kusurunun varlığı kabul edilmelidir. Arsa sahibi TBK m.475/1 hükmünde belirtilen seçimlik haklarını kullanırken, müteahhidin kusurunu aramazken, tazminat talep etme bakımından müteahhidin kusurlu olması şartı getirilmiştir.

### 2. Ayıplı Takip Eden Zarar Ve Ayıp Zararı Kavramları

Ayıplı takip eden zarar kavramı; eserdeki ayıptan doğan ve TBK m.475’de sayılan seçimlik haklar kullanılmasına rağmen giderilmeyen zarar olarak doktrinde tanımlanmaktadır.<sup>339</sup> Ayıplı takip eden zarar, örneğin ayıplı yapı onarılıncaya kadar geçen sürede uğranılan kira kaybı gibi kar mahrumiyeti biçiminde meydana gelebileceği

---

<sup>337</sup> Kusur tanımı için bkz., **Doğan/Şahan/Atamulu**, s.187 vd.; Y. 15. HD, 2004/5228 E. 2005/1862 K., T.29.03.2005, www.kazanci.com, Erş. T. 20.10.2019: “Ayıplı eser imalinde yüklenici kusurlu ise, eser veya iş sahibi, ayıp sonucu ortaya çıkan zararının da tazminini talep edebilir. Ancak bu zararlar, şayet eser ayıplı imal edilmeseydi ortaya çıkmayacak olan zararlardır.”.

<sup>338</sup> **Seliçi**, s.182.

<sup>339</sup> **Şenocak**, s.65; **Tandoğan**, s.204.

gibi, ayıp sebebiyle iş sahibinin eşyalarının zarar görmesi gibi fiil bir zarar şeklinde de ortaya çıkabilmektedir.<sup>340</sup>

Ayıp zararı kavramı ise, ayıplı teslim edilen eserdeki değer kaybının oluşturduğu zarar olarak tanımlanmaktadır. Başka bir ifadeyle ayıp zararı kavramı ile, ayıplı eserin taşıyacağı değer ile, şayet eser ayıpsız olsaydı taşıyacağı değer arasındaki fark ifade edilmektedir. Ayıp zararı, iş sahibinin eser sözleşmesinde kararlaştırılan değerde bir eser elde etme menfaatinin ihlaline sebep olmaktadır. Zira, iş sahibi bu vesileyle sözleşmede öngörülen bedelden daha düşük bir değerde esere sahip olmaktadır.<sup>341</sup>

Ayıp zararının, iş sahibinin TBK 475/f.1 gereği sahip olduğu hakların kullanmasıyla giderilmiş olduğu, bunun aksine ayıplı takip eden zararın seçimlik hakların kullanılması ile tazmin edilmediği kabul edilmektedir.<sup>342</sup>

### **3. Tazminat Talebine İlişkin 818 sayılı ve 6098 sayılı Borçlar Kanununun Karşılaştırılması**

818 sayılı BK m. 360'da, "Bu hususta müteahhidin taksiri varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir" düzenlemesi yer almaktaydı. 6098 sayılı TBK m.475/2 hükmünde ise, "*İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır*" ifade edilmektedir. 6098 sayılı borçlar kanunundaki düzenleme ile, 818 sayılı BK m.360'dan farklı olarak her bir seçimlik hakkın tamamlayıcısı olarak değil, tazminat hususu ayrı bir fıkra düzenlenmiştir. Buna göre, iş sahibi dilerse ayıptan doğan üç seçimlik hakkından bir tanesini kullanarak, isterse seçimlik haklarını kullanmaksızın ayıptan doğan zararlarının tazmini yoluna başvurarak zararının giderilmesini talep edebilecektir.<sup>343</sup>

Mevcut kanuni düzenleme ile birlikte, iş sahibinin ayıplı ifadan kaynaklı tazminat talepleri, TBK m. 475/f.1'de sayılan seçimlik haklarda bağımsız olarak, doğrudan TBK m.112 hükmüne tabi olacaktır.<sup>344</sup>

---

<sup>340</sup> Aral/Ayrancı, s.364.

<sup>341</sup> Şenocak, s.65.

<sup>342</sup> Şahiniz, s.204.

<sup>343</sup> Öz, s.220.

<sup>344</sup> Şahiniz, s.207.

TBK 475/f.2 ayıplı ifaya bağılı bir tazminat yükümlülüğü getirmediğinden, doğrudan TBK 112. Maddesindeki “Borç hiç veya gereğı gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” düzenlemesi dikkate alınarak tazminat talebinde bulunması gerekmektedir. Bunun en önemli sonucu ise, genel tazminat düzenlemesinde “muayene ve ihbar” yükümlülüğüne ilişkin herhangi bir şart mevcut değildir. Dolayısıyla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde muayene ve ihbar yükümlülüğünün yerine getirmeyen arsa sahibinin genel hükümlere göre tazminat talep edebileceğı kabul edilmektedir.<sup>345</sup>

