

T.C.

İstanbul Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

**ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT
SÖZLEŞMELERİNDE AYIP**

Semih YÜNLÜ

2501120665

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Emrehan İNAL

İstanbul 2014



Y Ü K S E K L İ S A N S
T E Z O N A Y I

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : SEMİH YÜNLÜ

Numarası : 2501120665

Anabilim/Bilim Dalı : ÖZEL HUKUK

Danışman: DOÇ.DR.EMREHAN İNAL

Tez Savunma Tarihi : 27.06.2014

Tez Savunma Saati: 10.30

Tez Başlığı : ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE AYIP

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, soruların sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ.DR.SALİH ŞAHİNİZ		KABUL
2- DOÇ.DR.EMREHAN İNAL		KABUL
3- DOÇ.DR.ZEKERİYA KURŞAT		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ.DR.MURAT İNCEOĞLU		
2-YRD.DOÇ.DR.AYÇA AKKAYAN		

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE AYIP

Semih YÜNLÜ

ÖZ

“Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp” isimli bu tezde, öncelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin genel yapısı incelenmiştir. Bu kapsamda, sözleşmeye ait şekil, sözleşmenin hukuki niteliği, tarafların borçları, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin uygulamadaki çeşitleri, ve diğer temel konular incelenmiştir. İkinci bölümde, bu sözleşmelerde yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğunun ve sorumsuzluğunun şartları ele alınmıştır. Son bölümde ise arsa sahibinin ayıba ilişkin hakları incelenmiştir.

Konunun anlaşılabilmesi açısından, çalışmada çok sayıda Yargıtay kararı bulunmaktadır. Tartışmalı noktalarda doktrindeki görüşler belirtilmiştir. Gereken yerlerde eski ve yeni kanun hükümleri karşılaştırılmıştır. Son kısımda ise sonuç başlığı altında çalışmadan elde edilen sonuç özetlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arsa Payı, İnşaat, Ayıp.

DEFECT IN CONSTRUCTION CONTRACTS IN RETURN FOR LAND SHARE

Semih YÜNLÜ

ABSTRACT

In this thesis, called “Defect In Construction Contracts In Return For Land Share”, firstly, general structure of construction contracts in return for land share is examined. Within this scope, subjects of; form belong to contract, legal character of the contract, obligations of parties, types of construction contracts in return for land share in practice and other main subjects are examined. In second section, conditions of responsibility and irresponsibility of contractor are tackled. In the last section, rights related to defect of land owner are examined.

For comprehensibility of the subject, there are so much Supreme Court decisions in this work. Dictums in doctrine are implied in controversial points. In required points former and current code provisions are compared. In last place, under the title of result, results obtained from this work are summed.

Key Words: Land Share, Construction, Defect.

ÖNSÖZ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ülkemizde gerek inşaat sözleşmeleri uygulaması bakımından gerek inşaat hukuku bakımından son derece geniş ve önemli bir konuma sahiptir. Bu durum konuyla ilgili Yargıtay kararlarının çok oluşuyla da kendini açıkça göstermektedir.

“Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp” isimli bu çalışmamızda bu sözleşmeler bünyesinde ortaya çıkan en önemli hususlardan biri olan ayıp hususu incelenmektedir. Bu kapsamda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıp kavramı, yüklenicinin ayıplardan sorumlu tutulabilmesinin şartları ve arsa sahibinin ayıp karşısındaki seçimlik hakları incelenmiş, konuyla ilgili Yargıtay uygulamaları işlenmiştir.

Bu vesile ile, ders aşamasında konuyla ilgili derslerinden ve bilgilerinden yararlandığım Prof. Dr. Hasan ERMAN ve Doç. Dr. Bilgehan ÇETİNER’e, bu çalışma süreci içinde kendisiyle yıl içerisinde YYÜ Hukuk Fakültesi’nde Borçlar Hukuku Özel Hükümler dersi kapsamında çalışma imkanı da bulduğum tez danışmanım Doç. Dr. Emrehan İNAL’a, aynı şekilde YYÜ Hukuk Fakültesinde kendisiyle çalışma imkanı bulduğum ve konuyla ilgili bir çok noktada görüşlerinden yararlandığım hocam Doç. Dr. C. Salih ŞAHİNİZ’e, yine Doç. Dr. Zekeriya KURŞAT başta olmak üzere konuyla ilgili sorularımı cevapsız bırakmayan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ndeki hocalarıma ve yardımda bulunan Araştırma Görevlisi arkadaşlarıma, tezin teslim aşamasında savunma dönemi yoğunluğunda Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde fazlasıyla vakit ayırıp tüm işlemlerde yardımcı olanlara teşekkür etmek isterim.

İçindekiler

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
Önsöz	v
İçindekiler	vi
Kısaltmalar	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI

İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

I. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Kavramı	3
II. Sözleşmenin Hukuki Niteliği	5
A. Tam İki Taraflı Bir Sözleşme Olması	5
B. Karma Tipli Bir Sözleşme Olması	7
C. Geçici-Sürekli Karmaşığı Bir Yapıya Sahip Olması	9
D. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilir Olması	14
III. Şekil	15
A. Genel Olarak	15
B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine Uygulanacak Şekil	16
C. Şekle Aykırılığın İleri Sürülememesi	19
IV. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Uygulamada Yer Alan Çeşitleri	22
A. Genel Olarak	22
B. Tüm Devir İşlemlerinin En Başta Yapıldığı Sözleşmeler	23
C. Arsa Paylarının İnşaatın Ulaştığı Seviyeye Göre Kısım Kısım Devredileceği Sözleşmeler	25
D. Yapının Tamamlanıp Tüm Bağımsız Bölümlerin Teslim Edildiği Durumda Arsa Paylarının Devredileceği Taahhüt Edilen Sözleşmeler	25
V. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Diğer Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması	26

A. Eser Sözleşmesi	26
B. İnşaat Sözleşmesi.....	28
C. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi.....	30
VI. Tarafların Karşılıklı Borçları	32
A. Yüklenicinin Borçları	33
1. Yüklenicinin Yapıyı Teslim Borcu.....	33
2. Yüklenicinin Sadakat Borcu	36
3. Özen Borcu	38
a. Yüklenicinin Yapıyı Bizzat İnşa Etmesine İlişkin Özen Borcu	39
b. Yüklenicinin İnşa İşinde Kullandığı Malzemelere İlişkin Özen Borcu	41
B. Arsa Sahibinin Borçları	43
1. Arsa Paylarını Devir Borcu.....	43
2. Sözleşmenin Yerine Getirilebilmesi İçin Üzerine Düşen Yükümlülükleri Yerine Getirme Borcu.....	46

İKİNCİ BÖLÜM

YÜKLENİCİNİN AYIPLI İFA NEDENİYLE SORUMLULUĞU

I. Yüklenicinin Ayıp Nedeniyle Sorumluluğunun Şartları	48
A. Yapının Teslim Edilmiş Olması	48
B. Yapının Ayıplı Olması.....	53
1. Genel Olarak	53
2. Ayıp Kavramı	53
a. Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerdeki Eksiklikler	55
b. Yapıda Bulunması Gerekli Niteliklerdeki Eksiklikler	57
3. Ayıp Çeşitleri.....	59
a. Açık Ayıp-Gizli Ayıp	59
b. Tam Önemli Ayıp-Daha Az Önemli Ayıp	63
c. Maddi Ayıp-Hukuki Ayıp	65
d. Asli Ayıp-İkincil(Tali) Ayıp	67

4. Eksik İş/Ayıp Ayrımı.....	69
C. Gözden Geçirme Ve Bildirim Külfetlerinin Yerine Getirilmiş Olması.....	73
1. Genel Olarak.....	73
2. Gözden Geçirme Külfeti.....	75
3. Bildirim Külfeti.....	79
a. Genel Olarak.....	79
b. Bildirimin Süresi.....	81
c. Bildirimin İçeriği.....	83
d. Bildirim Şekli.....	84
II. Yüklenicinin Sorumluluğunu Kaldıran Haller.....	86
A. Ayıbın Arsa Sahibine Yüklenebilecek Nedenlerden Kaynaklanması.....	86
1. Ayıbın Arsa Sahibinin Talimatlarından Kaynaklanması.....	86
2. Ayıbın Herhangi Bir Şekilde Arsa Sahibine Yüklenebilmesi.....	90
B. Eserin Kabulü.....	93
III. Zamanaşımı.....	96

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA SAHİBİNİN AYIP KARŞISINDAKİ HAKLARI

I. Genel Olarak.....	101
II. Sözleşmeden Dönme Hakkı.....	105
A. Genel Olarak.....	105
B. Sözleşmeden Dönme Kavramı.....	110
C. Dönme Hakkının Kullanılabileceği Durumlar.....	113
1. Yapının Arsa Sahibince Kullanılmayacak Olması.....	113
2. Arsa Sahibinin Hakkaniyet Gereği Yapıyı Kabule Zorlanamayacak Olması.....	115
D. Dönme Hakkının Kullanılmaması.....	117
III. Bedelin İndirilmesini Talep Hakkı.....	120
A. Genel Olarak.....	120
B. İndirilecek Bedelin Hesaplanması.....	125

IV. Ücretsiz Onarım İsteme Hakkı	130
A. Genel Olarak.....	130
B. Özel Şartlar	135
1. Onarımın Mümkün Olması.....	135
2. Aşırı Masrafı Gerektirmemesi	136
C. Yüklenicinin Onarımdaki Temerrüdü.....	139
D. Arsa Sahibinin TBK Md. 473/2 Hükümünü Kullanması	141
V. Tazminat Hakkı	143
Sonuç.....	147
KAYNAKÇA.....	153

Kısaltmalar

a.g.e.	: Adı geçen eser
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AVM	: Alışveriş Merkezi
Ayr.	: Ayrıca
BATİDER	: Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi
bel.	: Belediye
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
bs.	: Bası
C.	: Cilt
cm.	: Santimetre
com.	: Commercial
Değ.	: Değişik
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DİK	: Devlet İhale Kanunu
dn.	: Dipnot
Dr.	: Doktor
E.	: Esas(lı)
gov.	: Government

HD.	: Hukuk Dairesi
http.	: Hyper Text Transfer Protocol
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HMT	: Hukuki Müzakere toplantısı
HSYK	: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
İK	: 3194 sayılı İmar Kanunu
İnc.	: İnceleyiniz
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar(1)
K.İ.B.	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
KİK	: Kamu İhale Kanunu
Karş.	: Karşılaştırınız
md.	: Madde(si)
Ör.	: Örneğin
Prof.	: Profesör
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SDÜ	: Süleyman Demirel Üniversitesi
Sh	: Sahife

sk.	: sayılı kanun
sy.	: Sayılı
szt.	: Son ziyaret tarihi
T.	: Tarih(li)
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
Tdk	: Türk Dil Kurumu
TL	: Türk Lirası
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
tr.	: Turkish Republic
t.y.	: Basım tarihi yok
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
Vd.	: Ve devamı
vs.	: vesaire
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
y.y.	: Yayın yeri yok

YYÜHFD : Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

www : World Wide Web

GİRİŞ

Barınma; ihtiyaçlar piramidinin en üst basamağında yer alan güvenlik ihtiyacının en baskın uzantısı olarak değerlendirilebilecek ihtiyaç. Bu ihtiyaç hiç değişmeyecek bile olsa imkanların azalmakta olması, elimizdeki kaynakların ve nüfus artışının kaçınılmaz bir sonucu olarak insanların daha dar alanlarda bir arada yaşamak zorunda kalmasıyla birlikte, bilindiği üzere kat mülkiyeti kavramının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu durumun sonucunda ve kapsamında, inşaat hukuku açısından ortaya çıkan bir diğer çözüm yöntemi ise “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” olarak da bilinen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleridir. Bu sözleşmeler ülkemiz uygulamasında önemli yer tutmaktadır. Zira Yargıtay kararları incelendiği takdirde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin kararların çokluğu ve çeşitliliği de bu durumu ortaya koymaktadır. Hatta belki de bu durum arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin özel hukuksal ve teknik düzenlemelerin yapılmasını gerektirecek noktadadır.

Söz konusu bu çalışmamızda ise, gerek satış sözleşmesinde gerekse de eser sözleşmelerindeki en önemli noktalardan biri olan “ayıp” hususu üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda ayıp kavramının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerindeki görünümü (satış ve eser sözleşmeleri kıyasen uygulanmak üzere) Yargıtay kararlarına sık sık başvurulmak suretiyle incelenecektir.

Çalışmamızın ilk bölümünde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kavramı, sözleşmeye uygulanacak şekil meselesi, hukuksal nitelendirme, tarafların karşılıklı borçları, uygulamada en çok yer alan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi türleri ve son olarak da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin uygulamadaki benzer sözleşme türleriyle karşılaştırılması başlıkları ele alınacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise öncelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ayıba karşı sorumluluğunun doğması için gereken şartlar üzerinde durulacak, bu kapsamda inşaatın teslimi, ayıp, muayene ve bildirim külfetleri gibi hususlar üzerinde durulacaktır. İkinci bölüm kapsamında daha sonra ise yüklenicinin yapıdaki ayıplardan doğan sorumluluğunun ortadan kalkması için

gerekli şartlar incelenecek, bu doğrultuda kabul, ayıbın arsa sahibinden kaynaklanmış olması ve zamanaşımı hususları değerlendirilecektir.

Çalışmamızın son bölümünde ise arsa sahibinin inşaattaki ayıplar karşısındaki yükleniciye karşı ileri sürebileceği haklar incelenecek olup, sözleşmeden dönme, ayıp oranında bedelden indirim, ücretsiz onarım isteme ve son olarak da genel hükümlere göre tazminat isteme hakları üzerinde durulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI

İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

I. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Kavramı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, uygulamadaki yaygınlığı itibariyle inşaat sözleşmeleri içinde çok önemli ve geniş bir yere sahiptir¹. Bu sözleşmeler uygulamada, doktrinde ve buna paralel olarak Yargıtay kararlarında genellikle “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” ve “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” olarak adlandırılmaktadır². Farklı isimlendirmeleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte, çalışmamızda bu sözleşme arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak ele alınacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri gerek yükleniciler(müteahhit) gerekse arsa sahipleri açısından sahip oldukları avantajlar dolayısıyla özellikle ülkemiz uygulamasında çok önemli bir konumdadır. Aşağıda daha ayrıntılı inceleneceği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ülkemiz sosyo-ekonomik yapısına göre modellenmiş ve karşılıklı olarak en yüksek faydayı karşılayan bir sözleşme türü olduğu belirtilebilir. Şöyle ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ile hem arsa sahipleri hem de yükleniciler, klasik anlamda bir inşaat sözleşmesine oranla çok büyük masraflardan kurtulmaktadırlar. Bu şekilde arsa sahipleri, inşa edilmesini istedikleri bina için malzeme, işçilik gibi giderlerden kaçınabilmektedirler.

¹ Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2010, s.1; Etem Saba Özmen/Tuba Akçura Karaman, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 87, S. 1, 2013, s. 47; Halis Yaşar, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak ve Sorumlulukları”, **TBB Dergisi**, S. 102, Eylül-Ekim 2012, s. 289; Arzu Genç Arıdemir, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan “İlave İşler Ve İlave Bağımsız Bölümler” Sorunu Bakımından Hukuki Durum”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 449; İnşaat sözleşmeleri içinde en yaygın olduğu da belirtilmektedir. Bkz.: Zekeriya Kurşat, “İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi: Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan**, Vedat Kitapçılık, Ekim-2004, s. 751.

² Farklı adlandırmalar için bkz. Yarg. 15. HD. 16.09.2009 T., 2008/4352 E., 2009/4755 K.: “...*Davacı yüklenici, kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak tapu iptali ve tescil talebinde bulunmuştur...*” (K.İ.B.) ve Yarg. 15. HD. 28.09.2010 T., 2009/3593 E., 2010/4847 K.: “...*Yüklenici şirketle davacılar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geriye etkili sonuç doğurur şekilde fesih olduğuna göre...*”(UYAP mevzuat programı)-(Nezih Sütçü, **Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, C. 2, 2. bs., y.y., Seçkin, 2013, s. 1167.).

Yükleniciler ise benzer şekilde, inşa etmek istedikleri yapının üzerine inşa edileceği arsa için ödenmesi gereken bedelden kaçınabilmektedirler. Görüldüğü üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin iki tarafı olan yüklenici ve arsa sahipleri karşılıklı olarak gelir gider dengesi düşünüldüğünde, en yüksek oranda fayda sağlayan bir sözleşme için iradelerini birleştirmiş olmaktadır.

Uygulamada da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri sosyo-ekonomik durum ve koşullar doğrultusunda yukarıda sayılan imkanlar da göz önüne alınarak ortaya konulmaktadır³. Yani, inşaat ile ilgili bilgi, tecrübe ve diğer imkanlara sahip olan yüklenici ile genellikle elde etmek istediği bina için elinde arsasından başka bir imkan, bilgi, tecrübe ve en önemlisi de para olmayan arsa sahibi arasında yapılan bu sözleşme, elde edilmek istenen sonuçlar bakımından (arsa sahibini yapım masraflarından ve tecrübe ile bilgi eksikliğinden, yükleniciyi ise inşaat için gerekli arsa ihtiyacından kurtarmak suretiyle) her iki taraf açısından da çok makul bir çözüm sunmaktadır.

Belirtilen tüm bu nedenlerden dolayı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri güncel inşaat hukuku pratiğinde önemli bir yer tutmaktadır. Uygulamadaki bu kapsamlı yapısı ve durumu, özellikle Yargıtay kararlarındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin kararların çok oluşuyla da kendini göstermektedir⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, tarafların borçları bahsinde de inceleneceği üzere, yüklenici esas olarak bir binayı arsa sahibinin arsasına inşa etme borcu altına girerken arsa sahibi ise belirli arsa paylarını devrini üstlenmektedir. Bu bakımdan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri “...*arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında, müteahhide devretmeyi taahhüt etmesidir...*”⁵ şeklinde tanımlanabilir.

³ Yarg. 15. HD., 25.12.1975 T., 1975/4714 E., 1975/5159 K.: “...*Yurdumuzda giderek kentleşmenin hızlanması, bu tür sözleşmelerin geniş uygulama alanı bulmasına neden olmuştur...*” (K.İ.B.).

⁴ İncelendiğinde gerçekten de Yargıtay’ın başta 15. dairesi olmak üzere 14., 23. dairelerin ve Genel Kurul’un çok sayıda kararlarının olduğu görülmektedir. Bu durum da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin uygulamadaki yaygınlığı ve önemi konusunda bilgiler vermektedir.

⁵ Erman, **İnşaat**, s. 1.

II. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesi, gerek şekle ilişkin gerekse esasa ilişkin belirlemelerin yapılabilmesi bakımından sözleşmenin hukuksal nitelendirilmesinin yapılması gerekmektedir. Ayrıca bu nitelendirilmenin yapılması bakımından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin kanunda açıkça düzenlenmiş sözleşmelerden olmaması ayrı bir önem arz etmektedir⁶. Bu nedenlerle, aşağıda doktrin ve Yargıtay uygulamasının bakış açısıyla incelenerek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin hukuksal nitelendirilmesi üzerinde durulacaktır.

A. Tam İki Taraflı Bir Sözleşme Olması

Bilindiği üzere, sözleşmeleri tarafları açısından tek taraflı, iki taraflı ve çok taraflı olmak üzere üç kısımda incelemekteyiz⁷. Buna göre, bağışlama vaadi, kefalet gibi sözleşmenin yalnız bir tarafına borç yükleyen sözleşmeler tek taraflı sözleşmeler olarak adlandırılırlar⁸. Bunun yanında, her iki tarafın da borç altına girdiği sözleşmeler ise iki taraflı sözleşmeler olup, bu sözleşmelerdeki edimlerin karşılıklı olarak değişim ilişkisi içerisinde olduğu, tarafların karşılıklı olarak borçlu ve alacaklı sıfatlarına sahip olduğu iki taraflı sözleşmeler ise “tam iki taraflı sözleşmeler” olarak nitelendirilirler⁹.

⁶ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin uygulamadaki önemi ve yaygınlığı nedeniyle kanunda düzenlenmemiş olmasının eksiklik teşkil ettiğine ilişkin raporlar için bkz.: HSYK-HMT, Tekirdağ, 2013, s. 7. “...Her ne kadar eser sözleşmeleri Türk Borçlar Kanununun da açıkça düzenlenmişse de, uygulamada eser sözleşmesinin çok büyük bir kesimini teşkil eden ve milyonlarca insanı doğrudan ilgilendiren arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, açıkça ve ayrı olarak bu kanunda düzenlenmemiş olması çok büyük bir eksiklik olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle olası bir kanun değişikliği kapsamında bu hususunun değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir...” (<http://hmt.hsyk.gov.tr/toplantilar/2013/adli-yargi/guz/tekirdag/raporlar/%C3%96zel%20Hukuk%207.%20Grup.pdf>) ve HSYK-HMT, Samsun, 2013, s. 8. “Kat karşılığı inşaat ve gayrimenkul satış vaadi sözleşmelerinin yaygınlığı, bu sözleşmelerden doğan uyumsuzluk sayısının çokluğu, sözleşmenin karma niteliği itibariyle Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin düzenlemelerinin yetersiz kalmasından ötürü ayrı bir yasa ile düzenlenmesinin gerektiği...” (<http://hmt.hsyk.gov.tr/konular/adli-yargi/ozel-hukuk/3-tasinmaz-hukuk/4.pdf>) szt.: 01.05.2014.

⁷ Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 53; Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt Ve Müsbet Zararın Tazmini**, İzmir, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1995, s. 3.

⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 53.

⁹ Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. I, 6. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 98; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi, belirli arsa paylarını yükleniciye devir borcu altına girmekte, buna karşılık yükleniciden, daha önceden sayısı da dahil olmak üzere sair hususları üzerinde anlaşma sağladıkları bağımsız bölümlerin(veya payların¹⁰) inşası ve teslimini talep etmektedir¹¹.

Yine aynı şekilde yüklenici ise en azından kararlaştırılmış olan bağımsız bölümlerin ve ortak kısımların inşasını tamamlayıp, arsa sahibine teslim etme borcu altına girerken, alacaklı sıfatıyla ise arsa sahibinden, yine daha önce kararlaştırılmış olan arsa paylarının devirlerini talebe hak kazanacaktır¹². Dolayısıyla yüklenici taşınmazın bağımsız bölümlerini ve arsa sahibine ait olacak kısımları inşa ve teslim etmekle, sözleşmede kendine ait olacak bağımsız bölümlerin, örneğin iç kısımlarını tamamlamadan da arsa paylarına sahip olabilecektir. Ancak eksiklikler her ne kadar kendisine ait olacak bölümlerde olsa dahi, sözleşmede tamamen inşanın bitmesi hususunun kararlaştırıldığı durumlarda veya böyle bir durum olmamakla birlikte kalan inşa işi arsa sahibinin yapıyı kullanmasına engel teşkil edecek veya hatta arsa sahibine rahatsızlık verecek nitelikte ise henüz yüklenicinin borcunun tam olarak ifa edilmemiş olduğunun kabul edilmesi uygun olacaktır.

Görüldüğü üzere aynı sözleşmesel ilişki kapsamında hem yüklenici hem de arsa sahibi belli borçlar altına girmekte, doğal olarak aynı şekilde her iki taraf da bu sözleşmede alacaklı konumunda yer almaktadır. Diğer bir deyişle, taraflardan her birinin üzerine düşen edimi(alacak ve borç ilişkisi bakımından) diğerinin karşılığını

a.g.e., s. 53; Ali Naim İnan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 84; Ayrıca, iki taraflı sözleşmelerin diğer türü olan eksik iki taraflı sözleşmelerde ise taraflardan birisi esas edimle daimi borçlu olmakta iken diğer taraf ise yalnızca bazı hallerde borçlu konumunda olmaktadır. Diğer taraftan, hukukumuzda çok taraflı sözleşmelere örnek olarak ise ortaklık gösterilebilir. Bkz.: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 54.

¹⁰ Bu noktada belirtmek gerekir ki, taraflar uygulamada çoğunlukla birden fazla bağımsız bölüm içeren projeler üzerinden bağımsız bölümlerin paylaşılmasına dair anlaşmalar yapmaktadırlar. Ancak taraflar tek bir yapının (ör. AVM) paylı mülkiyet şeklinde paylaşılabilceğini de somut olayda kararlaştırabilirler.

¹¹ Köksal Kocağa, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve “İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu”, **TBB Dergisi**, S. 85, 2009, s. 86; Özmen/Karaman, **a.g.e.**, s. 47; Erman, **İnşaat**, s. 1; Yaşar, **a.g.e.**, s. 291; Yarg. 14. HD., 04.07.2007 T., 2007/7962 E., 2007/8738 K.: “...Burada yüklenicinin borcu, arsa sahibine ait arazi üzerine sözleşmesine, amaca ve fenne uygun bir bina imal ederek, arsa sahibine teslim etmek, arsa sahibinin temel borcu ise, kendisine teslim edilen binadan sözleşmeyle yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümler tapu kaydını ona aktarmaktır...”. (K.İ.B.).

¹² Erman, **İnşaat**, s. 33-52.

oluşturmakta, her iki taraf da aynı sözleşme kapsamında hem alacaklı hem de borçlu konumunda bulunmaktadır. Bu şekilde taraflar aynı sözleşmesel ilişki kapsamında karşılıklı olarak hem alacaklı hem de borçlu sıfatlarına sahip olduklarından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tam iki taraflı sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir¹³. Sözleşmenin bu nitelendirilmesi bakımından tartışma bulunmamaktadır.

B. Karma Tipli Bir Sözleşme Olması

Bilindiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş bir sözleşme türü değildir¹⁴. Diğer bir deyişle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanunu'nun özel kısmında yer alan diğer kira, eser, bağışlama vs. gibi sözleşmelerin aksine tek ve özel bir sözleşme türü olarak düzenlenip sınırları çizilmiş sözleşmeler değildir. Bu açıdan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kendi yapıları içinde incelenmeleri gerekmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tekrar değinileceği üzere bünyesinde Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşme türlerinden hem taşınmaz satışına hem de eser sözleşmesine ilişkin hükümler içermektedir¹⁵. Kısacası, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kanunda yer alan farklı sözleşme türlerinin bir araya

¹³ Sanem Aksoy Dursun, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı Ve Kavramın Ayıplı İfadeler Farkları", **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 9, S. 101, Mayıs 2011, s. 1845; Erman, **İnşaat**, s. 4; İbrahim Kaplan, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 272; Kemal Kamber, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, Y. 54, 1997, s. 36; Şeref Ertaş, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak Ve Borçların Devri", **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, s. 80; Özgür Katip Kaya, **Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1993, s. 63; Yarg. 14. HD. 19.04.2002 T., 2002/2697 E., 2002/3044 K.: "...Kural olarak, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek, yüklenici edimini yerine getirdiğinde edimi karşılığı kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu devretmekle yükümlüdür. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edim borcu ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektedir..." (K.İ.B.).

¹⁴ Erman, **İnşaat**, s.1; Serkan Ayan, **İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 39.

¹⁵ Bkz.: Hasan Erman, **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK.365/2)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s. 23; Erman, **İnşaat**, s. 4.

getirilmesi sonucu oluşmaktadır. Belirtilen nedenlerle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri karma yapıya sahip sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir¹⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri gibi karma yapıya sahip sözleşmeler, hukukumuzdaki sözleşme serbestisinin bir sonucu olan “tip serbestisi¹⁷” sayesinde ortaya konulmaktadır¹⁸. Benzer şekilde taraflar, bu sözleşme ve tip serbestisini kullanmak suretiyle ve hukuk sisteminin çizmiş olduğu gerek şekle, gerekse esasa ilişkin sınırlar içerisinde kalmak şartıyla bu tarz farklı içerikli sözleşmeler yapabileceklerdir¹⁹. Buna ilişkin olarak diğer bir deyişle belirtilebilir ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri gibi karma tipli sözleşmeler kanunda düzenlenmiş sözleşme türlerine ait unsurların “*kanunun öngörmediği biçimde*” bir araya getirilmesiyle oluşmaktadır²⁰.

Değindiği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yapılırken ne yalnızca bir taşınmaz yapının inşası ne de tek başına bir taşınmaz satışı amaçlanmakta, yüklenicinin belirlenen binanın inşasına ilişkin borcuna karşılık, arsa sahibinin arsa paylarının devri borcu altına girdiği bir sözleşme ortaya konulmak istenmektedir. Sonuç olarak, belirtilen nitelikleri itibarıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, bünyesinde eser(istisna) ve taşınmaz satış sözleşmelerine ilişkin hükümler içeren “*çift tipli karma*” yapıya sahip bir sözleşme türüdür²¹. Dolayısıyla arsa payı karşılığı

¹⁶ Safa Reisoğlu, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar”, **BATİDER: Prof. Dr. Seza Reisoğlu’na Armağan**, C. XXIV, S. 2, y.y., 2007, s. 5; Ertaş, **a.g.e.**, s. 80; Erman, **İnşaat**, s. 4.

¹⁷ Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 77.

¹⁸ Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 11. Baskı, İstanbul, Beta, 2012, s. 482; Haluk Nami Nomer/Baki İlkay Engin, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi: Özel Borç İlişkileri**, C. I: Satış Sözleşmesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 16.

¹⁹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 207.

²⁰ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri C. II**, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 69.

²¹ Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 11; Sezer Özyörük, **İnşaat Sözleşmesi: Yapısı-Feshi Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları**, y. y., Kazancı Hukuk Yayınları, 1988, s. 4.; M. Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi Ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 6; Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 1845; Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, 1999, s.102; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel İlişkileri**, 9. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 54; Erman, **İnşaat**, s. 4 vd; İlker Hasan Duman, **100 Soruda İnşaat Hukukuna Giriş: Staj Eğitim Merkezi Ders Notları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2011, s. 21; Çift tipli karma yapıya sahip olduğuna ilişkin bkz.: YHGK 09.06.1982 T., 1979/15-1613 E., 1982/565 K.: “...Görülyüyor ki, davalının edimi (borcu) eser sözleşmesinin (İstisna Akdinin) ; Davacının karşı edimi ise, taşınmaz satış vaadi

inşaat sözleşmelerinde çıkmış veya çıkabilecek uyuşmazlıkların bu sözleşme tiplerine ilişkin hükümlere göre çözülmesi gerekmektedir²². Sonuç olarak bu sözleşmelere, somut olayda uygun düştüğü ölçüde taşınmaz satışı ve eser sözleşmesine ilişkin maddeler uygulanacaktır. Ayrıca Türk Hukukunda çift tipli karma yapıya sahip sözleşmelerin uygulamada en yaygın kullanılanının da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olduğu belirtilmektedir²³.

C. Geçici-Sürekli Karmaşığı Bir Yapıya Sahip Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin hukuksal yapısının incelenmesinde belki de en önemli husus sözleşmenin ani edimli bir yapıya mı yoksa sürekli edimli bir yapıya mı sahip olduğunun belirlenmesidir. Bu belirleme bakımından doktrinde farklı görüşler yer almaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yüklenicinin taşınmazı teslim etmesi ve arsa sahibinin payları devri açısından bir görüşe göre ani edimli bir borç ilişkisi olarak nitelendirilebilmektedir²⁴. Ani edimli bir borç ilişkisi olduğu yönündeki görüş kapsamında taşınmazın teslimi ve ayrıca arsa paylarının devrinin birer ani edim olmasına dayandırılmakta ve edimin ifası ile borcun sona ermesinin aynı anda gerçekleşmiş olduğu belirtilmektedir²⁵. Ayrıca buna ilişkin olarak, yüklenicinin taşınmazı belirlenen şekilde teslimine kadar geçen sürede yapılan işlerin birer

*sözleşmesinin belirli özelliklerini taşımaktadır. Böylece taraflar arasında, (arsa payı karşılığında kat (apartman) yapımı) diye nitelendirilen çift tipli bir karma sözleşme ilişkisi kurulduğu açıktır...”(Nezih Sütçü, **Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, C. 1, 2. bs., y.y., Seçkin, 2013, s. 64.); Çift tipli karma yapıya sahip niteliği kararlarda açıkça belirtilmektedir. Bkz.: Yarg. 15. HD., 25.12.1975 T., 1975/4714 E., 1975/5159 K.: “...Bu nedenle, bu edim, eser sözleşmesinin belirleyici özelliklerini ve buna karşılık, arsa malikinin karşı edimi, taşınmaz satımı sözleşmesinin belirleyici özelliklerini taşımaktadır. Böyle olunca, arsa payı karşılığında kat yapımını, çift tipli bir karma sözleşme diye nitelemek gerekir...” (K.İ.B.).*

²² Ayan, **a.g.e.**, s. 40; Bu sözleşmelerin içerdiği tipik sözleşmelerin hükümleri uygun düştüğü ölçüde somut olayda uygulanacaktır. Bkz.: YHGK. 23.06.2010 T., 2010/6-341 E., 2010/346 K. : “...Bu sözleşmeler karma akit niteliğindedir ve iki akit türü aynı sözleşmede yer almaktadır. Bu sözleşmeler nedeniyle taraflar arasında uyuşmazlık çıktığı takdirde ortaya çıkan uyuşmazlığın ilgili akit türlerine ilişkin kurullarla çözümlenmesi gerekir...” (K.İ.B.).

²³ Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 46 (Serozan); Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 9; Erman, **İstisna**, s. 23.

²⁴ Bkz.: Erman, **İnşaat**, s. 8; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 486.

²⁵ Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 486.

hazırlık faaliyeti olduğuna değinilmektedir²⁶. Ayrıca yüklenicinin sözleşmedeki tek borcu sayılacak olan teslim borcunun ifasına kadarki sürenin uzunluğunun sözleşmeyi sürekli hale getirmeyeceği ve aynı zamanda alacaklının sözleşmedeki menfaatinin de ancak teslim ile karşılanacağı belirtilmektedir²⁷. Bu görüşün kabulü halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ani edimli borç ilişkilerine uygulanacak hükümler uygulanacaktır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerdeki problemler bu sistem üzerinden çözülecektir.

Ancak, bu görüşlerde sözleşme ilişkisinin yayıldığı sürenin uzunluğu ve tarafların bu süre içindeki karşılıklı borçları, daha da önemlisi inşaat yapımı işinin ve sürecinin kendine özgü yapısı göz ardı edilmektedir. Zira, ne kadar da tarafların borçları(teslim-devir) bürokratik edimlerle yerine getirilebiliyor da olsa²⁸, sözleşme bu işlemlerden çok daha uzun süreler boyunca yürürlükte kalmaktadır²⁹. Tarafların aşağıda³⁰ sayılacak olan, sözleşmeden doğan temel borçlarının dışındaki karşılıklı özen borcu ve sözleşmeyle ilgili diğer bir önemli durum olan karşılıklı devam etmesi gereken güven ilişkisi de buna ilişkin ayrı bir husustur³¹. Örneğin arsa sahibi üzerine yapı inşa edilecek arsayı yükleniciye uygun şekilde bırakmalı ve yüklenicinin teslimden önceki diğer önemli borcu olan inşa borcunu yerine getirebilmesi için yeterli imkanı sağlamalı ve bunu sözleşme süresince devam ettirmelidir. Doğal olarak bunun karşısında sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin borcunu ifa etmesi de uzun bir zaman gerektirmektedir. Bakıldığında gerçekten de yapı inşası

²⁶ Duman, **Giriş**, s. 22; Ayrıca Yargıtay'ın bu yönde verdiği karar için bkz.: Yarg. 14. HD., 21.07.2008 T., 2008/8542 E., 2008/9635 K.: "...Burada hemen vurgulanmalıdır ki, bir binanın tamamlanması demek, o yapının sözleşme hükümlerine, fen ve sanat kuralları ile imar mevzuatına uygun ortaya çıkartılması demektir. Somut olayda olduğu gibi, eser söylenen niteliklere uygun bitirilmemiş, ancak %80 fiziki seviyeye getirilebilmişse, orta yerde meydana çıkartılmış eser yok demektir. Bu özelliğinden dolayı arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri ani edimli sözleşme türündendir. Edimin bütünüyle yerine getirilmesinden evvelki çalışmalar eseri meydana getirme çalışmalarıdır..." (K.İ.B.).

²⁷ Kurşat, **İnşaat**, s. 752.

²⁸ Genel olarak inşaat yapım süreciyle ilgili olarak inc.: "http://www.cankaya.bel.tr/arsiv/bina-yapim-proseduru.xls".

²⁹ Ayr. bkz.: Rona Serozan, "Yeni Borçlar Kanununun'da "İfa Zamanı" Ve "Zamanında İfa Etmeme" Konularında Rastlanan Yenilikler", **Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan: İş Dünyası Ve Hukuk**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 5006, 2011, s. 1081: "...Bilindiği gibi sürekli edimli sözleşmeler edimin sürgit yerine getirdiği ve edimin kapsamının da sözleşmenin süresiyle belirlendiği sözleşmelerdir..."

³⁰ Bkz.: I. Bölüm, VI. Tarafları Karşılıklı Borçları.

³¹ Emre Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 27.

hem idari anlamda hem de teknik anlamda çok uzun süreli ve aşamalı çalışmaların birleşimi olduğu görülmektedir. Bu kapsamda her ne kadar sözleşmeden kaynaklanan alacak ve borçları farklı olsa da taraflar inşaatın tüm bu hukuki ve teknik süreçleri boyunca birlikte ve uyum içinde hareket etmek zorundadırlar. Dolayısıyla bu durum, saf ani edimli nitelendirmesi açısından düşünülmesi gereken hususlardan bir diğeri olarak göze çarpmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bahsettiğimiz bu “güven ilişkisi” unsuru sürekli edimli olarak nitelendirdiğimiz sözleşmelerin doğal bir gereği olarak da karşımıza çıkmaktadır³².

Ayrıca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, kararlaştırılan edimin ifası ile sona eren, saf ani edimli borç ilişkisi olduğu görüşü kabul edilecek olursa, tarafların sözleşme süresince edimlerini inşa edilen taşınmazın seviyesine göre derece derece yerine getireceklerini kararlaştırdıkları arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde durumun ne olacağı ise ayrı bir soru olarak akla gelecektir³³. Şöyle ki, bu durumda taraflar arasında yine tek bir sözleşme söz konusudur. Ancak burada, her ne kadar sözleşmedeki amaç yapının tümüyle bitirilip arsa sahibine teslimi ve daha önce kararlaştırılmış olan arsa paylarının tümünün yükleniciye devri ise de sözleşmede arsa sahibinin ve yüklenicinin edimleri derece derece ifa edilmiş gibi nazara alınmaktadır. Dolayısıyla yapının tamamen bitirilmemiş olduğu durumda sözleşmenin tam olarak ifası edilmiş olması söz konusu olmamakla birlikte, o ana kadar gelinmiş aşamalar doğrultusunda arsa sahibinin ifa etmesi gerekli borçları ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin saf ani edimli olarak nitelendirilmesine getirilecek eleştirilerden biri de bu noktadadır.

Yukarıdaki yapılan açıklamalar doğrultusunda ve yukarıda ileri sürülen görüşler değerlendirildiğinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin saf ani edimli olarak nitelendirilmesinin, bu sözleşmenin yapılacak değişik türlerine uymayacağı görülmektedir. Bu noktalar üzerinden, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin sürekli edimli yapıya sahip olabileceği kısımlar olduğu belirtilmelidir³⁴. Tüm bunların dışında tarafların sözleşme ilişkisi boyunca ve sözleşmenin ifası kapsamında

³² Özer Seliçi, **Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 34 vd.

³³ Erman, **İnşaat**, s. 9.

³⁴ Erman, **İnşaat**, s. 9.

devam ettirmeleri gereken sadakat ve özen borçları ile inşa işinin yapısı gereği tarafların birlikte ve adım adım hareket etmeleri gerektiği hususları da dikkate alınmalıdır.

Bu tartışma bakımından Yargıtay ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçici-sürekli niteliğe sahip olduğunu belirtmiştir³⁵. Bu bakımdan görüldüğü üzere Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin saf ani edimli olarak nitelendirilmesinin aksine sürekli edimli yapısının da var olduğunu kabul etmektedir. Söz konusu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından verilen 1983/3 E., 1984/1 K. ve 25.01.1984 tarihli kararda, istisna sözleşmesinin özel bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin emek ve masrafa dayalı edim borcunun uzun sürelerle yayıldığı belirtilerek, edim borcunun sürekli borç ilişkisi kapsamında da değerlendirilmesi gerektiğine ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin öğretideki baskın görüşte de olduğu üzere “geçici-sürekli karmaşığı³⁶” bir yapıda olduğuna değinilmiştir³⁷.

Bu karar doğrultusunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri (elbette, özellikle yüklenicinin temerrüdü halinde, geçmişe veya ileri etkili fesih yapılmasında somut olayın ve inşaatın tamamlanma oranının da incelenmesi önemli ise de) yapısal açıdan (kararda belirtildiği üzere) kural olarak eser sözleşmeleri ani edimli kabul edilse de sürekli edimli borç ilişkilerine uygulanan hükümlere de tabi olacaktır.

³⁵ Erman, **İnşaat**, s. 9; Emrehan İnal, “Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması”, **İÜHFİM**, C. LXX, S. 1, 2012, s. 257; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 486.

³⁶ Bkz. Emrehan İnal, **Sonuca Katılnalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımılı İnşaat Sözleşmesi**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 166: Terimsel olarak ise geçici-sürekli karmaşığı yerine ani-sürekli karmaşığı ifadesinin daha doğru olacağı belirtilmektedir.

³⁷ Yargıtay’ın geçici-sürekli karmaşığı yapıya sahip olduğuna ilişkin kararı için bkz.: YİBGK 25.01.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K.: “...İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır...” (K.İ.B.)-(RG. Tarih 27.02.1984, Sayı 18325, s. 18): karar uyarınca, sözleşmeler kural olarak geçmişe etkili olacak şekilde sona erecek olmakla birlikte, geçmişe etkili sona ermenin hakkaniyetle bağdaşmayacak sonuçlara neden olması hallerinde ise ileriye etkili sona ermenin kabul edilmesi gerekecektir.

Belirtildiği üzere ani veya sürekli edimli olarak nitelendirme yapılması sözleşmeyi nitelendirirken ve sözleşmeden doğan-doğacak problemlerin çözümünde çok büyük önem arz etmektedir. Bu hususta en önemli noktaların başında, yüklenicinin temerrüdü durumunda, sözleşmenin sona erdirilmesi halinde sözleşmenin geçmişe veya ileriye dönük olarak ortadan kaldırılacak olması gelmektedir³⁸. Eğer arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini ani edimli bir borç ilişkisi olarak düşünürsek, yüklenicinin temerrüdü sonrasında arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmesi halinde, kural olarak sözleşme geçmişe etkili³⁹ olarak ortadan kalkacak iken, sözleşmeyi sürekli bir borç ilişkisi olarak nitelendirirsek ise sözleşme yine kural olarak ileriye dönük olarak ortadan kaldırılmış olacak⁴⁰ ve sona ermenin sonuçları bu duruma göre değerlendirilecektir⁴¹. Bu bakımdan sözleşmenin hukuksal nitelendirilmesi ayrı bir önem arz etmektedir.

Ayrıca dönme hususu aşağıda⁴² da inceleneceği üzere ayıp halinde arsa sahibinin sahip olduğu seçimlik haklardan birisini de teşkil etmekte ve bu noktada da karşımıza çıkmaktadır.

³⁸ M. Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989, s. 16; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 11. bs., İstanbul, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 12; Gürkan Coşkun, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Durumu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 27.

³⁹ Seliçi, **Sürekli**, s. 208.

⁴⁰ Aydın Zevkliler/Şeref Ertaş/Ayşe Havutçu/Murat Aydoğdu/Emre Cumalıoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler**, İzmir, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2013, s. 341.

⁴¹ Erman, **a.g.e.**, s. 9; Sütçü, **İnşaat I**, s. 27; Yarg. 15. HD., 13.03.1997 T., 1996/6770 E., 1997/1356 K.: "...Borçlu temerrüdüne ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından, bu konuda başvurulması gereken, BK'nun 106. maddesindeki genel hükümdür. BK'nun 106. maddesi ise, ani edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdünü düzenlemiş olup, bu maddeye göre sözleşmeden dönme, geriye etkili (*ex tunc*) hukuki sonuç doğurur.

*Eser sözleşmesi de ani edimli sözleşmelerden olmakla birlikte, özel bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ani-sürekli karmaşığı bir nitelik taşımaktadır. Böyle bir sözleşmeden, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle döndüğü anda, yapının tamamlandığı kısmın kapsamı bazen o dereceye ulaşmış olur ki, bu dönmenin geriye etkili sonuç doğurmasını beklemek, iş sahibi lehine, yüklenici aleyhine anormal bir durum meydana getirir. Bu nedenle, Yargıtay Büyük Genel Kurulu 25.1.1984 gün ve 3-1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile anılan durumlarda, haksız sonuçlara varılmasını önlemek, olayın niteliğinin ve özelliğinin haklı gösterdiği hallerde, MK'nun 2. maddesi hükmünü gözeterek, sözleşmenin ileriye etkili (*ex nunc*) sonuç doğuracağını ve dolayısıyla yüklenicinin, inşaatın oranına göre yaptığı işin bedelini ve iş sahibinin de, yüklenicinin kusuruna bağlı "Tüm zararları"ni talep edebileceklerini kabul ederek, taraflar yararına karşılıklı bir denge kurulmuştur..." (K.İ.B.).*

⁴² III. Bölüm, II. Sözleşmeden Dönme Hakkı.

D. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilir Olması

Bilindiği üzere tapu kütüğüne şerh edilebilme yalnızca kanunda açıkça belirtilmiş olan haklar bakımında geçerlidir⁴³. Bundan dolayı kanunun şerh edilebileceğini açıkça belirtmediği haklar tapu kütüğüne şerh edilemeyecektir. Bunun yanı sıra, şerh verilebilecek haklar ekonomik ve sosyal ihtiyaçlar doğrultusunda giderek artmaktadır ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de buna örnek gösterilebilir⁴⁴. Buna göre her ne kadar kanunda açıkça öngörülmüş isimli bir sözleşme tipi olmasa da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kanun koyucu tarafından ismen sayılarak, bu sözleşmeden doğan hakkın tapu kütüğüne şerh edilebileceği düzenlenmiştir⁴⁵.