Mevcut kanuni düzenleme ile ortaya çıkan diğeri bir sonuç ise, eser sözleşmesinde özel ayıp zamanaşımının düzenlendiğı TBK m.478 hükmü yerine, genel hükümlerdeki, TBK 147/b.6 hükmünün uygulama alanı bulacak olmasıdır. Ancak, taşınmaz inşaatları yönünden genel hükümlerdeki zamanaşımı, TBK m.478’de düzenlenen 5 yıllık zamanaşımıyla süre yönünden aynı olduğundan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde tazminat talepleri çerçevesinde zamanaşımı bakımından herhangi bir fark ortaya çıkmayacaktır.<sup>346</sup> Her ne kadar süre yönünden, TBK m.478 ile genel hükümlerde düzenlenen TBK m.147/b.6 arasında fark olmasa da, genel hükümlerdeki sürelerin taraflar arasındaki anlaşma ile uzatılıp kısaltılmayacağı dikkate alındığında hükümler arasında bu yönüyle bir fark ortaya çıkmaktadır. Son olarak belirtmek gerekir ki, yüklenicinin ağır kusurlu hareket etmesi halinde zamanaşımı süresi TBK 147/b.6 yollamasıyla TBK m.146 hükmü gereğince 10 yıl olarak değil, TBK 478 hükmü gereğince 20 yıl olarak uygulanmalıdır.<sup>347</sup>

Yüklenicinin kusuru belirlenirken ispat yükünün kimde olacağı öğretilde tartışmalıdır. Bir görüşe göre,<sup>348</sup> ispat külfeti genel ispat yükü kuralı olan müddei iddiasını ispatla mükelleftir kuralı gereğı arsa sahibindedir. Doktrinde baskın olan

---

<sup>345</sup> **Öz**, s.221; **Şahiniz**, s.207: ”Dolayısıyla, iş sahibi, muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmemiş olsa bile, ayıplı ifa nedeniyle uğradığı zararların(ayıbı takip eden zarar ve ayıp zararının tazminini) talep edebilecektir.”

<sup>346</sup> **Şahiniz**, s.207; **Öz**, 221.

<sup>347</sup> **Öz**, s.221.

<sup>348</sup> **Seliçi**, s.185; **Tandoğan**, s.205.

karşıt görüşe göre, yüklenici uzman kişi olduğundan, kendi kusursuzluğunu ispat etmelidir.<sup>349</sup>

Gerçekten de, arsa sahibinin teknik konularda müteahhide karşı ispat imkanı çok zordur. Kusur açısından bir diğer tartışmalı konu ise, 818 sayılı BK 205/II'nin kıyasen uygulanması sonucu, ayıptan doğrudan doğruya meydana gelen zarara ilişkin müteahhidin kusuru olmasa da sorumlu olup olmayacağıdır. Bir görüşe göre, 818 sayılı BK m.205/II'nin eser sözleşmesinden dönme halinde de, doğrudan doğruya zarardan müteahhidin kusuru olmadan da sorumlu tutulması gerektiğini düşünmektedirler.<sup>350</sup> Aksi yöndeki baskın görüşe göre, doğrudan yahut dolaylı zarar olsun müteahhidin tazminat bakımından sorumlu olması için kusurlu olması gerekmektedir.<sup>351</sup>

## **II. AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN YÜKLENİCİNİN SORUMLUĞUNUN DOĞMASINI ENGELLEYEN HALLER**

### **A. Ayıbın Arsa Sahibine Yüklenebilecek Bir Sebepden Doğması**

TBK m.476'da, "Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, işsahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple işsahibine yüklenebilecek olursa işsahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz". ifade edilmektedir. Yani, eserin ayıplı olmasında arsa sahibinin kendi kusuru var ise, bu durumda arsa sahibi B.K 475. Maddede belirtilen seçimlik haklarını kullanamayacaktır.

Kanun maddesi incelendiğinde, ayıbın iş sahibine yüklenebilecek bir sebepten doğması veya yüklenicinin açıkça uyarmasına rağmen ayıbın iş sahibinin talimatından doğması hallerinin ayrı ayrı düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Ayıbın iş sahibine yüklenebilecek herhangi bir sebepten doğması şeklindeki düzenleme, kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere sebep yönünden sınırlandırılmamıştır. Uygulamada karşılaşılan örnekler üzerinden gitmek gerekirse;

<sup>349</sup> Burcuoğlu, s.300.

<sup>350</sup> Burcuoğlu s.299.

<sup>351</sup> Erman, s.159.

genellikle iş sahibinin sağladığı malzemenin ayıplı olması, iş sahibine ait arsanın ayıplı olması, iş sahibinin belirlediği taşeron firma ile çalışılması yönünde yükleniciye talimat verilmesi gibi hallerde ortaya çıkan ayıptan kural olarak yüklenicinin sorumluluğunun doğmadığı kabul edilmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, iş sahibinin sağladığı malzeme veya iş sahibine ait olan arsanın ayıplı olduğu yüklenici tarafından biliniyor yahut yüklenicinin uzmanlığı gereği bilinmesi gerekiyorsa, yüklenicinin bu ayıpları gecikmesizin iş sahibine bildirmesi gerekmektedir. Aksi halde yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu sona ermeyecektir. Zira yüklenicinin, iş sahibinin sağladığı malzeme ve iş sahibine ait arsayı özen borcu<sup>352</sup> kapsamında muayene etme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Diğer yandan, iş sahibi tarafından bu hususlarda uzman bir kişiye muayene yaptırılması halinde yüklenicinin muayene yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, iş sahibinin uzman olması yahut uzman bir temsilcisinin bulunması tek başına, yüklenicinin muayene yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.<sup>353</sup>

İş sahibinin, yükleniciye belli bir taşeron şirket ile çalışması yönünde bir talimat verilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu halde, iş sahibi tarafından kullanılmak istenen alt işverenin gerekli tecrübeye sahip olup olmadığı hususlarında yüklenicinin olumsuz bir düşüncesi var ise, bunu iş sahibine bildirmelidir.<sup>354</sup>

Diğer taraftan, yüklenicinin açıkça uyarmasına rağmen ayıbın iş sahibinin talimatından doğması hususunu açıklamak gerekirse; bu halde ayıbın iş sahibinin hatalı talimatından kaynaklanması, yüklenici açısından ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun ortadan kalkması için tek başına yeterli olmayıp; öncelikle yüklenicinin bu hatalı talimat nedeniyle iş sahibini uyarması, bu uyarıya rağmen iş sahibinin talimata uyulması yönünde ısrar etmesi gerekmektedir.