Bahsi geçen hususu ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tapu kütüğüne şerhine olanak tanıyan hükmü düzenleyen, Medeni Kanun m. 1009/1 şöyledir: “*Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhdilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerhdilebilir.*”.

Kısaca değinmek gerekir ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tapu kütüğüne şerh edildiği takdirde, arsa sahibinin, söz konusu arsayı üçüncü kişilere devretmesi durumunda, yüklenici sahip olduğu kişisel hakları yeni malik olan üçüncü kişiye karşı ileri sürebilecektir⁴⁶. Diğer bir ifadeyle, şerh edilen bu hak aynı etkiyle sonradan hak kazanan tüm üçüncü kişilere ileri sürülür hale gelir⁴⁷. Buna göre üzerine yapı inşa edilmekte olan arsanın kendisine satıldığı üçüncü kişinin sözleşmenin yeni tarafı haline geldiği de ifade edilmektedir⁴⁸. Uygulamada üçüncü

⁴³ Şerh için tarafların anlaşmasının dışında bu hakkın şerhinin mümkün olması da gerekmektedir. Bkz.: Yarg. 15. HD., 03.12.1991 T., 1991/4479 E., 1991/5820 K.: “...Medeni Kanunumuza göre bazı şahsi hakların tapu kütüğüne şerh verilmesi mümkündür. (MK.nun 919) Bir hakkın tapuya şerh verilebilmesi için bu hususun kanunda öngörülmesi ve ayrıca bu konuda sözleşme yapılması gerekir...” (K.İ.B.).

⁴⁴ Suat Sarı, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, **İÜHFİM**, C. LXIV, S. 2, 2006, s. 274 vd.

⁴⁵ Mustafa Alper Gümüş, **Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 113; Reisoğlu, **İnşaat**, s. 8.

⁴⁶ Erman, **İnşaat**, s. 10; Öz, **a.g.e.**, s. 3.

⁴⁷ Coşkun, **a.g.e.**, s. 32.

⁴⁸ Gümüş, **Şerhler**, s. 121; Erman, **İnşaat**, s. 10.

kişinin bu sözleşmenin hükümlerine uymadığı ve inşaaata engel olduğu haller ortaya çıkabilmektedir. Bu durumlarda sözleşmenin yerine getirilmesi arsa sahibinin kusurlu davranışı sonucu yüklenici bakımından bir imkansızlık teşkil etmekte olduğundan devreden arsa sahibinin bu durumun sonuçlarından sorumlu olduğu karara bağlanmıştır⁴⁹. Ancak şerh bu imkansızlığın doğmasını engelleyecek ve yüklenici de sözleşmenin tarafı haline gelmiş olan üçüncü kişiden arsa paylarının devrini isteyebilecektir⁵⁰.

III. Şekil

A. Genel Olarak

Kural olarak hukukumuzda sözleşme ve şekil serbestisi kabul edilmektedir⁵¹. Diğer taraftan ise bir sözleşmenin sağlıklı bir şekilde hayata geçirilebilmesi için, mevcut olduğu takdirde, hukuk sisteminin o sözleşmenin kurulabilmesi için belirlediği şekil şartlarına uyularak yapılması gerekmektedir⁵². Sözleşmenin geçerli olarak hayata geçirilebilmesi için gerekli bu şekil şartları “geçerlilik şekli” olarak adlandırılmaktadır ve kanunda yer alan şekil kuralı olarak geçerlilik şeklidir⁵³. Bu kapsamda kanunda bazı sözleşmeler için özel şekil şartı aramayan kanun koyucu diğer bazı sözleşmeler için ise uyulması gereken şekil şartları belirlemiştir. Kanunun

⁴⁹ Erman, **İnşaat**, s. 10; YHGK., 21.05.1197 T., 1997/157 E., 1997/444 K.: “Kat karşılığı inşaat ve satış vaadi sözleşmeleri yürürlükte iken, arsa (iş) sahibinin arsayı 3. kişiye tapuda satış suretiyle temlik etmesi ve yeni malikin ihtarname ile inşaatın durdurulmasını istemesi, davacı müteahhit açısından ifayı imkansız hale getirir ve sözleşme sona erer.

Davacı Kooperatifin, sözleşmenin sona ermesinde kusurlu olan akidi ve arsa sahibi davalıdan müsbet ve menfi zararının tazminini talep hakkı doğmuştur.

Davalılar arasında yapılan protokolün Davacıyı bağlamaması ve Eser Sözleşmesinin davacı ile Arsa Sahibi arasında yapılmış olması sebebiyle arsayı satın alan 3. kişinin davacı kooperatife karşı bir sorumluluğu yoktur.” (K.İ.B.), kararında, yeni malikin yükleniciye karşı sorumlu tutulamayacağı, yüklenicinin yalnızca arsa sahibine başvurarak zararlarının tazminini talep edebileceği ortaya konulmuştur.

⁵⁰ Gümüüş, **Şerhler**, s. 123.

⁵¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 99; Eren, **Borçlar**, s. 267; M. Refik Korkusuz, **Hukuk Başlangıcı**, İstanbul, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Yayınları, 2014, s. 266-267.

⁵² Ahmet Cemal Ruhi, **Sözleşmeler Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 27.

⁵³ Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, C. I, 6. bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s. 219; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 100.

kendisine şekil şartı tayin ettiği sözleşmelerin, o şekle uygun olarak yapılmaması halinde, yapılmak istenen sözleşme geçersiz olacaktır⁵⁴.

Kural olarak bir sözleşmenin geçerliliği hiçbir şekil şartına tabi değildir⁵⁵. Yani, kanunda aksi belirtilmediği takdirde bir sözleşme yazılı vs. herhangi bir şekilde yapılabileceği gibi hiçbir özel şekil kuralına riayet edilmeden, en basit şekliyle sözlü olarak da yapılabilecektir⁵⁶. Burada sözleşmenin özel bir şekle tabi olup olmadığı veya belirlenen şeklin ne olduğuna ilişkin hususların cevaplanması için mevcut sözleşmenin yapısı incelenmeli ve o sözleşmeye uygulanması gereken şekil şartlarına uyulmalıdır.

Diğer taraftan kanun koyucunun bir sözleşmeye uygulanacak herhangi bir şekil şartı belirlemediği durumlarda, sözleşmeye ait şekil şartı olup olmadığı hususunda bakılacak diğer bir nokta ise tarafların iradeleridir. Şöyle ki, kanun o sözleşme için bir geçerlilik şekli öngörmemiş olsa bile taraflar kendi aralarında bir şekil belirlemiş olabilirler. Yine “iradi şekil” olarak adlandırılan bu şarta da uyulmaması halinde yapılan sözleşme tarafları bağlamayacaktır.

B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine Uygulanacak Şekil

Şekil hususunun da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bağlamında değerlendirilmesi ayrı bir önem taşımaktadır. Bilindiği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kanunda ismen düzenlenmiş sözleşme türlerinden değildir⁵⁷. Bu nedenle

⁵⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 100; YHGK 22.05.1996 T., 1996/2-278 E., 1996/403 K.: “...Yasaların belirttiği şekil koşuluna uyulmamış olması işlemi hükümsüz kılar (mutlak butlan). Bunun sonuçlarına göre sözleşme başlangıcından beri geçersizdir. Zamanaşımına uğramaz. Hakim geçersizliği doğrudan gözetir. Tarafların onayı ile dahi geçerlilik kazanamaz (şekil koşuluna uygun bir sözleşme ile onay ayırık olmak üzere). Geçersizlik usul açısından bir def'i değil itirazdır. İddia edilen hakkı ortadan kaldırır...” (K.İ.B.).

⁵⁵ Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 42; Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 13. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013, s. 79; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 99.

⁵⁶ Herdem Belen, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler: Kısa Şerh**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014, s. 61; Bkz. TBK md. 12/1: “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.”

⁵⁷ Ayan, **a.g.e.**, s. 39; Erman, **İnşaat**, s. 1; Yaşar, **a.g.e.**, s. 290; Ruhi, **a.g.e.**, s. 352.

arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulanacak şekli hükümlerin ortaya konulabilmesi için bu sözleşmenin hukuki niteliklerinin belirlenmesi gerekmektedir.

Yukarıda⁵⁸ belirtildiği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri “*eser(istisna)*” ve “*taşınmaz satışı*” sözleşmelerine ilişkin hükümler içeren çift tipli karma yapıya sahip sözleşmeler arasında yer almaktadır⁵⁹. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin şekil şartlarının belirlenebilmesi için bu sözleşmeyi oluşturan sözleşme tipleri olan eser ve taşınmaz satışına ilişkin sözleşmelerin incelenmesi gerekmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini oluşturan sözleşmelerden ilki olan eser sözleşmesi incelendiğinde, kanun koyucunun bu sözleşme için bir şekil şartı öngörmediği görülmektedir⁶⁰. Bu bakımdan eser sözleşmeleri herhangi bir şekle tabi olmaksızın yapılabilecek ve geçerli olacaktır⁶¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini oluşturan sözleşmelerin ikincisi olan satış sözleşmesine bakılacak olursa, bu sözleşmeler için “*resmi şekil şartı*” arandığı görülmektedir⁶². Söz konusu hususu düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar

⁵⁸ Bkz. II. Sözleşmenin Hukuki Niteliği.

⁵⁹ Mustafa Reşit Karahasan, **İnşaat İmar İhale Hukuku**, C. I, İstanbul, Beta Yayınları, 1997, s. 628; Erman, **İnşaat**, s. 17; Çift tipli karma yapıya sahip olduğuna ilişkin bkz.: Yarg. 15. HD., 06.05.2003 T., 2002/6192 E., 2003/2460 K.: “*Uyuşmazlık, istisna sözleşmesinin bir türü olan arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi çift tipli karma bir sözleşmedir. Bu tür sözleşmelerde bir yandan taşınmazdaki belli bir pay mülkiyetinin öbür tarafa geçirilmesi, diğer yandan bir eserin yapımı öngörülür. İlişkideki yüklenicinin ana edimi, sözleşmeye, fen kurallarına ve imar mevzuatına uygun inşaat yapmak, arsa sahibinin edimi ise yapılacak bu inşaat karşılık (bedel olarak) ona arsa payı devretmekten ibarettir...*” (K.İ.B.).

⁶⁰ Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 7; Tandoğan, **Özel II**, s. 28; Öz, **İnşaat**, s. 3; Erman, **İnşaat**, s. 17; Leyla Müjde Kurt, **(6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 43; Orhan Cevdet Kural/Ercüment Kılıçbay/Halil İzmir, **İnşaat Ve İhale Hukuku**, Ankara, İlk-San Matbaası, 1988, s. 384; Ortada tek başına bir eser sözleşmesinin varlığı şekle tabiyeti ortaya koymayacaktır. Bkz.: Yarg. 15. HD., 18.12.1997 T., 1997/4721 E., 1997/5462 K.: “*...Ortada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bulunmamaktadır. Yasaca eser sözleşmesi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Burada sözü edilen şekil bir sıhhat şartı olmayıp, ispat şartıdır. O halde eser sözleşmesinin adi biçimde yapılmış olması geçerli olduğundan mahkemeye işin esasına girilerek tarafların delilleri toplanılıp hasil olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, aksine düşünce ile sözleşmenin geçersiz olduğundan ve bu nedenle de cezai şart istenemeyeceğinden bahisle davanın reddi usul ve yasaya aykırı olduğundan bozmayı gerektirmiştir...*” (K.İ.B.).

⁶¹ Gökyayla, **Ek İş**, s. 15.

⁶² Erman, **İnşaat**, s. 17; Duman, **Giriş**, s. 35; Yarg. 15. HD., 01.02.1994 T., 1993/3321 E., 1994/486 K.: “*...Taşınmaz mülkiyetinin naklini öngören sözleşmeler yasanın öngördüğü resmi şekle uygun*

Kanunu'nun 237. maddesinin birinci fıkrasına göre “*Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi şarttır*”. Yine aynı maddenin ikinci fıkrası ise “*Taşınmaz satışı vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri, resmi şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz*” şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere kanun, hem taşınmaz satışını hem de taşınmaz satış vaadini geçerlilik şekli açısından resmi şekle tabi tutmuştur⁶³. Bunlara ek olarak TMK m. 706/1'e göre “*Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır*”. Tapu kanunu madde 26'ya göre de taşınmaz mal satışına ilişkin sözleşmeler tapu memuru huzurunda yapılmakta, bunlara ilişkin resmi belgeler de tapu memurlarınca düzenlenmektedir⁶⁴. Ayrıca Noterlik Kanunu m. 60 ve 89'a göre taraflar taşınmaz satış vaadine ilişkin sözleşmeleri noterde ve düzenleme şeklinde yapabileceklerdir⁶⁵.

Yargıtay'a göre de taraflar, taşınmaz satış vaadine ilişkin olan bu sözleşmeleri noter huzurunda yapabileceklerdir⁶⁶. Ancak noterde yapılacak olan sözleşmelerin düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir⁶⁷. Tarafların noterde düzenleme

yapılmadığı sürece geçersizdir. (M.K.634, B.K.213, Tapu K.26, Noterlik K. 60.Md.) Yanlar arasındaki sözleşmede davalıya ait arsadan belli payın davacıya intikali kararlaştırılmış olmasına rağmen sözleşme adi yazılı biçimde yapılmıştır. Bu nedenle geçersizdir...”(K.İ.B.).

⁶³ Halil Akkanat, “Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK m. 2 Hükmü Aracılığı ile Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirmesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, C. II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1660; Erman, **İnşaat**, s. 17; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 126.

⁶⁴ Erman, **İnşaat**, s. 17; İnan, **a.g.e.**, s. 136.

⁶⁵ Yarg. 15. HD., 15.11.2001 T., 2001/3091 E., 2001/5233 K.: “...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, bedel olarak arsanın (taşınmazın) muayyen bir payının mülkiyeti müteahhit üzerine geçirildiğinden veya geçirilmesi taahhüt edildiğinden Medeni Kanununun 634, Borçlar Kanununun 213, Tapu Kanununun 26, Noterlik Kanununun 60, 89 ve 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 1, 10 ve 14. maddelerine göre sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi gerekir. Noter tarafından re'sen düzenlenmeyen, diğer deyişle dışarda düzenlenip sadece imzaları noter tarafından onaylanan veya haricen düzenlenen inşaat sözleşmeleri geçerli değildir. Kanunda öngörülen şekil şartı emredici nitelikte olup hakim şekil noksanlığını taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında resen gözününe almak zorundadır. Geçersiz olan sözleşmeyi ifadan kaçınmak kural olarak ahlaka aykırılık teşkil etmeyeceği gibi ifa edilmeyen edimlerin ifası da istenemez...” (K.İ.B.).

⁶⁶ Erman, **İnşaat**, s. 19.

⁶⁷ Erman, **İnşaat**, s. 19.

şeklinde yapmayıp, kendi aralarında kaleme alarak ve ardından notere onaylatmak suretiyle yaptıkları sözleşmeler ise geçersiz olacaktır⁶⁸.

Sonuç olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanacak şekil şartı, bu sözleşmeleri oluşturan sözleşmeler olan ve özel şekil şartı aramayan eser sözleşmesi ile resmi şekle tabi taşınmaz satışına ilişkin hükümler incelenerek ortaya konulacaktır. Bu noktada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri her ne kadar şekle tabi olmayan eser sözleşmelerine ilişkin hükümler içerse de, taraflardan birinin yerine getirmekle yükümlü olduğu borcu taşınmaz satışına ilişkin olduğundan, doktrinde ve Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri resmi şekle tabi sözleşmelerdir⁶⁹. Buna aykırı olarak, resmi şekilde yapılmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçersiz olacaktır ve taraflar karşılıklı aldıklarını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edeceklerdir⁷⁰.

C. Şekle Aykırılığın İleri Sürülememesi

Yukarıda da üzerinde durulduğu üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, eser sözleşmesi ve taşınmaz satışına ilişkin hükümler içermektedir. Bu sözleşme türlerinden eser sözleşmesi herhangi bir geçerlilik şartı gerektirmezken, taşınmaz

⁶⁸ Ruhi, **a.g.e.**, s. 353; Erman, **İnşaat**, s. 19; Yarg. 14. HD., 15.06.2010 T., 2010/5177 E., 2010/7104 K.: "...Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır..." (K.İ.B.).

⁶⁹ Seliçi, **İnşaat**, s. 14; Tandoğan, **Özel II**, s. 29; Ayan, **a.g.e.**, s. 25; Özmen/Karaman, **a.g.e.**, s. 53; Nurettin Filinte/Duygu Pişkinkaya, "Yargıtay Kararları Işığında Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 84., S. 3., 2010, s. 1480; Erman, **İnşaat**, s. 17; Yaşar, **a.g.e.**, s. 296; Yarg. 14. HD., 06.12.2011 T., 2011/14301 E., 2011/14964 K.: "...Eser sözleşmesine dair sözleşme bir şekle bağlı olmasa da arsa sahibi taşınmazdaki bir bölüm mülkiyeti eser bedeli olarak yükleniciye geçirmek zorunda olduğundan sözleşmenin Türk Medeni Kanununun 706, B.K.nun 213 ve Tapu Kanununun 26 ile Noterlik Kanununun 60. maddeleri uyarınca tapu sicil müdürlüğünde veya noterlerce düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Kanun sözleşmenin geçerliliği (sıhhati) için resmi şekil aradığından emredici kural gereği istisnalar dışında olsa dahi adi yazılı sözleşme geçersizdir, davalılar arasında yapılan böyle bir sözleşmenin varlığı yöntemince kanıtlanmadan davacı yüklenicinin temlik işlemine dayanarak davalı arsa sahibini mülkiyet aktarımına zorlayamaz. Zira B.K.nun 167. maddesi gereğince borçlu (arsa sahibi) temlik işlemine vakıf olup kendisinden edim talebinde bulunulunca temlik edene (yükleniciye) haiz olduğu bütün defileri temellük eden (davacı üçüncü kişiye karşı) da ileri sürer hale gelir..." (K.İ.B.); Yarg. 15. HD., 31.01.2011 T., 2009/5002 E., 2011/411 K.: "...Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri tapuda pay devrini de içerdiğinden geçerliliği resmi şekilde yapılma koşuluna bağlıdır..." (<http://www.yargidunyasi.com.tr/dergi/index.asp?id=117> szt. 17.05.2014).

⁷⁰ Erman, **İnşaat**, s. 18.

satışına ilişkin sözleşmeler resmi şekle tabi kılınmışlardır⁷¹. Bu kapsamda eser sözleşmesi ve taşınmaz satış sözleşmelerine ilişkin hükümlere sahip olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekle tabi oldukları kabul edilmektedir⁷². Yine belirtildiği üzere resmi şekle tabi olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin bu şekle uyulmadan yapılması halinde geçersizlik durumu ortaya çıkacaktır.

Şekle ilişkin aykırılıklar sözleşmelerin geçersizliklerine neden olmakla birlikte, bu yaptırımın istisnasız uygulanması özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından farklı somut olaylarda hakkaniyete uymayan sonuçlar verebilir⁷³. Bu durum değinildiği üzere inşaata ilişkin sözleşmelerde büyük zaman, emek ve para kaybına neden olacak niteliktedir.

Diğer taraftan, tarafların başlangıçta bir güven ilişkisi içinde yaptıkları, belirli arsa paylarının devrine karşılık inşaat yapılması ve teslimi işine ilişkin anlaşmalarını her zaman şekil eksikliği nedeniyle geçersiz saymak tarafların sözleşmeyi yapma iradelerinin de sonuçsuz kalmasına neden olmaktadır. Özellikle taşınmaz yapımı işinin zorluğu, uzun süreler gerektiren bir iş olması ve en önemlisi de yükleniciye büyük masraflar yükleyen yapısı nedeniyle, bu sözleşmelerin her durumda geçersiz sayılması, her ne kadar taraflar sebepsiz zenginleşmeye göre karşılıklı verdiklerini geri isteyebilecek de olsalar hakkaniyete uymayan sonuçlar doğurabilecek, tarafların istemedikleri sonuçlara ve kayıplara neden olabilecektir. Diğer bir deyişle somut bazı durumlarda sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabilecektir⁷⁴.

Yukarıda da sayılan nedenlerden dolayı Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin şekli açıdan geçersizliğini somut olaylara göre incelemiş ve şekle ilişkin aykırılığın ileri sürülmesini dürüstlük kuralı çerçevesinde ele alarak kararlar vermiştir⁷⁵. Buna göre, sözleşmenin kuruluşunda resmi şekle uyulmamasına rağmen tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde ifa etmiş olmaları

⁷¹ Erman, **İnşaat**, s. 17.

⁷² Erman, **İnşaat**, s. 17 vd.

⁷³ Erman, **İnşaat**, s. 24.

⁷⁴ Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. bs., Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2013, s. 464; Tandoğan, **Özel II**, s. 29.

⁷⁵ Erman, **İnşaat**, s. 24.

halinde, şekil eksikliğinin ileri sürülmesi TMK m. 2 bakımından hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımaktadır⁷⁶.

Yine bu gibi durumlarda şekle aykırılığı ileri sürmenin geçersizliğine ilişkin, 30.09.1988 tarihli 1987/2 E., 1988/2 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında, şekle aykırı bir taşınmaz satış sözleşmesi bulunduğu bu sözleşmenin geçersiz olduğu ve bu sözleşmeye dayanarak arsa paylarının tescili istenemeyeceği belirtilmiş, bununla beraber somut olayda tarafların yükümlülüklerini sözleşmede belirtildiği şekilde yerine getirdiği durumda artık sözleşmenin şekle ilişkin geçersizliğinin iddia edilerek arsa paylarının devrinden kaçınılmasının dürüstlük kuralına aykırılık içerdiği ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu belirtilmiştir⁷⁷. Dolayısıyla, şekli eksikliğe ilişkin iddiaların her somut olayda tek tek incelenmeleri gerekmektedir.

⁷⁶ Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku(Genel Hükümler)**, 24. bs., İstanbul, Beta, 2013, s. 83; Erman, **İnşaat**, s. 24; Yarg. 15. HD., 01.07.2008 T., 2008/3136 E., 2008/4431 K.: "...Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde arsa sahibi taşınmazdaki bir bölüm mülkiyeti yükleniciye geçirmek vaadinde bulunduğu sözleşmenin resmi şekilde yapılması BK.nun 213, TMK.nun 706, Noterlik Kanunu'nun 60 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddesi gereğince geçerlilik koşuludur. Ancak sözleşme adi yazılı şekilde yapılmış olsa bile yüklenici edimini tamamen veya red olunamayacak oranda yerine getirmişse sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi TMK.nun 2. maddesinde ifadesini bulan "Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" kuralına aykırı düşer.

Bu halde mahkemece dava konusu taşınmazda yapılan imalat ile ilgili belediye işlem dosyası ile inşaat ruhsatı ve projeler celp edilerek uzman bilirkişi kurulu marifetiyle mahallinde yapılacak keşif davasının paydaş olduğu taşınmazda inşaat yapıp yapılmadığının, davalı kooperatifin adi yazılı olarak düzenlenmiş olması sebebiyle geçersiz dahi olsa davacı ile imzaladığı sözleşmede yükümlendiği edimini tamamen veya red olunamayacak derecede yerine getirip getirmediği saptanıp, bunun sonucu olarak sözleşmenin geçerli hale gelip gelmediği, ..." (K.İ.B.).

⁷⁷ Bkz. kararda: " Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 6 Haziran 1979 gün 14/190-799 sayılı kararı ile Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Kararlarına göre: "...Bir sözleşmenin taraflarından birinin o sözleşmenin ifa olunacağı hususunda o güne kadar süre gelen davranışları ile karşı tarafa tam bir güvence vermiş ve karşı taraf da sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyi niyetle bağlanarak kendisine düşen edimleri yerine getirmiş ise, artık sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır ve bu husus yasal himayeden yoksun kalır. Bu durumlarda sözleşmenin geçersizliğine dayanılarak akdin icrasından kaçınılamaz... olayın özelliğine göre cebri tescil davası kabul edilmelidir..."

...Tapuda kayıtlı bur taşınmazın mülkiyetin devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine; bununla beraber 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 hallerinde; olayın özelliğine göre hakim M. K. nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine..." belirtilmektedir. (K.İ.B.)-(RG. Tarih: 21.12.1988, S. 20026, s. 25 vd.).

Bu durumda, her ne kadar sözleşmenin geçerlilik şekline ilişkin aykırılıklar sözleşmenin geçersiz olmasına neden olacak idiyse de Yargıtay uygulaması doğrultusunda her olay kendi şartları içinde incelenmekte ve tarafların sözleşmeden doğan borçlarını ne ölçüde yerine getirdiklerine bakılarak, karşılıklı borçların önemli ölçüde ifa edildiği hallerde, şekle ilişkin eksikliğin iddia edilerek özellikle arsa paylarının devrinden kaçınılması hukuken korunmamaktadır⁷⁸. Yine benzer bir şekilde, arsa sahibinin arsa paylarını devretmiş olması karşısında yüklenicinin de şekil eksikliğini ileri süremeyeceği zikredilmiştir⁷⁹.

IV. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Uygulamada Yer Alan Çeşitleri

A. Genel Olarak

Sözleşmenin hukuksal niteliği bahsinde belirtildiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kanunda ismen sayılmak suretiyle öngörülmemiş, sözleşme ve tip serbestisinden yararlanarak ortaya konulmuş bir sözleşmedir. Bunun yanında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kendi içinde de yeknesak bir yapıya sahip değildir. Bu sözleşmeler tarafların iradelerine, yaptıkları yerin adetlerine, tarafların karşılıklı ilişkileri ve diğer sair nedenlere göre de kendi içlerinde farklılık göstermektedirler⁸⁰.

Taraflar sözleşmede yaptıkları bu seçimlerle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin türünü belirleyerek, karşılıklı borçların ifa sırasını düzenlemekte ve buna göre de sözleşmenin ifa sürecini şekillendirmektedirler. Bu bakımdan yukarıda diğer başlıklar altında da belirtildiği üzere bu konuda da somut sözleşmenin irdelenmesi, sözleşmelerin yorumlanması bakımından zorunlu görülmektedir.

Her ne kadar tip ve sözleşme serbestisi sebebiyle ve kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde tarafların, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde istedikleri içeriği

⁷⁸ Konuyla ilgili Alman Yüksek Yargısı'nın paralel görüşüne ilişkin bkz.: İsmet Sungurbey, **Medeni Hukukun Temel Sorunları**, İstanbul, 2002, s. 984 vd.

⁷⁹ Bkz.: Erman, **İstisna**, s. 25.

⁸⁰ Erman, **İnşaat**, s. 11.

belirleyebilecekleri kabul edilebilmekle birlikte⁸¹, aşağıda uygulamada ve dolayısıyla doktrinde ve Yargıtay kararlarında karşılaşılan en yaygın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi türleri incelenecektir.

B. Tüm Devir İşlemlerinin En Başta Yapıldığı Sözleşmeler

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin uygulamada yer alan türlerinden ilki arsa paylarının sözleşmenin başında yükleniciye devredildiği türüdür.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin bu türünde arsa sahibi, sahip olduğu arsa paylarının, sözleşmede yükleniciye ait olacağı kararlaştırılmış olanlarını henüz başlangıçta yükleniciye devretmektedir. Bu devir işlemiyle arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerindeki asli borcu olan arsa paylarını devir borcunu da henüz başlangıçta ifa etmiş olmaktadır⁸².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin bu türüne yüklenici açısından bakıldığında, yüklenicinin bu durumda en avantajlı konumda olduğu görülmektedir. Çünkü, Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere bu türde yüklenici, sözleşmenin kendi bakımından ifası ve nihai ekonomik amaçlarını elde edebilmesi için avans niteliğinde finansman sağlamış olmaktadır⁸³. Diğer bir açıdan ise yüklenici, ancak borcunu ifa etmesi halinde elde edeceği menfaati henüz sözleşmenin başında kazanmaktadır. Böylece yüklenici kendisine henüz sözleşmenin kuruluşunda devredilen arsa payları ile ileride yapacağı daireleri üçüncü kişilere satarak bir yandan inşaa işi için finansman elde etmiş olacak diğer yandan ise sattığı kısımlar

⁸¹ Bilal Kartal, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Matsa Basımevi, 1993, s. 29.

⁸² Erman, **İnşaat**, s. 12.

⁸³ Arsa payları başlangıçta devir edilmekle yükleniciye satış imkanı ve böylece finansman saplanmaktadır. Bu niteliği itibariyle avans olarak görülmektedir. Bkz.: Yarg. 14. HD., 04.12.2006 T., 2006/13714 E., 2006/14348 K.: “...Diğer taraftan; arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde, başlangıçta yükleniciye kolaylık sağlamak amacıyla geçirilen tapu kaydı bir bakıma avans niteliğindedir. Geçirilmiş olsa bile, tapu veya verilen şerh yükleniciye yada onun halefi durumundaki üçüncü kişilere mülkiyet hakkı sağlamaz. Çünkü, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bir bakıma eserin bedeli olan arsa payı devrine yüklenici ancak eseri fen, sanat kurallarına ve sözleşme hükümlerine uygun meydana getirerek tesliminde hak kazanır...” (K.İ.B.); Yarg. 15. HD., 27.09.2010 T., 2009/4222 E., 2010/4818 K.: “...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, arsa sahibi tarafından yükleniciye ya da onun istemiyle üçüncü kişi ve kişilere yapılan taşınmaz ya da taşınmaz payı temliki, "avans" niteliğinde olup; yüklenici yüklenildiği karşı edimini ifa ettiği oranda "şahsi hak" elde edebilir ve ancak kazandığı şahsi hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Yüklenici, tüm edimlerini ifa ettiği takdirde ve sözleşmede ifa ile sonuçlanması durumunda şahsi hakkı, aynı hakka dönüşür...” (K.İ.B.).

üzerinden elde ettiği bedeller ile daha sözleşme kendi açısından ifa edilmiş olmadan arsa sahibinden alacağını tahsil edecek olmakla birlikte Yargıtay'a göre yüklenicinin bunlara tam olarak hak kazanabilmesi ise borcunun tam anlamıyla ifa edilmiş olmasına bağlıdır⁸⁴. Görüldüğü üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin bu türünde yüklenicinin avantajlı bir konumda olduğu söylenebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin bu türüne arsa sahibi açısından bakacak olursak; bu türde arsa sahibinin diğer türlere oranla daha güvencesiz⁸⁵ olduğu görülmektedir. Şöyle ki, bu türde arsa sahibi henüz yüklenici ifaya başlamadan, diğer taraftan, henüz hiçbir menfaat elde etmeden arsa paylarını devretmektedir. Bu durumda yüklenicinin payları üçüncü kişilere devrettiği ancak sözleşmeyi ifada temerrüde düştüğü hallerde problemler doğacaktır.

Bahsettiğimiz bu riskli durumda uygulamada, yükleniciye devredilmiş arsa payları üzerinde arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmesi tercih edilerek, arsa sahibi aleyhine olan bu durum biraz daha uygun ve güvenceli hale getirilmektedir⁸⁶. Daha sonra ise yüklenicinin yaptığı ifa ve inşaatı getirdiği seviyeler veya teslim ettiği kısımlar oranında ipotekler kaldırılmaktadır⁸⁷.

⁸⁴ Yarg. 15. HD., 31.05.2011 T., 2011/1819 E., 2011/3203 K.: "...Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan tapu kaydı ya da bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi için inşaatı sözleşme ve ekleri, tasdikli ruhsat ve projesine, imar ile fen ve tekniğine uygun olarak tamamlayıp teslim etmesi gerekir. Uygulamada, yüklenici tapuya hak kazanmamasına rağmen finans temini olanağı sağlamak üzere sözleşmenin başlangıcında ya da aşamalı olarak tapu devri yapılacağı kabul edilmekte ve yapılmaktadır. Ancak yapılan bu devirler avans niteliğinde olup tapu payı devredilmiş olsa dahi yüklenici edimini tamamen yerine getirmediği sürece aynı hakkı kazanması mümkün değildir..." (K.İ.B.).

⁸⁵ Güvencesiz: Alacağını elde edemeyeceğinin henüz belli olmamasına rağmen kendi pay devri borcunu başlangıçta devrettiğinden dolayı ve alacağını elde edemediği taktirde yaşanması muhtemel hukuksal ve ekonomik sıkıntılar düşünüldüğü taktirde.

⁸⁶ Kartal, **a.g.e.**, s. 29; Erman, **İnşaat**, s. 12; Ancak, yukarıda belirttiğimiz Yarg. 14. HD., 04.12.2006 T., 2006/13714 E., 2006/14348 K.: "...Diğer taraftan; arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde, başlangıçta yükleniciye kolaylık sağlamak amacıyla geçirilen tapu kaydı bir bakıma avans niteliğindedir. Geçirilmiş olsa bile, tapu veya verilen şerh yükleniciye yada onun halefi durumundaki üçüncü kişilere mülkiyet hakkı sağlamaz..." içerikli karar da göstermektedir ki, ipotek kurulması imkanının yanında halihazırda Yargıtay'ın da bu paylara yüklenicinin borcunu tam ifa etmeden malik sıfatıyla sahip olunamayacağını kabul ettiğini de ifade etmek gerekir.

⁸⁷ Erman, **İnşaat**, s. 12-13.

C. Arsa Paylarının İnşaatın Ulaştığı Seviyeye Göre Kısım Kısım Devredileceği Sözleşmeler

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri uygulamasında tercih edilen bir diğer tür ise yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan arsa paylarının inşaatın gelmiş olduğu seviyeye göre devredileceği bu türdür⁸⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin uygulamadaki bu türü yukarıda açıklanan türe göre arsa sahibi bakımından daha avantajlıdır⁸⁹. Şöyle ki, bu türde arsa sahibi arsa paylarını bir önceki türde olduğu gibi henüz başta devretmemekte, aksine arsa paylarının yükleniciye kısım kısım devredileceği kararlaştırılmaktadır⁹⁰.

Bu türde, öncelikle yüklenici inşaatı sözleşmede belirtilen aşamaya getirecek ve sonrasında sadece inşaatın gelmiş olduğu kısmın karşılığı olan arsa paylarını talep edebilecektir. Bunun sonrasında yüklenici de kısım kısım elde ettiği arsa payları üzerinden tasarrufta bulunmakta ve üçüncü kişilere satış işlemini gerçekleştirmektedir⁹¹. Arsa sahibi bu durumda, sayılan nedenlerden dolayı, yukarıda açıklanan bir önceki türden daha güvenceli konumda yer almaktadır⁹².

D. Yapının Tamamlanıp Tüm Bağımsız Bölümlerin Teslim Edildiği Durumda Arsa Paylarının Devredileceği Taahhüt Edilen Sözleşmeler

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri uygulamasında tercih edilen bir diğer tür ise yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan arsa paylarının, yüklenicinin sözleşmeyi tam olarak ifa etmesi ve bağımsız bölümleri teslim etmesi karşılığında yükleniciye devredileceği kararlaştırılan bu türdür.

⁸⁸ Erman, **İnşaat**, s. 14; Yarg. 15. HD., 30.05.1994 T., 1993/5125 E., 1994/3380 K.: "...sözleşmede de bir yandan yüklenicinin edimini yerine getirmesi, diğer anlatımla eserin bitirilip teslimi beklenilmeksizin bağımsız bölümlerin ,arsa paylarının tespiti ve yüklenici paylarının devri öngörülmüş, öte yandan bu devir inşaatın belli bir seviyeye getirilmesi ve eserin teslimiyle kabul edilmesine değin ipotek tesisi koşuluna bağlanmıştır. Bu haliyle güvence karşılığı yükleniciye finans kolaylığı sağlamayı arsa sahipleri taahhütte bulunmuşlardır..." (K.İ.B.).

⁸⁹ Erman, **İnşaat**, s. 15.

⁹⁰ Bkz.: Kartal, **a.g.e.**, s. 29 vd.

⁹¹ Erman, **İnşaat**, s. 14.

⁹² Erman, **İnşaat**, s. 14-15.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin uygulamada en çok tercih edilen türü bu türdür⁹³. Burada diğer iki türden farklı olarak arsa sahibinin, arsa paylarının devri borcu, biraz daha ötelenmiş bulunmaktadır. Şöyle ki, bu türde öncelikle yüklenicinin sözleşmeden doğan tüm borçlarını (yapının inşası ve arsa sahibine teslim edilmesi ve sözleşmeyle kararlaştırılmış diğer tüm edimler) ifa etmesi beklenmekte, bundan sonra ise son olarak arsa sahibi, sözleşmede yükleniciye ait olacağı önceden kararlaştırılmış olan arsa paylarını devretmektedir⁹⁴. Diğer bir açıdan burada, arsa sahibi arsa paylarının devrini yüklenicinin bağımsız bölümleri tamamlayarak teslimi koşuluyla taahhüt etmektedir⁹⁵.

Bir başka açıdan ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin bu türü, diğer türlere göre arsa sahibine arsa paylarını, yüklenicinin borçlarını ifa ettikten sonra ve en önemlisi de sözleşme sürecini izleme ayrıca yönetme fırsatı verdiği için arsa sahibi açısından daha güvenceli bir tür olarak göze çarpmaktadır.

V. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Diğer Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması

A. Eser Sözleşmesi

Yukarıda üzerinde durulduğu üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri eser sözleşmesi ve taşınmaz satışına ilişkin hükümler içermektedir ve taraflardan birisi yüklenici iken diğer taraf ise arsa sahibidir. Klasik anlamda eser sözleşmesinde ise bir tarafı yüklenici, diğer tarafı ise iş sahibi teşkil etmektedir.⁹⁶ Bu sözleşmede yüklenici bir eserin ortaya çıkarılmasını ve iş sahibine teslimini üstlenirken⁹⁷, iş sahibi ise bu eser karşılığında bedel ödeme borcu altına girmektedir⁹⁸. Arsa payı

⁹³ Erman, **İnşaat**, s. 15.

⁹⁴ Kartal, **a.g.e.**, s. 31 vd.

⁹⁵ Erman, **İnşaat**, s. 15.

⁹⁶ Gümüş, **Özel II**, s. 7; Yusuf Büyükay, **Eser Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 27; Gökyayla, **Ek iş**, s. 12.

⁹⁷ Tandoğan, **Özel II**, s. 48.

⁹⁸ Emre Gökyayla, "Eser Ve Vekalet Sözleşmeleri", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler**, İstanbul, On İki Levha, 2012, s. 287; Pınar Altınok Ormancı, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 39; Tunay Köksal, **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri Ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 61; Zarife Şenocak, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini**

karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu bedel borcu, arsa paylarının devri şeklinde yerine getirilmektedir.⁹⁹.

Eser sözleşmesi kanunen bir geçerlilik şekline bağlanmamışken¹⁰⁰, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri içerdikleri taşınmaz mülkiyetinin devri borcundan dolayı resmi şekilde yapılmak zorundadır¹⁰¹. Bu nedenle eser sözleşmeleri herhangi bir herhangi bir şekle tabi olmaksızın da yapılabilecektir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde resmi şekilde yapılmama ise sözleşmenin geçersizliğine neden olacaktır¹⁰².

Diğer taraftan eser sözleşmesi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini ayıran en önemli farklardan bir tanesi de eser sözleşmesinin, içtihadı birleştirme kararınca geçici-sürekli karmaşığı yapıya sahip olduğu kabul edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden farklı olarak ani edimli bir sözleşme olarak nitelendirilmesidir¹⁰³. Bu nedenle kural olarak eser sözleşmeleri ani edimli sözleşmelere uygulanacak hükümlere tabi olacaktır¹⁰⁴. Bu durum yukarıda belirtildiği üzere somut sözleşmede çıkan problemlerin çözümü açısından önemli farklar yaratacaktır.

İsteme Hakkı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 5; Aral/Ayrancı, **Borçlar**, s. 313; Büyükay, **a.g.e.**, s. 37-151; Gökyayla, **Ek iş**, s. 10-25; Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İzmir, İleri Kitabevi, 2013, s. 657; Turan Şahin, “Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, **SDÜ Hukuk Fakültesi**, C. I, S. 2, 2011, s. 135; İzzet Karadaş, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri: Kurulması Uygulanması Sona Ermesi Sona Ermesinin Sonuçları**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 35; Zekeriya Kurşat, “Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirilmenin Hükümü”, **İÜHFMD**, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 145; Özge Yücel, “Borçlar Kanunu 358/1 Hükümüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama Ve İş Sürdürme Borcu”, **AÜHFMD**, C. 57, S. 3, 2008, s. 781; Seda Öktem, “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, S. 5, 2006, s. 1947.

⁹⁹ Cem Baygın, **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret Ve Tabi Olduğu Hükümler**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1999, s. 142; Erman, **İnşaat**, s. 1; Büyükay, **a.g.e.**, s. 32; Gökyayla, **Ek iş**, s. 11; Karadaş, **a.g.e.**, s. 41.

¹⁰⁰ Sadık Artukmaç, **İnşaat Hukuku**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1975, s. 18; Tandoğan, **Özel II**, s. 28; Aral/Ayrancı, **Borçlar**, s. 320; Kemal Dayınlarlı, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü (Hüküm ve Sonuçları)**, 4. bs., Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2008, s. 22; Kurt, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁰¹ Erman, **İnşaat**, s. 17; Karadaş, **a.g.e.**, s. 41.

¹⁰² Erman, **İnşaat**, s. 19.

¹⁰³ Aral/Ayrancı, **Borçlar**, s. 314; Kurt, **a.g.e.**, s. 45 vd.; Oğuzhan Demirdöven, “İş Sahibinin Eser Sözleşmesini Tam Tazminatla Fesih Hakkı”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan (BK. m. 369)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 607; Aksi için bkz. Büyükay, **a.g.e.**, s. 37; Gökyayla, **Ek iş**, s. 17.

¹⁰⁴ Öz, **Dönme**, s. 23; Eser sözleşmelerinin sürekli sözleşme benzeri bir borç ilişkisi olduğu hakkında bkz.: Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 42.

B. İnşaat Sözleşmesi

Kısaca değinilmesi gereken bir diğerk sözleşme türü de inşaat sözleşmesidir. İnşaat sözleşmeleri, eser sözleşmelerinin özel bir alt türü olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁵. Hukukumuzda bir arsa üzerinde sürekli olarak bulunması saikiyle yapılan, üzerinde bulunduğu arsaya da fiziki olarak bağlı ve niteliği de buna müsait olan taşınmazlar inşaat olarak nitelendirilmekte olup, bunun dışında belirli bir süre için arsa üzerinde yapılan, çadır, dekor, büfe gibi şeyler ise maliyetlerine bakılmaksızın taşınır yapılar olarak nitelendirilirler¹⁰⁶. Günlük kullanımda ise inşaat kavramıyla çoğunlukla taşınmaz yapılar ifade edilmektedir¹⁰⁷. İnşa işi geniş anlamıyla düşünüldüğünde ise bir taşınmazın inşası, mevcut inşaatda değişiklik, yıkım veya onarım yapılması, baraj, su kanal, yol, kazı işlerinin de inşa etme kapsamında algılanması gerekeceği de belirtilmektedir¹⁰⁸. Ancak, hukukumuz (ve İsviçre hukukunda) uygulamasında inşaat kavramının en belirgin ve önemli görünümünü “bina” kavramı oluşturmaktadır¹⁰⁹. Bina ise içerisine girilebilmesine olanak sağlayan, insan, hayvan ve eşyaların barınma ve korunma ihtiyaçlarına uygun, toprağa bağlı, özel, taşınmaz inşa eseri olarak ifade edilebilmektedir¹¹⁰.

¹⁰⁵ Fikret Eren, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Sözleşmeleri**, Ankara, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1996, s. 49; İbrahim Kaplan, “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu Ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, **İnşaat Sözleşmeleri**, Ankara, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1996, s. 119; Melis Şeremet, “İnşaat sözleşmeleri ve “FIDIC””, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, S. 4, 2006, s. 1553; Kaplan, **Endüstri**, s. 45.

¹⁰⁶ Öz, **İnşaat**, s. 1; Ayan, **a.g.e.**, s. 25; Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi Ve İlgili Mevzuat**, 2. Yayın, İstanbul, Yamaner Yayıncılık, 2006, s. 15; Taşınır Yapılar başlıklı TMK md 728: “Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir.

Bu tür yapılar, taşınır mal hükümlerine tâbi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez.”

¹⁰⁷ İnşaatın “İnsan veya hayvan gibi canlıların barınmalarına veya diğerk ihtiyaçlarının giderilmesine; eşya gibi cansız şeylerin saklanması veya konulmasına ayrılmış, toprakla doğrudan doğruya veya dolaylı bağlantısı olan yapı eserlerine, inşaat denir.” şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Bkz.: Eren, **BK. Açısından İnşaat**, s. 53.

¹⁰⁸ Artukmaç, **a.g.e.**, s. 9; Kaplan, **Endüstri**, s. 52.

¹⁰⁹ Galip Şermet Akman, **Taşkın İnşaat**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 26.

¹¹⁰ Ali Ayli, **İnşaat Bütün Riskler Sigortasında Riziko**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 42-43; M. Ali Erten, **Borçlar Kanunu Ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk**, Ankara, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkesen Matbaacılık, 2000, s. 6.

Şekil açısından değerlendirecek olursak, inşaat sözleşmeleri yazılı veya resmi şekle bağlı olmaksızın herhangi bir şekilde yapılabilecektir¹¹¹. Bu nedenle inşaat sözleşmeleri kural olarak herhangi bir şekle bağlı olmaksızın kurulabilecektir¹¹². Buna ilişkin olarak, inşaat sözleşmelerinin zımni irade beyanıyla dahi kurulabileceği belirtilmektedir¹¹³.

Kural olarak istenilen şekilde yapılabilmeyle beraber bazı farklı durumlarda, inşaat sözleşmelerinin yapılması özel şekil şartlarına tabi kılınmıştır¹¹⁴. Şöyle ki, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na tabi sözleşmelerde¹¹⁵ ve Kamu İhale Kanunu'na tabi sözleşmelerde¹¹⁶ özel şekil şartlarının arandığı görülmektedir¹¹⁷. Buna karşılık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin her ne kadar bünyesinde bulunan eser sözleşmesinin geçerlilik şekline tabi olamamasına rağmen içerdiği taşınmaz satışı hükümlerinden dolayı resmi şekilde yapılması gerektiğinden yukarıda bahsedilmiştir.

Diğer taraftan, İnşaat sözleşmesinde iş (yapı) sahibinin temel borcu, yükleniciye bir bedelin ödenmesidir¹¹⁸ ve bu bedelin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi para dışında bir şeyle (arsa paylarıyla) değil, bir miktar

¹¹¹ Öz, **İnşaat**, s. 3; Kaplan, **Endüstri**, s. 50.

¹¹² Öz, **Mevzuat**, s. 17; Kaplan, **Ücret**, s. 123.

¹¹³ Öz, **İnşaat**, s. 3, dn. 3: “Bu sonuca öğreti ve uygulamaya hakim olan “Güven teorisi” yardımıyla varılır. Bu teoriye göre, taraflardan her biri diğerinin davranışına içinde bulunduğu durum bakımından MK m.2 uyarınca nasıl bir anlam vermekte haklı ise, böyle bir beyan gerçekten varmış gibi hukuki sonuç doğar.”

¹¹⁴ Kaplan, **Endüstri**, s. 50.

¹¹⁵ Tandoğan, **Özel II**, s. 33; DİK md. 57: “Sözleşme yapılması gerekli olan hallerde müteahhit veya müşteri 31 inci maddeye göre onaylanan ihale kararının veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde geçici teminatı kesin teminata çevirerek noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi, idareye vermek zorundadır.

Satışlara ilişkin ihalelerde müşterinin aynı süre içinde ihale bedelini ve müşteriye ait bulunan vergi, resim ve harçları yatırması, diğer giderleri ödemesi gerekir.

Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale bозulur ve varsa geçici teminat gelir kaydedilir.”

¹¹⁶ KİK md. 46: “Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunlu değildir. İhale dokümanında belirtilen şartlara aykırı sözleşme düzenlenemez.”

¹¹⁷ Bkz.: Kaplan, **Endüstri**, s. 123; Öz, **İnşaat**, s. 5; Mehmet Karaca, **Kamu İnşaat Sözleşmelerinin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 43 vd.

¹¹⁸ Seliçi, **İnşaat**, s. 6; Kaplan, **Endüstri**, s. 53; Öz, **İnşaat**, s. 53; Ayan, **a.g.e.**, s. 36.

para ile ödenmesi gerekmektedir¹¹⁹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle arasındaki en önemli farklardan biri de bu bedelin ödenme şekli olduğu görülmektedir. Bunun karşılığında yüklenici ise belirlenen nitelik ve niceliklerde bir taşınmazın inşası borcunu üstlenmektedir¹²⁰.

Bunların dışında, inşaat sözleşmelerinin ani edimli sözleşmelerden olduğunun kabul edilmesinin yanında yüklenicinin borcunun uzun süre alan yapısı nedeniyle sürekli sözleşme benzeri yapıya sahip olduğunun da ifade edildiğini belirtmek gerekir¹²¹. Genel olarak ise inşaat sözleşmesi esas itibariyle eser sözleşmesinin bir görünümü olduğundan, eser sözleşmesine ilişkin ifade ettiğimiz farklılıkların burada da geçerliliğini koruduğunu belirtebiliriz.

C. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi

Üzerinde durulması gereken bir diğer sözleşme ise gelir paylaşımli inşaat sözleşmesidir. Sonuca katılmalı olarak nitelendirilen gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi ile yüklenici, yüklenicinin inşa edeceği yapının satılmasıyla elde edecek oldukları gelirin paylaşılması amacıyla iradelerini ortaya koymaktadırlar¹²². Uygulamada bu sözleşmeler “gelir paylaşımı esasına dayalı inşaat sözleşmesi”, “hasılat paylaşımli inşaat sözleşmesi”, “arsa satışı karşılığı gelir paylaşımı sözleşmesi” gibi farklı şekillerde adlandırılabilir¹²³. Bu sözleşmede, arsa sahibinin maliki olduğu arsa üzerinde yüklenici tarafından yapılacak olan binanın bağımsız bölümlerinin satışı yapılmakta ve elde edilen gelir arsa sahibi ve

¹¹⁹ Şener Akyol, **Know-How Management Joint Venture Ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul, Afa Matbaacılık, 1997, s. 6; Öz, **İnşaat**, s. 53-97; Öz, **Mevzuat**, s. 55.

¹²⁰ Öz, **İnşaat**, s. 117.

¹²¹ Eren, **BK. Açısından İnşaat**, s. 52; Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 42-43.

¹²² Umut Yeniocak, **Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 25; İlker Hasan Duman, **İnşaat Hukuku**, 5. bs., y.y., Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 243; İnal, **İnşaat**, s. 141; Bkz.: Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Satış, Devir, İntikal, Kiraya Verme, Trampa, Sınırlı Ayni Hak Tesisi Ve Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliği md. 4/ç: “...*Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı: Gelirin, şartnamede tanımlanması kaydıyla, İdarenin maliki bulunduğu arazi ve/veya arsada, İdarenin uygun göreceği proje uyarınca, müteahhidin proje maliyetinin tamamını karşılayacağı inşaat veya inşaatların bölümlerinin satışından sağlanacak gelirin, sözleşmede belirlenen esaslara göre İdare ve müteahhit arasında paylaşılmasını, ...ifade eder*”.

¹²³ İnal, **İnşaat**, s. 141.

yüklenici arasında paylaştırılmakta ve yüklenici de bu sözleşmeden doğan bedel alacağını bu pay ile tahsil etmiş olmaktadır¹²⁴.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmeleri de tıpkı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi farklı türlerde düzenlenebilmektedir¹²⁵. Bu bakımdan uygulamada, yukarıda bahsedildiği şekliyle arsa sahibiyle yüklenicinin, arsa sahibinin arsasında yapılacak taşınmazdaki bağımsız bölümlerin satıldıkça gelirin aralarında paylaşılacağı “basit anlamıyla gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi”, yüklenicinin elde edilecek gelir ne olursa olsun asgari bir gelirin arsa sahibine verileceğini ve düşük gelir ile eksik satış rizikosunu üstlendiği “asgari gelir taahhüdü içeren gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi”, bağımsız bölümlerin sözleşmede kararlaştırılan belirli bir süre içinde satılmamış olması halinde aynı paylaşıma gidilecek şekilde düzenlenen “aynı paylaşım koşulu içeren gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi” gibi türleri bulunmaktadır¹²⁶.

Hukuksal nitelendirme açısından değerlendirme yapılacak olursa, sonuca katılmalı sözleşme kabul edilen gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinin yine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi ani-sürekli karmaşığı edimli olarak değerlendirildiği¹²⁷ ve bu isimsiz sözleşmenin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin aksine tapuya şerh edilebilecek haklar arasında olmadığı belirtilmelidir¹²⁸. Bu nedenle, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmeleri arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden farklı olarak tapuya şerh edilemeyeceklerdir¹²⁹. Zira bu sözleşmeye dayalı şerh imkanı kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Tip olarak bakıldığında ise gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinin adi ortaklık, eser sözleşmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, inşaat sözleşmesi, vekalet sözleşmesi gibi sözleşmelere benzerliği değerlendirilebilmekle birlikte, eser sözleşmesi, adi ortaklık

¹²⁴ Bkz.: İnal, **İnşaat**, s. 141; Duman, **İnşaat**, s. 243; Yeniocak, **a.g.e.**, s. 33.

¹²⁵ Yeniocak, **a.g.e.**, s. 27.

¹²⁶ İnal, **İnşaat**, s. 151 vd.

¹²⁷ Sürekli borç ilişkisi olduğu yönünde bkz.: Yeniocak, **a.g.e.**, s. 53.

¹²⁸ İnal, **İnşaat**, s. 165 vd.

¹²⁹ Duman, **İnşaat**, s. 246; Tapu siciline şerh imkanının gelir paylaşımlı inşaat sözleşmeleri için de söz konusu olduğuna ilişkin olarak bkz.: Yeniocak, **a.g.e.**, s. 57.

sözleşmesi ve bir çeşit iş görme sözleşmesini bir araya gelmesiyle oluşan karma bir sözleşme olduğu da belirtilmektedir¹³⁰.

Buradaki açıklamalarımız itibariyle dikkat etmemiz gereken önemli hususlardan birisi ise şekle ilişkindir. Belirttiğimiz gibi burada arsa sahibi esas olarak arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye geçirme iradesine sahip değil. Taraflar esas olarak bu payların satışı konusunda anlaşmaktadırlar. Dolayısıyla ortada yüklenici ile arsa sahibi arasında mevcut bir taşınmaz mülkiyetinin nakli borcunun varlığından söz edemeyiz. Bu bakımdan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından ifade ettiğimiz resmi şekil zorunluluğu bu sözleşme bakımından tekrarlanamayacaktır¹³¹. Ancak, yukarıda bahsettiğimiz türlerden “ayni paylaşım koşulu” içeren tür ise yapısı itibariyle bu noktadan ayrılacaktır ve resmi şekle tabi olduğundan bahsedilebilecektir¹³².

Sonuç olarak bakıldığında, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinin, karma sözleşme olması, geçici-sürekli karmaşığı yapıya sahip olması, isimsiz bir sözleşme olması ve tarafların bir takım borçları bakımından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine benzerlik taşıdığı görülmektedir. Bu iki sözleşmeden hangisinin mevcut olayda söz konusu olduğu somut sözleşme hükümlerine bakılarak değerlendirilecektir.

VI. Tarafların Karşılıklı Borçları

Tam iki taraflı sözleşmeler olarak nitelediğimiz arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde tarafların birbirlerine karşılıklı olarak borçlarının bulunduğu

¹³⁰ İnal, **İnşaat**, s. 194; Yarg. 13. HD., 22.11.1996 T., 199678841 E., 1996/10366 K.: “...Tarafların arasında düzenlenen 2.7.1990 tarihli “Gayrimenkul Satış Vaadi ve İnşaat Önsözleşmesi” başlıklı sözleşmenin içeriği itibariyle hukuki nitelikçe tapuda kayıtlı taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesini amaçlayan satış vaadi, eser yapma vaadi, adi ortaklık sözleşmelerinin birbirinden ayrılmayacak şekilde unsurlarını ihtiva eden, birinin diğerine üstün egemenliği bulunmayan karma tipli bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır...” (K.İ.B.)

¹³¹ Bkz.: Duman, **İnşaat**, s. 244; İnal, **İnşaat**, s. 219; Aksi için Bkz.: Aykut Cura/Nezih Sütçü, “Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı Sözleşmesinde Şekil”, **Ersin Çamoğlu’na Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 301; Yine resmi şekle tabi olması gerektiği yönünde görüş için bkz.: Yeniocak, **a.g.e.**, s. 58 vd.

¹³² İnal, **İnşaat**, s. 220 vd.; Duman, **İnşaat**, s. 244.

yukarıda belirtilmişti¹³³. Tarafların bu sözleşme kapsamında yerine getirmekle yükümlü oldukları en önemli borçları yüklenici için bir yapının¹³⁴ inşası ve teslimi iken, arsa sahibi için arsa paylarının devridir¹³⁵.

Ayrıca tarafların karşılıklı olarak bu nihai borçlarının yanında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin yapısı gereği ifa sürecine yayılan diğer borçları da bulunmaktadır. Yüklenici için sadakat ve özen borçları ile arsa sahibi için yerine getirmekle yükümlü olduğu diğer hususlar (inşaat işleri kapsamında ruhsat alınmasına, yapının tamamlanmasına vs. diğer durumlara ilişkin) bu kapsamda sayılabilir.

Aşağıda yüklenici ve arsa sahibinin karşılıklı borçlarına değinilecek ve buna ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

A. Yüklenicinin Borçları

1. Yüklenicinin Yapıyı Teslim Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin yapısı gereği yüklenicinin yerine getirmekle (sözleşmede ifa etmekle) yükümlü olduğu en önemli borcu, sözleşmede kararlaştırılmış (sair hususları konusunda üzerinde anlaşmaya varılmış) olan yapının, belirlenen zamanda, belirlenen nitelik ve niceliklerde inşa edilmesi ve sonrasında arsa sahibine teslim edilmesidir¹³⁶. İnşa edilen esere ilişkin borç iş sahibinin bu

¹³³ Bkz.: I. Bölüm, II. Sözleşmenin Hukuki Niteliği, A. Tam İki Taraflı Bir Sözleşme olması.

¹³⁴ “Yapı” kavramının “Barınmak veya başka amaçlarla kullanılmak için yapılmış her türlü mimarlık eseri, bina” veya “Yapılmakta olan konut, yol, köprü vb. inşaat, konstrüksiyon” şeklinde tanımlanmaktadır.(http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.535e4ea07b58d9.65317683), (Szt.: 28.04.2014).

¹³⁵ Erman, **İnşaat**, s. 1; Tarafların arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borçları hakkında Yargıtay kararındaki açıklama için bkz.: Yarg. 14. HD., 04.07.2007 T., 2007/7962 E., 2007/8738 K.: “...Burada yüklenicinin borcu, arsa sahibine ait arazi üzerine sözleşmesine, amaca ve fenne uygun bir bina imal ederek, arsa sahibine teslim etmek, arsa sahibinin temel borcu ise, kendisine teslim edilen binadan sözleşmeyle yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümler tapu kaydını ona aktarmaktır. Yüklenici kendisine bırakılan bağımsız bölümler tapusunu doğrudan arsa sahibinden isteyebileceği gibi, yazılı olması koşuluyla şahsi hakkını Borçlar Kanunu'nun 162. maddesi hükmünce üçüncü kişilere de temlik edebilir...” (K.İ.B.).

¹³⁶ Asuman Turanboy, “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 41, S. 1-4, 1889-1890, s. 151; Erman, **İnşaat**, s. 33; Gökyayla, **Ek İş**, s. 5; Ayhan Uçar, “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, **AÜEHFD**, C. V. S. 1-4,

sözleşmedeki menfaati de düşünülürken ancak teslim ile ifa edilmiş sayılır¹³⁷. Ayrıca, sözleşme içerisinde arsa sahibinin de menfaatlerinin bu noktada birleştiği ve aksi sözleşmeden anlaşılıyorsa, sözleşmesel borçların da yine bu borcun (inşa ve teslim borcu) ifası sonucu istenebilir aşamaya geleceği belirtilebilir. Diğer bir ifade ile arsa sahibinin bu sözleşmedeki menfaati esas olarak yüklenicinin teslim borcuna odaklanmıştır.

Bir başka açıdan bakılacak olursa, yüklenicinin yapıyı teslim borcu, onun asli borcu olmasının yanında¹³⁸, sözleşmede yerine getirilmesi beklenen nihai borcudur¹³⁹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin bu yapıyı teslim borcunun ifası, borcun yapısı gereği öncelikle yapının inşasına bağlıdır. Hemen belirtmek gerekir ki, yüklenici aksi kararlaştırılmamışsa arsa paylarına hak kazanabilmek için yapıyı uygun şekilde inşa ve teslim etmiş olmalıdır. Bununla yüklenici, ifa sonunda hak kazanacağı arsa paylarının devri konusunda, arsa sahibinin iznine gerek duymaksızın üçüncü kişilerle anlaşabilir¹⁴⁰.

2001, s. 513; Aydoğdu/ Kahveci, **a.g.e.**, s. 660; Ayhan Uçar, “İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 1, 1997, s. 32; Yarg. 14. HD., 12.10.2006 T., 2006/8825 E., 2006/10878 K.: “...*Davalılar arasındaki 04.11.1998 günlü biçimine uygun düzenlenmiş arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesiyle davalı yüklenici diğer davalıya ait arsa üzerinde sözleşmeye, fen ve amaca uygun bir bina meydana getirmek ve arsa sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Ancak bu borç ifa edildiğinde yükleniciden şahsi hakkını yani bir bakıma eserin bedeli olan bağımsız bölümün tescili talep edebilir...*” (K.İ.B.).

¹³⁷ Fikret Eren, “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları Ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, **İnşaat Sözleşmeleri**, Ankara, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996, s. 72; Şenocak, **a.g.e.**, s. 26.

¹³⁸ Özyörük, **a.g.e.**, s. 1.

¹³⁹ Yarg. 14. HD., 23.01.2007 T., 2006/9031 E., 2007/415 K.: “...*Yüklenicinin temel borcu ise, eseri (binayı) meydana getirmektir. Bir bina inşasından amaç, o yapının sözleşmeye, fen kurallarına ve amacına uygun imal edilmesidir. İşte, yüklenici bu nitelikleri taşıyan bir bina meydana getirmişse, sözleşmede aksine hüküm bulunmayan hallerde yapının arsa sahibine tesliminde, sözleşmede ayrık hüküm varsa teslimden önce ve ancak sözleşmede koşullarına uygun oranda arsa payı veya bağımsız bölümün tescilini isteyebilir...*” (K.İ.B.); Ayrıca, sözleşmede teslim borcunun iskan ruhsatı alınmış olması şartına da bağlanabileceğini de belirtmek gerekir. Bkz: Yarg. 15. HD., 06.12.2007 T., 2006/6821 E., 2007/7876 K.: “*Oysa usulüne uygun şekilde düzenlenen sözleşmede inşaatın sözleşme şartlarına uygun şekilde 24 ay içinde teslimi öngörülmüş ve iskan ruhsatı alınması mükellefiyeti de yüklenici üzerinde bırakılmıştır. Henüz iskan ruhsatı alınmadığına göre sözleşme şartlarına uygun bir teslimin varlığından söz edilemez.*” (K.İ.B.).

¹⁴⁰ Büyükkay, **a.g.e.**, s. 71; Yarg. 14. HD., 18.02.2008 T., 2008/518 E., 2008/1796 K.: “...*Dava, yüklenicinin temlik işleminin kaynaklanan mülkiyet aktarımı istemine ilişkindir. Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin yüklenicisi olan taraf, sözleşmede yasaklanmamış ise teslim borcunu (BK. m.364) yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kazanacağı kişisel hakkını (bağımsız bölüm tapusunun devrini) arsa sahibi ile mevcut sözleşmesine dayanarak doğrudan ondan*

Değinildiği gibi sözleşmedeki esaslı borç olan yapının teslimi borcunun ifası öncelikle yapının inşasına bağlıdır. Yapının inşası aşaması bu öneminin dışında aşağıda değinilecek olan özen ve sadakat borçlarını da bünyesine aldığından ayrıca bir öneme sahiptir.

Yüklenicinin yapıyı teslim borcu ile ilgili değinilmesi gereken bir diğer husus ise teslimin gerçekleşme şeklidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin yapısı gereği, bina arsa sahibinin arsası üzerine inşa edilmektedir. Dolayısıyla yapının inşasını tamamlayan yüklenicinin yapıyı teslim borcunu ifa etmesi için yapının (sözleşmeye uygun bir şekilde) tamamlanmış ve kullanıma hazır olduğunu arsa sahibine bildirmesi yeterli olacaktır¹⁴¹.

Yapının teslimine ilişkin olarak belirli bir usul olmadığından somut olaylarda ortaya çıkabilecek farklı ihtimaller olacaktır. Buna göre yukarıda kural olarak yüklenicinin yapının inşa edilip bittiğini bildirmesiyle yapının teslimi borcunun ifa edildiği belirtilmekle birlikte, her somut olay kendi içinde değerlendirilmelidir. Bu konuda örnek vermek gerekirse, yüklenicinin yapıyı teslim borcu, yapının gerçekten sözleşmeye uygun şekilde yapılıp, sonrasında bunun bildirilmesiyle bitmemekte, bunun yanında teslim edilen bağımsız bölümlerin ve ortak kısımların da fiili kullanıma uygun olması gerekmektedir¹⁴². Buna daha somut örnek olarak inşaatın tamamlanıp teslim bildirimi yapılmasına rağmen yapının belli bölümlerinin halen satış ofisi şeklinde döşeli vs. kullanılması gösterilebilir¹⁴³. Bunun gibi fiili kullanımı engelleyici farklı örneklerle karşılaşılabilecektir.

Diğer taraftan bazı durumlarda ise yüklenicinin belli bir bildirimde bulunmasına gerek olmayabilir. Şöyle ki, yapının tüm aşamalarında yükleniciyle birlikte hareket etmiş bir arsa sahibi yapı sözleşmede öngörülen kullanılabilir aşamaya geldiğinde başka hiçbir türlü anlaşılamayacak şekilde kendine düşen

isteyebileceği gibi Borçlar Kanununun 162. maddesi hükmünden yararlanarak arsa sahibinin rızası da gerekmeden üçüncü kişilere yazılı olmak koşuluyla (BK. m.163) devir ve temlik edebilir. Görülüyor ki Borçlar Kanununun 162 ve 163. maddeleri gereğince yüklenicinin yaptığı temlik işlemi ile birlikte temlike konu bağımsız bölümün ayrıca teslimi gerekmez. Çünkü, temlik işlemi; inşaatın başında yapılabileceği gibi inşaat tamamlanmış iken dahi yapılabilir...” (K.İ.B.).

¹⁴¹ Erman, **İnşaat**, s. 34; Aral/Ayrancı, **Borçlar**, s. 347.

¹⁴² Erman, **İnşaat**, s. 34.

¹⁴³ Benzer örnekler için bkz. Kurt, **a.g.e.**, s. 83.

bağımsız bölümler üzerinde fiili egemenlik kurmuş, kullanıyor veya kullandırıyor ise teslim borcunun ifa edilmiş olduğunu kabul etmek gerekebilir. Bunun gibi, incelenmesi gereken somut olaylar farklılık gösterebilir ve çoğaltılabilir.

Somut olay incelemesinde ortaya çıkabilecek bir başka ihtimal de yine tarafların teslim borcunun ifasını bir şekilde veya bazı diğer şartlara tabi kılmış olmalarıdır¹⁴⁴. Bu durumda yüklenicinin teslim borcunu ifasının belirlenen şekilde yapılmasıyla gerçekleşir. İskan alınması şartına bağlanmış arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri buna örnek gösterilebilir¹⁴⁵.

2. Yüklenicinin Sadakat Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin bir diğer borcu ise sadakat borcudur¹⁴⁶. Yüklenicinin sadakat borcu 818 sayılı Borçlar Kanunu’muzda ismen yer almamaktaydı¹⁴⁷. Buna rağmen, bahsi geçen kanun döneminde, vekalet sözleşmesinde sadakat borcuna ilişkin hükümler yer almaktaydı ve iş görme sözleşmesi niteliğinde olan bu sözleşmedeki vekilin sadakat borcu(BK m. 390¹⁴⁸), arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin sadakat borcunun dayanağını oluşturacak şekilde kıyasen kullanılmaktaydı¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Büyükay, **a.g.e.**, s. 71; Erman, **İnşaat**, s. 35.

¹⁴⁵ Büyükay, **a.g.e.**, s. 71; Erman, **İnşaat**, s. 35.

¹⁴⁶ Yaşar Engin Selimoğlu, **İstisna (Eser) Sözleşmesi**, Ankara, Adalet, 2010, s. 84; Erman, **İnşaat**, s. 36; Yarg. 14. HD., 11.10.2011 T., 2011/9418 E., 2011/11817 K.: “...Gerçekten, yüklenicinin yapımını üstlendiği eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve o hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi, yüklenicinin hem sadakat ve hem de özen borcunu kapsar. Çünkü, iş görme niteliği icabı başkasının menfaatine hareketi gerektirir. Dolayısıyla, yüklenici sadakat ve özen borcu gereği eseri sözleşmesine, amacına ve fenne uygun şekilde meydana getirmek zorundadır. Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu eserdeki eksik ve ayıplı işler bedeli 2.650,00 TL olarak saptandığından, davalının bu miktarla sorumlu tutulması doğrudur...” (K.İ.B.).

¹⁴⁷ Erman, **İnşaat**, s. 36.

¹⁴⁸ Bahsi geçen BK m. 390’daki düzenleme şu şekilde yer almaktaydı: “Vekilin mesuliyeti, umumi surette işinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir.

Vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir suretle ifa ile mükelleftir.

Vekil, başkasını tevkile mezun veya hal icabına göre mecbur olmadıkça veya adet başkasını kendi yerine ikameye müsait bulunmadıkça müvekkilünbihi kendisi yapmağa mecburdur.”

¹⁴⁹ Erman, **İnşaat**, s. 36; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 443; Yarg. 15. HD., 25.01.1999 T., 1998/4289 E., 1999/115 K.: “...Sözleşmede yer verilmesi dahi işin imar mevzuatına, fen ve teknik kurallara uygun yapılması zorunludur. Bu husus kamu düzeninden olup mahkemece de doğrudan gözetilecek hususlardandır. Somut olayda işin anılan kurallara uygun yapılmadığı, Merciiince verilen durdurma kararı ve çeşitli aşamalarda alınan fenni bilirkişi görüşleriyle sabit ve mahkemenin de kabulündedir. Sözleşme hükümlerine uyulması ise hukukda temel ilke olan "ahde vefa" kuralı gereğidir. Eser

Kanunda sayılmamış olsa da¹⁵⁰ iş görme edimi içeren sözleşmeler ve dolayısıyla eser sözleşmesi için de varlığı kabul edilen bu borç¹⁵¹, Türk Borçlar Kanunu'nda ise açıkça ve ismen sayılarak kanun metninde yerini almıştır¹⁵². Bahsi geçen düzenleme kanunun 471. maddesinin ilk fıkrasında “*Yüklenici üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.*” şeklinde kaleme alınmıştır.

Yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu bakımından sadakat borcunun iki alt görünümünün bulunduğunu belirtmek gerekir¹⁵³. Öncelikle, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre yüklenici, malzeme arsa sahibi tarafından sağlanmış ise bu malzemeleri özenle kullanmalı ve artanı iade etmelidir¹⁵⁴. Bunun gibi, malzemelerden vs. ortaya çıkabilecek zararları ve aksaklıkları arsa sahibine bildirmeli, gerekli önlemleri almalıdır¹⁵⁵.

Diğer taraftan aynı maddenin son fıkrasından dayanakla, arsa sahibinin sağladığı malzemenin veya yerin ayıplı olması ya da bunların dışında binanın inşasının zamanında veya gereği gibi tamamlanmasını engelleyecek durumların ortaya çıkması halinde, yüklenicinin bunları vakit geçirmeksizin arsa sahibine

sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği işi kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Özen borcu sadakat borcunun bir sonucudur. Yüklenici, sözleşmeye uygun olmayan proje ve bu projeye aykırı iş yapmakla sadakat ve özen borcunu ağır biçimde ihmal etmek, davacıda varolan güveni kökünden sarsmakla kusurlu olduğu gibi, kamu düzenine ilişkin imar kurallarına uymamakla da başka bir neden aranmaksızın kusurludur. Sadece bu nedenle dahi iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının varlığı ortadadır. Dairemizin süregelen uygulaması da bu doğrultudadır. İşin devamı süresinde yapılan uyarılara kayıtsız kalan yüklenicinin kasıtlı bu tutumu karşısında, davacının sözleşmeden dönme hakkının varlığının duraksamaya yer olmaksızın kabulü gerekir...” (K.İ.B.).

¹⁵⁰ Tandoğan, **Özel II**, s. 48.

¹⁵¹ Öz, **İnşaat**, s. 121.

¹⁵² Mutlu Dinç, **Borçlar Kanununda Neler Değişti**, 5. bs., y.y., Seçkin, 2012, s. 154.

¹⁵³ Başak Başoğlu, **Türk Hukukunda Ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 139; Tandoğan, **Özel II**, s. 49.

¹⁵⁴ TBK m. 472/2; Tandoğan, **Özel II**, s. 49.

¹⁵⁵ Yarg. 14. HD. 28.12.2004 T., 2004/2426 E., 2004/6805 K.: “...Kural olarak işinin ehli ve konusunun uzmanı olan yüklenicinin basiretli bir tacir gibi eseri teknik ve sanat kurallarına göre meydana getirmeyi üstlendiği kabul edilir. BK'nun 357 /son maddesi uyarınca iş sahibinin verdiği malzemenin kusuru olması ya da bu veya iş sahibinin zarara uğramasına neden olacak halin varlığında bunların giderilmesi için iş sahibini uyarma görevi yükleniciye aittir. Aksi takdirde uyarı görevini yerine getirmeyen yüklenici bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır...” (K.İ.B.).

bildirmesi gerekmele birlikte¹⁵⁶, buna aykırı davranışı karşısında ortaya çıkacak zararlara da yüklenici katlanmak zorunda kalacaktır¹⁵⁷.

Genel olarak ise sadakat borcu yüklenicinin iş sahibinin menfaatine olacak şekilde hareket etmesi ve buna aykırılık teşkil edebilecek tüm tutum, davranış, işlem ve işlerden kaçınması gerektiğini ortaya koyar¹⁵⁸. Yüklenici sadakat borcu kapsamında yukarıdaki şekilde hareket etmek zorunda olup, belirtildiği gibi buna aykırı hareket ettiği takdirde ortaya çıkacak zararlardan sorumlu olacaktır¹⁵⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sadakat ve özen borçları birbirlerine sıkı sıkıya bağlıdır¹⁶⁰. Bunun yanında, sadakat borcunun inşaat sözleşmesinin sona ermesinden sonra dahi varlığını sürdürdüğünün belirtildiğini ifade etmek gerekir¹⁶¹.

3. Özen Borcu

Yüklenicinin bir diğer borcu ise özen borcu olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁶². 818 sayılı kanunumuzda yüklenicinin özen borcu ile 6098 sayılı kanunumuzdaki düzenlemede yüklenicinin özen borcu öncelikle dayanak noktaları bakımından farklılık göstermektedir. Şöyle ki, eski kanunda yüklenicinin özen borcu 356. maddenin birinci fıkrasında “*Müteahhidin mes’uliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mes’uliyetine dair olan hükümlere tabidir.*” şeklinde düzenlenmişti. Bu

¹⁵⁶ Tandoğan, **Özel II**, s. 49; Başoğlu, **a.g.e.**, s. 139.

¹⁵⁷ TBK m. 472/3.

¹⁵⁸ Eyüp İpek, “Eser Sözleşmelerinde Müteahhidin Özen Borcu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 81, S. 2, 2007, s. 541; Nihat Yavuz, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler: Genel Hükümler- Özel Hükümler**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 701. Tandoğan, **Özel II**, s. 49.

¹⁵⁹ Erman, **İnşaat**, s. 39; Büyükyay, **a.g.e.**, s. 140 vd.

¹⁶⁰ Yavuz, **Yenilikler**, s. 701.

¹⁶¹ Öz, **İnşaat**, s. 121.

¹⁶² Erman, **İnşaat**, s. 38; Yarg. 15. HD., 15.10.2003 T., 2003/4424 E., 2003/4772 K.: “...Yüklenici, özen borcu gereği olarak, yapımını yüklediği inşaatı, iş sahibi ile yaptığı sözleşme hükümleriyle, sözleşmenin eki olan onaylı projesine; fen ve sanat kurallarına ve kendisine duyulan güvene ve öngörülen amaca uygun olarak tamamlayıp temsil etmekle yükümlüdür. (B.K. md.356) Yüklenicinin özen borcu, hazırlık çalışmalarından eserin tamamlanıp teslim edilmesine kadar devam eder...” (K.İ.B.); YHGK, 09.10.1991 T., 1991/15-340 E., 1991/467 K.: “...Eser sözleşmelerinde yüklenici, kural olarak, işin görüşülmesi ve tesliminde işçiye göre "daha yüksek özen" göstermelidir (BK. m. 356/I). Yüklenici bir işi üstlenirken, kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna aykırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder (Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C: II, 1987 Bası, Sh: 56, 58)...” (K.İ.B.).

düzenlemede yüklenicinin sorumluluğu, hizmet sözleşmesindeki bir işçinin göstermesi gereken özenle belirlenmekteydi¹⁶³.

Yüklenicinin özen borcuna ilişkin hüküm 6098 sayılı kanunda ise “Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.” şeklinde kaleme alınmış ve yüklenicinin sorumluluğunun ölçüsü eski kanundaki düzenlemeden (hizmet sözleşmesindeki işçiden beklenen özen) farklı olarak, hizmet sözleşmesindeki işçiyle değil, benzer alandaki bir işi üstlenen basiretli bir yükleniciyle kıyaslanmak suretiyle düzenlenmiştir¹⁶⁴.

Aşağıda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin özen borcuna ilişkin özel durumlar incelenecektir.

a. Yüklenicinin Yapıyı Bizzat İnşa Etmesine İlişkin Özen Borcu

Yüklenicinin özen borcu kapsamında özel bir görünüm olarak dikkati çeken ilk durum yüklenicinin yapının bizzat kendisi tarafından inşa edilmesine ilişkin özen borcudur. Eser sözleşmelerinde ve buna bağlı olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kural olarak yüklenici, inşaatı(yapıyı) kendisi veya kendi yönetimindeki kişiler marifetiyle inşa etmelidir¹⁶⁵. Buna ilişkin olarak TBK m. 471/3’e göre:

¹⁶³ Öz, **İnşaat**, s. 118; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 444; İpek, **a.g.e.**, s. 546.

¹⁶⁴ Gökyayla, **Vekalet**, s. 288; Öz, **İnşaat**, s. 120; Büyükay, **a.g.e.**, s. 133; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 444; Başoğlu, **a.g.e.**, s. 141; Ayrıca somut Yargıtay kararında da görüldüğü üzere özen borcu geniş kapsamlı değerlendirilmiş ve süresinde ifa ile fen-teknik kurallarına, projeye uygun ifanın da özen borcunun bir uzantısı ve gereği olduğu belirtilmiştir: Bkz. Yarg. 15. HD. 30.10.2003 T., 2003/1400 E., 2003/5095 K.: “...Eserin, sözleşmede kararlaştırılmış olan iş süresi sonunda yani teslim tarihinde, sözleşme hükümlerine, fen ve sanat kurallarına uygun olarak imal edilip iş sahibine teslim edilmesi, yüklenicinin "özen borcu" gereğidir (BK.md.356). Yüklenicinin teslim borcunu yerine getirmede temerrüdü halinde, iş sahibi Borçlar Yasasının 106.maddesindeki seçimlik haklarından birisi olan gecikmiş ifa ve gecikmiş ifa ile birlikte gecikme tazminatı isteme hakkını kullanabilir. Somut olayda da, davacılar bu haklarını kullanmışlardır...” (K.İ.B.).

¹⁶⁵ Halil Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000, s. 58; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 42; Tandoğan, **Özel II**, s. 70; Erman, **İnşaat**, s. 43; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 446; Duman, **Giriş**, s. 47; Aral/Ayrancı, **Borçlar**, s. 323.

“Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.”¹⁶⁶.

Görüldüğü üzere kanun koyucu eski düzenlemede olduğu gibi genel kural olarak, yüklenicinin eseri bizzat kendisi yapması veya kendi kontrolü (gözetimi ve denetimi vs.) altında olan kişilere yaptırmayı gerektiğini kabul etmiştir¹⁶⁷. İnşanın gerektiği gibi yapılmaması, ayıpların varlığı gibi durumlar özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecek ve bunun sonucu ortaya çıkacak olan zararların tazminini yüklenici karşılamak zorunda kalacaktır¹⁶⁸.

Bahsi geçen fıkranın ikinci cümlesinde ise genel kurala istisna getirilerek yüklenicinin, işin kişisel beceri, özellik ve önem taşımadığı durumlarda bir başkası eliyle de meydana getirebileceğini belirtmektedir¹⁶⁹.

Bu noktada belirtilmelidir ki, Türk Borçlar Kanunu’nun “*Şahsen İfa Zorunluluğunun Olmaması*” başlıklı 83. maddesinde, alacaklının aksine bir menfaati söz konusu olmadığı durumlarda borçlunun borcu şahsen ifa etmesinin zorunlu olmadığı genel kural olarak belirtilmiştir¹⁷⁰. Ancak, eser sözleşmesini düzenleyen 471. maddede bu kural tersine çevrilerak yüklenicinin şahsen ifa borcunun esas olduğu kabul edilmiştir¹⁷¹. Buna göre TBK 83. maddeden farklı olarak özel bir düzenleme içeren eser sözleşmesindeki hükme dayanakla, yüklenici sıfatına sahip

¹⁶⁶ Aynı maddenin korunarak alındığı 818 sayılı kanunda 356. Maddenin 2. fıkrasındaki metin ise: “*Mütaahhit, imal olunacak şeyi bizzat yapmağa veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir.*” şeklindeydi.

¹⁶⁷ Erman, **İnşaat**, s. 44.

¹⁶⁸ Yarg. 15. HD., 10.11.1997 T., 1997/3787 E., 1997/4754 K.: “...Eser sözleşmesinin biçim bakımından yazılı olması gerekmez. Özen borcunu (BK. md. 356, 321) yerine getirmemesi sonucu üstlendiği işi ayıplı yaptığı belli olan yüklenicinin, bu ayıp nedeniyle doğan zararın tazmininden sorumlu tutulması gerekir (BK. md. 360/II)...” (K.İ.B.).

¹⁶⁹ Gümüş, **Özel II**, s. 10; Şenocak, **a.g.e.**, s. 20.

¹⁷⁰ Turan Şahin/Yasemin Durak, “818 Sayılı Borçlar Kanunu Ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Eseri Şahsen Meydana Getirmesi Veya Eseri Kendi İdaresi Altında Başkasına Yaptırma Yetkisi”, **Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 1, 2013, s. 376; Büyükay, **a.g.e.**, s. 74; TBK m. 83: “*Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.*”.

¹⁷¹ Büyükay, **a.g.e.**, s. 74; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 446.

kişi, eserin yapımında kişisel özelliklerin ayrı bir öneme sahip olmadığını iddia ve ispat etmelidir ki, eseri bizzat kendisi yapmaktan veya yönetimi altındakilere yaptırmaktan kurtulsun¹⁷².

Buna göre yüklenici genel hükümlerden farklı olarak ve eser sözleşmesindeki özel düzenleme dolayısıyla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yapıyı, aksi sözleşmede belirtilmediği ve yüklenicinin işin imal ve ifasında kullanacağı kişilerin kişisel özellikleri de arsa sahibi ve iş bakımından önemli olduğu takdirde, kendisi veya kendi yönetimi altındakilerce inşa etmek zorundadır¹⁷³. Bu noktada belirtilmelidir ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ve daha da özelde inşaat işinin niteliği (çeşitliliği, her aşamada ayrı bir teknik bilgi ve beceri gerektirmesi gibi nitelikler) gereği, yüklenici yapı işlerini kendi yönetimi altındaki özel bilgi ve beceriye sahip kişilere, belli bir kontrol ve denetim sistemi ve bunun da getirdiği sorumluluk altında yaptıracaktır¹⁷⁴.

b. Yüklenicinin İnşa İşinde Kullandığı Malzemelere İlişkin Özen Borcu

Yüklenicinin özen borcu kapsamında özel bir görünüm olarak dikkati çeken bir diğer durum ise yüklenicinin yapının inşası için kullandığı malzemelere ilişkin özen borcudur¹⁷⁵.

Öncelikle belirtilmelidir ki, malzeme kavramı ile araç-gereç kavramı birbirinden farklı kavramlardır¹⁷⁶. Malzemeler inşa edilecek eseri meydana getiren teknik materyaller iken araç ve gereçler ise inşa işinde kullanılıp, genellikle sarf edilemeyen ve inşa işi tamamlandığında yapıdan alınabilen şeylerdir¹⁷⁷. Örneğin, iskeleler, kalıplar vs. araç-gereç kavramına dahil iken, dökülen beton, kiremit, tuğla vs. ise malzeme kavramına dahil olmaktadır¹⁷⁸.

¹⁷² Şenocak, **a.g.e.**, s. 19; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 446.

¹⁷³ Büyükay, **a.g.e.**, s. 74.

¹⁷⁴ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 44; Erman, **İnşaat**, s. 44.

¹⁷⁵ Erman, **inşaat**, s. 41; Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 97.

¹⁷⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s. 23.

¹⁷⁷ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 45.

¹⁷⁸ Tandoğan, **Özel II**, s. 104; Erman, **İnşaat**, s. 41.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflar, malzemelerin yüklenici veya arsa sahibi tarafından sağlanacağına ilişkin olarak anlaşma yapabilirler. Ayrıca, inşa işinde kullanılacak araç ve gereçlerin sağlanması için kanunda özel bir düzenleme mevcuttur. TBK m. 471/4’de bu düzenleme “*Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır.*” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, taraflar aksine bir anlaşma yapmamışlarsa ve bu yönde de bir adet söz konusu değilse, araç ve gereçlerin sağlanması yükleniciye aittir¹⁷⁹.

Türk Borçlar Kanunu’nun 472. maddesinin birinci fıkrasına göre, malzemelerin yüklenici tarafından sağlanıyor olduğu durumlarda, yüklenicinin malzemelerin ayıplı olması halinde, “*satıcı*” gibi sorumlu olacağı belirtilmektedir¹⁸⁰. Buna ilişkin olarak, eğer (sözleşmenin niteliği gereği uygulamadaki halde de olduğu üzere) malzemeyi yüklenici sağlıyorsa, yüklenici inşaata uygun malzemeleri ve varsa anlaşmada belirtilenleri seçmeli iken, seçme opsiyonu kendisinde bırakıldığında yahut anlaşmada herhangi bir belirleme yapılmadığında ise en azından (dürüstlük kuralına da uygun şekilde) orta kalitede malzeme kullanılmalıdır.¹⁸¹ Burada bahsi geçen orta kalitenin ise her somut olay içerisinde farklılık gösterebileceğini, bu nedenle nispeten lüks olarak kabul edilebilecek bir projedeki orta kalite ile daha makul bir projedeki orta kalitenin farklılık gösterebileceğini de belirtmek gerekir¹⁸². Malzeme arsa sahibince sağlanıp da elverişsiz ise bu konuda yüklenicinin arsa sahibini uyarması gerekmekte birlikte, aksi durumlarda ise kendi seçtiği malzemelerden veya arsa sahibini uyarılmamasından kaynaklanan zararlardan sorumlu olacağı da açıktır¹⁸³.

¹⁷⁹ Gümüş, **Özel II**, s. 15; Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 94; Aydoğdu/Kahveci, **a.g.e.**, s. 661.

¹⁸⁰ TBK m. 472/1: “*Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden işsahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.*”

¹⁸¹ Bkz.: Seliçi, **İnşaat**, s. 137; Erman, **İnşaat**, s. 41; Aral/Ayrancı, **Borçlar**, s. 332.

¹⁸² Semih Yünlü, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ağır Kusuru Ve Buna İlişkin Zamanaşımı Süresi”, **YYÜHFD**, C. 1, S. 3, 2014, s. 110 vd.

¹⁸³ Aral/Ayrancı, **Borçlar**, s. 333; Aydoğdu/Kahveci, **a.g.e.**, s. 662; Yarg. 15. HD., 16.06.2010 T., 2010/2040 E., 2010/3436 K.: “...Yüklenici işin uzmanı olup Borçlar Kanunu’nun 356. maddesi hükmünce edimini özenle yerine getirmek zorunda olduğu gibi, aynı yasanın 357. maddesine göre de imâl edilen şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmaması ve yetersiz olması halinde bu hususta iş sahibine karşı uyarıda bulunmak zorundadır. Aksi halde özen borcu ile uyarı görevini yerine

Malzemelere ilişkin olarak diğerk bir ihtimalde ise malzemeler arsa sahibi tarafından sağlanmaktadır. Malzemelerin arsa sahibi tarafından sağlandığı bu ihtimalde ise yine yüklenici kendisine sağlanan malzemeleri özenle kullanmalı, bunlardan artanları iade etmeli ve bunlara ilişkin olarak arsa sahibine hesap vermelidir¹⁸⁴. Ayrıca yüklenici, malzemelerin ayıplı olmasını, arsanın elverişsizliğini ve bunun gibi sonradan ortaya çıkabilecek veya varlığı öğrenilebilecek durumları derhal arsa sahibine bildirmelidir¹⁸⁵. Aksi takdirde bundan doğan zararlardan kaynaklana taleplere muhatap olacaktır¹⁸⁶.

B. Arsa Sahibinin Borçları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin, genel olarak iki temel borcu bulunmaktadır. Bunlardan ilki arsa sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerindeki karakteristik borcu olan arsa paylarını devir borcudur¹⁸⁷. Arsa sahibinin ele alınması gereken diğerk borcu ise yüklenicinin sözleşmeden doğan borçlarını gereği gibi yerine getirebilmesi için üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirme borcudur. Aşağıda arsa sahibinin bu iki temel borcu incelenecektir.

1. Arsa Paylarını Devir Borcu

Yukarıda değinildiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin karakteristik ve temel borcu belli arsa paylarının yükleniciye devredilmesi

getirmeyen yüklenici kusurlu sayılır ve bu kusuru nedeniyle oluşan zarardan sorumlu tutulur...” (K.İ.B.).

¹⁸⁴ Tandoğan, **Özel II**, s. 109; Büyükay, **a.g.e.**, s. 149; TBK m. 472/2: “Malzeme işsahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür.”