<sup>352</sup> Yüklenicinin özen borcu için bkz: **Öz**, s.118 vd.; **Erman**, s.36. vd.

<sup>353</sup> **Şenocak**, s.142.

<sup>354</sup> **Şenocak**, s.143; Karşı yönde, **Şahiniz**, s.133: “Kanaatimizce, yüklenicinin, iş sahibinin bağlayıcı talimatı doğrultusunda kullanılan alt yüklenicinin söz konusu işin yapımı konusunda gerekli yetenek ve tecrübeye sahip olup olmadığı hususunda bir muayene yükümlülüğü bulunmamaktadır.”.

Bu durumu başka şekilde izah etmek gerekirse; iş sahibinin talimatı ile eserin ayıplı meydana geleceğini düşünen yüklenici, ilk olarak verilen talimatın yanlış olduğunu, bu talimata uyulduğu takdirde eserin ayıplı olacağını iş sahibine bildirmelidir. Bunun akabinde iş sahibinin, yüklenici tarafından yapılan uyarıya rağmen, talimatında ısrar etmesi gerekmektedir. Buna rağmen, iş sahibi talimatında ısrar eder ve eser ayıplı olarak meydana gelirse yüklenicinin ayıplı eser nedeniyle sorumluluğuna gidilemeyecektir.<sup>355</sup>

Yüklenicinin, uyarı yükümlüğünü yazılı yahut sözlü olarak yerine getirmesi mümkün olup, bu husus ispat açısından önem arz etmektedir. Kanun lafzında geçen "...açıkça yaptığı ihtar karşın" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, ihtarın açık ve anlaşılır şekilde yapılması zaruridir. Başka bir anlatımla, muğlak ve belirsiz şekilde yapılan ihtar geçerli kabul edilemeyecektir.

Yüklenici tarafından yapılan uyarıdan sonra, makul bir süre iş sahibinin talimatta ısrar edip etmeyeceğinin beklenmesi gerekmektedir.<sup>356</sup> Genel olarak ihtarın faydasız kalacağı ve iş sahibinin talimatında ısrar edeceğinin anlaşıldığı hallerde, uyarı şartına gerek bulunmamaktadır.<sup>357</sup>

Ayıbın arsa sahibinden kaynaklandığının ispat yükü yükleniciye ait olup, ayıbın arsa sahibine yüklenebilecek bir sebepten doğduğu, uyarma ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirildiği yahut böyle bir bildirim yükümlülüğü bulunmadığı hususlarının yüklenici tarafından ispatlanması gerekmektedir.<sup>358</sup>

## **B. Eserin Kabul Edilmiş Olması**

Çalışmamızda daha evvel bahsettiğimiz üzere, arsa sahibinin ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanabilmesi için, eserin kabul edilmemiş olması şartı bulunmaktadır. Arsa sahibi tarafından eserin kabul edilmesi halinde, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu sona erecektir.

---

<sup>355</sup> Şahiniz, s.127.

<sup>356</sup> Şenocak, s.141.

<sup>357</sup> Tandoğan, s.213.

<sup>358</sup> Seliçi, s.198.



Nitekim TBK m. 477’de “Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder. İş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır.” Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır. İfade edilmektedir.

Eserin kabul edilmesi ile eserin teslimi kavramları birbirinden farklı olup, eserin kabulü; arsa sahibinin, yüklenicinin yaptığı eserin sözleşmeye uygun olduğunu ve eserle alakalı ayıp iddiası ileri sürmeyeceğine dair bir irade açıklamasıdır.<sup>359</sup>

Eserin kabulü yönündeki irade açıklaması tek taraflı ve karşı tarafa varmakla sonuçları doğuran bir beyandır. Eserin arsa sahibi tarafından kabul edilmesi ile, eserde ayıp bulunsa dahi yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirdiği sonucu hasıl olmaktadır.<sup>360</sup>

Arsa sahibinin eseri kabul etmesiyle birlikte, bu kabul beyanın başka hukuki sonuçlar doğurup doğurmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre<sup>361</sup>, eserin kabul edilmesi ile birlikte arsa sahibinin TBK m.475’de sayılan seçimlik haklarını kullanamayacağı ifade edilmekle, bu doğrultuda eserin geç teslim edilmesi nedeniyle doğacak gecikme tazminatı ve gecikmeden doğan cezai şart taleplerinin de eserin kabulü sebebiyle ileri sürülemeyeceği savunulmaktadır. Aksi yöndeki bir görüşe göre;<sup>362</sup> eserin kabul edilmesi, yalnızca ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik hakların kullanılmasına engel oluşturmakta olup, eserin geç teslim edilmesi nedeniyle doğacak gecikme tazminatı ve gecikmeden doğan cezai şart taleplerinin ileri sürülmesini etki etmemektedir. Uygulamada genellikle, arsa sahibinin eseri kabul ederken ihtirazi kayıt

<sup>359</sup> Zevkliler/Gökyayla, s.516; Seliçi, s.199; Şahiniz, s.124.

<sup>360</sup> Erman, s.163.

<sup>361</sup> Seliçi, s.200-201.

<sup>362</sup> Tandoğan, s.218.

koymaması halinde, gecikme tazminatı ve gecikmeden kaynaklanan cezai şart talep edemeyeceği kabul edilmektedir.<sup>363</sup>

Eserin kabul edilmesinin, açık ayıplar, gizli ayıplar, tali ayıplar ve kasten gizlenen ayıplar çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibine teslim edilmesi gereken bağımsız bölümlerin teslimi sırasında, arsa sahibi tarafından ilk görüşte fark edilen yahut dikkatli bir muayene sonucu ortaya çıkan ayıplar açık ayıp olarak kabul edilmektedir.<sup>364</sup> TBK m.474’de “İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.” düzenlemesi bulunmaktadır. Bu doğrultuda, açık ayıplar yönünden muayene ve ihbar yükümlüğünün yerine getirilmemesi halinde yüklenicinin sorumluluğu sona ermektedir. Arsa sahibinin açık ayıplar bakımından eseri ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin teslim alması halinde eserin kabul edildiği sonucuna varılmalıdır.<sup>365</sup>

Gizli ayıp ise, teslim sırasında arsa sahibi tarafından yapılacak usulüne uygun bir muayene ile fark edilemeyecek ayıp olarak tanımlanmaktadır. TBK, m.477/3’de “Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır.” düzenlemesi bulunmaktadır. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, eserde gizli ayıp ortaya çıkması halinde arsa sahibi gecikmeksizin, derhal yükleniciye bildirim yapmalıdır. Bu

bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi halinde de arsa sahibinin eseri kabul ettiği sonucu doğmaktadır.<sup>366</sup>

---

<sup>363</sup> Erman, s.164.

<sup>364</sup> bkz, s.36.

<sup>365</sup> Erman, s.165; Yavuz, İfa, s.678: “İş sahibinin eserden memnun olduğunu bir mektupla bildirmesi açık kabule, eserdeki bozukluğu bilmesine rağmen ses çıkarmadan onu kullanması zımnî kabule örnek gösterilebilir.”; Yılmaz, Halil: Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulaması, Ankara 2007, s.375: “Daha açıkçası, iş sahibinin eseri ihtirazi kayıtsız kabul etmesi, bu haklarını müteahhide karşı ileri sürmekten feragat ettiği anlamını taşır.”.

<sup>366</sup> Erman, s.167.

Tali ayıbı tanımlamak gerekirse; eserin teslimi anında mevcut bulunan ayıplar asli ayıp olup, ikincil ayıp ise teslim anındaki asli ayıbın sonradan meydana getirdiği ayıp olarak tanımlanmaktadır. Arsa sahibi, teslim sırasında mevcut bulunan asli ayıbı kabul etse bile, asli ayıbın sebep olduğu ve sonradan ortaya çıkan tali ayıp için vaktinde bildirim yapılması halinde yüklenicinin tali ayıptan doğan sorumluluğu devam edecektir.

Kasten gizlenen ayıplar, açık veya gizli ayıp niteliğinde ortaya çıkabilmektedir. Yüklenicinin kasten gizlediği açık ayıplar nedeniyle, arsa sahibinin muayene yükümlüğünü yerine getirmemesi halinde yüklenicinin sorumluluğunun ortadan kalkmayacağı kabul edilmektedir.<sup>367</sup> Arsa sahibine, yüklenici tarafından bildirilmesi gereken ayıpların kasten gizlenmesi halinde, dürüstlük kuralına aykırı hareket edildiğinden her ne kadar muayene yapılmamış olsa da yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır.<sup>368</sup> Yargıtayın kasten gizlenen ayıpların da, derhal yükleniciye bildirilmesi gerektiği yönünde kararları<sup>369</sup> bulunsa da, zaten ayıbı bilen yükleniciye bildirim yapılmasında gerek bulunmamaktadır.<sup>370</sup> Dolayısıyla, kasten gizlenen ayıplar yönünden her halükarda, yüklenici eserin kabul edilmesini ve bu nedenle sorumluluğunun doğmadığını ileri süremeyecektir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kasten gizlenen ayıbı bilmesine rağmen eseri kabul eden yahut kabul anlamına gelecek şekilde kullanmaya devam arsa sahibi, yüklenicinin sorumluluğuna gidemeyecektir.

### III. ZAMANAŞIMI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulmasının zamanaşımı süreleri yönünden incelenmesi önem arz etmektedir. Zamanaşımı; bir borcu doğuran, değiştiren, ortadan kaldıran bir olgu olmayıp doğmuş ve hukuk aleminde var olan bir hakkın istnemesini bertaraf eden bir savunma aracı

---

<sup>367</sup> Erman, s.134.

<sup>368</sup> Seliçi, s.202; Öz, s.116.