¹⁸⁵ Tandoğan, **Özel II**, s. 109; Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 99; Yarg. 14. HD., 05.12.2011 T., 2011/13305 E., 2011/14893 K.: “...belirtmek gerekir ki yüklenici sadakat ve özen borcu gereği eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmek zorundadır. Yüklenicinin genel ihbar borcu bu zorunluluktan kaynaklanır. Başka bir anlatımla aktin gereği gibi ve vaktinde ifasını tehlikeye sokan her hali yüklenici iş sahibine derhal haber vermeye mecburdur. Örneğin yüklenici sadece malzemedeki ayıpları veya arsa üzerinde inşaat yapılacaksa arsanın ortaya çıkan elverişsizliğinin değil iş sahibinin verdiği malzeme ile iş yapmakta ise bu malzeme üzerindeki alacaklıların istihkak iddiasını eserdeki maliyetin kesif artışını çok geçeceğini derhal iş sahibine bildirmelidir...” (K.İ.B.).

¹⁸⁶ Tandoğan, **Özel II**, s. 109-112.

¹⁸⁷ Erman, **İnşaat**, s. 52.

borcudur¹⁸⁸. Arsa sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yerine getirmesi gereken ve “esas borcu” niteliği taşıyan bu borç, eser sözleşmesinde iş sahibinin bedel ödeme borcuna¹⁸⁹ karşılık gelmektedir.

İncelendiğinde, kanunda eser sözleşmesi, TBK md. 470’de “...yüklenicinin bir eseri meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu durumda arsa sahibinin arsa paylarını devretmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borcunun karşılığını(diğer bir deyişle alacağı) ve ayrıca yüklenici bakımından sözleşmenin amacını oluşturmaktadır. Diğer bir açıdan, görüldüğü üzere bu sözleşmede, klasik anlamda inşaat sözleşmelerinden farklı olarak, yüklenicinin yapının inşasına ilişkin borcunun karşılığı olan alacağı kendisine ücret olarak değil, üzerine yapı inşa ettiği arsadan paylar olarak ödenmektedir¹⁹⁰. Bu ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, inşaat sözleşmelerinin temel şekliinden ayıran noktalardan birisidir¹⁹¹.

Diğer bir mesele ise pay devri borcunun ne zaman yerine getirilmesi gerektiğidir. Arsa sahibinin bu pay devri borcunu ne zaman ifa etmesi gerektiğinin

¹⁸⁸ Erman. **İnşaat**, s. 52; Yarg. 14. HD. 23.01.2007 T., 2006/9031 E., 2007/415 K.: “...Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri taraflarına, karşılıklı hak ve borçlar yükler. Öncelikle, üzerine inşaat yapılacak arsayı yükleniciye teslim etmesi gereken arsa sahibi, yüklenicinin karşı edimini yerine getirmesinden sonra da yükleniciye sözleşmeye uygun arsa veya kurulmuşsa kat irtifakı tapusunu devretmekle yükümlüdür...” (K.İ.B.).

¹⁸⁹ Büyükkay, **a.g.e.**, s. 151.

¹⁹⁰ Bu sözleşmelerdeki bedel borcuna ilişkin olarak bkz.: Yarg. 15. HD., 08.04.1991 T., 1990/4450 E., 1991/1798 K.: “Eser sözleşmesinde yüklenici imal ve teslim borcunu yerine getirdiğinde ücretin ödenmesi lazımdır (BK. md 364). Şüphesiz taraflar bu genel kuralı bir yana bırakabilirler. Ücretin her zaman para olması, miktarının başlangıçta belirlenmesi, defaten ödenmesi, teslimle muacceliyet kazanması gerekmez (Günümüzde sıkıcı görülen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi).” (K.İ.B.); Yarg. 14. HD., 29.05.2007 T., 2007/2499 E., 2007/6455 K.: “...Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükler. Buradaki öncelikli borç arsa sahibine aittir. Her türlü ayıptan ari olarak üzerine inşaat yapılacak arsayı teslim etmek arsa sahibinin öncelikli borcudur. Arsa sahibi ayrıca, yüklenicinin karşı edimi olan inşaat yapmak borcunu ifa etmesinden sonra yükleniciye, sözleşmeye uygun arsa veya kurulmuşsa kat irtifakı tapusunu devretmelidir. Buna karşılık yüklenicinin temel borcu bir bina meydana getirmektir. Bina inşasından maksat, o yapının sözleşmeye, fen kurallarına ve amacına uygun imal edilmesidir. Şayet yüklenici, bu nitelikleri taşıyan bir bina meydana getirmişse, sözleşmede ayrı hüküm varsa sözleşmesine, aksi halde eserin tesliminden sonra arsa sahibinden sözleşme ile devri kararlaştırılan arsa payı devrini veya bağımsız bölümlerin adına tescilini isteyebilir. Kuşkusuz, yüklenicinin arsa sahibine karşı teslimden sonra da ayıba karşı tekeffül borcu devam eder...” (K.İ.B.).

¹⁹¹ Belirtileceği üzere inşaat sözleşmelerinde eserin imalinin karşılığında ödenecek bedel parasal olarak ödenmektedir. Bkz.: Öz, **İnşaat**, s. 53.

belirlenmesi için ise sözleşmenin incelenmesi gerekmektedir¹⁹². Kural olarak yüklenici paylara, sözleşmeyi tam ifa ve yapının teslim edilmesiyle hak kazansa da somut olayda bunun aksi öngörülmüş olabilir¹⁹³. Yukarıda¹⁹⁴ incelendiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tek bir tip üzerine yapılmayıp, yine kendi içinde farklı biçimlere ayrılarak akdedilmektedirler. Buna göre kimi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa payları henüz sözleşmenin kuruluşunda yükleniciye devredilmekte iken, kimi diğer arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise pay devri borcu sözleşmenin yüklenici bakımında tam olarak yerine getirilmesi şartına bağlanmaktadır. Bu nedenle arsa paylarının devrinin yapılması gereken zaman, sıra ve adedin belirlenmesi için, somut sözleşmeye bakılmalıdır¹⁹⁵. Bunun gibi, pay devirleri sözleşmede bir tarih ile belirlenmiş olabileceği gibi yüklenicinin bir kısmı ifasına da bağlanmış olabilir¹⁹⁶.

Arsa paylarının sözleşmede öngörüldüğü aşamaya gelip istenebilir halde olmasına rağmen arsa sahibinin bu devirleri yerine getirmemesi borçlunun

¹⁹² Erman, **İnşaat**, s. 52.

¹⁹³ Yarg. 14. HD., 23.09.2004 T., 2004/6027 E., 2004/6108 K.: “...Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde eser bedeli kural olarak, taşınmazdaki bir bölüm arsa payının yükleniciye devri suretiyle ödenir. Eser bedeli olarak yükleniciye peşin devir yapılmış olursa bile, yüklenici bu bedele eserin tesliminde hak kazanır. Zira, peşin yapılan devir bir bakıma yükleniciye yapılmış avans ödemesidir. Bir tanımlama yapmak gerekirse eserin teslimi demek; binanın sözleşmesine, arsa sahibinin beklentisine, fen ve sanat kurallarına uygun bir şekilde meydana getirilerek, eserin ifa olarak arsa sahibine arz edilmesi demektir. Yüklenici veya ondan kişisel hakkını devralan üçüncü kişi, ancak edim yerine getirilmişse tescil talebinde bulunabilir. Bu bakımdan, yükleniciden temellük edilen kişisel hakka dayanılarak tescil istemi ile açılan bu gibi davalarda, inşaat sözleşmesinin arsa sahibi olan tarafın da davada yer alması zorunludur. Çünkü arsa sahibi taraf durumunu almadan sözleşmeden kaynaklanan haklarını savunamazlar...” (K.İ.B.).

¹⁹⁴ Bkz.: I. Bölüm, IV. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Uygulamada Yer Alan Şekilleri.

¹⁹⁵ Yarg. 15. HD., 02.10.1995 T., 1995/2259 E., 1995/5181 K.: “...Sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, ücret (olayda arsa payı), eserin teslimi anında ödenir (BK. 364/I). Kural; önce işin yapılması, sonra ücretin ödenmesidir. İnşaat gibi büyük yatırım gerektiren işlerde, taraflar sözleşmeye inşaat bitmeden önce iş sahibinin de yüklenicinin masraflarına katılmasını öngören hükümler koyabilirler: Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa payının işin başında veya seyri sırasında yükleniciye geçirilmesi gibi. Nitekim taraflar, 13.1.1988 tarihli sözleşmenin 7. maddesiyle, inşaat teminat ipoteği karşılığı arsa payının geçirilmesini ve yüklenicinin, kendisine düşen bu payı işin seyrine göre başkalarına (olayımızda diğer davalı Selahattin'e) satabileceği ve satılanlar üzerindeki ipoteğin de satılmayanların üzerine kaydırılacağı kabul edilmiştir. Davalı yüklenicinin, finans kaynağı yaratılmasına yönelik bu hakkını kullanmasında sözleşmeye ve yasaya aykırı bir durum yoktur...” (K.İ.B.).

¹⁹⁶ Erman, **İnşaat**, s. 52.

temerrüdünü oluşturacaktır¹⁹⁷. Yüklenici muaccel hale gelmiş bu pay devri borcu için arsa sahibine karşı tescil davası açabilecektir¹⁹⁸.

2. Sözleşmenin Yerine Getirilebilmesi İçin Üzerine Düşen Yükümlülükleri Yerine Getirme Borcu

Yukarıda da bahsedildiği üzere her ne kadar yüklenicinin ve arsa sahibinin borçları birbirinden farklı olsa da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin yapısı gereği tarafların, bu farklı ve kendilerine ait borçlarının yerine getirilebilmesi için çoğunlukla sözleşmenin karşı tarafıyla birlikte hareket etmesi gerekmektedir. Bu birlikte hareket etme durumu aynı zamanda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin yapısı gereği tarafların birbirlerine karşı kurdukları sözleşmenin ifasına ilişkin güven bağının bir sonucudur.

Arsa sahibinin bu sözleşmede üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi, yüklenicinin borçlarının ifasıyla da ilgili bir durumdur. Çünkü sözleşmenin çoğu aşamasında yüklenicinin yapması gereken bir fiil bir işlem arsa sahibinin aktif bir davranışını gerekli kılmaktadır ve arsa sahibinin üzerine düşen bu eylemleri yerine getirmemesi sözleşmenin askıda kalmasına neden olacaktır.

Arsa sahibi, yüklenicinin sözleşmenin sağlıklı bir şekilde ifasına başlaması ve tamamlaması için, kendi üzerine düşen tüm işlemleri vakit kaybetmeksizin yerine getirmelidir¹⁹⁹. Bunlara örnek verecek olursak; arsa sahibi inşaatın zamanında

¹⁹⁷ Erman. **İnşaat**, s. 53.

¹⁹⁸ Erman. **İnşaat**, s. 53.

¹⁹⁹ Ayan, **a.g.e.**, s. 36; Yarg. 14. HD., 12.07.2011 T., 2011/8922 E., 2011/9168 K.: "...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri uyarınca yüklenicinin inşaatı başlatması için arsanın imar durumunun bu işe uygun olması, imar durumu uygun olan arsanın her türlü ayıptan arı olarak arsa sahibi tarafından yükleniciye teslim edilmesi gerekir. Taşınmaz üzerinde bina ve bu binada kiracı varsa kuşkusuz binanın yıkımından evvel kiracının da tahliyesi gerekmektedir. Bunlar giderilmeden yükleniciye inşaatı elverişli bir arsa teslim edildiğinden söz edilemez. Nitekim, 17.10.2003 tarihli sözleşmede taraflar üzerinde bina yapılacak arsada bir gecekondun bulunduğunu, bu gecekondunun yıkılarak yükleniciye arsanın teslim edileceğini bilmektedir. Aksine sözleşme yoksa veya bu iş için yükleniciye arsa sahipleri tarafından vekalet verilmemişse gecekondunun yıkımındaki görev arsa sahibine düşer.

Davalı yüklenici, sözleşme gereğince arsa sahibinin yıkması gereken gecekondunun onun tarafından yıkılmadığını, bu işler için belediyeye başvurduğunu ve zaman gerektirdiğini savunmuştur. Mahkemece bu savunma üzerinde durulmamıştır. Gerçekten, arsa sahibinin yerine getirmesi gereken edim yüklenici tarafından yerine getirilmişse yüklenici bundan kaynaklanan gecikmeden sorumlu tutulamaz. O halde, yükleniciden savunmasında geçen delilleri istenip toplanmalı, bu arada dava dışı

bitirilebilmesi için arsasını, en kısa zamanda ve elverişli şekilde yükleniciye teslim etmelidir²⁰⁰. Belediye nezdinde yapılması gereken işlemler için gereken vekaleti yükleniciye vermelidir²⁰¹. İnşaat işinin niteliği gereği alınması gereken ruhsat ve izinler konusunda üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmelidir²⁰².

Arsa sahibinin sayılan bu yükümlülükleri örnek niteliğindedir ve sınırlı sayıda değildir. Bu nedenle arsa sahibinin yerine getirmesi gerekli bu borçlar her sözleşmede farklılık gösterebilecektir. Bu noktada önemli olan sözleşmenin ifası için gerekli yükümlülüklerin yerine getirilmesidir ki, buna aykırılıklar arsa sahibi bakımından temerrüt sonucunu doğurabilecektir. Ayrıca kısaca ifade etmek gerekir ki, böyle bir halde, sözleşmenin ifa edilmesi için yüklenicinin mahkemeye başvurarak arsa sahibinin yapmadığı işler için kendisine izin verilmesini isteyebileceği de belirtilmektedir²⁰³.

belediyede mevcut işlem dosyasına göre arsa üzerindeki gecekondunun yıkılması için kimlerin ne gibi işlem yaptığı belediye imar müdürlüğünden sorularak tespit edilmeli, bu işlemlerin yerine getirilmesi için meydana gelen gecikmeden yüklenici sorumlu tutulmamalıdır...” (K.İ.B.).

²⁰⁰ Erman, **İnşaat**, 55; Hasan Erman, **Hukuki Mütalaalar**, İstanbul, Der Yayınları, C. 1, 2012, s. 96; Filinte/Pişkinkaya, **a.g.e.**, s. 1477; Yarg. 15. HD., 05.05.2004 T., 2003/5372 E., 2004/2508 K.: “...İnşaatın yapım süresi, yanlar arasındaki sözleşmenin 3.maddesinde kararlaştırılmış olup, temel üstü ruhsatından itibaren yedi aydır. Yüklenicinin yüklendiği ediminin ifası doğrultusunda inşaat işinin yapımına başlayabilmesi için öncelikle arsa sahibi tarafından yükleniciye yer tesliminin yapılması gerekmektedir. Çünkü, karşılıklı edimleri içeren inşaat sözleşmelerinde, yer teslimi iş sahibinin öncelikli edim borcudur (BK.md.81,90). Bu yasal nedenle, arsanın ayıpsız ve inşaata elverişli şekilde teslimine kadar yükleniciden inşaata başlaması istenemez...” (K.İ.B.).

²⁰¹ Erman, **İnşaat**, s. 58.

²⁰² Erman, **İnşaat**, s. 58.

²⁰³ Erman, **İnşaat**, s. 59.

İKİNCİ BÖLÜM

YÜKLENİCİNİN AYIPLI İFA NEDENİYLE SORUMLULUĞU

I. Yüklenicinin Ayıp Nedeniyle Sorumluluğunun Şartları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin inşa edilen yapıdaki ayıplardan sorumlu tutulabilmesi için belli şartların varlığı gereklidir. Bir başka deyişle, inşa edilen eserde ayıpların bulunması tek başına yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna ve arsa sahibinin ayıp karşısında haklarını kullanmasına yetmemektedir. Dolayısıyla ortaya çıkan eserdeki(inşaat) ayıplardan yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için ve diğer taraftan arsa sahibinin de bu ayıplar karşısında kanunda kendisine tanınmış olan haklarını kullanabilmesi için belli şartlar gerçekleşmelidir.

Aşağıda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin ayıplardan sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan şartlar (yapının teslimine, ayıplara, gözden geçirme ve bildirimle ilişkin şartlar) incelenecektir.

A. Yapının Teslim Edilmiş Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin inşaattaki ayıplar nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için gerçekleşmesi gereken ilk şart yapının teslim edilmiş olmasıdır¹. Dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciyi ayıptan sorumlu tutabilmek için öncelikle yapının inşa edilmiş olması gerekmektedir

¹ Tandoğan, **Özel II**, s. 160; Aral/Ayrancı, **Borçlar**, s. 353; Büyükay, **a.g.e.**, s. 68-94; Uçar, **Teslim**, s. 513; Şahin, **a.g.e.**, s. 137; Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 120; Uçar, **Karşılaştırma**, s. 38; Mehmet Deniz Yener, "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1, Kayseri, Haziran-2009, s. 158; Mustafa Cahit Günel, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, Vedat Kitapçılık, Ekim-2004, s. 413; Kaplan, **Endüstri**, s. 113; Yarg. 14. HD., 27.12.2011 T., 2011/14440 E., 2011/16176 K.: "...Fakat eksik iş, ayıplı işten farklıdır. Eksik iş, işin yapılmayan bölümü sayılacağından eğer orta yerde eksiklik varsa ayıp ihbarı gerekmez. Çünkü ayıp ihbarı, teslimi yapılan imalatlarla ilgilidir..." (K.İ.B.).

birlikte, tek başına inşa yetmemekte, aynı zamanda inşa edilmiş olan bu yapının uygun bir şekilde arsa sahibine teslim edilmiş de olması gerekmektedir².

Türk Borçlar Kanunu'na baktığımızda, yüklenicinin eseri teslim borcunun açıkça ve ayrıca düzenlenmediği görülmektedir³. Yüklenicinin kanunda açıkça yer almayan bu teslim borcu, Türk Borçlar Kanunu'nun çeşitli maddelerinde (473/1, 474/1, 475/1, 478/1, 479/1) zımnen düzenlenmiş bulunmaktadır⁴ ve bu nedenle de yüklenicinin borcu yapılan işin niteliği gereği hem eserin meydana getirilmesi hem de teslimidir⁵. Diğer bir ifadeyle, teslim borcu işin niteliği gereği de mevcut olmalıdır.

Eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde zımnen yer alan bu teslim borcu ayrıca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de yapısı ve tarafların karşılıklı borçları gereği de, hem sözleşmenin ifasının hem de yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğun şartlarındandır⁶.

Yapının teslimi ile ilgili çeşitli meseleler ortaya çıkabilecektir. İlk olarak teslim yeri bakımından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde herhangi bir tartışma ortaya çıkmayacaktır⁷. Çünkü hem inşa işinin hem de arsa payı karşılığı

² Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 120; Aydoğdu/Kahveci, **a.g.e.**, s. 666; Yarg. 14. HD., 26.03.2009., T., 2009/2280 E., 2009/3839 K.: "...Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temel borcu, yapıyı sözleşmeye, fenne ve amacına uygun olarak meydana getirip arsa sahibine teslim etmektir. Bu borç, teslimden sonra ayıba karşı tekeffül borcu olarak sürer. Bu nedenle, projeye aykırı olarak yapılan inşaattaki aykırılığın giderilip giderilmediği saptanmalı, sonucuna göre hüküm kurulmalıdır..." (Cevdet İlhan Günay, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 1425.); Yarg. 15. HD., 06.12.2007 T., 2006/6821 E., 2007/7876 K.: "...Mahkemece eserin teslim alındığı ve ayıp ihbarında bulunulmadığı gerekçesiyle davacılarca istenen açık ayıplı imalat bedelinin reddine karar verilmiştir. Oysa usulüne uygun şekilde düzenlenen sözleşmede inşaatın sözleşme şartlarına uygun şekilde 24 ay içinde teslimi öngörülmüş ve iskan ruhsatı alınması mükellefiyeti de yüklenici üzerinde bırakılmıştır. Henüz iskan ruhsatı alınmadığına göre sözleşme şartlarına uygun bir teslimin varlığından söz edilemez. Ayıp ihbarı ise ancak teslimden sonra yapılabilir. Bu nedenle mahkemece bilirkişilerce saptanan açık ayıplı imalatın bedeline de hükmedilmesi gerekirken ayıp ihbarının yapılmadığından bahisle reddedilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun görülmüştür..." (K.İ.B.).

³ Tandoğan, **Özel II**, s. 124; Erman, **İnşaat**, s. 33; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 454; Büyükay, **a.g.e.**, s. 68.

⁴ Tandoğan, **Özel II**, s. 124; Uçar, **Teslim**, s. 513; Aydoğdu/Kahveci, **a.g.e.**, s. 665.

⁵ Kurşat, **Eser**, s. 146.

⁶ Satış sözleşmesinde de ayıptan doğan sorumluluğun ilk şartı teslimdir. Bkz.: Hayrunnisa Özdemir, **Türk Borçlar Kanununa Ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 83.

⁷ Uçar, **Teslim**, s. 539.

inşaat sözleşmelerinin yapısı gereği inşaat arsa sahibinin sahip olduğu arsası üzerine inşa edilecektir. Dolayısıyla ortaya çıkarılacak eserin teslim edileceği yer de burası olacaktır⁸. Bu bakımdan genel anlamda eser sözleşmelerinden farklı olarak inşaat sözleşmelerinde teslim yeri arsa sahibinin arsasıdır ve bu konuda tereddüt bulunmamaktadır⁹. Ancak bu, yapının mutlaka anahtarlarıyla birlikte arsaya gidilerek teslim alınması gerektiği gibi bir zorunluluğu ifade etmediği belirtilmelidir.

Diğer bir durum ise teslimin gerçekleşme zamanıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 90. maddesinde ifa zamanıyla ilgili olarak “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç doğumu anında muaccel olur” hükmü yer almaktadır. Buna göre kural olarak yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan bu teslim borcunun ifa zamanını belirlemek için sözleşme hükümlerine bakmak gerekecektir¹⁰. Yine sözleşmede aksi kararlaştırılabilecek olmakla birlikte, kural olarak bedel de eserin teslimi anında muaccel olur¹¹.

⁸ Kamber, **a.g.e.**, s. 38.

⁹ Büyükay, **a.g.e.**, s. 68; Turanboy, **a.g.e.**, s. 155.

¹⁰ Sözleşmede teslim zamanına, teslim şekline vs. ilişkin belirlemelerin yapılmış olması halinde öncelikle bu noktaların göz önüne alınması gerektiği açıktır. Bkz.: Yarg. 15. HD., 09.03.2009 T., 2009/1420 E., 2009/1294 K.: “...Yanlar arasında biçimine uygun olarak düzenlenen 05.09.1986 tarihli sözleşme ile davalı yüklenici davacıya ait arsa üzerinde kat karşılığın inşaat üstlenmiş, %50'şer paylaşım kararlaştırılmış, 3. maddede teslim iskan koşuluna bağlanmış, 13. maddede de inşaatın sözleşmesi tarihinden itibaren 30 ay içinde iskanı arsa sahibine teslim edileceği kabul edilmiştir. Arsa payı inşaat yapım sözleşmeleri gereğince yüklenicinin asıl borcu, inşaatı sözleşme ve eklerine ruhsat ve tasdikli projesi ile imara uygun olarak tamamlayıp arsa sahibine teslim etmektir...teslim iskan koşuluna bağlandığı, iskan alınmadığı ve inşaatın ruhsat tasdikli proje ile imara aykırı yapılmış olması sebebiyle hukuken geçerli teslim gerçekleşmediği ve yüklenici temerrüdünün gerçekleştiği kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken...” (K.İ.B.)-(Günay, **a.g.e.**, s. 1425).

¹¹ Yarg. 15. HD., 13.06.2012 T., 2012/3451 E., 2012/4420 K.: “...Borçlar Kanunu'nun 126/IV. maddesi uyarınca maddede sayılan istisnalar hariç eser sözleşmesinden kaynaklanan bütün davalar 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Aynı Kanun'un 128. maddesi uyarınca da zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihten başlar. Kural olarak alacak için teslimi ile muaccel olur. Dosyada işin teslimi ile ilgili herhangi bir belge bulunmamaktadır. Sonuncu kantar fişi 29.01.2007 tarihinde düzenlendiğinden teslimin bu tarihten sonra yapıldığı ve alacağın bu tarihten sonra muaccel olduğu anlaşılmaktadır...” (K.İ.B.); Yarg. 15. HD. 02.04.2008 T., 2007/2666 E., 2008/2130 K.: “...Yanlar arasında imzalanan sözleşmenin 4. maddesinde yükleniciye ait olacak dairelerin tapularının inşaatın tamamen bitirilip iskan ruhsatının alınmasından sonra devredileceği kararlaştırılmıştır. Davaya 11.11.2003 tarihinde açılmış, iskan ruhsatları ise davadan sonra 09.02.2004'de alınabilmiştir. Sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadığı takdirde eserin bedeli BK.nun 364. maddesi uyarınca işin tesliminde muaccel hale gelir. Sözleşmedeki hükümde buna paralel biçimde düzenlenmiştir. O halde davanın açıldığı tarih itibarıyla davalı arsa sahiplerinin tapu devir borçları muaccel hale gelmediğinden davanın açılmasına davalıların sebebiyet verdiklerinden söz edilemez...” (K.İ.B.).

Taraflar sözleşmede teslim ilişkine ilişkin bir ifa tarihi belirledikleri takdirde sorun çıkmayacak ve ifa tarihi sözleşmedeki bu hükme göre değerlendirilecektir. Sözleşme hükümlerine göre tarafların açık bir teslim tarihi belirtmedikleri durumda ise söz konusu TBK 90. maddede de belirtildiği üzere teslim borcunun ifasının istenebilmesi için sözleşmenin yapıldığı anda değil arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ve inşaat işlerinin yapısı gereği işin tamamlanması için gerekli makul bir müddetin geçmesi gerekecektir. Dolayısıyla teslim borcunun ifası için somut olaydaki inşaat işine göre uygun bir sürenin de beklenmesi gerekecektir¹². Bu bakımdan inşaatın büyüklüğü, kullanılacak malzemelerin temin edileceği süre, işçilik gibi tüm etkenler göz önünde bulundurulacaktır.

Değnilmesi gereken bir diğer husus ise teslimin gerçekleşme şeklidir. Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin maddelerinde teslimin gerçekleşmesi için gerekli bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu bakımdan kural olarak yüklenicinin yapıyı teslimi için herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır. Dolayısıyla yüklenici yapıyı teslim borcunu serbestçe yerine getirilebilecektir¹³.

Yüklenicinin yapıyı teslimi kanunda herhangi bir şekle tabi kılınmamış olsa da tarafların kendi aralarında yaptıkları sözleşme hükümlerine göre teslimin belli hareketlerle tamamlanacağı veya ispat edileceği kararlaştırılmış olabilir¹⁴. Bu

¹² Uçar, **Teslim**, s. 540; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 454.

¹³ Ayrıca "Yüklenicinin teslim borcunu yerine getirmiş olabilmesi için eseri, ifa amacı ile iş sahibi emrine vermiş olması ve onun eser üzerinde doğrudan zilyetliğini tesis etmesi gerekmektedir" özeti için bkz.: Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, C. II, 3. bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s. 1012.

¹⁴ Erman, **İnşaat**, s. 35; Yarg. 15. HD., 08.06.2004 T., 2003/6242 E., 2004/3206 K.: "...Taraflar arasında uyumsuzluk konusu olmayan 17.1.1995 günlü sözleşmenin 20 ve 21. maddelerine göre, davacı arsa sahibine verilecek olan bağımsız bölümlerin ruhsat alındıktan sonra 24 ay içinde iskan raporu da alınmış olarak teslim edileceği kararlaştırılmıştır. İnşaat ruhsatının alındığı tarih 8.4.1996 olup, buna göre eserin 8.4.1998 tarihinde iskan ruhsatı da alınmış olarak arsa sahibine teslimi gerekmektedir.

Sözleşmenin teslim olgusunu iskan koşuluna bağlayan 21. maddesi HUMK.nun 287. maddesi hükmünce delil sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda yüklenicinin teslim savunmasını iskan izni belgesi ile kanıtlaması gerekir. Oysa Ç Belediye Başkanlığının 15.8.2001 tarihli yazısı ve inşaat işlem dosyasından iskan izninin alınmadığı anlaşılmaktadır. O halde davacıya ait bağımsız bölümün halen teslim edilmediğinin kabulü zorunludur..." (K.İ.B.).

durumda sözleşme hükümlerine bakılarak teslimin gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verilecektir¹⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde herhangi bir hüküm bulunmadığı hallerde, yapının tesliminin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda somut arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin yapısı dahilinde hem yüklenicinin hem de arsa sahibinin hareketleri ve iradelerine bakılacaktır. Buna göre, yüklenici herhangi bir şekilde (noter kanalı ile vs.) arsa sahibine yapının tamamlandığını bildirebilir. Bunun dışında arsa sahibi yüklenicinin adresine giderek bağımsız bölümlerin anahtarlarını teslim alabilir. Diğer bir örnek olarak, yüklenici yapıyı bitirmiş olduğu halde teslim bildirimini yapmamasına rağmen arsa sahibi durumdan yapının tamamlanmış olduğu sonucunu çıkarıp bağımsız bölümlere yerleşmiş olabilir. Görüldüğü üzere bu durumlara ilişkin örnekler artırılabilir. Dolayısıyla her somut sözleşme kendi içinde değerlendirilmelidir. Bu şekilde teslimin gerçekleşip gerçekleşmediği, sözleşmede bir hüküm bulunması halinde bu hükme uygun olup olmadığı gibi hususlar açıklığa kavuşturulacaktır. Buna ilişkin olarak birinci bölümde de örneklerle açıklama yapılmıştı¹⁶.

Diğer taraftan teslim kavramıyla yakından ilişkili olan bir diğer kavram ise kabul kavramıdır. Genel olarak kabul kavramı ile, arsa sahibi yüklenicinin inşa ettiği eseri(binayı), sözleşmeye uygun olarak, ayıpsız bir şekilde teslim aldığına ve yapıyı bu haliyle kabul ettiğine yönelik iradesini ortaya koymaktadır. Bu sebeple kabul, teslimden farklı bir kavramı ifade etmektedir. Kabul, yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır¹⁷.

¹⁵ Yarg. 15. HD., 28.06.2001 T., 2001/1424 E., 2001/3548 K.: “...Taraflar arasındaki 25.7.1994 günlü sözleşmenin 5. maddesinde; teslim yapı kullanma izninin alınması koşuluna bağlanmıştır. Başka bir anlatımla, yapı kullanma izni alınmadıkça, daha önce yapılmış olan eylemli teslim, yasal bir teslim sayılamaz...” (K.İ.B.).

¹⁶ Farklı örneklerle açıklama için bkz.: I. Bölüm, VI. Tarafların Karşılıklı Borçları, A. Yüklenicinin Borçları, 1. Yüklenicinin Yapıyı Teslim Borcu.

¹⁷ Yarg. 15. HD., 17.07.2005 T., 2004/5809 E., 2005/4306 K.: “...Dava, eser sözleşmesinin bir türü olan kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanmaktadır...Mahkemece eserdeki noksanlıklar "açık ayıp" olarak nitelendirilmiş ve davacı arsa sahibinin süresinde muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmediği, bu suretle eseri zimnen kabul ettiği, eserin kabulü ile davalı yüklenicinin BK.nun 362. maddesi uyarınca her türlü sorumluluktan kurtulduğu gerekçesi ile dava ret edilmiştir...” (K.İ.B.)-(Günay, a.g.e., s. 1452.)

Görüldüğü üzere teslim ile kabul kavramları çok farklı iki durumu ifade etmektedir¹⁸ ve bu konuda kabule ilişkin ayrıntılı açıklama aşağıda¹⁹ yapılacaktır. Sonuç olarak belirtilmelidir ki, yapıdaki ayıpların yükleniciye karşı ileri sürülebilmesi, ayıp karşısındaki hakların kullanılması, gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin devreye girebilmesi için gerekli en temel koşullardan biri yapının teslim edilmesidir.

B. Yapının Ayıplı Olması

1. Genel Olarak

Yüklenicinin inşaattaki ayıplardan dolayı sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için gerekli olan bir diğer şart ise yapının ayıplı olmasıdır²⁰. Diğer bir açıdan yapının ayıplı olması, arsa sahibinin, ayıba karşı tekeffül borcundan dolayı yüklenicinin sorumluluğuna başvurabilmesi için olmazsa olmaz bir şarttır²¹. Bu kapsamda ayıbın ve ayıp çeşitlerinin anlaşılması bakımından ayıp kavramı, sözleşmede kararlaştırılan ve kararlaştırılmayan niteliklerde ayıplar ve ayıbın çeşitleri üzerinde durulacaktır.

2. Ayıp Kavramı

Gerek eser sözleşmelerinde gerekse de onun özel bir görünümü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temel borcu, eseri sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ayıpsız olarak inşa edip iş sahibine teslim etmektir²². Dolayısıyla eserin ayıpsız bir şekilde inşası ve teslimi gerekecektir. Bu bakımdan, ortaya çıkarılacak eserde doğal olarak bulunması gereken veya sözleşmede kararlaştırılan niteliklerin aksine yapılan imal/inşa ile meydana getirilen eser ayıplı olacaktır²³.

¹⁸ Turgut Uygur, **İnşaat Hukuku: Eser Ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Matbaacılık, t. y., s. 347.

¹⁹ Bkz.: II. Bölüm, II., 2., B. Eserin Kabulü

²⁰ Tandoğan, **Özel II**, s. 161; Erman, **İnşaat**, s. 121; Büyükay, **a.g.e.**, s. 95; Şahin, **a.g.e.**, s. 135-138.

²¹ Büyükay, **a.g.e.**, s. 95.

²² Şahin, **a.g.e.**, s. 135; Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 117.

²³ Turanboy, **a.g.e.**, s. 157; Ayhan Uçar, **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 124; Halil Akkanat, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla

Kavram olarak bakıldığında ayıp kavramı bakımından birçok tanım yapılabilecektir. Ayıp genel olarak sözleşmede kararlaştırılan veya genel olarak yapısı gereği eserde bulunması gereken niteliklerde eksiklik olarak tanımlanabilecektir²⁴. Dolayısıyla ayıp, eserin mevcut haliyle sözleşmeye aykırılık teşkil eden somut halini göstermektedir²⁵.

Yine birçok tanım yapılabileceği gibi doktrinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine de uygulanabilecek biçimde ayıbın “*Ayıp, teslim edilen eserde sözleşmede kararlaştırılmış olan niteliklerin veya sözleşmede öngörülen tahsis amacı bakımından gerekli niteliklerin bulunmamasıdır*²⁶” şeklinde tanımlandığı görülmektedir²⁷. Ayıba ilişkin bir tanımlama da Yargıtay’ın bir kararında “*...Ayıplı eser sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir. Diğer 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...*” şeklinde yapılmıştır²⁸.

Tanımlarda da görüldüğü üzere ayıp durumu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde hem tarafların üzerinde anlaşmaya vardıkları hususlardaki hem de ortaya çıkarılması gereken yapıda objektif olarak yer alması gereken hususlardaki

İnşaat”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 71; Yarg. 15. HD., 15.04.2008 T., 2007/3124 E., 2008/2496 K.: “*...Ayıp, bir malda ya da eserde sözleşme veya yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunması olarak tanımlanabilir...*” (K.İ.B.).

²⁴ Bkz.: Eren, **Müteahhidin Borçları**, s. 79; Kaplan, **Endüstri**, s. 113; Karadaş, **a.g.e.**, s. 41; Aral, **Kötü İfa**, s. 112; Yener, **a.g.e.**, s. 157; Yarg. 23. HD., 16.01.2013 T., 2012/5835 E., 2013/129 K.: “*...Ayıplı eser sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir. Diğer 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... Eğer eser iş sahibinin beklediği amacı karşılamıyorsa kural olarak ayıplı yapıldığı kabul edilir...*” (K.İ.B.).

²⁵ Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 456.

²⁶ Erman, **İnşaat**, s. 121.

²⁷ Büyükkay, **a.g.e.**, s. 95; Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 121; Yarg. 14. HD., 27.12.2011 T., 2011/14440 E., 2011/16176 K.: “*...Bir tanımlama yapmak gerekirse eserdeki ayıp, sözleşmede üzerinde anlaşılan (yüklenicinin esere ilişkin olarak zikrettiği) niteliklerin veya dürüstlük kuralları gereğince bulunması gereken lüzumlu niteliklerin meydana getirilen eserde bulunmamasıdır. Başka bir ifadeyle, eserde sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki fark ayıptır...*” (K.İ.B.).

²⁸ Tam metin için bkz. Yarg. 23. HD., 16.01.2013 T., 2012/5835 E., 2013/129 K., (K.İ.B.); Benzer şekilde bkz. Melek Yüce Bilgin, “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s. 381.

nitelikler bakımından incelenmektedir²⁹. Diğer bir ifade ile yüklenicinin bu konudaki borcu hem sözleşmeyle yapılan belirlemelere uymak hem de sözleşmede üzerinde durulmamış noktalarda da somut olayı ve yapılmak yapıyı göz önüne alarak uygun şekilde hareket etmektir.

a. Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerdeki Eksiklikler

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ortaya çıkan ayıp hususu bakımından incelenebilecek olan ilk durum, ayıbın sözleşmede önceden kararlaştırılan niteliklerdeki eksikliklerden kaynaklanmasıdır³⁰. Söz konusu bu sözleşmelerde somut eserin rengine, biçimine, ölçü ve imal ediliş tarzları gibi genel nitelikler ile eserin daha yakından tanınmasına neden olabilecek nitelikler taraflarca önceden kararlaştırılabilmektedir³¹. Bu gibi belirlenen nitelikler inşaat sözleşmeleri bakımından plan, proje ve teknik şartnamelerde yer alacaktır³².

Her ne kadar bir taraf için inşa işi özel bilgi, beceri gerektiriyor ve diğer taraf ise çoğunlukla inşa işine vakıf değil ise de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflar yapının sahip olması gereken nitelikleri serbestçe anlaşarak belirleyebilmektedirler. Diğer bir deyişle yapı işine ilişkin teknik bilgi sahibi olan taraf yüklenici dahi olsa, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin isteğiyle yapıda bulunması gereken belirli nitelikler şart koşulabilmekte veya yüklenici de bu sözleşmeler kapsamında arsa sahibine yapacağı binada bulunacak nitelikleri sunabilmektedir. Şüphesiz bu belirleme yapma hususu, eserin maliki olacak olan arsa (iş) sahibinin en doğal talep haklarındandır.

Tarafların arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu gibi nitelikler belirledikleri hallerde, yapının belirlenen bu niteliklere aykırı inşa edilmesi halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıp durumu ortaya çıkacaktır³³. Buna ek

²⁹ Büyükay, **a.g.e.**, s. 95; Şahin, **a.g.e.**, s. 138; Yarg. 15. HD., 09.05.2011 T., 2011/177 E., 2011/2811 K.: "...Eksik iş, hiç yapılmayan iştir. Ayıplı iş ise, sözleşme ve yasa hükümlerine göre eserde bulunması gereken vasıfların bulunmaması; bulunmaması gereken niteliklerin bulunmasıdır..." (K.İ.B.).

³⁰ Öz, **İnşaat**, s. 190.

³¹ Uçar, **Ayıp**, s. 126.

³² Uçar, **Ayıp**, s. 126.

³³ Erman, **İnşaat**, s. 122; Uçar, **Ayıp**, s. 126.

olarak, sözleşmede bulunması gereken niteliğin sağlanamamış olması söz konusu eseri daha kullanışlı hale getirirse veya daha değerli kılsa dahi ortadaki sözleşme karşılaştırılan niteliklere uygun olmadığından dolayı eser ayıplı olacaktır³⁴. Bu durum için, dış cephenin sözleşmede siyah renkte olacağı karşılaştırılmış olması ancak coğrafi ve iklimsel olarak beyaz rengin kullanılması gerekmesi, yine teknik olarak kalorifer peteklerinin pencere önünde olması gerekirken arsa sahibi tarafından ısrarla aksi ve uygun olmayan tarafta olması istenmesi, yapının belli bir kısmında objektif olarak kullanılması gereken (Ör: Akkor reflektör lambası) aydınlatmaların değil, arsa sahibinin estetik bakımdan isteği ile teknik olarak uygun olmayan aydınlatmaların (Ör: Kripton lambası) kullanılması gibi örnekler verilebilecektir³⁵. Bu gibi durumlarda yapı, arsa sahibinin isteklerine uymamasına rağmen, yüklenicinin yaptığı şekliyle daha kaliteli ve değerli olacak olsa da yapı ayıplı sayılır. Ancak yine de bu durumda somut olay incelenmeli ve dürüstlük kuralı göz önünde tutulmalıdır.

Diğer taraftan sözleşmenin karşılaştırılan niteliklerde bitirilmesi gerekmektedir birlikte, yine bu karşılaştırılan niteliklerin yapının tahsis edilen kullanım amacını gerçekleştirmeyi veya kullanılabilirliği engelliyorsa, bunların eserde bulunmaması halinde de ayıp hükümlerinin uygulanmaması gerektiği de ileri sürülmektedir³⁶. Bu durumda zaten, yüklenici bu gibi inşaatı tehlikeli ve teknik yönden kusurlu yapacak durumları arsa sahibine bildirmelidir.

Arsa sahibinin kendi kullanım amacına uygun bir yapının inşa edilmesini ve bunun tüm olumsuzluklardan, eksikliklerden, arızalardan uzak olmasını istemesi normaldir. Ancak, yüklenici inşaatın yapımındaki bozuklukların yaratacağı tehlikeler bakımından sadece bu yapıyı kullanacak kişiler için değil diğer tüm kişiler için de uygun bir yapıyı inşa etmeli iken, arsa sahibi de tehlike arz edebilecek bu inşaat için tedbirler almak zorundadır³⁷.

³⁴ Tandoğan, **Özel II**, s. 163; Erman, **İnşaat**, s. 122.

³⁵ İnc., Ernst Neufert, **Yapı Tasarım Bilgisi**, Çev: Gizim Tercüme, 35. basıdan çeviri 5. Türkçe bası, y.y., Beta, 2013, s. 140-176.

³⁶ Bkz.: Erman, **a.g.e.**, s. 122.

³⁷ Haluk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku: Akid Dışı Ve Akdi Mes'uliyet**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 192.

Ek olarak belirtilmelidir ki, yapıda bulunması gereken niteliklerle inşa edilmesi şartıyla yüklenicinin inşaat işinde özensiz davranması veya uygun olmayan teknik yöntemler kullanması halinde ayıp durumundan bahsedilemeyecektir³⁸. Çünkü bu durumda, sonuç olarak inşaatta bulunması gereken nitelikler uygun bir şekilde ortaya konulmuş olacak ve yapı ayıpsız şekilde teslim edilmiş olacaktır. Ancak özensiz tekniklerin kullanılması gibi durumlar gerek malzeme gerekse ifa süresi gibi diğer konularda zarara yol açmış ise bunların hem eser sözleşmesinin ilgili hükümlerince hem somut arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hükümlerince hem de Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerince tazmini söz konusu olacaktır.

b. Yapıda Bulunması Gerekli Niteliklerdeki Eksiklikler

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ortaya çıkan ayıp hususu bakımından incelenebilecek olan diğer durum ise ayıbın sözleşmede daha önceden kararlaştırılmış olmayan niteliklerde ortaya çıkan eksikliklerden kaynaklanmasıdır³⁹.

Yukarıda⁴⁰ açıklandığı üzere, taraflar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yapının sahip olması gereken nitelikleri önceden kararlaştırmış olabilirler ve bu kararlaştırılan niteliklere aykırı yapılan inşaat ayıplı olacaktır⁴¹. Ancak bazı durumlarda inşa edilecek yapının taşınması gereken özellikler yüklenicinin inisiyatifine bırakılmış olabilir. Başka bir durumda ise somut sözleşmede yapının sahip olması beklenen niteliklerden bazıları sözleşmede belirlenmiş olsa da diğer bir kısım nitelikler üzerinde durulmamış olabilir. İşte bu son iki durumda dahi yüklenici yapıda ortaya çıkaracağı nitelikler bakımından tamamen serbest durumda olmayacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yapının niteliklerine ilişkin belirlemelerin taraflarca yapılmadığı bu hallerde yüklenici, kullanıma elverişli olan, objektif olarak normal bir yapıdaki değer ve kalite şartlarını taşıyan bir yapının inşası

³⁸ Uçar, **Ayıp**, s. 127; Özen borcu için bkz.: yukarıda II. Bölüm, 3. Özen Borcu.

³⁹ Öz, **İnşaat**, s. 190.

⁴⁰ Bkz.: II. Bölüm, a. Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerdeki Eksiklikler.

⁴¹ Erman, **İnşaat**, s. 122.

ve teslimini üstlenmiş olacaktır⁴². Başka bir ifadeyle, niteliklere ilişkin belirlemeler yapılmamış olması durumunda bile, yüklenici yapıyı belli bir kalitede ve nitelikte inşa etmekle yükümlü olmakla beraber⁴³, yapıda her ne kadar bunlar sözleşmede kararlaştırılmamış dahi olsa objektif olarak bulunması gereken hususların bulunmaması veya bulunmaması gereken hususların bulunmasından dolayı sorumludur ve bunlar birer ayıp teşkil ederler⁴⁴.

Bahsi geçen niteliklerin belirlenmemiş olması halinde yüklenicinin genel kabul görmüş teknik kurallara uygun olarak yapıyı inşa etmesi beklenir⁴⁵. Diğer bir deyişle yüklenici sözleşmenin yapılış amacını (bu kapsamda arsa sahibinin sözleşmeyi yapma iradesi önemli rol oynayacaktır) da dikkate almalı ve dürüstlük kuralı çerçevesinde beklentileri karşılayacak bir yapıyı inşa etmelidir⁴⁶. Örneğin, taraflar, inşaat yeri, arsa değeri gibi nedenlerle lüks olarak yapılmasının gerektiği sözleşmeden anlaşılan bir bina ile aynı şekilde orta kalitede yapılması gerekeceğinin anlaşıldığı binaların bulunduğu somut olayların ayrı ayrı değerlendirilmesi yapılacaktır⁴⁷.

Herhangi bir belirlemenin olmadığı hususlarda, yüklenicinin bahsi geçen genel nitelik ve objektif kurallara(inşaa işinin teknik gerekleri bakımından) uygun olmayacak şekilde yapıyı inşa etmesi yapının ayıplı olmasına neden olur⁴⁸. Bu bakımdan yapının inşa edileceği yöredeki kuralların ve buna ilişkin genel

⁴² Uçar, **Ayıp**, s. 128; Yarg., 23.11.2006 T., 2006/11752 E., 2006/13727 K.: “...Esasen arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin temel borcu, fen ve sanat kurallarına uygun sözleşme doğrultusunda yapacağı inşaatı arsa sahibine teslim etmektir. Ancak, böyle bir teslim yapılmışsa, yüklenici bir bakıma sözleşmenin bedeli olan arsa payının devrini isteyebilir...” (K.İ.B.).

⁴³ Erman, **İnşaat**, s. 124.

⁴⁴ Öz, **Dönme**, s. 92; Yarg. 15. HD., 24.06.2008 T., 2008/2466 E., 2008/4205 K.: “...Ayıp, bir malda ya da eserde sözleşme ve yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır. Başka bir anlatımla ayıp, eşyanın normal niteliklerden ayrılmasıdır...” (K.İ.B.)-(Günay, **a.g.e.**, s. 1426.).

⁴⁵ Erman, **İnşaat**, s. 124.

⁴⁶ Uçar, **a.g.e.**, s. 128; Yarg. 15. HD., 05.05.2009 T., 2009/592 E., 2009/2608 K.: “...Eser sözleşmelerinde yüklenicinin kararlaştırılan iş bedeline hak kazanabilmesi için eseri sözleşme ve eklerine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayarak teslim etmesi gerekir. Eserin, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerine, ya da iş sahibinin beklediği amaca uygun olmaması veya lüzumlu bazı vasıflardan bir ya da bir kaçının bulunmaması halinde ayıplı yapıldığının kabulü gerekir...” (K.İ.B.).

⁴⁷ Bkz.: Seliçi, **İnşaat**, s. 137; Yünlü, **a.g.e.**, s. 110 vd.

⁴⁸ Erman, **a.g.e.**, s. 124.

uygulamanın da göz önüne alınması gerektiği belirtilmektedir⁴⁹. Dolayısıyla bunun gibi sözleşmedeki niteliklerin taraflarca kararlaştırılmadığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde (veya genel olarak kararlaştırma olmakla birlikte kararlaştırılma yapılmayan nitelikler de mevcut olduğunda) somut sözleşmenin incelenmesi gerekecektir⁵⁰. Herhangi bir belirleme olmazsa, adet, zımni iradeler vs. yükleniciyi aydınlatmıyor olsa dahi yüklenici dürüstlük kuralı çerçevesinde somut olaya uygun kalite ve niteliklerde bir inşaatı ortaya çıkarmalıdır⁵¹.

3. Ayıp Çeşitleri

Bir eser sözleşmesi türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, ayıbın varlığı dışında ayrıca ayıbın türünün de belirlenmesi ayrıca önem arz etmektedir. Buna ilişkin olarak, ayıbın türünün belirlenmesinin yalnızca isim olarak değil, tarafların üzerine düşen hak ve borçlar bakımında da (yüklenici için ayıba karşı tekeffül, arsa sahibi için ise ayıp karşısında sahip olunan haklar bakımından) önemli olduğu belirtilmelidir.

Sözleşmedeki tarafların sorumluluk ve haklarında etkili olan bu türler genel olarak “açık ayıp-gizli ayıp”, “tam önemli ayıp-daha az önemli ayıp”, “asli ayıp-ikincil(tali) ayıp”, “maddi ayıp-hukuki ayıp”, vs. şeklinde ayrıma tabi tutulmaktadır⁵². Aşağıda bu türler ve bunların etkileri üzerinde durulacaktır.

a. Açık Ayıp-Gizli Ayıp

Ayıp türleri bakımından yapılabilecek en önemli ayrımlardan bir tanesi açık ayıp-gizli ayıp ayrımıdır⁵³. Açık ayıp-gizli ayıp ayrımı özellikle yüklenicinin

⁴⁹ Bkz. Erman, **a.g.e.**, s. 124.

⁵⁰ Uçar, **a.g.e.**, s. 128.

⁵¹ Tandoğan, **Özel II**, s. 164.

⁵² Bkz.: Erman, **İnşaat**, s. 124 vd.; Uçar, **Ayıp**, s. 129 vd.

⁵³ Büyükkay, **a.g.e.**, s. 98; Yargıtay kararında açık ve gizli ayıp ayrımının tanımlamalarıyla birlikte yapıldığı görülmektedir. Bkz.: Yarg. 14. HD., 27.12.2011 T., 2011/14440 E., 2011/16176 K.: “...Açık ayıp, eserin iş sahibine teslimi anında kolaylıkla görülebilen ayıplardır. Buna karşılık gizli ayıp, eserin tesliminden sonra ve kullanımı sırasında kendini gösteren ayıp türüdür. Ayıbın bir ayrımı da açık-gizli ayıp olarak yapılmaktadır. Eserdeki açık ayıpların Borçlar Kanununun 359.maddesi gereğince, imal olunan şeyin teslim edildikten sonra iş sahibi tarafından işlerin mutata cereyanına göre imkan bulunur bulunmaz yükleniciye bildirilmesi gerekir. Gizli ayıplar ise, yapılan şeyin kullanımı sırasında ve zaman içinde ortaya çıkacağından Borçlar Kanununun 362.maddesi uyarınca

ayıplardan dolayı sorumluluğu bakımından önemli bir ayrımdır⁵⁴. Ayrıca bu ayırım arsa sahibinin yapıdaki ayıplar karşısında haklarını kullanabilmesi için yerine getirmesi gereken külfetleri belirlemektedir⁵⁵.

Diğer taraftan açık ayıp-gizli ayıp ayırımının gerek 818 sayılı kanunda gerekse 6098 sayılı kanunda yer aldığını ifade edebiliriz⁵⁶. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, Yargıtay kararlarında da, gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin rol oynadığı somut olaylarda ilk incelenen hususlardan biri de ayıbın açık mı yoksa gizli ayıp mı olduğu hususudur.

Açık ayıplar, yapı teslim edildiğinde ilk bakışta görülebilen ve bunun yanında olağan ve özenli bir inceleme yapıldığı takdirde, kapsamı ve sonucu ortaya çıkarılabilen ayıplardır⁵⁷. Bu ayıplar esas olarak, bariz bir şekilde dikkat çeken ve çoğu zaman ayrıntılı bir incelemeye dahi gerek kalmadan ve uzmanlık gerektirmeyecek şekilde görülebilen ayıplardır⁵⁸. Örneğin, bağımsız bölümlerin duvar renklerinin sözleşmede buz mavisi olacağı belirtilmişken, oksit sarı rengin kullanılmış olması, dış cephenin siding⁵⁹ ile kaplanması gerekirken boya ile örtülmesi, kullanıma hazır olacak şekilde teslim edilen doğal gaz sisteminin çalışmaması, binanın zeminin granit yerine kaba beton ile tamamlanmış olması gibi durumlarda bariz ve uzmanlık gerektirmeyecek şekilde tespit edilebilen ayıpların olduğu ortadadır. Bu ayıplar açık ayıp olarak nitelendirilecek ve bildirim ve gözden geçirme külfetleri buna göre değerlendirilecektir.

öğrenilir öğrenilmez yükleniciye ihbar edilmesi gerekir. Aksi takdirde yüklenici, gerek açık gerekse gizli ayıp imalatların sorumluluğundan kurtulur..." (K.İ.B.).

⁵⁴ Uçar, **Ayıp**, s. 130.

⁵⁵ Büyükay, **a.g.e.**, s. 98; Şahin, **a.g.e.**, s. 140.

⁵⁶ Bkz. 6098 sk. md. 477 ve 818 sk. md. 362.

⁵⁷ Büyükay, **a.g.e.**, s. 98; Şahin, **a.g.e.**, s. 140; Uçar, **Ayıp**, s. 130; Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 121; Yüce Bilgin, **a.g.e.**, s. 386; Karadaş, **a.g.e.**, s. 188; Duman, **Giriş**, s. 147.

⁵⁸ Yargıtay'ın açık ayıplara ilişkin tanımlaması için bkz.: Yarg. 14. HD., 11.10.2011 T., 2011/9068 E., 2011/11860 K.: "...Bir tanımlama yapmak gerekirse eserdeki ayıp, sözleşmede üzerinde anlaşılan (yüklenicinin esere ilişkin olarak zikrettiği) niteliklerin veya dürüstlük kuralları gereğince bulunması gereken lüzumlu niteliklerin meydana getirilen eserde bulunmamasıdır. Başka bir ifadeyle, eserde sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki fark ayıptır. Açık ayıp, eserin iş sahibine teslimi anında kolaylıkla görülebilen ayıplardır..." (K.İ.B.).

⁵⁹ Bkz.: <http://emlakansiklopedisi.com/wiki/siding> (szt.: 25.05.2014).

Gizli ayıplar ise özenli bir inceleme yapılmasına rağmen tespit edilemeyen ve ancak yapının olağan kullanımı ile zaman içerisinde ortaya çıkacak ve tespit edilebilecek ayıplardır⁶⁰. Buna göre ismen de anlaşılacağı üzere, gizli ayıplar, olağan incelemeler yapılsa da kendini göstermeyen ancak ilerleyen süreçte anlaşılabilen ayıplardır⁶¹. Görüleceği üzere, burada dikkat edilmesi gereken husus ayıbın yalnızca hiçbir şekilde ortaya çıkarılamayacak olması durumunu değil, olağan incelemelerle ortaya çıkarılamayacak olmasını da kapsamaktadır⁶². Diğer bir deyişle, gizli ayıp sayılabilmek için ayıbın ortaya çıkarılmasının mümkün olmaması değil, olağan gözden geçirme ile tespit edilememesi ve kullanmayla ortaya çıkacak olmasıdır.

Gizli ayıbın varlığına ilişkin olarak, binanın elektrik tesisatının teknik yeterliliklere uygunsuz şekilde yapılması ve monte edilmesi, banyo ve tuvaletlerdeki duvar kaplamalarının 2 ay sonra dökülmeye başlaması, yapıda bulunması gereken su geçirmez ve çizilmez olanlarından seçileceği belirtilen en son kalite aşınmaz zemin kaplamalarının bir kaç ay sonra olağan kullanmayla renk kaybetmesi ve aşınması, özel bir gazbeton çeşidinin kullanılacağına kararlaştırılmasına rağmen yapıda klasik turuncu renk tuğlaların kullanılması vs. gibi durumlar örnek gösterilebilir.

Ancak yukarıdaki bu son örnekte, her ne kadar duvar açılıp incelenmeden farklı malzeme kullanıldığına anlaşılacak olması ve bunun da olağan gözden geçirmenin dışına çıkıp durumun gizli ayıp teşkil ettiği kabul edilse dahi, eğer arsa sahibi inşaatın devamı süresince bunu görmüş ve duruma vakıf olmuş ise bunun açık ayıpmış gibi değerlendirilmesi de düşünülebilir. Hatta bunun gibi durumlarda arsa sahibinin yükleniciyi uyarması ve gerekiyorsa müdahalede bulunması gerektiği de belirtilebilir. Buna ilişkin olarak TBK md. 473/2 hükmüne göre: “*Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, işsahibi bunu önlemek üzere*

⁶⁰ Turanboy, **a.g.e.**, s. 161; Büyükay, **a.g.e.**, s. 98; Karadaş, **a.g.e.**, s. 189; Uçar, **Ayıp**, s. 130; Yarg. 14. HD., 11.10.2011 T., 2011/9068 E., 2011/11860 K.: “...*Buna karşılık gizli ayıp, eserin tesliminden sonra ve kullanımı sırasında kendini gösteren ayıp türüdür...*” (K.İ.B.).

⁶¹ Büyükay, **a.g.e.**, s. 99; Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 121; Yüce Bilgin, **a.g.e.**, s. 387.

⁶² Gizli ayıba ilişkin bkz.: Yarg. 23. HD., 16.01.2013 T., 2012/5835 E., 2013/129 K.: “...*Ancak, kasten sakladığı bozukluklarla, usulüne uygun yapılan gözden geçirmede fark edilemeyecek ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Eğer, meydana getirilen eserin, teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirmeyle varolan bozukluğu görülmemişse, ortada gizli bir ayıbın olduğu kabul edilir...*” (K.İ.B.).

vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.”.

TBK 473. madde “ihtarda bulunabilir” ifadesiyle arsa sahibine bir zorunluluk değil bir imkan tanımış görünmekle birlikte, yukarıda bahsi geçen örnek için arsa sahibinin bu açık aykırılığı görmesine rağmen yükleniciyi uyarmaması veya bu durumu engellemek amaçlı herhangi bir müdahalede bulunmaması, onun yapıyı bu şekilde kabul ettiğini gösterebileceği ve teslimde ne açık ayıp ne de gizli ayıp iddiasında bulunamayacağı da kabul edilmek gerekebilir, meğer ki somut olay aksini zorunlu kılsın. Bu gibi durumlarda arsa sahibinin, yapının açıkça sözleşmeye aykırı şekilde inşa edilmesine seyirci kalması ve bunları teslimden sonra ileri sürmesi somut olayda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere açık ayıp-gizli ayıp ayrımı tarafların hakları ve borçları üzerinde etkilidir. Belirtmek gerekir ki, açık ayıpların varlığı halinde yüklenicinin sorumluluğunun devam edebilmesi için arsa sahibinin eseri gözden geçirmesi ve ayıpları uygun bir sürede yükleniciye bildirmesi gerekmektedir⁶³. Açık ayıpların varlığı durumunda arsa sahibinin gözden geçirme külfeti önem kazanmakta ve somut olaylarda değerlendirilmektedir. Bu nedenle, açık ayıplar kendisince tespit edilen arsa sahibinin, yapının teslim durumunda ihtirazi kayıt ileri sürmemesi, ayıba ilişkin haklarını saklı tuttuğunu bildirmemesi hallerinde somut olayda eserin kabulü durumu ortaya çıkabilecektir⁶⁴. Teslimin arsa sahibinin yapıya geldiği bir günde ilgili bağımsız ve ortak bölümlere ilişkin anahtarlar da kendisine verilmek suretiyle yapılması karşısında açık ayıplara o anda vakıf olan arsa sahibinin ihtirazi kayıt ileri sürmemiş olması ve bunun gibi somut olaylar duruma örnek gösterilebilir.

Diğer taraftan, gizli ayıpların varlığı halinde ise bu ayıpların doğası gereği öğrenilir öğrenilmez yükleniciye bildirim yapılması gerekecektir⁶⁵. Bahsi geçen külfetlere uyulmadığı takdirde arsa sahibi eseri bu haliyle kabul etmiş sayılacak,

⁶³ Erman, **İnşaat**, s. 125; Büyükay, **a.g.e.**, s. 99; Uçar, **Ayıp**, s. 130.

⁶⁴ Bkz.: Halil Yılmaz, **Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi Ve Uygulaması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 375; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 456.

⁶⁵ Uçar, **Ayıp**, s. 130; Büyükay, **a.g.e.**, s. 99.

yüklenici ayıba karşı tekeffül borcundan kurtulacak ve arsa sahibi ayıp karşısındaki haklarını kaybedecektir⁶⁶. Başka bir ifadeyle, arsa sahibinin bu külfetlere uymamış olması yüklenici adına, ayıp karşısında bir sorumsuzluk durumu ortaya çıkarmış olacaktır.

b. Tam Önemli Ayıp-Daha Az Önemli Ayıp

Ayıp türleri açısından yapılabilecek diğer bir ayırım ise tam önemli ayıp-daha az önemli ayıp ayırımıdır⁶⁷. Bu ayırım da yine kanunda eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde kaleme alınmıştır. 818 sayılı kanunda 360. maddenin birinci fıkrasında “*Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta mütaahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir...*” denilerek tam önemli ayıba ilişkin düzenleme yapılmışken, yine aynı maddenin ikinci fıkrasında ise “*...İşin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiatı tenzil ve eğer o işin ıslahı büyük bir masrafi mucip değil ise mütaahhidi tamire mecbur edebilir. Bu hususta mütaahhidin taksiri varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir...*” denilmek suretiyle diğer ayıplar yani daha az önemli ayıplar düzenlenmiş bulunmakta idi.

6098 sayılı kanun ise iş sahibinin seçimlik haklarını düzenleyen 475. maddesinde “*Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı...*” ibaresi ile dönme yaptırımına tabi olan tam önemli ayıbı kaleme almış olup, aynı maddenin devamında ise bunun dışındaki ayıplarda iş sahibinin sahip olduğu haklar düzenlenmiştir.

⁶⁶ Uçar, **Ayıp**, s. 130; Yarg. 15. HD., 22.06.2010 T., 2010/3146 E., 2010/3577 K.: “...BK.’nın 362/III. maddesi hükmünce eserde var olduğu sonradan anlaşılan gizli ayıbın öğrenilir öğrenilmez yükleniciye ihbarı gerekir. Aksi takdirde iş sahibi eseri kabul etmiş sayılır. Gizli ayıbın bu şekilde derhal ihbar edilmesi halinde iş sahibinin zamanaşımı süresi boyunca B.K.nın 360. maddesinden kaynaklanan haklarını dava yoluyla ileri sürmesi mümkündür...” (K.İ.B.).

⁶⁷ Terimsel adlandırma için bkz.: Erman, **İnşaat**, s. 126.

Tam önemli ayıplar, arsa sahibinin yapıyı kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği yapıyı kabule zorlanamayacağı kadar önem arz eden ya da yapının sözleşmede kararlaştırılmış niteliklere önemli ölçüde aykırı inşa edilmiş olduğu hallerde ortaya çıkmaktadır⁶⁸. Bu ayıplar, yapıyı arsa sahibi için kullanılamaz veya kabule zorlanamaz yapan ayıplardır⁶⁹.

Söz konusu TBK 475. maddede düzenlendiği üzere tam önemli ayıplar dışında kalan ayıplar ise daha az önemli ayıp olarak nitelendirilen ayıplardır. Bu ayıplar tam önemli ayıplar kadar önemli olmayan, yapıyı kullanılamaz yapmayan veya yapının arsa sahibi tarafından reddini haklı kılmayan ve esasında ortadan kaldırılıp düzeltilmeye elverişli olan ayıplardır⁷⁰.

Bu açıklamalardan sonra görülmektedir ki, tam önemli ayıp bakımından iki durum karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, yüklenici ya arsa sahibinin kullanamayacağı veya objektif olarak kullanmasının beklenemeyeceği kadar ağır ayıp barındıran bir yapı inşa etmiş olmalıdır ya da gerek arsa sahibinin sözleşmeyi yapmaktaki iradesi gerekse de yapıda bulunması gerekip de sözleşmede kaleme alınmış veya alınmamış olan nitelikler bakımından aykırı bir yapıyı ortaya çıkarmış olmalıdır. Buna ilişkin olarak, kabulün beklenip beklenemeyeceği, yapının kullanılmazlığı gibi hususlar ise yine somut olayın koşulları içerisinde değerlendirilecektir⁷¹.

Ayıplar açısından bu ayrımın yapılması esas olarak, arsa sahibinin haklarına ilişkin olduğundan önem taşımaktadır⁷². Buna göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi yapıdaki ayıbın türüne göre TBK 475. maddedeki haklarını (sözleşmeden dönme, bedelden indirim, ücretsiz onarım)

⁶⁸ Tandoğan, **Özel II**, s. 167; Duman, **Giriş**, s. 149.

⁶⁹ Tandoğan, **Özel II**, s. 167; Uçar, **Ayıp**, s. 131; Yarg. 15. HD., 02.04.2001 T., 2001/759 E., 2001/1654 K.: “...B.K. 360/1 maddesi gereğince yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabulü icbar edilemeyeceği derecede ayıplı veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi o şeyi kabulden imtina edebilir. İş sahibinin nısfet kaidesine göre kabule zorlanamayacağı derecede ayıplı bir eser karşısında bulunup bulunmadığı, somut olayın koşulları göz önüne alınarak, tarafların karşılıklı menfaatlerinin hakkaniyete göre tartılması suretiyle belirlenir. Somut olayda yapımı üstlenilen iş tekne yapım işi olup lüks bir iştir. Teknenin protokol şartlarına uygun yapılmaması olması nedeniyle davacılar kabule zorlanamaz...” (K.İ.B.).

⁷⁰ Uçar, **Ayıp**, s. 131.

⁷¹ Uçar, **Ayıp**, s. 132.

⁷² Büyükkay, **a.g.e.**, s. 99; Uçar, **Ayıp**, s. 131.

kullanabilecektir⁷³. Bu ayırım dolayısıyla, örneğin, yapının arsa sahibince kabulünü engellemeyecek ayıplarda, basit onarımlarla giderilebilecek ayıplarda veya herhangi bir şekilde hakkaniyetin aksini gerektirmediği hallerde arsa sahibi dönme hakkını kullanamayacaktır⁷⁴. Bu hususlara ilişkin ayrıntılı inceleme aşağıda⁷⁵ dönme hakkı bahsinde yapılacaktır.

c. Maddi Ayıp-Hukuki Ayıp

Ayıp türleri bakımından doktrinde yapılan bir diğer ayırım ise maddi ayıp-hukuki ayıp ayırımıdır⁷⁶. Maddi(fiili) ayıp-hukuki ayıp ayırımı eser sözleşmesi bakımından kanunda düzenlenmiş ayırım türlerinden birisi değildir⁷⁷. Ancak doktrin bu tarz bir ayırma yer vermektedir⁷⁸. Buna rağmen, esas olarak ise Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümlerdeki ayıp hususuna ilişkin yapılan düzenleme maddi ayıbı vurgulamaktadır⁷⁹. Ancak, maddi ve hukuki ayıpların ismen varlığı bakımından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kıyasen uygulanan hükümlerin bulunduğu satış sözleşmesine ilişkin TBK md. 219'a bakılabilir. BK m. 194'te olduğu gibi yeni kanunumuzda da maddi ve hukuki ayıp kavramları yer almaktadır⁸⁰.

Kavram olarak bakıldığında, hukuki ayıplar, genel olarak kamu hukukunun (yapıda var olması gereken veya olmaması gereken nitelikleri de değerlendirmek suretiyle) yapının güvenlik ve ayrıca çoğunlukla kamu düzeniyle ilgili kurallarına

⁷³ Yarg. 15. HD., 20.12.2005 T., 2005/7285 E., 2005/6957 K.: "...Borçlar Yasası'nın 360.maddesi de gözetilerek dava konusu eserdeki ayıpların eserin reddini gerektirir derecede olup olmadığı değilse onarım yoluyla giderilip giderilemeyeceği keza ayıba rağmen kabule elverişli ise bedelde indirim gerekip gerekmediği hususları saptanmalıdır..." (K.İ.B.).

⁷⁴ Bkz.: Büyükay, **a.g.e.**, s. 99; Erman, **İnşaat**, s. 126; Eugen Bucher/Vedat Buz, "Mağdur Edilen Alıcı", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 175; Yarg. 15. HD., 23.01.2006 T., 2005/7623 E., 2006/166 K.: "...Borçlar Yasası'nın 360.maddesi de gözetilerek dava konusu eserdeki ayıpların eserin reddini gerektirir derecede olup olmadığı değilse onarım yoluyla giderilip giderilemeyeceği keza ayıba rağmen kabule elverişli ise bedelde indirim gerekip gerekmediği hususları saptanmalıdır..." (K.İ.B.).

⁷⁵ Bkz.: III. Bölüm, II. Sözleşmeden Dönme Hakkı.

⁷⁶ Büyükay, **a.g.e.**, s. 96.

⁷⁷ Hukuki ayıpların açık ayıp olarak nitelendirilmesi için bkz. Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 121.

⁷⁸ Bkz.: Erman, **İnşaat**, s. 124 vd; Uçar, **Ayıp**, s. 129 vd.

⁷⁹ Uçar, **Ayıp**, s. 133-134.

⁸⁰ Emrah Kulaklı, **Ürün Sorumluluğu Ve Ayıp Kavramı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 94.

uyulmaması sonucunda ortaya çıkarlar⁸¹. Bazı hallerde yapı hem sözleşme hükümlerine hem de objektif yeterliliklere uygun olsa bile, çeşitli nedenlerden (iskan ruhsatı vs.) dolayı amaca uygun kullanıma elverişli olmayabilir ve bu haliyle yapının kullanılması önünde hukuksal engeller çıkabilir⁸². Bu gibi durumlarda hukuki ayıbın söz konusu olduğundan bahsedilir. Örneğin, iskan ruhsatının alınmasında yaşanacak sıkıntılar yapının hukuki ayıplı olmasına işaret eder⁸³. Zira, iskan ruhsatı yapının imar kurallarına ve dolayısıyla da kullanıma elverişliliğinin denetlenmesi anlamına gelmektedir⁸⁴.

Maddi ya da diğer adıyla fiili ayıplar⁸⁵ ise yapının maddi yapısına, kalitesine ve fiziki tüm özelliklerine ilişkin ayıplardır. Kısaca belirtmek gerekirse, maddi ayıplar inşaattaki bozuklukları ifade etmektedir⁸⁶. Kullanılması gerekenden daha düşük kalitede mermer kullanılması, temel ve kolon demirlerinin olması gerekenden daha kalın veya ince olması, çimentoda deniz kumu kullanılmış olması, binada bulunması gereken kolonlarda eksiklik, yeşil alan olarak tasarlanan yerin betonla kaplı olması, yeterli sayıda ve nitelikte elektrik hattı, priz vs. bulunmaması gibi durumlarda maddi ayıptan bahsedilecektir.

Diğer taraftan, eser sözleşmesindeki ayıbın maddi ayıp temelli şekilde düzenlenmiş olması hukuki ayıbın hiçbir koşulda seçimlik haklara tesir etmeyeceğini de ortaya çıkarmayacaktır. Örnek verilecek olursa; yüklenicinin ayıplı şekilde meydana getirdiği bina için kamu hukukunun uygulama sahasına giren her türlü ruhsat, izin vs. alınamıyor ise burada belirtildiği gibi bir hukuki ayıp söz konusu

⁸¹ Erman, **İnşaat**, s. 125; Büyükay, **a.g.e.**, s. 97; YHGK, 02.11.2011 T., 2011713-468 E., 2011/666 K.: “...Hukuki ayıp; malın kullanımının hukuken sınırlandırılmasıdır (Ör: Malın üzerinde takyitler bulunması gibi). Ekonomik ayıp ise; malın iktisadi vasıflarında eksiklik olmasıdır...” (K.İ.B.); Yarg. 15. HD., 04.03.1996 T., 1996/424 E., 1996/1062 K.: “...Kal'i istenen bölümlerin proje dışı ve ruhsatsız yapıldığı idari mercice verilen yıkım kararıyla sabittir. Bu husus kamu düzeni ile bağdaşmadığı gibi, aynı zamanda eserde hukuki ayıp teşkil eder...” (K.İ.B.).

⁸² Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 52; Yarg. 15. HD., 29.09.1977 T., 1977/1658 E., 1977/1746 K.: “...”İskan ruhsatının” alınmaması da ”hukuki ayıp” sayılır...” (K.İ.B.).

⁸³ Akkanat, **Fazla İnşaat**, s. 71-72.

⁸⁴ Aydın Zevkliler, **Taşınmaz Malikinin Yetkileri Açısından İmar Kurallarına Aykırı Ve Zarar Verici İnşaat**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Yayınları No:2, Olgaç Matbaası, 1982, s. 250.

⁸⁵ Terimsel adlandırma için bkz.: Erman, **İnşaat**, s. 125.

⁸⁶ Erman, **İnşaat**, s. 125.

olacaktır⁸⁷. Ancak hukuki ayıbı ortaya çıkaran neden ise yüklenicinin yapıyı kamu hukuku kurallarına aykırı şekilde inşa etmiş olması ve bunun da yapıda gerek objektif kurallar (fen, teknik, sanat vs.) gerekse de sözleşmenin amaç ve hükümlerine aykırılıktan kaynaklanmasıdır. Örneğin, somut olaya göre yapıda bulunması gereken yangın merdiveni, sığınak vs. gibi kısım ve mekanların hiç ya da gerektiği gibi olmaması halinde maddi ayıp olduğu gibi bunlar aynı zamanda hukuksal ayıp olarak da nitelendirilecektir. Böyle bir durumda arsa sahibi ayıp karşısında sahip olduğu seçimlik hakları kullanabilecek olmakla birlikte hukuki ayıbın oradan kaldırılması için maddi ayıpların da ortadan kaldırılmış olması gerekecektir⁸⁸. Bazı durumlarda ise bu ayıbın kapsamına göre(kamu hukuku kuralları uyarınca) ortaya çıkarılan eserin yıkılması söz konusu olabilecektir. Bu durumda görüleceği üzere ortada yüklenicinin herhangi bir ifası bulunmamış olacaktır ve meydana gelen zararların yüklenici tarafından karşılanması gerekecektir.

d. Asli Ayıp-İkincil(Tali) Ayıp

Temel olarak asli ayıp-tali ayıp ayrımı yapıdaki ayıpların ortaya çıkışı ile ilişkilidir. Bazı durumlarda yüklenicinin inşa ettiği yapının arsa sahibine teslimi anında yapıda halihazırda ayıplar bulunmaktadır. Bu gibi ayıpların, yapının teslimi anında var olduğu ayıplar asli ayıp olarak nitelendirilmektedir⁸⁹.

Bazı durumlarda ise yapıda teslim tarihinde olmayan ayıplar oluşabilmektedir. Burada ise sonradan ortaya çıkan bu ayıplar (yapıdaki nitelik kayıpları, hasarlar vs.) yapının inşasına ilişkin ve teslimde de var olan ayıplardan

⁸⁷ Kocağa, **İlave**, s. 102.

⁸⁸ Yarg. 15. HD., 21.09.1993 T., 1993/5022 E., 1993/3553 K.: “...Taraflar arasındaki 31.7.1987 günlü eser sözleşmesine göre, binada projesine uygun olarak kalorifer kazanı ve kalorifer tesisatı yapılması ve ayrıca 12 tonluk su tankı konulması gerektiği halde bunlar yapılmadığı için belediyece binaya oturma izni verilmediği dosyadaki delillerden anlaşılmaktadır. Bu durumda, sözleşmede öngörülen 12 tonluk su tankı yerine 10 tonluk su tankı yapılmış olmasından dolayı davalı arsa sahiplerinin, davacı yükleniciden olan alacakları tespit edildikten ve ayrıca sözleşmenin gönderme yaptığı proje üzerinde öngörülen kalorifer kazanı ve tesisatı yerine bundan vazgeçilerek 16 adet odunluk yapılmamasına davalı arsa maliklerinin razı olup olmadıkları hakkında taraflardan delilleri sorulup incelendikten sonra, şayet kalorifer tesisatı yerine odunluk yapılması konusunda tarafların anlaşmaları belirlenirse davacı yüklenicinin buna göre tadilat projesi yaptırıp iskan izni alması bu suretle iskan izni verilmemesiyle doğan hukuki ayıbı ortadan kaldırması gerekir...” (K.İ.B.).

⁸⁹ Erman, **İnşaat**, s. 126; Uçar, **Ayıp**, s. 134; Büyükay, **a.g.e.**, s. 100.

kaynaklanıyor ise bu ayıplar ikincil (tali) ayıplar olarak nitelendirilirler⁹⁰. Diğer bir ifade ile ikincil ayıplar bir asli ayıbın meydana getirdiği ayıplardır⁹¹.

Örnek vermek gerekirse; yüklenicinin yapının inşası sürecinde kullandığı (demir, çimento, kum, tuğla vs. gibi) yapı elemanlarının gerek fen, teknik kurallarına gerekse de sözleşme hükümlerine aykırı olması teslim sırasında var olan asli bir ayıp teşkil edecektir. Bunun yanında bu ayıplı malzeme ile inşa edilen ve gerekli niteliklere sahip olmadığından asli ayıplarla teslim edilen yapının, söz konusu bu ayıplardan dolayı bir duvarının çökmesi, çatının kısa sürede su sızdırmaya başlaması gibi önceki ayıpların yol açtığı yeni ayıpların ortaya çıkması halinde ikincil(tali) ayıplar söz konusu olacaktır.

İkincil(tali) ayıplar daha önceki ayıplardan kaynaklandıklarından dolayı tıpkı asli ayıplarda olduğu gibi yüklenicinin sorumluluğuna yol açarlar⁹². Bu bakımdan burada herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Buna karşılık başlangıçta yani, yapının arsa sahibine teslimi anında yapıda olmayıp, zamanla kullanım, coğrafi-iklimsel şartlar gibi etkenlerden dolayı ortaya çıkan bozukluklardan ise yüklenici sorumlu olmayacaktır. Çünkü bu durumda eserde kullanımı etkileyen nitelik eksiklikleri ortaya çıkmış olsa dahi ortaya çıkan bu bozulmalar somut arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yükleniciye isnat edilemeyecektir. Aynı şekilde, iki kademeli olarak inşa edilen bir yapıda (Önce bir yüklenicinin işin bir kısmını, daha sonra farklı uzmanlığa sahip başka bir yüklenicinin ise yapının kalan kısmını tamamlayacağı kararlaştırılan bir sözleşmede) ilk yüklenicinin yaptığı kısım ikinci yükleniciye teslim edilene kadar kötü koruma, üçüncü bir müdahale veya ikinci yükleniciye yüklenebilecek nedenlerden dolayı bazı niteliklerini kaybetmişse (Örneğin kaldığı yerde çok kısa bir süre içerisinde ikinci yükleniciye verilecek işin tamamlanması gerekirken bu ara çok uzun tutulmuş ve inşaat dış etkilere maruz bırakılmışsa) yüklenicinin bu bozulmalardan dolayı sorumluluğuna gidilemeyecektir.

⁹⁰ Erman, **İnşaat**, s. 126; Uçar, **Ayıp**, s. 134; Büyükay, **a.g.e.**, s. 100; Duman, **Giriş**, s. 148.

⁹¹ Salih Şahin, **Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 51; Erman, **İnşaat**, s. 126; Uçar, **Ayıp**, s. 134; Büyükay, **a.g.e.**, s. 100.

⁹² Erman, **İnşaat**, s. 126; Uçar, **Ayıp**, s. 134.

4. Eksik İş/Ayıp Ayrımı

Son olarak, bu bahiste “Eksik iş” hususuna da kısaca değinmek gerekecektir. Uygulama ve Yargıtay kararlarında da çoğu olayda eksik iş ve ayıp iddialarının birlikte ileri sürülüp ayrı ayrı incelendiği görülmektedir⁹³. Bu noktada, “ayıp” ve “eksik iş” hususlarının birbirlerinden farklı kavramları ifade ettiklerini belirtmek gerekir⁹⁴.

Ayıbın yapılan eserde sözleşmeyle kararlaştırılmış veya kararlaştırılmamış olmakla birlikte objektif olarak o eserde bulunması gereken niteliklere aykırılık olarak tanımlanabileceğini yukarıda örneklerle açıklamıştık. Eksik iş’te ise yüklenicinin, yapıda sözleşmeye göre yapması gereken işlerin bir kısmını veya

⁹³ Yarg. 15. HD., 23.03.2009 T., 2008/2057 E., 2009/1644 K.: “...Davada yapılan işte bir kısım ayıplar bulunduğu ve sözleşmede kararlaştırılan bazı işlerin yapılmadığı ileri sürülmüştür. Eksik iş, sözleşme ve eklerine göre yapılması kararlaştırıldığı halde hiç yapılmayan iştir. Ayıplı eser sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir. Eğer eser iş sahibinin beklediği amacı karşılamıyorsa kural olarak ayıplı yapıldığı kabul edilir. İş bedelinin tamamen ödenmesi durumunda eksik iş bedeli teslim anında itirazi kayıt ileri sürülmesine ve ayıp ihbarına gerek olmaksızın zamanaşımı süresince her zaman istenebilir. (Dairemizin 27.09.1988 gün 1988/92 E. 1988/3020 K. sayılı kararı ile 20.11.1995 gün 1995/5216 E., 1995/6697 K. sayılı kararları)...” (K.İ.B.).

⁹⁴ Erman, İnşaat, s. 199; Yargıtay’ın eksik iş ve ayıp ayrımları için bkz.: YHGK, 20.02.2013 T., 2012/13-751 E., 2013/265 K.: “Dava, tazminat istemine ilişkindir. Ayıp; yasa ya da sözleşmede öngörülen unsurlardan birinin veya birkaçının eksikliği ya da olmaması gereken vasıfların bulunması halidir. Eksik iş; sözleşme konusu işlerin yapılmamasıdır. Öteki deyişle, hiç yapılmayan iştir. Eksik iş ise, kanunlarımızda tanımı yapılmamakla birlikte, 4077 sayılı Kanun’un 4 maddesinde sayılan ayıp kavramı içerisinde mütalaa olunmaktadır. Davacılar, davalı yükleniciden satın aldıkları dairelerin bulunduğu parselin havuzu da kapsayacak şekilde bahçesinin bir bölümünün kamuya ait arazi üzerinde olduğunun sonradan öğrendiklerini, oysa bu daireleri satın almalarında havuzlu olmasının etkisinin bulunduğunu belirterek, eksik teslim nedeniyle tahsil talebinde bulunmuşlardır. 4077 sayılı Yasanın 30. maddesine göre bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere göre uyumsuzluğun çözümü gerekli olduğundan, sözleşmeden kaynaklanan edimin ifasındaki eksiklikler nedeniyle davacının 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde satıcının sorumluluğunun ileri sürülebileceği sonucuna varılmıştır.”(K.İ.B.); Yarg. 14. HD., 25.10.2011 T., 2011/10346 E., 2011/12661 K.: “...Taraflar arasında 22.7.2009 tarihli iki ayrı "sipariş sözleşmesi" başlıklı sözleşme ile bir eser ilişkisinin kurulduğu tartışmalı değildir. Çekişme, eserde eksik veya ayıplı işler olup olmadığı ve bunların bedellerinin ne olacağı noktasındadır. Bir tanımlama yapmak gerekirse eserdeki ayıp, sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre olması gereken vasıfların meydana getirilen eserde bulunmamasıdır. Ayıbın bir ayrımı da, açık-gizli ayıp olarak yapılmaktadır. Eserdeki açık ayıpların B.K.nun 359. maddesi gereğince imar olunan şeyin teslim edildikten sonra iş sahibi tarafından işlerin mutata cereyanına göre imkan bulunur bulunmaz yükleniciye bildirilmesi gerekir. Gizli ayıplar ise, yapılan şeyin kullanımı sırasında ve zaman içinde ortaya çıkacağından Borçlar kanununun 562 nci maddesi uyarınca öğrenilir öğrenilmez yükleniciye ihbar edilmesi gerekir. Aksi takdirde yüklenici gerek açık gerekse gizli ayıplı işlerin mesuliyetinden kurtulur. Eksik iş ise, ayıplı işten farklıdır. Eksik iş, işin yapılmayan bölümü sayılacağından, eksik işin varlığı halinde ayıp ihbarı gerekmez. Dolayısıyla eserde eksik iş saptanırsa bundan B.K.nun m. 360 hükmüne göre yüklenici daima sorumludur...” (K.İ.B.).

tamamını yapmaması söz konusudur⁹⁵. Bu ayırım sonucu olarak, yapıda bir eksiklik olmayıp niteliksel bir aykırılık söz konusu olduğu takdirde, ayıba ilişkin hükümler uygulanacaktır⁹⁶. Buna karşılık, eksik işin söz konusu olduğu durumlarda yüklenicinin temerrüdü söz konusu olacak ve buna ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır⁹⁷.

Bu ayırımı en önemli farklardan birisi ise, aşağıdaki başlıkta yer alacak olan gözden geçirme ve bildirim külfetlerine ilişkindir⁹⁸. Şöyle ki, ayıbın varlığı halinde yüklenicinin ayıba karşı sorumluluğuna gidilebilmesi için gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmesi gerekecek, aksi durumda ise yapı bu haliyle kabul edilmiş sayılacaktır⁹⁹. Eksik işin söz konusu olduğu durumlarda ise arsa sahibinin yerine getirmesi gereken bir gözden geçirme ve bildirim külfeti

⁹⁵ Büyükkay, **a.g.e.**, s. 102; Günel, **a.g.e.**, s. 412; Erman, **İnşaat**, s. 199; Yarg. 15. HD., 27.12.2011 T., 2011/14440 E., 2011/16176 K.: “...Fakat eksik iş, ayıplı işten farklıdır. Eksik iş, işin yapılmayan bölümü sayılacağından eğer orta yerde eksiklik varsa ayıp ihbarı gerekmez. Çünkü ayıp ihbarı, teslimi yapılan imalatlarla ilgilidir...” (K.İ.B.).

⁹⁶ Öz, **İnşaat**, s. 194.

⁹⁷ Öz, **İnşaat**, s. 194; Erman, **İnşaat**, s. 199; YHGK, 27.09.2000 T., 2000/15-1134 E., 2000/1191 K.: “...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...” (K.İ.B.).

⁹⁸ Erman, **İnşaat**, s. 199.

⁹⁹ Yarg. 15. HD., 18.07.2005 T., 2004/5786 E., 2005/4319 K.: “...Davacı arsa sahipleri kendilerine verilen bağımsız bölümlerin sözleşmede kararlaştırılan nitelikte olmadığını ileri sürerek 11.186.345.800 TL tazminat isteminde bulunmuşlardır. Eksik iş bedeli talep edilmemiştir. BK.nun 360. maddesinde ayıp, işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması şeklinde ifade edilmiş olup yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan borçlarının ayıplara karşı tekeffül borcunu da kapsadığı kabul edilmektedir. Buna göre davacıların istemi eserin ayıplı olarak meydana getirilmiş olması hukuksal nedenine dayanmaktadır... Açık ayıplı imalatlar için makul sürede muayene ve ihbar mükellefiyetinin yerine getirilmemesi halinde ayıplı iş bedeli istenemeyeceğinden, davacıların ayıp ihbarı ile ilgili delilleri sorulup toplandıktan sonra ayıp ihbarı süresinde değilse bilirkişilerden açık ve gizli ayıplı imalatlar yönünden ek rapor alınarak açık ayıplı imalatlarla ilgili davanın reddi gerekirken, mahkemece eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu, asıl davanın yazılı şekilde kısmen kabulü doğru olmamış kararın bozulması uygun bulunmuştur...” (K.İ.B.).

bulunmamakta ve yüklenicinin bu eksikliklerden doğan sorumluluğu devam etmektedir¹⁰⁰.

Doktrinde, her ne kadar arsa sahibinin bu sayılan külfetlere sahip olmasa bile herhangi bir bildirim yapılmamış olmasının eserin bu eksik haliyle de kabul edilmiş olduğu anlamına gelebilmesi ihtimaline karşı, herhangi bir tereddüt oluşturmamak açısından tıpkı ayıp bildirim yapıyormuş gibi, eksiklere ilişkin hakların saklı tutulduğunun da bildirilmesinin faydalı olacağı belirtilmektedir¹⁰¹.

Eksik işler, sözleşmede veya teknik şartnamede belirtilen hususlarda ortaya çıkabileceği gibi tıpkı ayıplarda olduğu gibi ortalama bir inşaatta objektif olarak bulunması ve yapılması gereken işlerin yapılmamış olması halinde de söz konusu olabilir¹⁰². Diğer taraftan eksik işler; eksik bağımsız bölüm, bahçede veya bina içinde havuzun yapılmamış olması, çatının kapatılmaması vs. şeklinde özelliklerle niceliklerde¹⁰³, ayıplı işler ise yapılan havuzun belirtilen niteliklere uygun olmaması, çatının farklı bir malzemeyle veya farklı bir dizayn ile kapatılması şeklinde kendini gösterecektir¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Erman, **İnşaat**, s. 199; Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 1852; Yarg. 15. HD., 03.06.2004 T., 2003/6403 E., 2004/3114 K.: “...Mahkemece davacı iş sahiplerinin taleplerinin bir bölümü bu alacak kalemlerine konu imalatın ayıplı iş olarak kabul edilmesi ve süresinde ayıp ihbarının yapılmaması nedeniyle reddedilmiş ise de söz konusu iş kalemlerindeki imalat hatalarının büyük bölümünün eksik iş niteliğinde olduğu bilirkişi raporunda açıklanmıştır. Eksik imalatın bedelini talep etmek için iş sahibinin yükleniciye ayıp ihbarında bulunması gerekmez. Zamanaşımı süresi içinde eksik işlerin bedeli yükleniciden istenebilir. Bu nedenle 25.3.2002 tarihli bilirkişi Tümer tarafından hazırlanan raporun 3. sayfasının son paragrafında 1-den 14 e kadar 14 dahil sayılan imalat kalemlerinin saptanan bedeline (taleple bağlı kalınarak) hükmedilmesi gerekirken bu imalatların tümü açık ayıplı kabul edilerek istemin reddi doğru olmamıştır...” (K.İ.B.).

¹⁰¹ Erman, **İnşaat**, s. 201; Yarg., 15. HD., 09.04.2007 T., 2005/7896 E., 2007/2244 K.: “...Eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda açık ayıpların ve eksikliklerin teslim tarihinden itibaren zamanaşımı süreleri BK.nun 126/IV. maddesine göre 5 yıldır. Açık ayıpların veya eksiklerin teslimden itibaren makul süre içerisinde bildirilmesi ve dava konusu yapılması gerekir. Yüklenicinin kasıt veya ağır kusuru sonucu ayıplı bir iş meydana getirilmiş ise sonradan ortaya çıkan bu ayıplar (gizli ayıplar) yönünden BK.nun 125. maddesinde yazılı olan 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir...” (K.İ.B.).

¹⁰² Erman, **İnşaat**, s. 201.

¹⁰³ Ayıp özellikle nitelik eksikliği olarak karşımıza çıkmakla birlikte, TBK md. 219 hükmü gereği “niteliği etkileyen nicelik” eksiklikleri de ayıp kapsamında gösterilebilecektir. Ör.: Her bir birim santimetrekaresinde bulunması gereken ilmek sayısından daha az ilmek içeren bir halı, kilim vs. Bkz.: Kadir Berk Kapancı, **Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk Ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 9, dn. 20.