<sup>369</sup> Y. 15. HD, 1980/871 E., 1980/1136 K., T.22.05.1980: “Ancak yüklenicinin kasten sakladığı açık bozukluklarla usulüne göre yapılacak gözden geçirmede görülemeyecek bozukluklar hakkında sorumluluğu devam eder. Yapılan, şeydeki bozukluk sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi bunu öğrenir öğrenmez durumu yükleniciye bildirmeye zorunlu olup, aksi takdirde iş sahibi eseri kabul etmiş sayılır.” (Naklen Erman, s.167).

<sup>370</sup> Erman, s.168.

olarak kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, zamanaşımı ile alacağı değil, alacağın talep edilmesini ortadan kaldırmaktadır. Borçlu taraf, böyle bir olguyu yasada öngörülen usul ve sürelerde ileri sürmelidir. Müteselsil borçlulardan her birinin ayrı ayrı zamanaşımını ileri sürmesi gerekmektedir. Aksi halde müteselsil sorumlulardan biri tarafından ileri sürülen zamanaşımı definden, diğer borçlular faydalanamazlar.<sup>371</sup>

TBK m.478’de “*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.*” düzenlemesi bulunmaktadır.

Her ne kadar kanuni düzenlemede bu sürelerin, zamanaşımı süresi olduğu açıkça belirtilmiş olsa da, ayıba karşı tekeffülden doğan haklar yenilik doğuran haklar olduğundan, bu sürelerin hak düşürücü süre olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Doktrindeki genel kanıya göre<sup>372</sup>, bu hakların kendilerinin değil kullanılmalarından doğan alacak hakkının zamanaşımına tabi olduğu yönünde bir açıklama getirilmektedir.

Seçimlik hakların, hak düşürücü süre yerine, zamanaşımı süresine tabi olmasının temelde iki farkı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, zamanaşımını durduran ve kesen sebepler TBK’da düzenlenmiştir.<sup>373</sup> Bu hakların kullanılması açısından da, zamanaşımını durduran ve kesen sebepler dikkate alınacaktır. İkinci husus ise, hak düşürücü süre taraflarca ileri sürülmesi dahi hakim tarafından resen göz önüne alınırken, zamanaşımı def<sup>374</sup> yüklenici tarafından ileri sürülmediği takdirde hakim kendiliğinden zamanaşımı hususunda bir inceleme yapamayacaktır.<sup>375</sup>

---

<sup>371</sup> **Şen**, Mustafa Serhat/**Şen**, Mustafa Kamil: Eser(İnşaat Yapım) Sözleşmelerinde Zamanaşımı ve Uygulamaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.217. vd.

<sup>372</sup> **Erman**, s.173; **Tandoğan**, s.225; **Öz**, s.223: “Ne var ki, yasanın özel hükümle yaptığı tercih karşısında artık niteliğine bakılmaksızın iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan tüm takları zamanaşımına bağlanmıştır.”.

<sup>373</sup> Bknz, TBK m.153, TBK m.154, TBK m.157.

<sup>374</sup> **Erdoğan**, İhsan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s.25: “Def’i mevcut bir borcu sona erdirmeyen, ancak onu etkisiz hale getiren bir savunma hakkıdır. Def’i bir hak olması nüsabetiyle sadece borçlu tarafından ileri sürülebilir. Borçlu def’i hakkını kullanmadığı sürece, alacak hakkı bütün sonuçları ile mevcudiyetini ve geçerliliğini korur.”;Defi kavramı için ayrıca bknz, **Nomer**, Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, s. 27.

<sup>375</sup> **Öz**, s.224.

Madde metni incelendiğinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusunu taşınmaz oluşturduğundan, taşınmazlar için 5 yıl ve müteahhidin ağırlı kusuru halinde 20 yıllık zamanaşımı süresi belirlendiği görülmektedir. Kanun maddesinde geçen taşınmaz yapı kavramını açıklamak gerekirse; malzeme ve emek kullanılarak arza doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde bağlı olarak meydana getirilen taşınmaz şeyler taşınmaz yapı olarak tanımlanmaktadır.<sup>376</sup> Taşınmaz yapı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu, bütünlük taşıyan bağımsız inşaat şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, bir taşınmazla bütünlük arz eden bağımsız olmayan,(binanın çatısı, yüzme havuzu, bahçe duvarı gibi) kısmi inşaat eseri olarak ortaya çıkabilmektedir. Bu doğrultuda, var olan bir inşaat eserinde yapılacak önemli onarımlar da, kanundaki taşınmaz yapılara ilişkin zamanaşımına tabi olmalıdır.<sup>377</sup> Temelli kalmak amacıyla yapılmayan, baraka, klübe, şantiye binası gibi yapılar taşınmaz yapı tanımına uymadıklarından, kanundaki taşınmaz yapılara ilişkin zamanaşımı süreleri dikkate alınmalıdır.<sup>378</sup>

Zamanaşımı süreleri, eserin teslimi ile birlikte işlemeye başlamaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde teslim, sözleşmeye konu inşaatın bittiğinin yüklenici tarafından arsa sahibine bildirilmesi ve arsa sahibinin eseri kabul etmesi ile meydana gelmektedir.<sup>379</sup> Daha önceki bölümlerde belirtildiği üzere, eserin teslim edilmesi için iskan şartı aranmamaktadır. Zira iskan ruhsatı alınmaması, eksik iş olarak kabul edildiğinden eserin teslimine engel oluşturmamaktadır. Taraflar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde iskan ruhsatının alınmasını da kararlaştırmışlar ise, zamanaşımı süresi iskan ruhsatının alındığı tarihten başlamalıdır.<sup>380</sup>

TBK m.475'e göre, meydana getirilen eserdeki ayıp yüklenicinin ağırlı kusuru neticesinde meydana gelmiş ise, zamanaşımı süresinin 20 yıl olacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucunun bu düzenlemeyi getirmesindeki amaç, özellikle ayıplı yapıların uzun

---

<sup>376</sup> Tandoğan, s.223; Şenocak, s.236; Ertaş, Şeref: Eşya Hukuku, İzmir 2015, s.8: "Taşınmaz eşya, özüne bir zarar verilmeksizin bir yere taşınması kabil olmayan eşyalardır."