¹⁰⁴ Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 1847.

Ayrıca Yargıtay'a göre, bağımsız bölümlerin küçük yapılması hususunun eksik iş olarak değerlendirildiği ve bu yorumun ortak kısımlara ilişkin olarak da uygulandığı belirtilmektedir¹⁰⁵. Şöyle ki, Yargıtay'ın yüz ölçümü eksikliği durumlarında satış sözleşmesine ilişkin hükümler üzerinden değerlendirme yaparken, eksikliği ayıp olarak kabul ettiğini ve bunu da 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 215. maddesindeki¹⁰⁶ (6098 sk. TBK md. 244) özel düzenlemeye dayandırdığı, eser sözleşmesi için ise böyle bir düzenlemenin kanunda mevcut olmamasından dolayı aynı yoruma yer vermediği ifade edilmelidir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 1848; Karadaş, **a.g.e.**, s. 190; Kurt, **a.g.e.**, s. 72; Yarg. 15. HD., 17.06.2008 T., 2008/1942 E., 2008/4021 K.: "...Eser sözleşmesine göre yüklenici sözleşme hükümlerine ve projesine uygun olarak davacıya ait daireleri yapıp teslim etmek yükümlülüğü altındadır. Bağımsız bölümdeki mesaha küçüklüğü eksik iş niteliğinde olup, davacının bu nedenle uğradığı zararın tahsiline hükmedilmesi gerekir..." (Karadaş, **a.g.e.**, s. 190.), kararda geçen mesaha kelimesi "yüz ölçümü" anlamındadır. (Çevirim içi: http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.529dcb60ee1bc2.80065430) Szt: 03.12.2013.

¹⁰⁶ Bkz.: 818 sk. md 215: "Hilafına mukavele mevcut değil ise, satılan gayrimenkul beyi senesinde yazılı olan ölçü miktarını ihtiva etmediği takdirde; bayi, noksanını müşteriye tazmin etmekle mükelleftir. Satılan gayrimenkul resmi bir mesahaya müsteniden sicilde yazılı olan ölçü miktarını ihtiva etmediği takdirde, bayi, tahsisen taahhüt altına girmemiş ise tazmin ile mükellef değildir. Bir binanın ayıplı olmasından mütevellit ve tekeffüle müstenit davalar mülkiyetin devrinden beş sene geçmekle sakıt olur." ve 6098 sk. md. 244: "Aksine sözleşme olmadıkça, satılan taşınmaz, satış sözleşmesinde yazılı yüzölçümü tutarını kapsamıyorsa satıcı, eksiği için alıcıya tazminat ödemekle yükümlüdür.

Satılan taşınmaz, resmî bir ölçüme dayanılarak tapu siciline yazılmış olan yüzölçümü tutarını içermiyorsa satıcı, özellikle üstlenmiş olmadıkça tazminat ile yükümlü değildir.

Bir yapının ayıplı olmasından doğan davalar, mülkiyetin geçmesinden başlayarak beş yılın ve satıcının ağır kusuru varsa yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar."

¹⁰⁷ YHGK, 09.12.1992 T., 2012/15-649 E., 2012/732 K.: "Satım ile eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinde yakın benzerlik varken, taşınmaz satışında yüzölçümünün eksik çıkmasını ayıp sayan BK.nun 215. maddesi hükmüne, benzer bir hükme eser sözleşmesinde yer verilmemiştir. Yüzölçümündeki noksanlığı satıma hasren vasfa ilişkin ayıp sayan bu hükmün, eser sözleşmesinde de uygulanması gerekmez. Hukuk Genel Kurulu'nun 13.11.1957 gün, 4/80 Esas, 77 Karar sayılı ilamında da, "...Satılan bir gayrimenkulün yüzölçümünün eksik çıkması durumunun, vasıfla ilişkisi bulunmaması dolayısıyla aslında malın vasfındaki ayıp halindeki tekeffüle ait hükümlerle bir ilgisinin bulunmaması gerekirdi" denilmekle, genelde yüzölçüsündeki noksanlığın ayıp sayılamayacağı görüşü benimsenmiştir. Aksine düşünce, muayene ve ihbar külfetine ilişkin hükümlerin tacir olmayan alıcılar -iş sahipleri için ağır olduğu, muayene biçim ve süreleri, için daha geniş davranılmasının uygun olacağı, aktin gereği gibi yerine getirilmemesinden dolayı genel hükümlere göre istemde bulunabilme olanağı tanınmasını savunan yeni görüşlere de ters düşmektedir (Prof. Dr. H. Tandoğan-Borçlar H., C. I/I, s. 170 vd.).

Anlatılan nedenlerle, inşaatlarda mesaha noksanlığının eksik iş olduğunun, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmediğinin, davacıya teslim edilen bağımsız bölümde mekan küçüklüğünden ötürü borcun kısmen ifa edildiğinin kabul edilmesi gerekir. İnşaat davacı arsasında yapıldığından eseri red olanağı olmayan arsa sahibi, çoğu kez taşıyıcı duvarın varlığı, statik hesaplar, komşu bağımsız bölümün el değiştirmesi vs. zorunlu nedenlerle aynen ifayı, eksikliğin giderilmesini isteme olanağından da mahrumdur. Yüzölçümünde noksanlığın fahiş boyutlara ulaştığı ve uygulamada zaman zaman karşılaşılan üç odalı yerine iki odalı daire teslimi gibi hallerde ise "değişik eser"in (aliud) varlığı sözkonusudur. Kuşkusuz bu durumlarda da borcun ifasına dair genel hükümlere

C. Gözden Geçirme Ve Bildirim Külfetlerinin Yerine Getirilmiş Olması

1. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun varlığı için gerekli olan şartlardan bazıları eser sözleşmesi bağlamında iş sahibine yani arsa sahibine düşen şartlardır. Buna göre, ayıptan sorumluluk bağlamında yüklenici açısından illiyet bağı kurulmuş olsa ve yapıda oluşması gereken şartlar(ayıp) bulunsa dahi arsa sahibi üzerine düşen bu külfetleri yerine getirmemesi halinde yapıdaki ayıplardan doğabilecek haklarını yükleniciye karşı kullanamayacaktır¹⁰⁸.

Ayıptan doğan hakların kullanılması için arsa sahibine düşen ve bahsi geçen iki külfet gözden geçirme ve bildirim külfetleridir¹⁰⁹. Buna göre, yüklenicinin ayıba karşı sorumluluğuna dayanılması için ortaya çıkarılan eserin, yani yapının, gözden geçirilmesi(kontrol/muayene) ve buna ilişkin olarak gerekli bildirimlerin yükleniciye yapılmış olması gerekmektedir¹¹⁰. Bu gözden geçirme ve bildirim külfetlerine uyulmadığı takdirde ise arsa sahibi, kanunda sayılan ve kendisinin ayıp karşısındaki

başvurulabilecektir (Prof. Dr. H. Tandoğan age., 2. c., s. 166; T. Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, 1989 B., s. 94; Dç. Dr. H. Burcunoğlu H. Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve T.H.Ar. Enstitüsü, Y. 1990 B., s. 286 vd.).” (K.İ.B.).

¹⁰⁸ Erman, **İnşaat**, s. 127; Aral/Ayrancı, **Borçlar**, s. 357; Büyükkay, **a.g.e.**, s. 107; Kamber, **a.g.e.**, s. 40.

¹⁰⁹ Tandoğan, **Özel II**, s. 167; Aral, **Kötü İfa**, s. 191; Şahin, **a.g.e.**, s. 140; Günel, **a.g.e.**, s. 413; Uçar, **Ayıp**, s. 136; Yarg. 15. HD., 05.06.2002 T., 2002/1691 E., 2002/3016 K.: “...Taraflar arasındaki uyumsuzluk düzenlemesi BK. 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinden kaynaklandığından ayıp ihbarının yasanın menkul satımına ilişkin 184 ve devamı maddelerine göre değil, 362. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Gerçekten, bu hükme göre teslim edilen eserin usulünce muayenesinden sonra ve makul sayılacak sürede ayıbı yükleniciye bildirilmişse yüklenicinin sorumluluktan kurtulduğu kabul edilemez...” (K.İ.B.).

¹¹⁰ Öz, **Dönme**, s. 112; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 54; Erman, **İnşaat**, s. 127; Yarg. 14. HD., 31.10.2011 T., 2011/11457 E., 2011/13044 K.: “...Eserdeki eksiklik, ayıp kavramından ayrı bir kavram olup, eserde sözleşmeye göre yapılması kararlaştırılan bir kısım işlerin yapılmaması halidir. Eksik iş, teslim edilmeyen iş olduğundan bunun için ayıp ihbarı gerekmez. B.K.nun 359. maddesi hükmüne göre, eserde açık ayıplar varsa iş sahibinin eserin tesliminden sonra işlerin mutad cereyanına göre eseri muayene etmesi, imkan bulur bulmaz da kusurlar varsa bunları yükleniciye bildirmeyi gerekir. Aksi halde, eser mevcut haliyle iş sahibi tarafından kabul edilmiş sayılır. Gizli ayıplar eserin teslimi anında mutad muayeneyle görülemeyen ancak kullanım sırasında zamanla ortaya çıkan ayıplardır. Kanunun 362. maddesi gereğince de, bu tür ayıpları iş sahibinin öğrenir öğrenmez yükleniciye bildirmesi gerekir...” (K.İ.B.).

haklarını içeren hükümlerden faydalanamayacaktır¹¹¹. Kural olarak bu külfetler teslim ile ortaya çıkarlar¹¹².

Gözden geçirme ve bildirim külfetlerine ilişkin düzenlemeler 818 sayılı kanunda olduğu gibi 6098 sayılı TBK içerisinde de yer almaktadır. Bu hükümler arasında karşılaştırma yapılacak olursa;

Söz konusu külfetler 818 sayılı kanunun 359. maddesi birinci fıkrasında “*İmal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeğe mecburdur*” şeklinde düzenlenmiş iken 6098 sayılı kanunun ayıbın belirlenmesi başlıklı 474. maddesinin yine birinci fıkrasında ise “*İş sahibi eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır*” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü ve aşağıda inceleneceği üzere kanun koyucu gözden geçirme ve bildirim külfetlerine ilişkin düzenlemesini korumuştur.

Karşılaştırma açısından belirtilmelidir ki, eski kanunda geçen kusur kelimesi ayıp kavramını ifade etmektedir¹¹³. Diğer taraftan gözden geçirme için her iki kanunda da paralel bir şekilde “*işlerin olağan akışı*” ile “*imkan bulur bulmaz*” ifadeleri yer almışken, eski düzenlemeden farklı olarak yeni düzenlemede ayıbın bildirimine ilişkin olarak “*uygun bir süre içinde*” ibaresi eklenmiştir¹¹⁴. Bu noktada belirtilmelidir ki bu ibarenin yer almaması da dürüstlük kuralı nedeniyle arsa sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetleri konusunda sınırsız bir serbestiye sahip olduğunu ortaya koymayacaktı¹¹⁵. Ancak kanun koyucu burada herhangi bir kuşkuya yer vermemek adına bir yandan “*uygun bir süre içinde*” ifadesini kullanmış,

¹¹¹ Turanboy, **a.g.e.**, s. 163; Aral/Ayrancı, **Borçlar**, s. 357.

¹¹² İpek Yücer Aktürk, **Satım Ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme Ve Bildirim Külfetleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 127; Yener, **a.g.e.**, s. 159.

¹¹³ Erman, **İnşaat**, s. 131, dn. 39; Şahin, **a.g.e.**, s. 137.

¹¹⁴ Kıyasane uygulanabilecek olan satım sözleşmesi için de aynı durum söz konusudur(TBK md. 223) bkz. Bilgehan Çetiner, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayrıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi,” **İÜHFİM**, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 107.

¹¹⁵ Bkz. TMK md. 2: “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*

Bir hakkın aşıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”

diğer yandan ise net bir süre(teslimden itibaren 7 gün, 4 ay vs. gibi) öngörmeyerek somut olayın durum ve koşullarına göre takdiri hakime bırakmıştır.

Aşağıda arsa sahibinin bahsi geçen bu gözden geçirme ve bildirim külfetleri üzerinde durulacaktır.

2. Gözden Geçirme Külfeti

Yüklenicinin yapıdaki ayıplardan sorumlu tutulup, arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesinin koşullarından birisi yapının muayene(gözden geçirme) edilmesidir¹¹⁶. Yukarıda da açıklanmış olduğu üzere tekrar belirtilmelidir ki, bu gözden geçirme ve bildirim koşulları hukuksal nitelikleri itibariyle birer borç değil, sadece arsa sahibinin ayıplı yapı karşısında yükleniciye yöneltebileceği seçimlik hakları kullanabilmesinin ön koşulları yani külfetleridir¹¹⁷. Külfet ise borç kavramından farklı olarak, kanun tarafından üzerine yüklenen bir davranışı gereği gibi veya hiç yerine getirmeyen kişinin yine kanunda kendisine sağlanan hakları kısmen veya tümüyle kullanamaması sonucunu ortaya çıkaran bir kurumdur¹¹⁸. Külfetin yerine getirilmemesi kişi açısından bir hukuki sorumluluğun doğmasına ya da mevcut sorumluluğun genişlemesine neden olmaz¹¹⁹. Kural olarak külfetin yerine getirilmemiş olması sonuçlarını alacaklı üzerinde doğurur ve alacaklının bir hakkını elde edememesine veya kaybetmesine neden olur¹²⁰. Dolayısıyla, yüklenici gerçekten de kendisine atfedilebilecek şekilde ayıplı bir eser meydana getirmiş olsa dahi arsa sahibi belirtilen bu külfetleri yerine getirmediği takdirde ayıba ilişkin olarak, seçimlik haklar bağlamında, yükleniciye başvuramayacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'muzdaki düzenleme bulan bu gözden geçirme külfetinin maksadı, eserin teslim edilmiş halindeki niteliklerin, sözleşmede

¹¹⁶ Yarg. 15. HD., 09.05.2008 T., 2007/2052 E., 2008/3111 K.: “...Gerçekten de Borçlar Kanunu'nun 359 ve 360. maddeleri uyarınca iş sahibi eserin tesliminden sonra imkanını bulur bulmaz eseri muayene etmeye ve ayıpları varsa bunu yükleniciye bildirmeye mecburdur...” (K.İ.B.).

¹¹⁷ Büyükay, **a.g.e.**, s. 106; Uçar, **Ayıp**, s. 137-138.

¹¹⁸ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 32; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 18; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 67; “Yüklenti” olarak ifadesi için bkz.: Nejat Aday, **Özel Hukukta Yüklenti Kavramı Ve Sonuçları**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2000, s. 237 vd.

¹¹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 32.

¹²⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 32.

kararlaştırılmış olan veya kararlaştırılmamış dahi olsa objektif olarak bir eserde bulunması gereken niteliklere uygun olup olmadığının araştırılması ve bulunmasıdır¹²¹.

Arsa sahibinin yapıyı gözden geçirme külfeti, yapının teslim edilmesiyle ortaya çıkmaktadır¹²². TBK 474. maddesinin birinci fıkrasında açıkça düzenlendiği üzere, arsa sahibi yapı kendisine teslim edildikten sonra yapıyı gözden geçirmelidir(muayene)¹²³. Gözden geçirme ve bildirim külfetlerine uyulmaması arsa sahibinin yapıyı kabul etmiş sayılmasına ve bu konuda yüklenicinin sorumluluğunun ortadan kalkmış olmasına neden olacaktır¹²⁴.

TBK 474. maddeye göre arsa sahibi gözden geçirmeyi “işlerin olağan akışına göre” ve “imkan bulur bulmaz” yapmalıdır¹²⁵. Bundan da anlaşılacağı üzere arsa sahibinin somut olaydaki sübjektif konumu gözden geçirmenin zamanında yapılıp yapılmadığını aydınlatacaktır¹²⁶. Buna göre, gözden geçirmenin yapılması gereken zaman için dürüşlük kuralı da dahil rol oynayacak, haklı sebeplerin varlığı halinde gözden geçirme süresi daha ileri bir zamanda yapılabilir¹²⁷.

Gözden geçirme süresi bakımından yerel bir uygulama, adet veya teamül bulunduğu takdirde, somut olay da göz önüne alınmak suretiyle gözden geçirme ve bildirim külfetleri için bu kıstaslar da uygulanabilir¹²⁸. Bu noktada belirtilmelidir ki, gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin kanunda düzenleniş biçimine göre bir

¹²¹ Uçar, **Ayıp**, s. 139.

¹²² Büyükay, **a.g.e.**, s. 107; Erman, **İnşaat**, s. 131; ayrıca yapının teslim edilmiş sayılması hususunda görüş için bkz. Büyükay, **a.g.e.**, s. 107: “...Eserin tamamlanıp teslim edilmesi ise iskan ruhsatının alınmasından sonra söz konusudur. İşkan ruhsatı alınmadan teslim, teslim olmadan da muayene ve ihbar külfetleri başlamamalıdır...”.

¹²³ Yarg. 15. HD., 01.04.2008 T., 2007/2713 E., 2008/2063 K.: “...eserin teslim olunmasından itibaren BK.nun 359 ve devamı maddeleri uyarınca iş sahibinin teslim alınan eseri işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz muayeneye ve kusurları varsa bunları yükleniciye ihbar etmeye zorunludur...” (K.İ.B.).

¹²⁴ şahin, **a.g.e.**, s. 141; Büyükay, **a.g.e.**, s. 107; YHGK, 16.04.1997 T., 1997/15-36 E., 1997/336 K.: “...B.K.`nın 359/1 maddesi uyarınca, imal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin cereyanına göre, imkanını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhite bildirmeye mecburdur. Aynı Yasanın 362/2 maddesi gereğince, eğer iş sahibi kanunen tayin olunan muayene ve ihbarı ihmal ederse eseri zimnen kabul etmiş sayılır, eserin kabulü halinde de, müteahhit her türlü mesuliyetten beri olur...” (K.İ.B.).

¹²⁵ Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 127; şahin, **a.g.e.**, s. 140; Erman, **İnşaat**, s. 131.

¹²⁶ Erman, **İnşaat**, s. 131.

¹²⁷ Erman, **İnşaat**, s. 131; Büyükay, **a.g.e.**, s. 108.

¹²⁸ Büyükay, **a.g.e.**, s. 108.

sınırlama getirilmediğinden, taraflar da aralarında bu külfetlerin nasıl yerine getirileceğine dair anlaşmaya varabilirler¹²⁹. Dolayısıyla bu külfetlerin yerine getirilip getirilmediği hususunda öncelikle somut arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki belirlemelere bakılması yerinde olacaktır.

Arsa sahibi aksine bir sözleşme veya teamül bulunmadığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, gözden geçirmeyi bir uzman veya bilirkişi marifetiyle yaptırmakla yükümlü değildir¹³⁰. Tabi ki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde gözden geçirme bakımından bazı özel durumlar ortaya çıkabilir. Şöyle ki, bir beyzbol oyuncusu sipariş ettiği beyzbol sopasındaki eğriliği ya da pürüzleri teslim anında kısa bir incelemeyle kendisi de fark edebilecekken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin yapısı gereği ortaya çıkarılan eserdeki ayıpları fark etmek her ne kadar açık ayıp da olsa uzmanlık gerektirebilecektir. Bu gibi durumlarda bilgisi ve tecrübesi olmayan arsa sahibinin, yapıyı kendisi ve basit usullerle kontrol etmesini her olayda istisnasız gözden geçirme külfetinin yerine getirilmesi saymak ve hatta bu nedenle ortaya çıkmayan ayıpları gizli ayıp saymak dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Bu bakımdan gözden geçirmenin yapılması hususunda somut olayın da göz önüne alınması gerekecektir¹³¹.

Diğer taraftan kanun koyucu bahsi geçen TBK 474. maddenin ikinci fıkrasında gözden geçirmenin yapılmasına ilişkin “*Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun raporla belirlenmesini isteyebilir.*” hükmü kaleme alınmıştır. Bu nedenle taraflar aralarındaki sözleşmeye koyacakları hükümlerle gözden geçirmenin yapılmasına ilişkin belirlemeler yapabilecekleri gibi, bu belirlemeler yapılmadığı takdirde dahi yapı bilirkişiye inceletilebilecektir. Bu konuda sözleşmeye bir hüküm konulmasına gerek bulunmamaktadır¹³². Bu yetki sözleşmenin her iki tarafına da tanınmıştır¹³³.

¹²⁹ Uçar, **Ayıp**, s. 139.

¹³⁰ Büyükay, **a.g.e.**, s. 108.

¹³¹ Ayrıca, gözden geçirme külfeti bakımından alıcı konumunda bulunan kişinin uzmanlık sıfatına sahip olması (tacir gibi) halinde gözden geçirmeye ilişkin özen külfeti genişlediği yönünde bkz.: Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 98.

¹³² Uçar, **Ayıp**, s. 140.

¹³³ Erman, **İnşaat**, s. 123; Uçar, **Ayıp**, s. 140.

Yukarıda ayıp çeşitlerine ilişkin kısımda da açıklandığı üzere, ayıplar bir ayrıma göre açık ayıplar ve gizli ayıplar olarak ikiye ayrılmaktadırlar. Bu noktada, Türk Borçlar Kanunu'muzdaki gözden geçirme külfetine ilişkin düzenlemeye bakıldığında, bu külfetin açık ayıplar bakımından düzenlenmiş olduğu görülmektedir¹³⁴. Yapıda yer alan gizli ayıplar ve hatta yüklenicinin bilerek gizlediği ayıplar için ise arsa sahibinin bir gözden geçirme külfeti bulunmamaktadır¹³⁵. Bu nedenle bahsi geçen gizli ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam edecektir.

Diğer taraftan gözden geçirme bakımından açık ayıpları da ikili bir ayrıma tabi tutmak yerinde olacaktır. Buna göre, açık ayıpların da kendi içinde “teslim sırasında açıkça görülebilen ayıplar” ve “teslim sırasında farkedilememekle birlikte usulüne uygun gözden geçirme ile ortaya çıkarılabilecek ayıplar” şeklinde ikili bir ayrımda değerlendirilmesi gerekir. Bu ayrımda, teslimdeki açıkça görülebilen ayıplardan yüklenicinin sorumluluğu yoluna gidebilmek için arsa sahibi tarafından ihtirazi kayıt ileri sürmek gerekeceği açıktır¹³⁶. Aksi halde aşağıda¹³⁷ değinilecek olan eserin kabul edilmiş olması durumu ortaya çıkabilecektir. Bu ise yüklenicinin ayıplardan sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla arsa sahibinin ayıp karşısındaki hakları ileri sürememesine neden olacaktır.

Gözden geçirme külfeti bakımından ortaya çıkabilecek ikinci durum ise gizli ayıp durumudur. Kanun koyucu yukarıda da belirtildiği üzere gözden geçirme külfetini açık ayıplar için belirlemiştir. Dolayısıyla açık ayıplardan farklı olarak gizli ayıplar bakımından arsa sahibinin bir gözden geçirme külfetinin bulunduğundan bahsedilemeyecektir.

Gizli ayıplar bakımından gözden geçirme külfetinin bulunmaması bu ayıpların niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira gizli ayıplar normal bir gözden geçirme ile ortaya çıkarılamayacak ayıplardır¹³⁸. Bu ayıplar kullanımla ve zamanla ortaya çıkan ayıplar olduklarından arsa sahibine teslimden hemen sonra bir gözden

¹³⁴ Büyükay, **a.g.e.**, s. 108; Erman, **İnşaat**, s. 134.

¹³⁵ Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 94; Erman, **İnşaat**, s. 134.

¹³⁶ Senai Olgaç, **İstisna Akdi**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 470.

¹³⁷ Bkz.: II. Bölüm, II. Yüklenicinin Sorumluluğunu Kaldıran Haller, B. Eserin Kabulü.

¹³⁸ Erman, **İnşaat**, s. 125.

geçirme külfeti yüklenmesi hayatın olağan akışına ve maddenin doğasına aykırı olacaktır. Dolayısıyla kanunda iş sahibine gizli ayıplar için gözden geçirme külfeti yüklenmemiştir. Ancak gözden geçirme külfeti olmamasına rağmen, daha sonradan ortaya çıkan ayıpların derhal bildirilmemesi kabul ve ayıptan doğan hakların yitirilmesi sonucunu doğurur¹³⁹.

Diğer taraftan yüklenicinin kasten gizlediği ayıpların gizli ayıplar olduklarında gözden geçirme külfetinin olmayacağına tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte kasten gizlenmiş açık ayıplarda durumun ne olacağı düşünülebilir. Belirtilmelidir ki, doktrinde bunun gibi yüklenici tarafından kasten gizlenmiş olan açık ayıplarda gözden geçirme külfetinin yerine getirilmemiş olmasının yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı belirtilmektedir¹⁴⁰.

3. Bildirim Külfeti

a. Genel Olarak

Yukarıda belirtilen külfetlerden bir diğeri olan ve gözden geçirme külfetinin ikinci ayağı sayılabilecek külfet ise bildirim(ihbar) külfetidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 474. maddesinde "*iş sahibi... ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.*" denilmiştir. Dolayısıyla arsa sahibinin üzerine düşen külfet, kendisine teslim edilen yapının gözden geçirmesiyle bitmemekte, ayrıca gözden geçirme sonucu varsa bu ayıpların yükleniciye bildirilmesi de gerekmektedir¹⁴¹.

¹³⁹ Tandoğan, **Özel II**, s. 220.

¹⁴⁰ Bkz. Erman, **İnşaat**, s. 134.

¹⁴¹ Erman, **İnşaat**, s. 135; Şahin, **a.g.e.**, s. 141; Yarg. 15. HD., 27.03.2009 T., 2009/336 E., 2009/1793 K.: "...Eserin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin doğal gidişine göre imkanı bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve bozukluğu varsa derhal yükleniciye bildirmek zorundadır. Tersî durumunda yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Ancak, kasten sakladığı kusurlarla usulüne uygun yapılan muayenede fark edilemeyecek ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Eğer, meydana getirilen eserin teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile varolan bozukluğu görülmemişse, ortada gizli bir ayıbın olduğu kabul edilir. Ayıp, sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, öğrenir öğrenmez yükleniciye derhal bildirmek zorundadır..." (K.İ.B.).

Belirtilmelidir ki, söz konusu fıkra da “zorundadır” ibaresi kullanılmış ise de bu hükmün arsa sahibine yüklenmiş bir borcu ifade etmemektedir¹⁴². Gözden geçirme külfetinde de belirtildiği gibi, bildirim külfeti yalnızca arsa sahibinin yapıdaki ayıplar karşısında kanundaki seçimlik haklarını kullanması açısından bir ön koşuldur ve bu haklarını kullanmak istemeyen arsa sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmemesinde bir sakınca olmayacaktır¹⁴³. Bu durumda arsa sahibi yapıyı bu halde kabul etmiş sayılacağı, yüklenici ise sadece kasten sakladığı ayıplardan ve yapıdaki diğer gizli ayıplardan sorumlu olmaya devam edeceği, bunun dışındaki ayıplardan ise sorumluluğu ortadan kalkmış olacağı belirtilmektedir¹⁴⁴.

Bahsi geçen bu bildirim külfetinin amacı ise iş sahibinin(arsa sahibi) yaptığı veya yaptırdığı gözden geçirme sonucu ortaya çıkan ya da kullanmayla ortaya çıkan ayıpların varlığından ve yine bu ayıpların niteliklerinden, kısacası eserin ayıplı ve bu haliyle sözleşmeye aykırı olduğundan yüklenicinin haberdar edilmesidir¹⁴⁵. Görüldüğü üzere gözden geçirme ve bildirim külfetleri yüklenicinin, inşa ettiği yapıdaki sözleşmeye aykırılıkları kısa sürede fark etmesi ve bunun karşısında ayıpların daha büyük oranlara ulaşmadan giderilmesi gibi bir imkanı da sağlamaktadır.

Yukarıda gözden geçirme külfetinin, yapısı gereği gizli ayıplarda uygulanamayacağı ve kanunda da bu yüzden gözden geçirme külfetinin yalnızca açık ayıplar bakımından düzenlenmiş olduğu belirtilmiş idi. Buna karşılık bildirim külfeti

¹⁴² 818 sayılı kanunda bu ibare “mecburdur” şeklinde idi.

¹⁴³ Uçar, **Ayıp**, s. 149.

¹⁴⁴ Uçar, **Ayıp**, s. 149; Büyükay, **a.g.e.**, s. 107; YHGK, 09.12.1992 T., 1992/15-649 E., 1992/732 K.: “...Eser sözleşmesinde de, -yüklenicinin kusurlu olması kaydıyla iş sahibinin ayıptan ötürü BK.nun 96. maddesine dayanarak yüklenici aleyhinde dava açabileceğini kabul eden görüşü rastlanılmakla beraber (M.R. Karahasan T. Borçlar Hukuku, 1992 B., s. 989 vd. İmar İnşaat İhale Hukuku, 1979 B., s. 150 vd.) ağırlıklı düşünce, BK.nun 359 ve 362. maddelerinde öngörülen muayene ve ihbar külfetine katlanmayan iş sahibinin, ayıptan ötürü hakkının düşeceği şeklindedir (Prof. Dr. H. Tandoğan Borçlar Hukuku, c. 2, 3. B., s. 160 vd., Prof. Dr. F. Eren Borçlar Hukuku, c. 3, 3. B., s: 214 vd; Yr. Dç. Dr. A. Turanbay, A.Ü.H.F. Der., 1988-1990, s.1-4). Davacıya teslim edilen bağımsız bölümün, kararlaştırılardan küçük yapılmasının ayıp sayılması halinde durum böyle olmasına rağmen, bu halin eksik iş olarak kabulünde BK.nun 96. maddesine dayanılarak istemde bulunulabileceği tartışmasızdır. Eksik işte, noksan ifa halinde teslimde çekince koymaya, muayene ve ihbara gerek olmadığı hususunda öğretide hemen görüş birliği bulunması bir yana kararlılık kazanmış yargısal kararlar da bu yöndedir...” (K.İ.B.).

¹⁴⁵ Uçar, **Ayıp**, s. 147.

ise yine niteliği ve maksadı itibariyle hem açık hem de gizli ayıplar bakımından geçerlidir¹⁴⁶. Zira, bildirim külfetinin amacı yüklenicinin eserdeki ayıplardan ve buna bağlı olarak sözleşmedeki aykırılıklardan haberdar edilmesidir. Bu nedenle ister açık ister gizli ayıp olsun bildirim külfetinin (TBK 474. madde de göz önüne alındığında) her iki ayıp türü için de geçerli olduğunda ve bunlara uyulmamasının yüklenicinin ayıptan sorumluluğunu kaldıracağına tereddüt yoktur.

b. Bildirimin Süresi

Bildirim ile ilgili diğer bir husus ise ayıba ilişkin bu bildirim ne kadar bir süre içinde yapılacağıdır. Söz konusu TBK 474. madde hükmüne baktığımızda bildirimle ilişkin olarak “*uygun bir süre içinde*” ibaresinin kullanıldığı görülmektedir¹⁴⁷. Buradaki düzenleme tamamlayıcı bir hukuk kuralı niteliğinde olup taraflar buna ilişkin süreleri aralarında yapacakları anlaşmalarla düzenleyip değiştirebilirler¹⁴⁸. Bu konuda öncelikle aralarındaki açık veya zımni anlaşma geçerli olacaktır¹⁴⁹. Hatta arsa sahibi yapıdaki ayıpları gözden geçirmede ve bildirimde gecikmiş dahi olsa yüklenici ayıplardan dolayı sorumluluğunu kabul edebilir.

Diğer taraftan süre bakımından bir belirlemenin yapılmış olduğu durumlarda arsa sahibi ayıbı öğrenir öğrenmez bildirmek zorunda olmayıp, sözleşmede kararlaştırılmış vakti kullanabilecektir ve bu konuda yüklenici ayıbın derhal

¹⁴⁶ Turanboy, **a.g.e.**, s. 164; Yarg. 23. HD., 16.01.2013 T., 2012/5835 E., 2013/129 K.: “...Zira yüklenicinin, iş sahibine olan borçlarına aykırı olarak, imalini yüklediği eserin ayıplı olması durumunda: iş sahibi, açık ayıplarda B.K.nın 359., gizli ayıplarda ise 362. maddeleri hükümlerine uygun olarak ihbarda bulunduğu takdirde, aynı Kanun'un 360. maddesinde tanınan hakları kullanabilir...” (K.İ.B.).

¹⁴⁷ Emre Gökyayla, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s. 582.

¹⁴⁸ Türker Yalçınduran, **Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s. 123; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 91; Erman, **İnşaat**, s. 136; Uçar, **Ayıp**, s. 146.

¹⁴⁹ Yarg. 15. HD., 30.05.1989 T., 1989/1784 E., 1989/2573 K.: “...iş sahibi eseri teslim aldıktan sonra, işlerinin elverdiği ölçüde o şeyi muayene etmek ve kusurları varsa bunları yükleniciye bildirmek zorundadır. Açık ayıbın derhal yükleniciye bildirilmesi gerektiği gibi gizli ayıp niteliğinde olan kusurların ortaya çıkması halinde de aynı süre içinde yükleniciye ihbarı gerekir. İhbarın tabii olduğu süre taraflar arasındaki sözleşmede açıklanmadığı takdirde Borçlar Kanunu'nun 359/1. maddesinde belirtildiği üzere bunun "işlerin mutad cereyanına göre" saptanması yasa gereğidir...” (K.İ.B.).

bildirilmemiş olduğuna ilişkin iddiada bulunamayacaktır¹⁵⁰. Ancak belirtilmelidir ki bazı hallerde somut durum gereği derhal bildirim yapılması gerekip de arsa sahibinin aralarındaki anlaşmada belirlenen süreyi sonuna kadar kullanması, her ne kadar yüklenici ile aralarında bir anlaşma dahi olsa dürüstlük kuralına açıkça aykırılık teşkil ediyor ise o oranda korunmayacaktır.

Taraflar bu süreleri kendileri belirleyebilecek olsalar dahi, bu belirlemeler dürüstlük kuralları ve hayatın olağan akışına uygun belirlemeler olmalıdır. Örneğin gözden geçirme külfetinin sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesini engelleyecek şekilde kısa bir bildirim süresinin belirlenmiş olması geçerli olmayacak ve böyle bir durumda kanunda belirtildiği şekliyle “*işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz*” ifadesine göre değerlendirme yapmak gerekecektir¹⁵¹. Gizli ayıplarda ise gözden geçirme külfeti bulunmamakla beraber, gizli ayıp ortaya çıktığı andan itibaren yine imkan bulur bulmaz bildirim yapılması gerekecek ve zamanaşımı süresi içerisinde ayıp karşısındaki haklar kullanılabilir¹⁵².

İster açık ister gizli ayıp olsun bildirim geç yapılmış olması yükleniciye bu konuda bir def’i imkanı sağlayacaktır¹⁵³. Bu noktada bu def’i ileri sürmek veya yine de ayıba karşı sorumluluğunu kabul etmek yükleniciye bağlıdır. Dolayısıyla bildirim külfetinin hiç ya da zamanında yerine getirilmediğini yüklenici ileri sürecektir¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Erman, **İnşaat**, s. 136; Yarg. 15. HD., 15.04.2008 T., 2007/3124 E., 2008/2496 K.: “...Eserin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin olağan gidişine göre, imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve bozukluğu varsa derhal yükleniciye bildirmek zorundadır. Garanti süresi kararlaştırılmış ise, garanti süresi içinde de ayıp ihbarı yapılabilir...” (K.İ.B.).

¹⁵¹ Uçar, **Ayıp**, s. 146.

¹⁵² Yarg. 15. HD., 21.03.2006 T., 2006/1032 E., 2006/1621 K.: “...Eserin tesliminde iş sahibi için mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz muayeneye ve kusurları varsa yükleniciye bildirmek zorundadır. Sonradan ortaya çıkan gizli ayıpların ise ortaya çıktıkları tarihten itibaren iş sahibine bildirilmesi gerekir (BK.nun 359, 362 maddeleri). Dava konusu olayda eser teslim edilmiştir. Depremden sonra meydana gelen hasarlar için davacı tarafından bir takım basit onarımlar yapılmış ise de, hasarın esasına ilişkin gizli ayıplı imalât, teftiş raporu sırasında yapılan deney ve alınan rapor sonucunda ortaya çıkmıştır. Ayıplı imalâtın mahiyeti ve ayıbın nasıl giderileceğine dair inceleme için geçecek zaman dikkate alındığında, davalıya gönderilen 18.11.2004 tarihli ayıp ihbarının süresinde bulunduğu kabulü gerekir. BK.nun 126/4. maddesi uyarınca müteahhidin, kasıt veya ağır kusuru ile akdın hiç veya gereği gibi yerine getirilmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalarda 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması zorunludur. Bu durumda mahkemece ayıp ihbarının zamanında yapıldığı kabul edilerek, işin esasına girilmeli ve oluşacak sonuç dairesinde karar verilmelidir...” (K.İ.B.).

¹⁵³ Uçar, **Ayıp**, s. 146.

¹⁵⁴ Uçar, **Ayıp**, s. 147.

c. Bildirimin İçeriği

Yukarıda ifade edildiği üzere bildirim ile iş sahibi eserdeki ayıpları ve buna bağlı olarak sözleşmeye aykırılıkları yüklenicinin bilgisine sunmaktadır¹⁵⁵. Diğer bir deyişle, arsa sahibi yapıdaki ayıplardan dolayı yüklenicinin sorumlu olduğunu bildirmektedir. Bu bakımdan öncelikle ifade edilmelidir ki, arsa sahibinin yapması gereken bu bildirim külfetinden kaynaklı irade beyanı, niteliği itibariyle hukuki işlem benzeri bir fiildir ve her ne kadar bu bildirim yapılması TBK md. 475'deki seçimlik hakların talep edilebilmesinin ön koşulu da olsa, arsa sahibi kanunda kendisine tanınan seçimlik hakları bu bildirimle beraber kullanmak zorunda olmayıp ayrıca da talep edebilecektir¹⁵⁶.

İhbarın amacı yapıdaki ayıpların yüklenici tarafından öğrenilmesinin ve bunun karşısında sorumlu tutulacağına kendisine bildirilmesi olduğundan, arsa sahibi yükleniciye yapacağı bildirimde eserdeki ayıpları ve bunların niteliklerini gerçeğe uygun bir şekilde ortaya koymalıdır¹⁵⁷. Bu bakımdan inşaattaki ayıpların net bir şekilde ifade edilmesi gerekmektedir¹⁵⁸. Dolayısıyla arsa sahibinin bildirim külfetinin yerine getirilmesi amacıyla yapacağı “*inşaat iyi olmamış, inşaatı hiç beğenmedim vs.*” gibi belirsiz beyanlar, bildirim olarak nazara alınmayacaktır¹⁵⁹.

Ancak, çoğunlukla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tecrübesiz tarafını oluşturduğundan, arsa sahiplerinin mevcut ayıpları bir bilirkişi gibi tek tek ve

¹⁵⁵ Yarg. 15. HD., 20.07.2005 T., 2004/7112 E., 2005/4421 K.: “...Somut olayda 07.07.1994 tarihli tutanağa göre eser reddedilmeyip açık ve gizli ayıplar nedeniyle ihtirazı kayıpla teslim alınmış olduğundan bedelin ödenmemesi söz konusu edilemez. Davalı arsa sahibi teslim tutanağında ayıplara karşı ihtirazı kayıt koyduğu ve bakiye iş bedeli olan tapu devrine yanaşmadığından muayene ve ihbar mükellefiyetini yerine getirmiş sayılır ve ancak BK.'nun 360. maddesinin ikinci fıkrasına göre eksik ve ayıplı imalat nedeniyle bu oranda bakiye iş bedeli olan tapu devrini vermektan kaçınabilir...” (K.İ.B.).

¹⁵⁶ Büyükkay, **a.g.e.**, s. 111; Uçar, **Ayıp**, s. 148.

¹⁵⁷ Uçar, **Ayıp**, s. 147.

¹⁵⁸ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 54; YHGK 08.10.2003 T., 2003/15-474 E., 2003/545 K.: “...İş sahibinin ayıbın sebeplerini, neden ileri geldiğini, teknik açıklamasını bildirmesine gerek yoktur. Ancak ayıbın ne olduğu, hangi kısımlarda belirdiğinin bildirilmesi gereklidir. Sadece eserin sözleşmeye uygun yapılmadığını bildirmek ayıp ihbarı anlamında kabul edilemez. Borçlar Kanununun 362/3. maddesi gereğince iş sahibi kanunen tayin olunan muayene ve ihbarı ihmal ederse eseri zımnen kabul etmiş sayılır. Eğer bu muayene bilirkişi aracılığıyla yapılmışsa ve karşı tarafa tebliğ olunmuşsa veya bu konuda dava açılmışsa bu husus ayıp bildiriminin yapıldığı anlamına gelmektedir...” (K.İ.B.).

¹⁵⁹ Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 176 vd.; Erman, **İnşaat**, s. 138; Uçar, **Ayıp**, s. 148.

doğru bir şekilde nitelendirmesi gibi bir zorunlulukları da bulunmamaktadır¹⁶⁰. Buna karşılık arsa sahibinin bir uzman veya bilirkişi yardımı aldığı durumlarda ise bu kişilerin hazırladığı raporlarda ayıpların daha detaylı bir şekilde yer alması ve yükleniciye de bu şekilde bir bildirim yapılması beklenebilecektir¹⁶¹.

d. Bildirim Şekli

Eser sözleşmeleri için herhangi bir şekil şartı aramayan kanun koyucu, ayıba ilişkin olarak da arsa sahibine bir bildirim külfeti yüklemiş, ancak bu bildirim nasıl yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yapmamıştır¹⁶². Bu bakımdan ayıptan kaynaklı bu bildirim herhangi bir şekilde yapılabilir¹⁶³.

¹⁶⁰ Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 176 vd.

¹⁶¹ Yarg. 15. HD., 21.12.1995 T., 1995/6826 E., 1995/7615 K.: “...Dosya içerisindeki belgeye göre davacının 28.10.1993 tarihinde daireleri teslim aldığı anlaşıldığından ve davacı 25.5.1994 tarihine kadar bekleyip bu tarihte tespit işleminde bulunmuş olduğundan ortak yerlerdeki kusurlu işlerin açık veya gizli ayıp olup olmadığı da belirlenerek, açık ayıplar için davacı süresi içinde ihbarda bulunmamış ise BK. 359/1 ve 362/1. maddesi gereğince işi olduğu gibi kabul etmiş sayılır. Gizli ayıp niteliğindeki kusurlu işlerin, yani sonradan ortaya çıkan kusurlu ve ayıplı işlerin hangileri olduğu ve bunların ortaya çıktığı tarih de saptanarak BK.nun 361/3. maddesi gereğince o tarihlerden itibaren makul süre içerisinde ihbar veya tesbit yapılmış olup olmadığı da keza bilirkişi aracılığıyla saptanarak, bunların ortaya çıktığı tarihten itibaren makul süre içerisinde ihbar edildiği veya tespit yapıldığı tarihte bunların tespit raporundaki bedellerine hükmedilmesi, aksi halde, yani gizli ayıpların ortaya çıktığı tarihten itibaren makul süre içerisinde ihbar yapılmamış yahut tespit yapılmamış ise bu gizli ayıplı işler hakkındaki isteminin dahi reddine karar verilmelidir. Açık veya gizli ayıplı işler dışında eksik işler varsa bu eksik işler için ayrıca ihbar yapılmasına gerek bulunmadığından, ortak yerlerdeki eksik işlerin neler olduğu tespit edilerek bunların tespit tarihindeki bedellerine hükmedilmelidir...” (K.İ.B.).

¹⁶² Yarg. 15. HD., 06.02.2002 T., 2001/4689 E., 2002/546 K.: “...İş sahibi, yapılan iş, kendisine teslim edilir edilmez işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz işi muayeneye ve kusurları varsa bunları yükleniciye bildirmeye mecburdur (B.K.madde 359); aksi halde iş sahibi kendisine teslim edilen işi zımnen kabul etmiş sayılır (B.K.madde 362/II). Eserdeki açık ayıpların bedeli de, az yukarıdaki kurallara uymak koşuluyla, teslim tarihindeki piyasa rayicine göre hesaplanacak fiyatlarla 5 yıllık zamanaşımı süresinde istenebilir. B.K.nun 359. maddesindeki ayıp ihbarı herhangi bir şekle bağlı olmayıp, sözlü olarak da yapılabilir; yazılı olması isbat kolaylığı sağlar...” (K.İ.B.).

¹⁶³ Tandoğan, **Özel II**, s. 173; Erman, **İnşaat**, s. 138; Turanboy, **a.g.e.**, s. 165; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 55; Şahin, **a.g.e.**, s. 141; Uçar, **Ayıp**, s. 153; Büyükay, **a.g.e.**, s. 111; Yarg. 14. HD., 11.10.2011 T., 2011/9068 E., 2011/11860 K.: “...Eser sözleşmelerinde ise, meydana getirilen eserde açık ayıp varsa ihbarın Borçlar Kanunu'nun 359. maddesine göre eserin tesliminden sonra işlerin mutad cereyanına göre imkan bulunur bulunmaz yapılması, eser gizli ayıplar taşıyorsa buna ilişkin ihbarın da aynı yasanın 362. maddesine göre ayıpların ortaya çıktığına vakıf olduğunda ihbar edilmesi gerekir. Ayıp ihbarı yazılı yapılabileceği gibi, sözlü de yapılabilir. Sözlü yapılan ayıp ihbarının ise tanık sözleriyle ispat edilmesi olanaklıdır. Önemli olan ihbarın herhangi bir şekilde yapıldığının kanıtlanmasıdır...” (K.İ.B.); Yarg. 15. HD., 07.12.2011 T., 2011/752 E., 2011/7242 K.: “...BK'nın 359. maddesindeki ayıp ihbarı herhangi bir şekle bağlı olmayıp sözlü olarak da yapılabilir...” (K.İ.B.); Yarg. 15. HD. 04.10.1993 T., 1993/2582 E., 1993/3769 K.: “...Eser sözleşmesine dayalı anlaşmazlıklarda, teslimden sonra ortaya çıkan gizli ayıbı, iş sahibinin, vakıf olur olmaz bildirme yükümlülüğü, her hangi bir şekle bağlı değildir.” (K.İ.B.).

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri her ne kadar (taşınmaz satışına ilişkin edimler içermelerinden dolayı) resmi şekilde yapılması gereken sözleşmeler olsalar da bu bildirim külfeti bakımından eser sözleşmesine ilişkin hükümlere tabidirler. Bu yüzden arsa sahipleri bu bildirimleri sözlü olarak, mektupla, noter kanalıyla ve hatta dava açmak da dahil olmak üzere istedikleri şekilde yapabileceklerdir¹⁶⁴. Bunun gibi, her iki tarafın tacir olması da bildirim bir şekle bağlı olması sonucunu doğurmamakta ve yapıdaki ayıpların bildirim herhangi bir şekilde yapılabilmektedir¹⁶⁵. Fakat taraflar aralarında anlaşmak suretiyle gözden geçirmenin süresini, nasıl yapılacağını bunun yanında bildirim süresi belirleyebilecekleri gibi bildirim ne şekilde yerine getirilmesi gerektiğini de belirleyebilirler. Bu durumlarda bildirim geçerliliği açısından sözleşmeye uygun yapıp yapılmadığına bakmak gerekecektir.

Ancak belirtmek gerekir ki, ayıplar karşısında iş sahibinin bildirim külfetini de düzenleyen hükümler, doğal olarak taşınır-taşınmaz, ekonomik ve fiziksel anlamda büyük-küçük tüm eser sözleşmesi çeşitlerini kapsamakta olduğundan bu bildirim külfetinin şekle bağlanmamış olması hayatın doğal akışına uygun olsa dahi, inşaat sözleşmeleri gibi süre, emek, para gibi açılardan daha kapsamlı sözleşmelerde bildirim külfetinin sözlü olarak yerine getirilmesi hak sahipleri açısından büyük bir risk teşkil etmektedir¹⁶⁶. Bu bakımdan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde

¹⁶⁴ Uçar, **Ayıp**, s. 153; Yarg. 15. HD., 23.03.2009 T., 2008/2057 E., 2009/1644 K.: “...Ayıplı işlerle ilgili olarak açık ayıpları yönünden BK'nın 359/I. maddesi gereğince, teslimden itibaren makul süresinde, gizli ayıplar yönünden de BK'nın 362/III. maddesi gereğince ayıbın ortaya çıkmasından itibaren derhal yükleniciye ayıp ihbarında bulunulması zorunludur. Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre ayıp ihbarının yazılı olarak yapılması zorunlu olmayıp süresinde ayıp ihbarının yapıldığı her türlü delille ve tanık beyanıyla dahi kanıtlanabilir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.02.1979 gün 1977/11-393 Esas 1979/80 Karar, Daire'mizin 06.02.2002 tarih 2001/4689 Esas, 2002/546 Karar sayılı ilâmları)...” (K.İ.B.); Yarg. 15. HD., 15.04.2008 T., 2007/3124 E., 2008/2496 K.: “...Ayıp ihbarı, "maddi olayın" bildirilmesi niteliğinde olduğundan mahkemenin kabulünün aksine karşı tarafa bildirim, herhangi bir şekle bağlı değildir. Bu yasal nedenle, ayıbın bildirilmesine yönelik olarak davalı-karşı davacı tarafın gösterdiği tanıkların bilgilerinin alınmaması doğru olmamıştır...” (K.İ.B.).

¹⁶⁵ Büyükay, **a.g.e.**, s. 107; Yarg. 15. HD., 15.01.1996 T., 1995/7272 E., 1996/74 K.: “...Dosya arasında bulunan malların ayıplı olduğu açıkça görülmektedir. Eser sözleşmesinde ayıp ihbarı - tacirler arasında olsa da - bir şekle tabi değildir. Davalı yanca, açık ayıptan ötürü vakit geçirilmeden ihbar yapıldığı ileri sürüldüğüne ve bu iddia tanıkla ispatlanmak istenildiğine göre mahkemece gösterilecek tanıkların dinlenilmesi gerekirken, noksan incelemeyle hükme varılması doğru olmamıştır...” (K.İ.B.).

¹⁶⁶ Yarg. 15. HD., 28.03.1991 T., 1991/1490 E., 1991/1583 K. kararına göre de “...Ayıp ihbarının telefonla yapılmasında bir şekli noksan yoktur. İhbarın yapıldığı şahitle dahi ispatlanabilir. Bu

yapılacak bu gibi bildirimlerin (her ne kadar kanunda veya sözleşmede bir şekle bağlanmamış olsa dahi) noterlik kanalıyla yapılmaları ispat bakımından daha sıhhatli olacaktır¹⁶⁷.

II. Yüklenicinin Sorumluluğunu Kaldıran Haller

Yukarıda yüklenicinin inşaattaki ayıplardan dolayı sorumlu olabilmesinin şartları belirtilmiş olmakla birlikte, bazı durumlarda bu şartlar tam olarak sağlanmış (inşaattın teslimi gerçekleşmiş, eser ayıplı olarak inşa edilmiş ve gözden geçirme ve bildirim külfetleri tam olarak yerine getirilmiş) olsa dahi yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkmış olmaktadır. Eserin arsa sahibi tarafından kabul edilmiş olması ve ayıbın arsa sahibine yüklenebilecek nedenlerden ortaya çıkması bahsi geçen durumlardır. Aşağıda bu durumlar üzerinde durulacaktır.

A. Ayıbın Arsa Sahibine Yüklenebilecek Nedenlerden Kaynaklanması

1. Ayıbın Arsa Sahibinin Talimatlarından Kaynaklanması

Türk Borçlar Kanunu'nun "işsahibinin sorumluluğu" başlığını taşıyan 476. maddesinde, eski Borçlar Kanunu'muzdaki düzenlemeye paralel olarak¹⁶⁸ "Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtara karşın, işsahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple işsahibine yüklenebilecek olursa işsahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz" şeklinde bir hüküm mevcuttur.

durumda mallardaki gizli ayıbın ihracat sırasında ortaya çıktığı ve süresinde de davalıya ihbar olunduğu ispatlandığına göre davanın dinlenme olanağı vardır..." (K.İ.B.) kararda belirtildiği gibi bildirim yapılması herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak, taşınmaz yapı inşası gibi büyük ekonomik kapsam ve öneme sahip bir iş içeren sözleşmede bu tarz bildirimlerin, ispat açısından daha sağlam vasıtalarla (noter, kayıtlı e-posta, diğer şekillerde yazılı) ulaştırılmasının çıkabilecek hukuki uyumsuzluklar bakımından faydalı olacağı açıktır.

¹⁶⁷ Bkz.: Öz, **İnşaat**, s. 201.

¹⁶⁸ Bkz.: 818 sayılı BK md. 361: "Yapılan şeyin kusurlu olması müteahhidin sarahaten beyan eylediği mütalaya mugayir olarak iş sahibinin verdiği emirlerden neşet etmiş bulunur veya her hangi bir sebeple iş sahibine isnadı kabil olursa, iş sahibi o şeyin kusurlu olmasından mütevellit hakları dermeyan edemez."

Maddede görüldüğü üzere yüklenicinin ayıplı eser imal etmiş olması halinde, ayıba arsa sahibinin bir talimatının neden olmuş olması veya ayıbın herhangi bir şekilde arsa sahibine isnat edilebilecek olması durumunda artık arsa sahibi ayıp karşısındaki haklarını kullanamayacaktır¹⁶⁹. Yeter ki, yüklenici talimatın bu ayıba neden olacağını açıkça arsa sahibine ihtar etmiş olsun. Bu şartlar gerçekleştiği takdirde yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkmış olmaktadır¹⁷⁰.

Öncelikle belirtmek gerekir ki yalnızca iş sahibinin sorumluluk alanına giren ayıplardan dolayı yüklenicinin sorumluluğu olmayacaktır¹⁷¹. Benzer bir şekilde, yüklenicinin değil de arsa sahibinin bizzat kendi yaptığı bir fiilden dolayı eğer ki yükleniciye düşen ve onun bilgisi dahilinde olması gereken bir durum yok ise yüklenicinin sorumlu olmayacağı açıktır.

Madde metninde de düzenlendiği gibi, yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldıran ilk durum, eserdeki ayıbın iş sahibinin bir talimatından doğduğu durumlardır¹⁷² ve tabiidir ki iş sahibinin talimatının eserin ayıplı olmasına neden olacak olmasının iş sahibine bildirilmesi gerekmektedir¹⁷³. Bunun karşılığında ise kendisine yapılan ikaz ve ihtara rağmen arsa sahibinin talimatında ısrarcı tutum sergilemiş olması gerekmektedir¹⁷⁴.

Talimat bakımından bakılacak olursa, arsa sahibinin yükleniciye yönelttiği taleplerin yüklenici açısından bağlayıcı nitelikte olması gerekmektedir¹⁷⁵. Gerek yapının inşa usulleri, gerek kullanılan malzemeler veya genel olarak inşaata ilişkin yükleniciyi bağlayıcı nitelik taşımayan ve daha çok tavsiye, öneri, dilek gibi beyanlar ise TBK 476. maddede bahsi geçen talimatlardan sayılmazlar¹⁷⁶. Dolayısıyla

¹⁶⁹ Bkz.: Şakir Berki, **Borçlar Hukuku: Özel Hükümler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973, s. 145; Erman, **İnşaat**, s. 160; Şenocak, **a.g.e.**, s. 136; Büyükay, **a.g.e.**, s. 114 vd.

¹⁷⁰ Tandoğan, **Özel II**, s. 50.

¹⁷¹ Uçar, **Ayıp**, s. 233.

¹⁷² Öz, **Dönme**, s. 111.

¹⁷³ Erman, **İnşaat**, s. 160; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 46; Uçar, **Ayıp**, s. 234.

¹⁷⁴ Eren, **Müteahhidin Borçları**, s. 80; Erman, **İnşaat**, s. 160.

¹⁷⁵ Eren, **Müteahhidin Borçları**, s. 79.

¹⁷⁶ Uçar, **Ayıp**, s. 235, dn. 8.

yükleniciye verilen bu talimatların inşaatın yapımına dair bağlayıcı talimatlar olması gerekmektedir¹⁷⁷.

Yükleniciye inşaatın yapımına ilişkin olarak talimat verilmiş ve bu talimat sonucu yapının ayıplı hale gelmiş olması tek başına yüklenicinin ayıplardan dolayı sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır¹⁷⁸. Sorumluluğun hukuki anlamda ortadan kaldırılması için maddede de belirtildiği üzere yüklenicinin bu talimatlara uyulduğu takdirde belirtilen hususların inşaatı yol açabileceği ayıpları arsa sahibine ihtar etmiş olması gerekmektedir¹⁷⁹. Zira, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin genellikle daha tecrübesiz tarafı olan arsa sahibinin verdiği talimatın teknik anlamda sonuçları hakkında yeterli bilgiye sahip olmaması muhtemeldir¹⁸⁰. Bu nedenle sözleşmenin uzman tarafı olan yüklenicinin bu talimatı tam olarak değerlendirip çekincelerini ortaya koyması ve bu açıdan meydana gelebilecek aykırılıkları arsa sahibinin bilgisine sunması gerekmektedir. Bu ihtar arsa sahibi açısından bir uyarı niteliğindedir ve onu verdiği talimatı tekrar gözden geçirmesini ve ortaya çıkabilecek sonuçları önceden görmesini sağlayan bir imkandır.

Diğer taraftan maddede de belirtildiği üzere arsa sahibine yapılacak olan ihtarın “açıkça” yapılmış olması gerekmektedir¹⁸¹. Bu bakımdan yüklenicinin arsa sahibine yaptığı ihtar arsa sahibi tarafından verilen talimatlara uyulduğu takdirde inşa edilecek yapının ayıplı olacağı, tam olarak aydınlatıcı şekilde ortaya konmalıdır. Bunun aksine talimatın genel olarak yerinde bulunmadığını belirten, sebep ve sonuçları ortaya koymayan bildirimler TBK 476. madde bağlamında ihtar şartının yerine getirildiği anlamına gelmeyecektir¹⁸². Bu durumda yapının ayıplı inşa edilmesine her ne kadar arsa sahibinin talimatları neden olmuşsa da yüklenicinin bahsi geçen ihtar yükümlülüğünü yerine getirmediği için sorumluluğu devam edecektir¹⁸³. Ancak, talimatlara uyulduğu takdirde eserin ayıplı olarak inşa edilmiş

¹⁷⁷ Büyükay, **a.g.e.**, s. 114.

¹⁷⁸ Uçar, **Ayıp**, s. 236.

¹⁷⁹ Erman, **İnşaat**, s. 160; Uçar, **Ayıp**, s. 239.

¹⁸⁰ Uçar, **Ayıp**, s. 236.

¹⁸¹ Erman, **İnşaat**, s. 160; Karadaş, **a.g.e.**, s. 198.

¹⁸² Erman, **İnşaat**, s. 160.

¹⁸³ Buradaki ihtarı külfet olmaktan ziyade yükümlülük olarak kabul etmek gerekecektir. Zira, burada bu ihtarın yapılmamış olması doğrudan yüklenicinin bir sorumluluğuna neden olmaktadır.

olacağını belirten yüklenicinin, doğacak zararların hepsini birebir ortaya koyamamış olması halinde ihtar yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğu söylenemez¹⁸⁴.

Belirtilmelidir ki, Kanunda düzenlenmemiş olsaydı dahi, işin uzman tarafı olan yüklenicinin, arsa sahibinin vereceği bu hatalı ve uygun düşmeyen talimatları, özen borcu kapsamında da yerine getirmesi gerekirdi. Ayrıca yüklenicinin böyle bir talimatı arsa sahibine bildirmemesi özen borcunun yanında dürüstlük kuralı ile de bağdaşmayacaktır¹⁸⁵. Bu bakımdan her halükarda yüklenici verilen talimatları ve hatta en başından sözleşme ve projeyi değerlendirerek aykırılıklar konusunda arsa sahibini uyarmalıdır¹⁸⁶.

Yüklenicinin bu uyarma yükümlülüğü bakımından da iki farklı durum akla gelebilecektir. Şöyle ki, arsa sahibinin bu hatalı talimatına uyan yüklenici bu talimatın inşaatta ayıplara neden olacağını bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa ihtar külfetini yerine getirmediğinden bahsedilemeyecek ve bundan dolayı ortaya çıkan ayıplardan sorumlu olmayacakken, talimatı veren arsa sahibi bu konuda uzman bir kişi olsa bile yüklenici talimattan dolayı inşaatın ayıplı olarak imal edilmiş olacağını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ihtar yükümlülüğünü yerine getirmediğinden dolayı yapının ayıplı olmasından sorumlu tutulacaktır¹⁸⁷.

Kanun iş sahibinin eserdeki ayıplara ilişkin bildirim külfeti için bir şekil şartı aramadığı gibi yüklenicinin yapması gereken bu ihtar için de herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir¹⁸⁸. Ayrıca iş sahibinin verdiği bu talimatın da sözlü olarak verilmiş olması önemli değildir¹⁸⁹. Bu nedenle ister yazılı ister sözlü olsun, arsa sahibinin

¹⁸⁴ Uçar, **Ayıp**, s. 239.

¹⁸⁵ Uçar, **Ayıp**, s. 242.

¹⁸⁶ Yarg. 15. HD., 13.04.1978 T., 1978/822 E., 1978/778 K.: "...Kural olarak yüklenici eseri sözleşmeye uygun olarak meydana getirmekle sorumluluktan kurtulur. Ancak kendisi sözleşmede teknik bilgi sahibi olan tarafı teşkil ettiğinden iş sahibine yardımcı olmak ve amaca aykırı talimat ve istekleri karşısında kendisini uyarmak, bu talimat ve isteklerin uygunsuzluğunu belirtmekle de yükümlüdür. Ancak yüklenici, iş sahibinin istekleri karşısında fikrini zımnen değil, açıkça söylemeli, ona sadece bir tenkit olarak değil, aksine istenilen tarzda eser meydana getirmenin zararlarını açık olarak ortaya koymalıdır. Aksi halde BK. m 361 gereğince sorumlu tutulur. Özet olarak gerekli olan yüklenicinin talimata uyması halinde eserin bozuk olacağını iş sahibine bildirmesi, bu noktada onun dikkatini çekmesidir..."(Karadaş, **a.g.e.**, s. 198.).

¹⁸⁷ Erman, **İnşaat**, s. 161.

¹⁸⁸ Erman, **İnşaat**, s. 160.

¹⁸⁹ Erman, **İnşaat**, s. 161.

verdiği talimatlar karşısında yüklenicinin, bilgi, beceri, tecrübelerine göre ve teknik, bilim vs. açılarından durumu değerlendirerek arsa sahibine ihtarda bulunması ve onu talimatından dönmeye davet etmesi gerekmektedir. İhtar ile yapılan bu beyanların yazılı olarak yapılmış olması ise sözleşmede aksine bir düzenleme olmadığı takdirde sadece ispat açısından rol oynayacaktır¹⁹⁰. Yoksa, talimat sonucu ortaya çıkacak ayıp ne kadar büyük olursa olsun yüklenicinin yapması gereken bu ihtarın sözlü olarak yapılması ihtarın geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır.

2. Ayıbın Herhangi Bir Şekilde Arsa Sahibine Yüklenebilmesi

TBK 476. maddenin devamında yüklenicinin ayıp karşısındaki sorumluluğunu engelleyen ikinci durum ise ayıpların herhangi bir şekilde arsa sahibine yüklenebilir olması durumudur¹⁹¹. Buna göre eğer inşaatteki ayıpların varlığı doğrudan arsa (iş) sahibine atfedilebilecek nedenlerden doğmuşsa ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan haklar kullanılamayacaktır¹⁹². Görüldüğü üzere kanun koyucu öncelikle eserdeki ayıbın iş sahibinin vereceği talimatlardan kaynaklanması halini düzenlemişken, devamında ise ayıbın iş sahibine yüklenebileceği herhangi bir durumda da yüklenicinin sorumsuz olacağı düzenlenmiştir. Bu ikinci haldeki durum genel olarak düzenlenmiş olup uygulamada sayısız şekilde kendini gösterebilecektir¹⁹³.

Kanunda tek tek sayılmayıp, iş sahibine genel olarak yüklenmiş bu hallerde eğer yüklenici inşaatın ayıplı olacağını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa yine dürüstlük kuralı ve arsa sahibine karşı özen ve sadakat borçları gereği bunları tespit

¹⁹⁰ Erman, **İnşaat**, s. 161.

¹⁹¹ Aral/Ayrancı, **Borçlar**, s. 354; Yarg. 15. HD., 05.06.2003 T., 2003/632 E., 2003/3017 K.: “...Mahkemece alınan ikinci bilirkişi raporu doğrultusunda tüm kusurun davalılara ait olduğu kabul edilerek binanın yıkılıp yeniden yapılması bedeli olan 4 milyar TL'nin davalılardan tahsiline karar verilmiş ise de, temel inşaatının bir başka taşeron tarafından yapılmış olması malzeme iş sahibi tarafından sağlanmış olup, 1.derecede deprem bölgesi olan yerde plan ve proje düzenlenmeden inşaat başlanması, inşaatın başında teknik bir eleman da bulundurulmayarak düz inşaat işçisi vasfındaki davalılara işin tevdi edilmesi, işi taşeron olarak verdiği halde davalıların kendi talimatı doğrultusunda çalıştırması gibi nedenlerle davacının ayıbın ortaya çıkmasında ortak (müterafik) kusuru bulunduğu kabul edilerek BK.md.44 uyarınca ayıp sonucu zarara ilişkin tazminattan uygun miktarda indirim yapılması gerektiğinin düşünülmemiş olması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir...” (K.İ.B.).

¹⁹² Öz, **İnşaat**, s. 197.

¹⁹³ Büyükay, **a.g.e.**, s. 116-117; Uçar, **Ayıp**, s. 248.

edip arsa sahibine bildirmelidir. Ancak, bu sınırsız sayıdaki iş sahibine yüklenebilecek durumların hepsinde yüklenicinin inşaattaki ortaya çıkabilecek ayıpları bu açıdan kontrol etmesi beklenemeyebilecektir. Bu durumlara uygulamada belki de en çok plan-proje işlerinde rastlanacaktır. Buna göre dürüstlük kuralı ile özen borcunun gerektirdiği inceleme ve bildirim yükümlülükleri bir kenara bırakılacak olursa, yüklenicinin, inşaat sahibinin mimar ve mühendislere hazırlatmış olduğu her türlü plan, proje ve diğer her türlü teknik gerekliliklerin inşaatın yapımında gerek kullanılan malzeme gerek mukavemet gerekse de diğer tüm teknik işler bakımından uygunsuz olduğunu ve sonuç olarak inşaatın ayıplı olacağını denetlemek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁹⁴. Zira bir mühendis veya mimarın kendi mesleki bilgi ve becerileriyle ortaya koydukları bu plan ve projelerin yüklenici tarafından denetlenmesi beklenemez¹⁹⁵. Ancak, yüklenicinin bunları denetim yükümlülüğünün olmaması, farkına vardığı takdirde bunlardaki aksaklıkları ve ortaya çıkması muhtemel ayıpları bildirmesinin gerekmediği anlamına gelmez. Bu nedenle yukarıda belirtildiği gibi en azından özen borcunun bir gereği olarak yüklenicinin bu bariz hataları, eksiklikleri ve sonuç olarak ortaya çıkabilecek ayıpları arsa sahibine bildirmesi beklenir¹⁹⁶.

Arsa sahibinin mimar ve mühendislere yaptırdığı ve yüklenicinin bunları denetimle yükümlü olmadığı durumlara örnek olarak bir inşaat mühendisinin kolonlarda kullanılmak üzere seçtiği demirin kalınlığı, bir elektrik mühendisinin belirlediği elektrik bağlantılarının konum ve niteliği, kalorifer peteklerinin ebat ve konumları gibi örnekler verilebilecektir. Bu gibi durumlarda yüklenicinin ayrıca bir inceleme ve bildirim yükümlülüğü yoktur. Keza, arsa sahibinin güneş ışığından en verimli şekilde faydalanmak istemesine rağmen mimarın projeyi hatalı olarak yapması sonucu odaların olması gerekenden de az güneş ışığı alacak şekilde inşa edilmesi (konumlandırılması) gibi durumlarda da, yüklenici ne arsa sahibinin bu saikini ne de mimarın çizimlerini denetlemekle yükümlüdür. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere açıkça belli hata ve eksiklikler ile yüklenicinin kişisel durum ve

¹⁹⁴ Erman, **İnşaat**, s. 162.

¹⁹⁵ Uçar, **Ayıp**, s. 249.

¹⁹⁶ Uçar, **Ayıp**, s. 249.

konumu gereği bilmesi gereken hallerin bildirilmesi gerekmektedir. Aksi halde ayıplardan sorumsuzluğu kabul edilmeyecektir.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer durum ise ayıpların iş sahibinin sağlamış olduğu malzeme veya arsadan doğması halidir. Bu durum Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesinin son fıkrasında “*Eser meydana getirilirken, işsahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen işsahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre inşaattaki bozukluk arsa sahibinin inşaat için yükleniciye teslim ettiği arsadaki elverişsizliklerden kaynaklanıyor ise yüklenici bunları derhal arsa sahibine bildirmedeği sürece bunlardan doğacak zararlardan sorumlu olacaktır¹⁹⁷. Zira, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri gereği bir özen yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁹⁸.

Diğer taraftan, aynı fıkra da belirtildiği üzere, yüklenici, inşaatta kullanılacak malzemelerin arsa sahibi tarafından sağlandığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, malzemelerdeki ayıpları da bildirmek zorundadır. Malzemelerdeki bu ayıpları bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bunların arsa sahibine bildirilmemiş olması hallerinde doğacak sonuçlardan yine yüklenici sorumlu tutulacaktır¹⁹⁹.

Bu başlık altında son olarak belirtilmelidir ki, yüklenici, TBK 472. maddenin son fıkrası uyarınca, malzemenin ayıplı olması, arsanın elverişsiz olması, arsa sahibinin hatalı talimatları gibi durumlar dışında da, ister arsa sahibinden kaynaklansın isterse herhangi başka bir kişi veya halden kaynaklansın, yapının ayıplı olarak inşa edilmesine neden olabilecek her türlü durumu ortaya çıkar çıkmaz ve derhal arsa sahibine bildirmek zorunda olmakla beraber, buna uymaması halinde ise meydana gelebilecek zararlardan da sorumlu olacaktır. Diğer taraftan somut olayda yapının ayıplı olması yalnızca arsa sahibine değil aynı zamanda yükleniciye de isnat

¹⁹⁷ Erman, **İnşaat**, s. 161-162; Uçar, **Ayıp**, s. 246.

¹⁹⁸ Uçar, **Ayıp**, s. 248.

¹⁹⁹ Uçar, **Ayıp**, s. 248.

edilebiliyor ise yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun devam ettiği sonucuna varılmalı ancak taraflar birlikte (müterafik) kusurlu sayılarak tazminattan indirim yoluna gidilmelidir²⁰⁰.

B. Eserin Kabulü

Kanunda yüklenicinin inşaattaki mevcut ayıplardan sorumlu olmayacağını düzenlendiği bir diğer durum ise eserin arsa sahibince kabul edilmiş olmasıdır²⁰¹. Diğer bir deyişle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğunu ortadan kaldıran ve arsa sahibinin ayıp karşısında elinde bulunan seçimlik haklarını yitirmesine neden olan bir başka durum ise eserin(yapının) açık veya örtülü bir şekilde kabul edilmesidir²⁰².

²⁰⁰ Öz, **İnşaat**, s. 198; Ayrıca bkz.: TBK md. 52: “Zarar gören, zararı doğuran file razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir”.

²⁰¹ Erman, **İnşaat**, s. 163; Büyükay, **a.g.e.**, s. 104; Yarg. 15. HD., 26.03.2004 T., 2003/4499 E., 2004/1707 K.: “...Eser sözleşmelerinde, yüklenicinin ana borcu eseri fen ve sanat kurallarına uygun meydana getirerek iş sahibine teslim etmektir. Somut olayda, eser meydana getirilmiş, davacı arsa sahiplerine 6.7.1998 tarihli tutanakla teslim edilmiştir. Eserin kabulü ile yüklenici kendisine ayıp ihbarı yapılmayan açık ayıplı işlerden kurtulur. Açık ayıplar genellikle eserdeki basit bir muayene ile ilk bakışta görülebilen fen ve sanat kurallarına uygun düşmeyen imalatlardır. Gizli ayıplar ise eserin kabulünden sonra genellikle kullanım sonucu ortaya çıkan eserin kullanımını engelleyen vasıf eksiklikleridir. Eserin kabulünden sonra ortaya çıkan ve genellikle yüklenicinin kasten sakladığı ve kötü malzeme kullanılmasından kaynaklanan gizli ayıplardan ise, yüklenici ayıba karşı tekeffül borcu sebebiyle zaman aşımı süresince sorumludur. Uyuşmazlıkta, bilirkişi asıl ve ek raporlarındaki hasar ve zararlar ayıplı malzeme ve ayıplı işlerden kaynaklandığından davalı yüklenici bunların giderilmesi ile sorumludur...” (K.İ.B.).

²⁰² Tandoğan, **Özel II**, s. 217; Aral/Ayrancı, **Borçlar**, s. 357; Büyükay, **a.g.e.**, s. 104; Uçar, **Ayıp**, s. 251; Yarg. 15. HD., 18.12.1990 T., 1990/4583 E., 1990/5569 K.: “...Davacı iş sahibi ve davalı da yüklenicidir. Sözleşmeye göre eser 30.6.1988 tarihinde teslimi gerekirken 4.4.1989 da davacıya teslim edilmiştir. Dava geç teslim sebebiyle davacının uğradığı zararın tazminine ilişkindir. Kural olarak eserin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutat cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayene etmeye ve kusurları varsa bunları yükleniciye bildirmeye mecburdur (Borçlar Kanununun 359. Maddesi).

Öte yandan, yapılan eserin serahaten veya zimmen kabulünü müteakip yüklenici her türlü mesuliyetten beri olur (Borçlar Kanununun 362. Maddesi)...” (K.İ.B.); Yarg. 15. HD., 22.11.1990 T., 1990/3773 E., 1990/5000 K.: “...Taraflar arasındaki uyuşmazlık, arsa karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Davalı müteahhit yükleniminde bulunan binayı yapıp 1.10.1984 tarihinde davacıya teslim etmiştir. Davacı, teslim tarihine herhangi bir itirazda bulunmamıştır. Borçlar Yasasının 359. maddesi, "yapılan eserin tesliminden sonra iş sahibi davaca işlerin mutat cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o eseri muayene etmeye ve kusur varsa bunları davalı müteahhide bildirmeye mecburdur". Aynı Yasanın 362. maddesi, "yapılan eserin serahaten veya zimnen kabulüne müteakip davalı müteahhit her türlü mesuliyetten beri olur" hükümleri yer almaktadır. Davacının, dava dilekçesiyle eski hale getirilmesini istediği hususlar açık ayıp olup, davacı inşaatı kabul ve teslimden

Öncelikle, kabulün arsa sahibinin seçimlik haklarını kaybetmesine yol açması için herhangi bir çekince belirtilmeden yapılmış olması gerekmektedir. Kabul ise teslim etme ve teslim alma kavramlarından ayrı bir kavramdır²⁰³. Kabul, iş sahibinin eserin yüklenici tarafından sözleşmeye uygun bir şekilde yapıldığını ve bu bakımdan yüklenicinin üzerine düşen borçları tam olarak yerine getirdiğine ilişkin bir kavramdır²⁰⁴.

Kabul beyanı, yükleniciye ulaştığı anda sonuçlarını doğuran, yüklenici tarafından kabule ihtiyaç duymayan, tek taraflı bir irade beyanı niteliğindedir²⁰⁵. Bu beyan doğrudan açık bir şekilde yükleniciye iletilebileceği gibi susma veya diğer davranışlarla örtülü olarak da yapılabilir²⁰⁶. İnşaatın kabulü ile arsa sahibinin TBK md. 475'deki seçimlik hakları ortadan kalkmış olacaktır²⁰⁷. Bunun gibi, kabul yapıldığı takdirde artık iş (arsa) sahibinin cezai şart talebinin de yerinde olmayacağı ifade edilmektedir²⁰⁸.

6098 sayılı kanunun 477. maddesinde düzenlenmiş bulunan eserin kabulü, 2. fıkradaki “*İşsahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır*” ve 3. fıkradaki “*Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa işsahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır*” hükümleriyle hem açık hem de gizli ayıplar bakımından ayrı ayrı ele alınmıştır.

Açık ayıplar, yukarıda daha önce açıklandığı üzere kolayca görülebilen olağan gözden geçirmelerle ortaya çıkarılabilecek nitelikteki ayıplardır²⁰⁹. Kanun

ihirazî kayıt ileri sürmediğinden davalıdan bir istemde bulunamaz. Bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yasaya uygun düşmeyen nedenlerle kabulü bozma sebebidir...” (K.İ.B.).

²⁰³ Gökyayla, **Ek İş**, s. 24; Uçar, **Ayıp**, s. 253; Yarg. 15. HD., 29.04.1998 T., 1998/1217 E., 1998/1716 K.: “...BK.nun 362. maddesinde yapılan şeyin “kabulünü” müteakip yüklenicinin sorumluluktan kurtarılacağı hükmü yer almış olup, bu hükümdeki “kabul” aynı Kanunun 359. maddesinde yer alan “teslim” ile eş anlamlı değildir. Yapılanın teslim alınması onun kabulü anlamını taşımaz. Yeter ki işin mutad cereyanına göre imkan bulunur bulunmaz muayene edilmemiş veya edilip karşı tarafa durumu iletilmemiş olsun...” (K.İ.B.).

²⁰⁴ Gökyayla, **Ek İş**, s. 24.

²⁰⁵ Erman, **İnşaat**, s. 163.

²⁰⁶ Erman, **İnşaat**, s. 163.

²⁰⁷ Tandoğan, **Özel II**, s. 218; Erman, **İnşaat**, s. 163.

²⁰⁸ Turanboy, **a.g.e.**, s. 185.

²⁰⁹ Erman, **İnşaat**, s. 164.

koyucu bu ayıplar için iş (arsa) sahibine gözden geçirme külfeti yüklemiştir. Buna göre arsa sahibi TBK 474. maddede de belirtildiği üzere inşaatı teslimden sonra işlerin olağan akışına göre ve imkan bulur bulmaz en kısa sürede gözden geçirmeli ve bu gözden geçirme sonucu tespit ettiği ayıpları yükleniciye bildirmelidir²¹⁰. TBK 477. maddenin 2. fıkrası hükmüne göre de arsa sahibi yerine getirmek zorunda olduğu bu gözden geçirme ve bildirim külfetlerini ihmal ettiği surette eseri kabul etmiş sayılacaktır²¹¹. Bunun sonucu olarak da yüklenici sorumluluktan kurulacak, arsa sahibi ise ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanamayacaktır²¹².

Kanuna göre, iş sahibinin eserdeki açık ayıpları gözden geçirmede için öğrenememesi veya gözden geçirip vakıf olmakla birlikte bunları yükleniciye bildirmemesi hallerinde eser kabul edilmiş sayılacak ve bu hususta yüklenicinin sorumluluğunun kalmayacağını düzenlemiştir²¹³. Ancak, yüklenicinin kasten gizlediği ayıplar bakımından durum farklıdır. Buna göre, arsa sahibinin farkına varmadığı ve yüklenici tarafından da teslim anında bilinen ve kasten gizlenen ayıplar bakımından yüklenicinin sorumluluğu devam edecektir²¹⁴. Yargıtay da yüklenici

²¹⁰ YHGK 12.03.1986 T., 1985/15-14 E., 1986/218 K.: “...Gerçekten, M.K.nun 359/1. maddesi gereğince, imal olunan şeyin tesliminden sonra işi sahibi,y işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz, o şeyi muayeneye ve kusurları varsa müteahhide bildirmeye mecburdur. Aksi halde aynı Kanunun 362. maddesine göre müteahhit açık ayıplar yönünden sorumluluktan kurtulur...” (K.İ.B.).

²¹¹ Yarg. 23. HD., 16.01.2013 T., 2012/5835 E., 2013/129 K.: “...Açık ayıplar, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkan bulunur bulunmaz bizzat yapılan veya uzmanına yaptırılan gözden geçirme sonucu saptanınca, uygun sürede (B.K.m.359); gizli ayıplar da ortaya çıkar çıkmaz, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir (B.K.m. 362/III). Ayıp bildirim süresine yapılmadığı takdirde iş sahibi bu ayıbı örtülü olarak kabul etmiş sayılır...” (K.İ.B.).

²¹² Erman, **İnşaat**, s. 164-165; Uçar, **Ayıp**, s. 255; Şahin, **a.g.e.**, s. 141.

²¹³ Turanboy, **a.g.e.**, s. 183; Yarg. 15. HD., 29.01.1992 T., 1991/3607 E., 1992/256 K.: “...Borçlar Yasasının 359. maddesine göre, imal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeye mecburdur. Aynı Yasanın 362. maddesi uyarınca yapılan şeyin açıkça ve zımnen kabulünü takiben müteahhit her türlü mesuliyetten beri olur. Eğer iş sahibi kanunen tayin olunan muayene ve ihbarı ihmal ederse zımnen kabul etmiş sayılır. Olayımızda, kuyunun 1984 yılında yapılıp davacı tarafından teslim alınarak dava tarihine kadar yaklaşık 6 yıl kullanıldığı iddiaya göre ayıbın açık ayıp olduğu davacının yukarıda açıklanan yasa hükümlerine göre işi teslim alıp ihtirazi kayıta bulunmadığı işi makul sürede muayene ettirip yükleniciye bildirmedeği anlaşıldığına göre...” (K.İ.B.).

²¹⁴ Erman, **a.g.e.**, s. 166; Yarg. 15. HD., 26.03.2004 T., 2003/4499 E., 2004/1707 K.: “...eserin teslim olunmasından itibaren BK.nun 359 ve devamı maddeleri uyarınca iş sahibinin teslim alınan eseri işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz muayeneye ve kusurları varsa bunları yükleniciye ihbar etmeye zorunludur...” (K.İ.B.).

tarafından bilinen ve gizlenen bu tarz açık ayıpları gizli ayıp gibi nazara almaktadır²¹⁵.

Gizli ayıplar bakımından ise belirtildiği üzere herhangi bir gözden geçirme külfeti bulunmamaktadır²¹⁶. Zira, gizli ayıplar olağan kontrol ile ortaya çıkarılmayacak nitelikteki ayıplardır ve bu nitelikleri gereği zamanla ve kullanım sonucu ortaya çıkarlar. Fakat, her ne kadar gözden geçirme külfeti bulunmasa dahi, gizli ayıplar için de açık ayıplarda olduğu gibi bildirim külfeti bulunmaktadır. Bu bildirim yapılmaması durumunda da arsa sahibi yapıyı bu haliyle kabul etmiş ve ayıp karşısındaki seçimlik haklarını kaybetmiş olmaktadır²¹⁷. Yine açık ayıplardaki gibi gizli ayıplarda da bildirim gecikmeksizin yapılması şarttır²¹⁸. Aksi takdirde yüklenici sorumluluktan kurtulacaktır²¹⁹.

Ayrıca belirtmelidir ki, zımni olmayıp açık bir şekilde yapılmış olan kabul beyanının, yükleniciyi inşaattaki ayıplardaki sorumluluktan kurtarabilmesi için ihtirazi kayıt yani çekince ileri sürülmeden yapılmış olması gerekmektedir²²⁰. Böyle olmayıp, örneğin teslim anında arsa sahibi tarafından kısa bir kontrol sonucu bazı ayıpların ortaya çıkarılması sonrasında yükleniciden bu ayıpların giderilerek tesliminin istenmesi halinde, kabul şartlı olarak yapılmış olacak ve yüklenicinin eserdeki ayıplardan sorumluluğu devam edecektir²²¹.

III. Zamanaşımı

Yüklenicinin inşaattaki ayıplardan sorumluluğuna gidilememesi diğer bir deyişle, arsa sahibinin inşaattaki ayıplar karşısında TBK 475. maddedeki seçimlik

²¹⁵ Erman, **İnşaat**, s. 166.

²¹⁶ Uçar, **Ayıp**, s. 257.

²¹⁷ Uçar, **Ayıp**, s. 257.

²¹⁸ Erman, **İnşaat**, s. 167.

²¹⁹ Yarg. 15. HD., 22.05.1997 T., 1997/1811 E., 1997/2671 K.: “...Eserin teslimini müteakip 20 gün içerisinde ortaya çıkan ayıplar hakkında, yüklenicinin bedelin ödenmesi konusunda çekilen uyarıya kadar iş sahibince sessiz kalınıp, ayıp ihtarında bulunulmadığına göre, BK. 362 madde hükmü gereği iş sahibi eseri kabul etmiş sayılır ve bu durumda ayıptan ötürü doğan zarardan yüklenicinin sorumluluğu olamayacağı hususu belirgindir...” (K.İ.B.).

²²⁰ Bkz.: Öz, **Dönme**, s. 120.

²²¹ Uçar, **Ayıp**, s. 255.

haklarını kullanmasını engelleyen bir diğer durum ise zamanaşımı sürelerinin dolmuş olmasıdır²²².

Yüklenicinin, ayıplı inşaatı teslim tarihinden itibaren, arsa sahibi öncelikle eseri kabul etmemiş olmalı, gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmiş olmalıdır. Ancak, bunlara uyulmuş olması yanında arsa sahibinin TBK 475. maddede yer alan seçimlik haklarını süresi içinde kullanmış olması da gerekmektedir²²³. TBK 478. maddedeki belirtilen sürelerle uyulmadığı takdirde ise bu haklar zamanaşımına uğramış olacaktır²²⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki, zamanaşımı süresi kabul tarihinden değil teslim tarihinden başlayacaktır²²⁵.

Zamanaşımı süreleri TBK md. 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” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla arsa sahibi yapıdaki ayıplardan doğan haklarını 5 yıl içinde kullanmalıdır²²⁶. Ancak son cümlede TBK ile getirilen düzenlemeye göre yüklenicinin ağır kusurunun varlığı halinde bu seçimlik haklar eserin niteliğine bakılmaksızın 20 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır²²⁷.

²²² Büyükay, **a.g.e.**, s. 119.

²²³ Büyükay, **a.g.e.**, s. 119.

²²⁴ Büyükay, **a.g.e.**, s. 119.

²²⁵ Artukmaç, **a.g.e.**, s. 50; Kurt, **a.g.e.**, s. 43; Uçar, **Teslim**, s. 548; Aydoğdu/Kahveci, **a.g.e.**, s. 679; Gümüş, **Özel II**, s. 70; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 525.

²²⁶ Aral/Ayrancı, **Borçlar**, s. 365.

²²⁷ Aral/Ayrancı, **Borçlar**, s. 365; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 460; Yarg. 15. HD., 23.11.2006 T., 2006/6624 E., 2006/6807 K.: “...Yüklenici ile iş sahibi arasındaki ilişki teslim tarihinde son bulmuştur. Bu tarih, kesin kabulün onay tarihidir. 2886 sayılı Yasa'nın göndermede bulunduğu BK'nın 363. maddesi, aynı Yasa'nın 6763 sayılı Yasa'yla değişik 126 /son maddesi hükmü karşısında uygulanamaz hale gelmiştir. Eser sözleşmesinden kaynaklanan ihtilaflarda, satım akdinde uygulanan BK'nın 215. maddesinin tatbiki mümkün değildir. BK'nın 126 /son maddesi hükmünce de yüklenicinin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç 5 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Buna göre yüklenicinin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmediği ve ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı iş meydana getirmiş olduğu haller madde kapsamı dışında bırakıldığından bu gibi durumlarda BK'nın 125. maddesinde yer alan 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir...” (K.İ.B.)-(Nihat Yavuz, **Eser ve Hizmet Sözleşmeleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 158.)

Yeni düzenlemede yer alan bu 20 yıllık sürenin 1999 depremi ve onun ardından yaşanan uyuşmazlıkların etkisiyle kaleme alındığı belirtilmektedir²²⁸.

Belirtilen sürelerle göre, taşınmazlar için arsa sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanma süresi teslim tarihinden itibaren²²⁹ 5 yıldır²³⁰. Ancak yeni kanunumuz yukarıda belirtildiği gibi, ağır kusurun varlığı halinde bu sürenin 20 yıl olacağını hükme bağlamıştır²³¹. Bu yeni düzenlemenin arsa sahipleri ve hatta inşaat dahil tüm eser sözleşmelerinde ortaya çıkabilecek ayıplar karşısında iş sahipleri açısından çok daha avantajlı bir düzenleme olduğu görülmektedir. Ayıba ilişkin zamanaşımı süreleri bakımından eski yeni kanun karşılaştırılması yapıldığında da aradaki farkın dikkat çekici olduğu görülecektir²³². Maddede geçen ağır kusur kavramının içerisine öncelikle kast kavramının gireceği, en ağır ve bariz ihlal olması nedeniyle aşikardır²³³. Bunun yanında ağır kusurun, normal şartlar altında ortalama bir insanın aynı veya benzer bir somut olayda göstermesi gereken ve beklenen dikkat ve özenle ölçüleceği ifade edilmektedir²³⁴. Diğer taraftan, kastın yanında ağır ihmalin

²²⁸ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 524.

²²⁹ Seliçi, **İnşaat**, s. 203.

²³⁰ Gümüş, **Özel II**, s. 70; Yarg. 15. HD., 07.12.2006 T., 2006/7107 E., 2006/7172 K.: "...Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle feshi ve yüklenici adına oluşturulan tapu kaydının iptali ve tescili taleplerine ilişkindir. Eser sözleşmelerinde zamanaşımı süresi teslimden veya fesihden itibaren işlemeye başlar. Eldeki davada, yüklenici inşaatı sözleşmeye uygun teslim etmediği gibi sözleşme de feshedilmemiştir. Bu durum karşısında zamanaşımı definin reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..." (K.İ.B.).

²³¹ Bkz. eski Borçlar Kanunu dönemindeki Yarg. 15. HD., 22.09.2005 T., 2005/4525 E., 2005/4838 K.: "...Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup, inşaatın fen ve tekniğine uygun yapılmamasından (gizli ayıplı imalattan) dolayı oluşan zararın tazmini istemine ilişkindir. T.T.K.'nun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkındaki 6763 Sayılı Kanun'un 41. maddesiyle BK'nun 126. maddesine eklenen 4 nolu bent hükmünce "müteahhidin kasdı veya ağır kusuru nedeniyle akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olmaktan dolayı açılacak davalar aynı kanunun 125. maddesi gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresine" tabidir. Hal böyle iken, taraflar arasındaki sözleşmenin 33. maddesinde gösterilen ve dava konusu uyuşmazlıkta yeri olmayan genel sorumluluk süresinin 5 yıl olduğuna dair hükme dayanılarak ve bu sürenin de geçtiğinden bahisle davanın reddi usul ve yasaya aykırıdır..." (K.İ.B.)-(Günay, **a.g.e.**, s. 1455.) şeklinde hüküm kurulmuştur. Metinde geçen 10 yıllık süre, açık TBK hükmü uyarınca 20 yıl olarak uygulanacaktır.

²³² 818 sayılı eski Borçlar kanundaki düzenleme için bkz ve karşı. BK md. 363: "Yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, müşterinin haklarının tabi olduğu müruru zaman hükmüne tabidir.