<sup>377</sup> Şenocak, s.237.

<sup>378</sup> Şenocak, s.238.

<sup>379</sup> Erman, s.173.

<sup>380</sup> Uçar, s.276.

süreler sonra deprem nedeniyle yıkılması halinde, yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğunun devam etmesinin sağlanmasıdır.<sup>381</sup>

Eser sözleşmesinde zamanaşımı süreleri emredici nitelikte olmadığından, zamanaşımı süreleri sözleşme ile artırılabilir, ancak kanun hükmünde belirtilen sürelerin altında bir zaman belirlemek de mümkün değildir. Zira, 20 yıllık zamanaşımı süresi yüklenicinin ağır kusuruna bağlandığından, bu süreyi kısaltan anlaşmalar sorumsuzluk anlaşması olarak TBK m.115(*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*) uyarınca kesin hükümsüz kabul edilecektir.<sup>382</sup> Hemen belirtmek gerekir ki, zamanaşımı sürelerinin dolmasıyla borç(alacak) ortadan kalkmamakta, sadece alacaklının bu hakkı dava yoluyla elde etme imkanı kalmamaktadır.<sup>383</sup>

TBK m. 475/2 hükmünde düzenlenen iş sahibinin genel hükümlere göre talep edebileceği tazminat talepleri bakımından zamanaşımı süresini açıklamak gerekirse; Borçlar kanununun genel hükümler kısmında bulunan TBK m.147/6 kanuni düzenlemesi ile, “yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar” 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur. Bununla birlikte, TBK m.478’de taşınmaz yapılar için de 5 yıllık zamanaşımı süresi düzenlendiğinden, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan tazminat taleplerinde her iki kanun maddesi açısından da 5 yıllık zamanaşımı süresi bulunmaktadır. Ancak iki madde arasındaki en önemli fark, genel hükümlerde zamanaşımı süresinin tarafların anlaşmasıyla değiştirilmesi mümkün değilken, TBK m.478’deki 5 yıllık zamanaşımı süresinin tarafların anlaşmasıyla değiştirilmesi mümkündür.<sup>384</sup>

TBK m.478’de düzenlenen 5 yıllık zamanaşımıyla süre yönünden aynı olduğundan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde tazminat talepleri çerçevesinde zamanaşımı bakımından herhangi bir fark ortaya çıkmayacaktır.<sup>385</sup> Her ne kadar süre yönünden, TBK m.478 ile genel hükümlerde düzenlenen TBK 147/b.6 arasında fark

---

<sup>381</sup> Şahiniz, s.220.

<sup>382</sup> Öz, s.226.

<sup>383</sup> Reisoğlu, s.422.

<sup>384</sup> Şahiniz, s.221.

<sup>385</sup> Şahiniz, s.207; Öz, 221.

olmasa da, genel hükümlerdeki sürelerin taraflar arasındaki anlaşma ile uzatılıp kısaltılmayacağı dikkate alındığında hükümler arasında bu yönüyle bir fark ortaya çıkmaktadır. Son olarak belirtmek gerekir ki, yüklenicinin ağır kusurlu hareket etmesi halinde, yeni kanunun amacı da gözetilerek zamanaşımı süresinin TBK 147/b.6 yollamasıyla TBK m.146 hükmü gereğince 10 yıl olarak değil, TBK 478 hükmü gereğince 20 yıl olarak uygulanmalıdır.<sup>386</sup>

---

<sup>386</sup> Öz, s.221.

## SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, içeriğinde eser ve taşınmaz satış sözleşmesini barındıran, kanunda özel olarak düzenlenmeyen atipik bir sözleşmedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi belirli arsa paylarının mülkiyetini devir taahhüdü altına girerken, yüklenici taraf da buna karşılık olarak arsa üzerinde bütünlük arz eden bir bina inşa etmek ve sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etme borcu altına girmektedir. Dolayısıyla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Ayrıca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile farklı sözleşme tiplerine ait asli edimlerin karşılıklı olarak yer değiştirmesi söz konusu olduğundan, bu sözleşmenin çifte tipli karma sözleşme olduğu kabul edilmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli mi ani mi bir borç ilişkisi doğurduğu, doktrinde önemli ölçüde tartışma konusu olmuştur. Bazı yazarlar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici tarafından yapılan ifanın bir anda ve bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimiyle gerçekleştiğini savunarak sözleşmenin ani edimli bir sözleşme olduğunu savunmaktadırlar. Ancak bu görüşün zıttı olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu inşaatın belirli aşamalardan geçerek peyderpey ifa edildiği, bu nedenle sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğurduğu kabul edilmektedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 tarihli kararında mezkur sözleşmenin "geçici-sürekli karmaşığı" borç ilişkisi doğurduğu ifade edilmiştir. Taraflar arasındaki borç ilişkisinin ani, sürekli, geçici-sürekli karmaşığı olup olmadığı yönünde ayırım önemli olup, sözleşmeden dönülmesi halinde; sözleşme ani edimli kabul edilirse geçmişe etkili olarak sona erecek, eğer sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğurduğu kabul edilirse sözleşme ileriye etkili olarak feshedilecektir. Kanaatimce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, teslimden önceki inşaat faaliyetlerinin tümünün ifaya hazırlık hareketleri olarak kabul edilmesi mümkün olmayıp, örneğin yüklenicinin uzun süreler sonucunda peyderpey büyük bölümünü tamamladığı binaya ilişkin edimlerin sürekli nitelikte olduğu kabul edilmelidir.



Kati yaklaşımla, sözleşmenin ani yahut sürekli olduğunun ileri sürülmesi yerine her somut olayın özelliğine ve hakkaniyet ölçüsünde sözleşmenin ani mi sürekli mi edimli olduğu değerlendirilmelidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi her ne kadar kanunda açıkça düzenlemese de, TMK m.1009 gereğince, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerh edilebileceği düzenlenmiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, içeriğinde taşınmaz satış sözleşmesi de barındırdığından bu sözleşmenin de resmi şekilde yapılması zorunludur. Taşınmaz satış vaadi içeren arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, noter vasıtasıyla ve düzenleme şeklinde yapılması halinde geçerli kabul edilecektir. Resmi şekle uyulmaksızın akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, Borçlar Kanunu m.12/2 gereğince kesin hükümsüz hale gelecektir. Ancak, şekle aykırılık itirazı hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise sözleşmenin hükümsüz kaldığından bahsedilmesi mümkün olmayacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu yapıda ve ortak yerlerde bulunması gereken nitelik eksiklikleri halinde ayıbın varlığından söz edilebilecektir. Bu noktada yüklenici tarafından inşa edilen yapıda eksiklikler olması hususu üzerinde durulması gerekmektedir. Eksik iş, sözleşme ve eklerine göre yapılması kararlaştırıldığı halde tam yapılmayan iştir. Ayıplı ifa ve eksik ifa kavramları doğrudukları sonuç bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Zira, yüklenicinin teknik şartnameye aykırı olarak bir takım imalatları hiç yapmamış olması halinde eksik işler söz konusu olacağından, kural olarak yüklenicinin temerrüdünün sonuçları dikkate alınacaktır. Ayıplı ifa halinde, arsa sahibi ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre talepte bulunabilecektir.

Arsa sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilmesinin şartları bulunmaktadır. Öncelikle, yüklenici tarafından inşaatı tamamlanan binanın, arsa sahibine teslim edilmesi gerekmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından teslimin gerçekleştiğinden bahsedilebilmesi için, öncelikle sözleşmeye konu binanın tamamlanması ve binada arsa sahibine isabet edecek bağımsız bölümlerin arsa sahibinin kullanımına sunulması gerekmektedir. İkinci şart ise, teslim edilen yapının ayıplı olmasıdır. Son olarak, teslim alınan yapı üzerinde arsa sahibinin muayene ve ihbar yükümünü yerine getirmesi gerekmektedir.

Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici kural olarak her türlü sorumluluktan kurtulmaktadır. Ancak, yüklenici tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam etmektedir. İş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ettiği takdirde ve eserde sonradan ortaya çıkan ayıbı gecikmeksizin iş sahibine bildirmediği takdirde eseri kabul etmiş sayılmaktadır.

Yüklenici tarafından ayıplı eser meydana getirilmesi halinde arsa sahibine kanuni düzenleme ile bir takım seçimlik haklar tanınmıştır. Borçlar Kanunu 475. maddesinde sayılan yüklenici tarafından ayıplı olarak meydana getirilen esere karşı arsa sahibinin seçimlik haklarından sözleşmeden dönme ve eserin ücretsiz olarak onarılmasını talep etme hakları belirli şartlara bağlanmış, ayıplı eserin bedelinin indirilmesi ise herhangi bir şarta tabi tutulmamıştır.

Gerçekten de, Borçlar Kanununda, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, yapıdaki ayıpların arsa sahibini kabule zorlanamayacağı derecede önemli olması ile binanın yıkılmasının aşırı bir zarara yol açmaması şartları birlikte aranmıştır.

Eserin ücretsiz olarak onarılmasını talep hakkı ise, eserin objektif olarak onarılmasının mümkün olması ve eserin onarımının aşırı bir masraf gerektirmemesi şartlarına tabi tutulmuştur.

Bedel indirimi talebine ilişkin, kanun koyucu tarafından herhangi bir şart konulmamıştır. Arsa sahibinin seçimlik haklarının dışında genel hükümlere göre tazminat hakkı bulunduğu ancak seçimlik haklardan farklı olarak tazminat talebinde müteahhidin kusurlu olması aranmıştır.

Ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik hakların arsa sahibi tarafından kullanılmasını kısıtlayan bazı haller bulunmaktadır. Buna göre arsa sahibi inşaattaki ayıba kendisi sebep oldu ise, gizli ayıplar haricinde eseri zımnen yahut açık bir şekilde kabul etti ise son olarak da, TBK m.478'de belirtilen zamanaşımı sürelerine riayet etmediyse, artık TBK 475'de belirtilen seçimlik haklarını kullanamayacaktır.

## KAYNAKÇA

**Altaş, Hüseyin:** Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

**Akça, Merve:** Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Dolayı Sözleşmeden Dönme Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.

**Aktürk Yücer, İpek:** Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözdem Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara 2012.

**Antalya, Gökhan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.

**Aral, Fahrettin:** Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

**Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

**Arat, Ayşe/Akçaal, Mehmet:** 20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Durumuna Etkisi, SÜHFD, s.367-396.

**Atamulu, İsmail:** Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014..

**Ayan, Serkan:** İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

**Aybay, Aydın:** Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, İstanbul 2016.

**Aydemir, Efrail:** Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

**Aydın, Gülşah Sinem:** Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi Ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, 2019, Sa.1, 417-452.

**Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan:** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara 2014.

**Burcuoğlu, Haluk:** Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılması İçin Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990.

**Büyükkay, Yusuf:** Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

**Cansel, Erol/Özel, Çağlar:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, Ankara 2017.

**Doğan, Murat/Şahan, Gökhan/Atamulu,İsmail:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı,Ankara 2019.

**Duman, İlker Hasan:** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

**Durak, Yasemin:** Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6 (Özel Sayı), 2015, s.207-252.

**Enli, İsa:** Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İşi Teslim Borcu ve Temerrüdü, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

**Erdoğan, İhsan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.

**Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

**Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.(Eren Genel)

**Erman, Hasan:** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul 2010.

**Erman, Hasan:** İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2). İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1979.

**Ertaş, Şeref:** Eşya Hukuku, Fakülteler Yayınevi, İzmir 2015.

**Erzurumluoğlu, Erzan:** Sözleşmeler Hukuku(Özel Borç İlişkileri), Ankara 2015.

**Gökyayla, Emre:** Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

**Güleç, Şafak:** Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Ankara 2009.

**Gümüş, Mustafa Alper:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

**Gür, Mustafa:** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, İzmir 2017.

**Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre:** Borçlar Kanunu Genel Bölüm, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2011.

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

**İnal Emrehan:** "Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2012, cilt.LXX, s.245-275.

**Kaplan, İbrahim:** İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

**Karadaş, İzzet:** Eser (İnşaat) Yapım Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

**Karahasan, Mustafa Reşit:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2002.

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

**Kılıçoğlu, Ahmet:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

**Kırca, Çiğdem:** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 2007, s.77-98.

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

**Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem-Sözleşme, C.1, İstanbul 2010.

**Kostakoğlu, Cengiz:** İctihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Yayınları, İstanbul 2010.

**Kuntalp, Erden:** Karışık Muhtevalı Akit(Karma Sözleşme), Ankara 2013.

**Kurşat, Zekeriya:** İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2014.

**Kurt, Leyla Müjde:** Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

**Kuru, Baki:** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2011.

**Nart, Serdar:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler, Ankara 2014.

**Nomer, Haluk:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

**Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

**Ormancı Altınok, Pınar:** Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2011.

**Oy, Osman/Haşal, Tahsin Emre:** Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.

**Öz, Turgut:** İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

**Özcan, Zeynep:** Kamu İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıplı İfası ve Temerrüdü, Ankara 2018.

**Özer, Serhat:** İnşaat Sözleşmelerinden Doğabilecek Uyuşmazlıkların Alternatif Hukuki Çözüm Yolları, Ankara 2012.

**Özmen, Etem Saba / Akçura-Karaman, Tuba:** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88. S. 1, 2013, s.53.

**Reisoğlu, Sefa:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul 2014.

**Rona, Serozan:** Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

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

**Seçer, Öz:** Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara 2016.

**Seliçi, Özer:** İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978.

**Selimoğlu, Yaşar Engin:** İstisna(Eser) Sözleşmesi, Ankara 2010.

**Sütçü, Nezi:** Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

**Şahin Turan:** Borçlar Kanunu Ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C.I, Sa.2, Yıl 2011, s.135-157.

**Şahin, Turan:** Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

**Şahiniz, Cevdet Salih:** Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

**Şen, Mustafa Serhat/Şen, Mustafa Kamil:** Eser(İnşaat Yapım) Sözleşmelerinde Zamanaşımı ve Uygulamaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

**Şenocak, Zarife:** Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.

**Tandoğan, Haluk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C: II, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010.

**Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017.

**Tokbaş, Hakan/Üçışık Fehim:** Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016, Ankara 2016. s.109-117.( **İnal, Emrehan:** Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinin Alıcı-Tüketici Bakımından Arz Ettiği Özellikler) (İnal Tüketici)



**Turanboy, Asuman:** Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatdakt Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, s.151-189.

**Tunçomağ, Kenan:** Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.2, İstanbul 1977.

**Uçar, Ayhan:** İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003.

**Usta, Oğuz:** Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Ankara 2017.

**Uzun Kazmacı, Özge:** “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin ve Özellikle Mimari Projelerde Mimarinin Ayıp Sebebiyle Sorumluluğu”, İnşaat Sektöründe Mimari Haklar, Sempozyum 11 Nisan 2014, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

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

**Yaşar, Halis:** Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde 3. kişinin hak ve sorumlulukları, TBB Dergisi 2012, s.289-321.

**Yavuz, Cevdet:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş, İstanbul 2014.

**Yavuz, Nihat:** Ayıplı İfa, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014. (Yavuz İfa)

**Yener, Mehmet Deniz:** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011.

**Yeniocak, Umut:** Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014.

**Yıldırım, Sümeyye Hilal:** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara 2011.

**Yılmaz, Halil:** Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulaması, Ankara 2007.

**Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