Fakat gayrimenkul inşaat müteahhitten kusurlardan dolayı iş sahibinin müteahhide ve inşaatı iştirak eden mimar ve mühendise karşı mütalebesi, teslim zamanından itibaren beş senelik müruru zamana tabidir."

²³³ Yünlü, **a.g.e.**, s. 109.

²³⁴ Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 55.

de ağır kusurluluğu ortaya çıkaracağını belirtmek gerekir²³⁵. Bu tanımlardan ve eser sözleşmelerinden yola çıkılacak olursa arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin sorumluluğunun daha ağır olacağı belirtilebilir ki, burada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin uzman tarafı olan yüklenicinin ağır kusurlu olup olmayacağı normal bir insana göre değil, benzer işleri yapan ortalama bir yükleniciye göre esas alınacaktır²³⁶. Buna aykırılık ise yüklenicinin ağır kusurlu olduğu sonucunu ortaya koyacaktır.

Diğer taraftan, akla gelen bir başka soru ise bu sürelerin taraf iradeleri ile değiştirilip değiştirilemeyeceğine ilişkindir. Bu konuda TBK 478. maddede düzenlenen 2 yıl, 5 yıl ve 20 yıl olan sürelerin tarafların anlaşmasıyla uzatılıp kısaltılabileceği belirtilebilir²³⁷. Şöyle ki, burada eser sözleşmelerine ilişkin özel bir düzenleme bulunduğundan, bu düzenlemedeki bahsi geçen süreler TBK md. 148'deki hükmün uygulaması dışında kalacak ve uzatılıp kısaltılabileceklerdir²³⁸. Ancak ağır kusur ihtimaline ilişkin zamanaşımı süresi olan 20 yılı ayırmak gerekecektir. Buna göre, 20 yıllık sürenin uzatılabileceği kabul edilmekle birlikte, TBK md. 115 hükmü²³⁹ gereğince kısaltılmasının mümkün olmayacağı sonucunun ortaya konulduğunu da ifade etmek gerekir²⁴⁰.

Yukarıda bahsettiğimiz TBK md. 115 hükmünden bağımsız olarak da ayıplı eser eğer yüklenicinin ağır kusuru sonucu meydana gelmişse veya böyle olmamakla birlikte kısaltma arsa sahibinin haklarını hakkaniyetle bağdaşmayacak şekilde engelliyor ise kısıtlamaya ilişkin anlaşmayı geçerli saymamak gerekeceği ve daha uzun olan 20 yıllık sürenin uygulanacağı sonucuna ulaşmak gerekecektir²⁴¹. Bu noktada paralel şekilde belirtilebilir ki, kanunda düzenlenmiş olan bu zamanaşımı

²³⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 495.

²³⁶ Yünlü, **a.g.e.**, s. 110-111.

²³⁷ Büyükay, **a.g.e.**, s. 119; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 460.

²³⁸ Öz, **İnşaat**, s. 223.

²³⁹ Bkz.: TBK md. 115: “*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*”

Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

²⁴⁰ Öz, **İnşaat**, s. 223.

²⁴¹ Şenocak, **a.g.e.**, s. 241; Büyükay, **a.g.e.**, s. 119; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 460.

süreleri hakkaniyetle bağdaşmayacak şekilde kısaltılmayacakları gibi yine hakkaniyetle bağdaşmayacak şekilde uzatılamazlar, aksi takdirde yüklenici hayatın olağan akışıyla ters düşecek bir taahhüt altına girmiş olur. Bu nedenle bu şekilde bir uzatmanın da kabul edilmemesi uygun olacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA SAHİBİNİN AYIP KARŞISINDAKİ HAKLARI

I. Genel Olarak

Yukarıdaki bölümde yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşa ettiği yapıdaki ayıplarda sorumlu tutulabilmesine ve bu sorumluluğun ortadan kalkmış sayılmasına neden olacak şartlar incelenmişti¹. Bu bölümde ise yüklenicinin ayıplı yapı inşa etmesi karşısında, kanunda üzerine düşen külfetleri yerine getirmiş olan arsa sahibinin yükleniciye karşı kullanabileceği haklar üzerinde durulacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, arsa sahibinin bahsedilecek olan seçimlik haklarını kullanabilmesi için kendisine ayıplı bir eser teslim edilmiş olması, kendisinin kanundan doğan gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmiş olması, ayıbın herhangi bir şekilde kendisinden kaynaklanmamış olması ve bu hakların yine belirli bir süre içinde zamanaşımına uğramadan kullanılmış olması gerekmektedir².

Arsa sahibinin ayıp karşısında kullanabileceği bu seçimlik haklar TBK md. 475 hükmünde düzenlenmiş bulunmaktadır. TBK md. 475'deki yeni hüküm;

“Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1.Eser iş sahibinin 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 masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.

İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

¹ Bkz.: II. Bölüm, II. Yüklenicinin Sorumluluğunu Kaldıran Haller.

² Turanboy, **a.g.e.**, s. 153; Büyükay, **a.g.e.**, s. 122; Uçar, **Ayıp**, s. 165.

Eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.” şeklinde düzenlenmiştir³. 818 sayılı eski kanun ile kıyaslandığı taktirde arsa sahibinin seçimlik hakları bakımından bir farklılık oluşturulmadığı görülmektedir⁴. Seçimlik haklarda değişiklik olmamakla birlikte, bu haklara ilişkin yeni kanunda değiştirilmiş bazı hususlara yeri geldiğince değinilecektir.

Yukarıda kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere arsa sahibinin ayıp karşısındaki seçimlik hakları, sözleşmeden dönme, ayıbın onarım ile giderilmesini isteme, ayıp oranında ücretten indirim yapılmasını isteme ve genel hükümlere göre tazminat talebidir⁵. Kanunda belirlenmiş ve yukarıda sayılan şartların tamam olması durumunda, arsa sahibi kanunda düzenlenmiş bulunan bu seçimlik haklarını, ayıplı eser(inşaat) meydana getirmiş olan yükleniciye karşı ileri sürebilecektir⁶. Dolayısıyla diğer şartlar tamam olduğu takdirde, arsa sahibi ayıp karşısında, ücretten indirim yapılmasını isteme, yapının onarılması ve sözleşmeden dönme haklarını kullanabilecektir⁷.

³ 818 sayılı kanunda iş sahibinin seçimlik haklarını karşılayan 360. madde ise “*Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta mütaahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir.*

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

Yapılan şey iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olup da mahiyeti itibariyle refi ve kal'ı fazla bir zararı mucip ise iş sahibi, ancak ikinci fıkra mucibince muamele yapar.” şeklinde düzenlenmiş bulunmakta idi.

⁴ Büyükay, **a.g.e.**, s. 121.

⁵ Nihat Yavuz, **Ayıplı İfa**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 431; Aral/Ayrancı, **Borçlar**, s. 359; Büyükay, **a.g.e.**, s. 122; Şahin, **a.g.e.**, s. 141; Yener, **a.g.e.**, s. 161; Gevriye Atlı Akın, “Eserdeki Ayıbın İş Sahibine İsnat Edilmesi (Borçlar Kanunu MD. 361)-1”, **Yaklaşım Dergisi**, Y. 14, S. 157, Ocak-2006, s. 263; Seliçi, **İnşaat**, s. 156.

⁶ Yarg. 15. HD., 16.01.2012 T., 2011/14460 E., 2012/257 K.: “...Eserdeki ayıbın ne olduğu ve iş sahibinin hakları Borçlar Kanununun 360. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre şayet meydana getirilen eser iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya sözleşmede kararlaştırılan koşullara aykırı ise o eser ayıplıdır. Eserin ayıbı halinde iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan hakları olan; eseri kabulden kaçınma, ayıplı işten uygun bir bedel indirimini veya ayıpların giderilmesini isteme yetkisine sahiptir. Kuşkusuz eserin açık veya gizli ayıplı olması durumunda Borçlar Kanununun 359 ve 362. maddelerinde öngörülen ayıp ihbarının iş sahibi tarafından yapılması gerekir...” (K.İ.B.).

⁷ Zevkliler/Gökayla, **a.g.e.**, s. 519; Uçar, **Ayıp**, s. 165; Öktem, **a.g.e.**, s. 1947.

Ayrıca belirtmek gerekir ki arsa sahibi yükleniciye karşı bu üç seçimlik hakkın yanında eski kanun döneminde olduğu gibi genel hükümlere göre tazminat da isteyebilecektir⁸. Buradaki genel hükümlere göre tazminat talebi ayrıca ve tek başına kullanılabilir. Diğer bir deyişle diğer üç seçimlik hakkın kullanılmasını engelleyici bir hak değildir. Aksine, arsa sahibi kanunda geçen bu üç seçimlik haklarından bağımsız bir şekilde veya bu haklardan bir tanesi ile birlikte olacak şekilde bu tazminat isteme hakkını kullanabilir⁹. Bu konuda seçim serbestisi yine arsa sahibine aittir.

Arsa sahibinin ayıp karşısında kullanabileceği bu üç seçimlik hak, yani sözleşmeden dönme, bedelden indirim talep etme ve ücretsiz onarım haklarının kullanılması için yüklenicinin kusurlu olması şartı aranmamaktadır¹⁰. Ancak dikkat edilmelidir ki, gerek tek başına gerekse de diğer üç seçimlik haktan birisiyle beraber kullanılabilmesi için düzenlenen, genel hükümlere göre tazminat hakkının, yükleniciye yöneltilebilmesi için, yüklenicinin kusurunun varlığı gerekmektedir¹¹. Buna göre arsa sahibi yüklenici kusursuz dahi olsa bu üç seçimlik hakkını kullanabilecekken, eğer yüklenici mevcut durum karşısında kusurlu değilse, genel hükümlere göre tazminat hakkını kullanamayacaktır¹².

Diğer taraftan belirtmelidir ki arsa sahibine tanınmış bu seçimlik haklar, arsa sahibi tarafından kanundaki sınırlamalar dışında serbestçe kullanılabilir¹³. Arsa sahibine sağlanmış bu seçimlik haklar yenilik doğurucu haklardır ve yenilik doğurucu haklar yükleniciye yöneltmiş bir irade beyanıyla kullanılırlar¹⁴. Yenilik doğurucu haklar kabule ihtiyaç duymayan tek taraflı irade beyanıyla muhataba iletilirler ve muhataba ulaşma anında etki doğururlar¹⁵. Dolayısıyla bu noktadan

⁸ Uçar, **Ayıp**, s. 165.

⁹ Öz, **İnşaat**, s. 204; Uçar, **Ayıp**, s. 165.

¹⁰ Erman, **İnşaat**, s. 141; Uçar, **Ayıp**, s. 165; Öz, **İnşaat**, s. 204.

¹¹ Erman, **İnşaat**, s. 141; Uçar, **Ayıp**, s. 165; Öz, **İnşaat**, s. 204.

¹² Öktem, **a.g.e.**, s. 1947.

¹³ Erman, **İnşaat**, s. 141.

¹⁴ Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 254; Uçar, **Ayıp**, s. 166; İnan, **a.g.e.**, s. 41 vd.; Ücretsiz onarım hakkına ilişkin aşağıda Bkz.: III. Bölüm, IV. Ücretsiz Onarım İsteme Hakkı.

¹⁵ Buz, **Yenilik**, s. 254; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 16; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk Temel Bilgiler**, 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 61; Harun Demirbaş, **Yenilik Doğuran Haklar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 73.

itibaren arsa sahibinin, yüklenicinin buna muvafakat etmesi gibi istisnai durumlar dışında seçtiği bu seçimlik hakkından dönerek diğer bir seçimlik hakkını kullanması mümkün değildir¹⁶. Zira, yenilik doğurucu haklar kural olarak yalnız bir kez ve geri dönüşü olmayacak şekilde kullanılırlar¹⁷. Ancak, bu konuda, hem arsa sahibinin iradesine uygun sonuç bakımından hem de yüklenici açısından en ağır sonuç olduğundan dolayı, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullandığı hallerde, daha sonra bundan dönerek onarım veya ücretten indirim gibi diğer bir seçimlik hakkını kullanması, yüklenici açısından da (sadece sebepsiz zenginleşme hükümleriyle yetinmemiş olacağı ve ayrıca sözleşme ayakta tutulmuş olacağı göz önüne alındığı takdirde) daha avantajlı olacağından, arsa sahibinin bu irade değişikliğine ve kullandığı yeni seçimlik hakka izin verilmesi ihtimali de ortaya çıkabilecektir. Diğer bir ifade ile muhatap veya üçüncü kişilerin menfaatlerine aykırılık teşkil edilmeyecek olan somut durumlarda yenilik doğurucu hakkın geri alınabilmesine olanak tanımak gerekebilecektir¹⁸. Bunun gibi, karşı tarafın rızasının da geri almayı mümkün kılması gerektiği belirtilmektedir¹⁹. Esasen bakıldığı takdirde de bahsettiğimiz bu geri alınamama kuralı muhatapın güven ve menfaatlerinin korunmasına yöneliktir²⁰. Bu nedenle böyle somut olaylarda geri almaya izin vermek gerektiği sonucuna ulaşmaktayız. Farklı olarak örneğin, somut olayda onarım hakkının seçilmiş olup da onarımın başarısız olması durumunda arsa sahibinin yeni bir seçimlik hak kullanabileceği de ifade edilmiştir²¹.

Aşağıda, arsa sahibinin yapıdaki ayıpların varlığı halinde yükleniciye karşı ileri sürebileceği haklar incelenecektir. Bu doğrultuda, TBK 475. maddede sayılan bu

¹⁶ Uçar, **Ayıp**, s. 166.

¹⁷ Buz, **Yenilik**, s. 256 vd.; M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk: Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 19. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 165; Rona Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm-Kişiler Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 217; Mustafa Dural/Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar Ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri**, 8. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 183; Hasan Pulaşlı, **Şarta Bağlı İşlemler Ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989, s. 95.

¹⁸ Buz, **Yenilik**, s. 258.

¹⁹ Buz, **Yenilik**, s. 447; Ayrıca taraflarının anlaşmasının da geri almaya imkan vermeyeceği yönünde bkz.: Seyfullah Edis/Aydın Zevkliler/Şeref Ertaş/Durmuş Tezcan/Hasan Petek, “Yenilik Doğurucu Haktan Rücu Etmek Mümkün Mü? (Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri)”, **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, s. 41.

²⁰ Buz, **Yenilik**, s. 448.

²¹ Uçar, **Ayıp**, s. 166.

üç seçimlik hak ve genel hükümlere göre talep edebileceği tazminat üzerinde durulacaktır.

II. Sözleşmeden Dönme Hakkı

A. Genel Olarak

Yukarıda üzerinde durulduğu üzere Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesi bağlamında yapıdaki ayıplar karşısında iş(arsa) sahibine tanıdığı seçimlik haklardan biri “*sözleşmeden dönme*” hakkıdır. Dönme hakkı, kanunun 475. maddesinde “*...Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme...*” şeklinde düzenlenmiştir. 818 sayılı kanunda aynı hüküm ise 360. maddede “*Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nisfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta mütaahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir...*” şeklinde kaleme alınmış idi. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu ile kıyaslama yapıldığı takdirde ifadesel olarak bazı metinsel değişikliklerin yapıldığı görülmektedir.

Bu karşılaştırma bakımından eski ve yeni dilden kaynaklanan (*kusur, nisfet, icbar gibi*) farklılıklar bir kenara bırakılacak olursa, yeni metinde esasa tesir edecek bazı değişikliklerin yer aldığı göze çarparaktır. Bu noktada ilk olarak “*...iş sahibinin kullanamayacağı ve nisfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği...*” ifadesindeki “ve” bağlacının yeni düzenlemede “veya” şeklinde değiştirildiği görülmektedir. Eski düzenlemede (yine bu ibarenin hatalı olduğunu da yer yer belirtiliyor olmakla birlikte) arsa sahibinin ayıptan dolayı dönme hakkının kullanabilmesi için yapının hem arsa sahibi tarafından kullanılamaz olması hem de yapının arsa sahibi bakımından hakkaniyet gereği kabule zorlanamaması şartlarının beraber sağlanması gerektiği belirtilmekteydi²². Yeni düzenlemeye bakıldığında ise, bu ibare “*işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı*” şeklinde yeniden kaleme alınmıştır. Bu düzenlemede görüldüğü üzere önceki

²² Erman, **İnşaat**, s. 142-143; Şahin, **a.g.e.**, s. 142; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 519-520.

kanundakinin aksine “ve” değil “veya” bağlacı kullanılmıştır. Bu durumda arsa sahibinin dönme hakkını kullanabilmesi için gerekli olan bu iki özel şartın ikisinin aynı anda bulunmasının gerekmediği, maddede aranan kullanılamazlık ve hakkaniyet gereği kabule zorlanamama ölçütlerinden sadece birinin de tek başına dönme için yeterli olacağı açıklığa kavuşmuştur²³.

818 sayılı eski kanundaki bulanıklığı ve yorum farkını gideren bir diğer değişiklik ise “...iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir...” ibaresindeki “*kabulden imtina*” kavramının yeni kanunda daha açık olarak “*sözleşmeden dönme*” şeklinde değiştirilmesidir²⁴. Buna göre yeni düzenlemede arsa sahibinin kullandığı seçimlik hakkın dönme hakkı olduğu konusunda yoruma gerek kalmamıştır.

Diğer taraftan belirtilmelidir ki genel olarak eser sözleşmelerinde ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri özelinde dönme hakkı iş sahibi tarafından yükleniciye yöneltilecek en ağır yaptırımlara tabi bir seçimlik hak²⁵. Çünkü aşağıda inceleneceği üzere dönme hakkıyla birlikte sözleşme adeta hiç yapılmamış sayılmakta²⁶ ve etkileri ortadan kaldırılmaktadır²⁷. Bu bakımdan eser sözleşmelerinde dönme hakkı yalnızca aşağıda incelenecek olan ayıbın ağırlık teşkil ettiği özel durumlarda geçerli olacaktır ve bu şartlar gerçekleşmediği durumlarda, arsa sahibinin diğer seçimlik haklarına başvurması gerekecektir²⁸.

Dönme hakkı kullanılış bakımından diğer haklarda da olduğu üzere herhangi bir şekil şartına bağlı olmadan kullanılabilir²⁹. Bunun yanında dönme hakkının

²³ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 520.

²⁴ Öz, **İnşaat**, s. 210 vd.

²⁵ Ayrıca bkz. Uçar, **Ayıp**, s. 173: “Sözleşmeden dönme hakkı sözleşmeye yapılabilecek en kati müdahaledir.”

²⁶ Bkz.: Aşağıda, B. Sözleşmeden Dönme Kavramı, “klasik dönme teorisi”.

²⁷ Seliçi, **Sürekli**, s. 208.

²⁸ Yarg. 15. HD., 21.10.2010 T., 2010/3898 E., 2010/5586 K.: “...BK.'nun 360. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve hakkaniyet kurallarına göre kabule zorlanamayacağı derecede kusurlu veya sözleşme şartlarına aykırı olursa iş sahibi, o şeyi kabulden kaçınabileceği gibi, bu hususta yüklenicinin kusuru bulunursa ayrıca zarar ve ziyanını da istemesi mümkün bulunmaktadır. Kusur halinde iş sahibinin hakkını düzenleyen BK.'nun 360. maddesine göre yapılan şey yukarıda açıklanan derecede ayıplı değilse iş sahibi ancak bedelde indirim veya yüklenicinin eseri tamire mecbur edilmesini ya da onarım bedelinin ödetilmesini isteyebilir...” (K.İ.B.).

²⁹ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 520; Erman, **İnşaat**, s. 146.

açık veya örtülü olarak da kullanılabilceğini de belirtmek gerekecektir³⁰. Dolayısıyla arsa sahibi bu dönme hakkını noter aracılığıyla, açacağı davada dava dilekçesiyle, iadeli taahhütlü mektup ile veya diğer başka bir şekilde kullanabilecektir³¹.

Bu noktada, tarafların her ikisinin de Türk Ticaret Kanunu'na göre tacir sayılan kişilerden olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu dönme hakkının kullanılması bakımından bir farklılık bulunacağı belirtilmelidir. Şöyle ki, TTK md. 18/3'de "*Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshetme, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır*" hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm gereğince dikkat edilmelidir ki, her iki tarafı tacir olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciye karşı dönme seçicilik hakkını kullanmak isteyen arsa sahibinin yukarıdaki maddede sayılan araçlardan birini kullanması gerekecektir³². Böylece kural olarak dönme hakkının kullanılması herhangi bir şekle tabi değil iken, TTK m. 18'e tabi sözleşmelerde ise maddede sayılan şartlara uymak gerekecektir.

TTK m. 18 ile ilgili belirtilmesi gereken bir durum ise maddede sayılan bu şartların birer geçerlilik mi yoksa ispat şekli mi olduğuna ilişkindir³³. Bu soruyu madde gerekçesinin açıkça yanıtladığı görülmektedir. Zira, söz konusu madde gerekçesine göre, maddede sayılan şekil şartları yeni haliyle geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmış ve ispat şekline dönüştürülmüştür³⁴. Bu nedenle, madde metninde sayılan

³⁰ Erman, **İnşaat**, s. 146; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 520.

³¹ Erman, **İnşaat**, s. 146.

³² Öz, **İnşaat**, s. 216; Erman, **İnşaat**, s. 146; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 520.

³³ Kısaca belirtmek gerekirse, geçerlilik şekline uyulmaması halinde sözleşme geçersiz olacak iken ispat şekline uyulmaması sözleşmenin geçerliliğine bir etkide bulunmayacak, sadece ispat bakımından rol oynayacaktır. Ayrıca, kanunda aksi belirtilmedikçe bir şeklin geçerlilik şekli olarak anlaşılması gerekmektedir. Bkz.: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s.273.

³⁴ Değişiklikler TTK m. 18 gerekçesinde "*Tasarı ile bu maddenin üçüncü fıkrasında üç köklü değişiklik yapılmıştır: (1) Hükümdeki şekil, geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmış, ispat şartına dönüştürülmüştür. Bu amaçla eski metinde yer alan "muteber olması için" ibaresine metinde yer verilmemiştir. Bu değişikliğin sebebi, geçerlik şartının artık haklı bir gerekçesinin bulunmaması ve teknikteki hızlı gelişmedir. Ayrıca hiçbir modern kanunda bu kadar ağır bir geçerlilik şartı yer almamaktadır. Şartın tacir gibi basiretli bir işadama için öngörülmüş olması da anlamsız bulunmuştur. (2) İadeli taahhütlü mektup taahhütlüye dönüştürülmüştür. Çünkü, burada varma teorisinin kabulünü haklı gösterecek bir gerekçe mevcut değildir. (3) Güvenli elektronik imza hem Borçlar Kanununda kabul edilmiş hem de düzenli bir sisteme bağlanmıştır. Hükme bu olanak da*

şekli unsurların geçerlilik şekli olup olmadığı hususu açıklığa kavuşmuş olduğunu belirtmek gerekir³⁵. Ancak Ticaret Kanunu'ndaki bu zorunluluk bir kenara, diğer arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını ispat kolaylığı sağlayacak vasıtalarla kullanmış olması ispat açısından faydalı olacaktır³⁶.

Öte yandan, dönme hakkı bozucu yenilik doğuran bir hak türüdür³⁷. Yenilik doğurucu haklar tek taraflı hukuki işlemle kullanılabilme imkanına sahiptirler³⁸. Bu özelliklerinden dolayı genel olarak, dönme hakkının tek taraflı olarak kullanılması yeterli olup³⁹ muhatap tarafından kabul edilmiş olması gibi bir şart aranmamaktadır⁴⁰. Bu nedenle kural olarak kanunda yazılı özel koşullar gerçekleştiği takdirde arsa sahibi dönme hakkını serbestçe kullanabilecektir. Ancak, dönmenin tek taraflı kullanılması bakımından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin özel bir durumun olduğunu belirtmek gerekir. Şöyle ki, Yargıtay uygulamasına göre arsa sahibinin bu dönme beyanının yüklenici tarafından kabul edilmemesi ihtimali karşısında ve durumunda, sözleşmenin akıbetini hakimin vereceği karar tayin edecektir⁴¹. Bununla birlikte, belirtilmelidir ki, kanundaki özel şartlar gerçekleşmiş

eklenmiştir.” şeklinde ifade edilmiştir (<http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/TURK%20TICARET/madde%20gerekce.doc>), s.z.t.: 10.02.2014.

³⁵ Hasan Pulaşlı, **İsviçre Ve Alman Hukuku İle Karşılaştırmalı Notlu Ve İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Ve İlgili Ticari Mevzuat**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 15.

³⁶ Bkz.: Seliçi, **İnşaat**, s. 161.

³⁷ Dural/Sarı, **a.g.e.**, s. 182; Seliçi, **Sürekli**, s. 210; Tandoğan, **Özel II**, s. 177; Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 125; Yener, **a.g.e.**, s. 162; Uçar, **Ayıp**, s. 173.

³⁸ Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s. 73; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 17; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 175; Seliçi, **Sürekli**, s. 210; Eren, **Borçlar**, s. 61.

³⁹ Tandoğan, **Özel II**, s. 177; Seliçi, **Sürekli**, s. 210; Büyükay, **a.g.e.**, s. 122.

⁴⁰ Günel, **a.g.e.**, s. 418; Uçar, **Ayıp**, s. 180.

⁴¹ Erman, **Mütaalar**, s. 102; Büyükay, **a.g.e.**, s. 122; Erman, **İnşaat**, s. 104; Yarg. 15. HD. 21.12.2006 T., 2005/7594 E., 2006/7533 K.: “*Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, karma sözleşmeler olup, hem inşaat, hem de tapu devri sözleşmelerini içerir. Her ne kadar, inşaat sözleşmeleri herhangi bir şekil şartına bağlı değil iseler de, taşınmaz mülkiyetinin intikalleri tapuda yapılması gerektiğinden, resmi şekle tabidirler. Bu nedenle, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflardan birinin sözleşmeden dönme iradesinin karşı tarafça kabul edilmesi, başka bir anlatımla, dönme iradelerinin birleşmesi veya fesih davası üzerine mahkemece sözleşmeden dönmeye hükmedilmesi gerekir.*”

Somut olayda, davalı yüklenicinin, arsa sahiplerinin dönme iradesine karşı çıkması nedeniyle sözleşme yürürlükte sayılır. Dolayısıyla, sözleşmeden dönmeye mahkemenin karar vermesi gerekir...” (K.İ.B.); Yarg. 15. HD. 14.04.2008 T., 2007/1276 E., 2008/2431 K.: “*...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 iradelerinin*

olsa ve dönme hakkı arsa sahibi için de objektif olarak en uygun giderim imkanı sağlayacak seçimlik hak olsa bile, arsa sahibi dönme hakkı yerine diğer bir seçimlik hakkını tercih edebilir.

Ayrıca yine yukarıda kısaca değinildiği üzere, diğer seçimlik haklar bakımından da geçerli olmak üzere, arsa sahibi yenilik doğurucu bir hak olan dönme seçimlik hakkını kullandıktan itibaren artık bu haktan vazgeçip diğer bir hakkını seçemeyecektir⁴². Yenilik doğurucu hakların niteliğinden kaynaklanan bu geri alınamama özelliği ise bu hakların kabule ihtiyaç duymadan ve tek taraflı olarak kullanılabilmesi durumu karşısında muhatabın güvenceye alınması düşüncesine de dayandığını açıkça ifade edilebilir⁴³. Ancak yine de bu kurala getirilebilecek istisnalar bulunmaktadır. Yüklenicinin rıza göstermesi, hakkaniyet gibi bu duruma gösterilebilecek örnekler için somut sözleşme ve vakıanın irdelenmesi gerekmektedir⁴⁴.

Dönme hakkının kullanılması durumunda sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmış olmasıyla beraber, tarafların bu sözleşme ilişkisinden doğan karşılıklı borçları sona erecek iken daha önce verilenler ise karşılıklı geri verme talepleriyle beraber istenebilecektir⁴⁵.

Dönme hakkıyla kural olarak sözleşme sanki hiç akdedilmemiş gibi⁴⁶ bir durum oluşturulmak amaçlanmaktadır. Ancak doktrinde dönme hakkı bakımından ileri sürülen (klasik dönme teorisi, yeni dönme teorisi, yasal borç ilişkisi teorisi gibi) bazı farklı görüşler bulunduğunu ifade etmek gerekmektedir. Bu bakımdan aşağıda, bahsi geçen dönme kavramı ve bu konuda doktrindeki farklı görüşlere de kısaca değinilecektir.

birleşmesi veya fesih davası üzerine mahkemece sözleşmeden dönmeye hükmedilmesi gerekir...” (K.İ.B.).

⁴² Bkz.: Buz, **Dönme**, s. 75; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 165; Serozan, **Medeni**, s. 217.

⁴³ Seliçi, **Sürekli**, s. 128.

⁴⁴ Bkz.: Serozan, **Medeni**, s. 217-218, “...eğer yenilik doğuran hak muhatabının çıkarı korunmaya değer bulunuyorsa veya onun çıkarı koşulun ve geri almanın tanınmasından yanaysa, yenilik doğurucu işlem pekala koşula bağlanabilir ve geri alınabilir. Bu olgu, tüm yasakların amaçla sınırlılığının doğal bir sonucudur.”

⁴⁵ Tandoğan, **Özel II**, s. 178; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 967.

⁴⁶ Seliçi, **Sürekli**, s. 208.

B. Sözleşmeden Dönme Kavramı

Sözleşmeden dönme hakkı, sözleşmeye kesin ve ağır bir etkide bulunan, yenilik doğurucu bir hak olarak ifade edilmektedir⁴⁷. Ayrıca dönme hakkı, o hakkı kullananın tek yanlı irade beyanı ile ortaya konulup etki doğuran bir hak olarak karşılıklı irade beyanlarının uyuşmasına gerek duymaz⁴⁸. Dönme hakkının bu özellikleri itibarıyla arsa sahibi, kanundaki özel şartlar da oluştuğunda dönme hakkını yüklenicinin kabulüne gerek duymadan kullanabilecektir⁴⁹. Ancak, yukarıda belirtildiği gibi her ne kadar karşı tarafın kabulüne gerek duymayan tek taraflı irade beyanıyla sonuç doğuran bir hak olsa bile Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, dönmenin yüklenici tarafından kabul edilmediği hallerde sözleşmenin akıbetine hakim tesir edecektir⁵⁰. Ayrıca aşağıda anlatılacağı yapısı itibarıyla dönme

⁴⁷ Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 58; Yargıtay'ın dönmeyle ilişkin tanımlamaları için bkz.: YHGK, 24.11.1999 T., 1999/13-967 E., 1999/990 K.: "Sözleşmeden dönme hakkı sözleşme ilişkisini tek taraflı irade bildirim ile çözüme ilişkisine dönüştüren bir yenilikle doğurucu haktır. Bir kere kullanıldıktan sonra sözleşmeyi temelli çözücü bir hukuksal kurum yaratır. O nedenle sözleşme ilişkisine doğrudan doğruya etkide bulunan yenilik doğurucu bir hukuksal işlemidir. Dönme sözleşme ilişkisini "çözer" fesih ise sözleşme ilişkisini "sona erdirir" farklı bir anlatımla, dönme yarattığı çözüme ilişkisinde, bu ana dek yerine getirilmiş sözleşme edimlerinin geri verilmesi yükümünü doğurduğu halde fesih geri verilmesi yükümü doğurmaz. Yine sözleşme ilişkisini sadece ileriye etkili (extunç) bir güçle ortadan kaldıran fesih işlemi, ayrıca sözleşmeye aykırılıktan ötürü bir "akti zarar-giderim" istemesine olanak verdiği halde sözleşme ilişkisini hiç kurulmamışçasına, geçmişe etkili bir güçle ortadan kaldıran dönme işlemi, ayrıca bir zarar giderim istenmesine olanak vermez, ancak akdin hükümsüzlüğünden kaynaklanan "menfi zararın tazmini" istenebilir ve verilenlerde haksız iktisap kurallarına göre geri istenir..."(K.İ.B.).

⁴⁸ Serozan, **Dönme**, s. 58.

⁴⁹ Bkz. Serozan, **Dönme**, s. 58: "...Yargıç aracılığını (davayı) gerektirmez ve bu nedenle de sahibine "bizzat ihkak-ı hak" (Eigenmacht, justice privée) ayrıcalığı bahşeder."

⁵⁰ Büyükkay, **a.g.e.**, s. 122; Yargıtay'ın bu sözleşmelerde dönme için karara ihtiyaç duyulacağına ilişkin kararı için bkz.: Yarg. 15. HD., 08.10.1998 T., 1998/2263 E., 1998/3752 K.: "...Kural olarak, eser sözleşmelerinin geçerliliği hiçbir şekilde bağlı olmadığı için bu sözleşmelerden dönme isteyen taraf, dönme iradesini karşı tarafa bildirdiği an, bozucu yenilik doğuran bu hak (sözleşmeden dönme hakkı), kendiliğinden hükmünü icra eder. Dönmenin haklı olup olmadığı, ayrıca açılacak tazminat davasında (eda davası) tartışılır.

Eser sözleşmelerinin bir türü olan "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" uygulamadaki adıyla "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri", bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden MK.nun 634, BK.nun 213. Noterlik Kanununun 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 dönme isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönme kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakim kararına ihtiyacı vardır; yani mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda fesih (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir. Mahkeme, önce fesih isteyen haklı olup olmadığını tartışır; haklı ise feshe karar verir, aksi halde davayı reddederek, sözleşmeyi yürürlükte tutar..." (K.İ.B.).

sonucunda sözleşmeyi sona erdiren tarafın menfi zararlarının karşılanmasını talep edebileceği de belirtilmektedir⁵¹.

Dönme hakkının kullanılmasının sözleşmeye olan etkisi bakımından doktrindeki teorilere kısaca değinecek olursak:

“Klasik dönme teorisi” olarak nitelendiren hakim görüşüne göre⁵², dönme hakkı kullanılmakla sözleşmenin her iki tarafı da sözleşmede henüz yerine getirilmemiş olan edimleri yerine getirmekten kurtulurlar ve yerine getirilmiş olan edimlerin iadesini talep edebilirler⁵³. Kronolojik olarak en eski teori olan bu klasik dönme teorisine göre sözleşmeden dönme⁵⁴, hakkın kullanıldığı andan itibaren geçmişe etkili olarak (ex-tunc) sözleşmeyi ortadan kaldıran bozucu yenilik doğuran bir haktır.⁵⁵ Diğer bir deyişle sözleşme kurulduğu andan itibaren ortadan kalkmaktadır ve dolayısıyla borçlar doğmamış gibi nazara alınmaktadır⁵⁶.

Klasik dönme teorisi görüleceği üzere dönme hakkının nitelendirilmesi bakımından en sert teoridir. Bu teoriye göre dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme adeta hiç yapılmamış gibi ortadan kalkmaktadır⁵⁷. Bu bakımdan klasik görüşün dönme sonrasına ilişkin nitelendirmesi de ayrı bir önem taşımaktadır. Şöyle ki, bu teoriye göre dönme sonrası tasfiye işlemleri, sözleşme hiç kurulmamış

⁵¹ Yarg. 15. HD., 06.10.1997 T., 1997/2281 E., 1997/4142 K.: “...Olayda uygulanması gerekli yasa hükmü BK.nun 360. maddesidir. Davacının, eseri teslim almış olması, kabul anlamına gelemez. Yapılan şeyin iş sahibinin kullanamayacağı ve kabule icbar edilmeyecek derecede kusurlu olduğu fennen saptandığına göre, garanti süresi içerisinde ve daha sonra giderilmesi mümkün olmayan ayıp ve noksanları taşıyan eserin reddinde, yasaya aykırı bir hal bulunmamaktadır. Dava dilekçesinde “ödemmiş olduğumuz” şeklinde bedelden söz edilip, kardan mahrumiyet yanında ödenen iş bedeli geri istendiğine göre, davacının sözleşmeden döndüğü açıktır. Sözleşmeden haklı dönen davacının isteyebileceği zarar, BK.nun 108/II'deki olumsuz zararlarla sınırlıdır...” (K.İ.B.).

⁵² Çiğdem Kırca, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, **Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, S. XXII, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2006, s. 82.

⁵³ Büyükay, **a.g.e.**, s. 123; Uçar, **Ayıp**, s. 174.

⁵⁴ Öz, **Dönme**, s. 34.

⁵⁵ Uçar, **Ayıp**, s. 174-175.

⁵⁶ Buz, **Dönme**, s. 118; Öz, **Dönme**, s. 34.

⁵⁷ Buz, **Dönme**, s. 118; Uçar, **Ayıp**, s. 175.

sayıldığından dolayı, tamamıyla sözleşme dışı bir ilişki oluşturmaktadır ve tarafların iade yükümlülükleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilecektir⁵⁸.

Sözleşmeden dönme konusunda “*yeni dönme teorisi*” ise klasik teoriye farklılık arz etmektedir. Şöyle ki, bu teoriye göre sözleşme tam olarak klasik teorideki gibi geçmişe etkili sona ermemekle birlikte saf ve tam olarak ileriye etkili de sona ermemektedir⁵⁹. Bu teoriye göre, sözleşme klasik teorideki anlamıyla hiç yapılmamış gibi sayılamamakta, aksine sözleşme ilişkisinin devam ettiği kabul edilmekte ancak bu ilişkinin karşılıklı geri verme borcuna ilişkin bir tasfiye ilişkisi olarak varlığını sürdüreceği belirtilmektedir⁶⁰. Bu nedenlerden dolayı, klasik teoride dönme sonrası geri verme dahil tüm tasfiye işlemleri sözleşmenin dışındaki genel kurallara göre yapılmakta iken, yeni dönme teorisine göre bu geri verme ve tasfiye işlemleri, dönmenin sözleşmeye etkisi ve onu tasfiye ilişkisine çeviren niteliği gereği yine sözleşme ilişkisi kapsamında yapılmaktadır⁶¹. Kısacası tasfiye ne sözleşme dışı bir ilişki olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ne de yasal bir borç olarak değil, sadece tarafların rollerinin değiştiği bir sözleşme ilişkisi içinde yapılacak ve taleplere genel zamanaşımı süresi uygulanacaktır⁶². Bu görüş kapsamındaki dönme hakkı değiştirici yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilmektedir⁶³.

Kısaca “*yasal borç ilişkisi*” teorisine göre ise sözleşmeden dönme, sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir iade borcu oluşturmamakta, sözleşmeyi yasal bir borç ilişkisi haline getirmektedir⁶⁴. Burada dönmenin bozucu yenilik doğurucu olarak nitelendirildiği görülmektedir⁶⁵. Bunların dışında klasik ve yeni dönme teorileri arasında uzlaştırıcı olduğu belirtilen başka bir teoriye göre ise sözleşmede dönme anına kadarki süreç içerisinde yerine getirilmemiş olan edimler kendiliğinden sona ermiş kabul edilecek iken, dönme anına kadar yerine getirilmiş bulunan edimler ise

⁵⁸ Öz, **Dönme**, s. 34; Kırca, **a.g.e.**, s. 82; Büyükay, **a.g.e.**, s. 123; Uçar, **Ayıp**, s. 175; Buz, **Dönme**, s. 119.

⁵⁹ Uçar, **Ayıp**, s. 176.

⁶⁰ Buz, **Dönme**, s. 123; Kırca, **a.g.e.**, s. 84 vd.; Büyükay, **a.g.e.**, s. 123; Öz, **Dönme**, s. 37; Uçar, **Ayıp**, s. 176.

⁶¹ Buz, **Dönme**, s. 123; Büyükay, **a.g.e.**, s. 123.

⁶² Öz, **Dönme**, s. 38.

⁶³ Öz, **Dönme**, s. 38.

⁶⁴ Uçar, **Ayıp**, s. 176; Kırca, **a.g.e.**, s. 83; Öz, **Dönme**, s. 36; Öktem, **a.g.e.**, s. 1955.

⁶⁵ Öz, **Dönme**, s. 37.

klasik dönmedeki gibi tamamen sözleşme dışı bir ilişki içinde olmayıp, sözleşmesel bir ilişki içerisinde iadeye tabi olacaktır⁶⁶. Görüldüğü üzere uzlaştırıcı görüşte sözleşmenin ifa edilmiş olan kısmı için yeni dönme teorisindeki gibi hareket edilirken, ifa edilmemiş kısım bakımından ise klasik dönme teorisindeki gibi hareket edilmekte olup bu iki görüşün birleştirildiği anlaşılmaktadır⁶⁷.

C. Dönme Hakkının Kullanılabileceği Durumlar

Eser sözleşmelerinde arsa sahibinin eserdeki ayıp karşısında dönme hakkını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu, dönme hakkının sözleşme kapsamındaki ağır etkisi bakımından bazı özel şartlar belirlemiştir. Aşağıda TBK 475. maddede aranan bu özel durumlar üzerinde durulacaktır.

1. Yapının Arsa Sahibince Kullanılmayacak Olması

Arsa sahibinin sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanabilmesi için varlığı aranan ve varlığına dayanılabilecek durumlardan ilki yapının kullanılmayacak ölçüde ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olmasıdır⁶⁸. Bu husus TBK 475. maddede “...Eser işsahibinin kullanamayacağı ...ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa...” şeklinde belirtilmiştir. Buna göre, yüklenicinin inşa ettiği yapının kullanılamaz olması halinde arsa sahibi sözleşmeden dönebilecektir⁶⁹. Ancak buradaki kullanılmayacak olma şartı objektif olarak ve herkes

⁶⁶ Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 462.

⁶⁷ Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 462.

⁶⁸ Tandoğan, **Özel II**, s. 181; Büyükay, **a.g.e.**, s. 125; Yavuz, **İfa**, s. 431; Şahin, **a.g.e.**, s. 142; Yarg. 15. HD., 29.03.2003 T., 2003/5231 E., 2003/1725 K.: “...Ani edimli eser sözleşmelerinde ifa inşaatın teslimi ile yerine getirilir. Fakat, yüklenicinin eseri teslim etmesinden sonra teslim borcu yerini yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu alır. Bütün bu anlatılanların yasadaki dayanağı ise, BK.356 ve 360.maddeleridir. Şayet eser teslim edildikten sonra yüklenicinin kötü işçilik veya malzeme kullanımından kaynaklanan ve onun sorumluluğunu gerektiren-ki somut olayda inşaatın yıkılmış olması- bir durum ortaya çıkarsa yüklenicinin bundan da ayıba karşı tekeffül borcu sebebiyle sorumludur. Bütün bu nedenlerle eserin reddi gerekip gerekmediğini, yeterli biçimde incelenmesi gerekir. Gerçekten yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı fen ve sanat kurallarına uygun düşmeyen bir imalat ise arsa sahibi sözleşmenin feshini isteyerek BK.108.maddesine dayanıp verdiklerini geri isteyebilir. Burada davacı arsa sahibinin verdiği peşin olarak devri yapılan arsa payı tapusudur...” (K.İ.B.).

⁶⁹ Erman, **İnşaat**, s. 143; Büyükay, **a.g.e.**, s. 125; Yarg. 15. HD., 16.06.2012 T., 2012/2744 E., 2012/4812 K.: “...Yüklenicinin iş bedeline hak kazanabilmesi için sözleşme konusu işi sözleşme ve şartname hükümleri ile fen ve sanat kurallarına uygun olarak imal ve teslim etmesi gerekir. Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede

için geçerli bir kullanılamamayı değil, madde metninde de ayrıca ve açıkça belirtildiği üzere iş sahibi(arsa sahibi) için kullanılamamayı ifade etmektedir. Diğer bir deyişle, kullanılamama unsurunun her koşul ve kişi bakımından geçerli olması aranmamakta, yalnızca arsa sahibi için geçerli olacak bir kullanılamama sözleşmeden dönülebilmesi için geçerli ve yeterli olmaktadır. Madde metninin hemen başına “iş sahibinin” kelimesini ekleyen kanun koyucu bu konuda açık bir düzenlemeyle yoruma yer bırakmamıştır.

Tam önemli-az önemli ayıp ayrımı da, yukarıda da belirtildiği üzere bu noktada devreye girmektedir. Buna göre, dönme hakkının caiz olabilmesi için TBK md. 475/1’de belirtilen şartların sağlanması gerekecektir. Bu şartların sağlanmaması halinde, yapıdaki ayıp az önemli ayıp olarak değerlendirilmeye tabi tutulacak ve bunun karşısında ise arsa sahibi dönme hakkını kullanamayacaktır⁷⁰. Dolayısıyla arsa sahibinin diğer seçimlik haklarına başvurması gerekir. Bu gibi bir durumda sözleşmeden dönülmesi de ağırlığı itibariyle hakkaniyetle bağdaşmayacak bir durum olacaktır. Yine eklemek gerekir ki, yapının ayıplardan dolayı kullanılamaz olmasına rağmen bu durum basit bir şekilde giderilebilecekse dönme hakkı kullanılamayacaktır⁷¹.

Yine söz konusu maddeye bakıldığında kullanılamamanın iki farklı sebepten kaynaklanabileceği düzenlenmiştir. Bunlardan ilki yapıdaki mevcut ayıpların bu kullanılamama sonucunu ortaya çıkaracak derecede ağır nitelikte olmasıdır. Buna göre yüklenicinin inşa ettiği yapıdaki ayıplar, yapının arsa sahibi tarafından kullanılamamasına neden olacak ise sözleşmeden dönülebilir⁷². Ancak burada dikkat

kusurlu veya sözleşme şartlarına muhalif olursa iş sahibi o şeyi kabulden imtina edebilir (BK.md.360/1)...” (K.İ.B.).

⁷⁰ Büyükay, **a.g.e.**, s. 125; Yarg. 15. HD., 08.12.1981 T., 1981/1754 E., 1981/2485 K.: “...BK.nun 360. maddesi gereğince, işin kusurlu veya sözleşme şartlarına aykırı olduğu nedenleriyle eseri kabulden kaçınma [fesihi hakkı], ifa olarak teslim edilen eser ayıp ve aykırılıklardan dolayı kararlaştırılmış amaç için kullanılamaz veya başkaca iş sahibinden böyle bir eseri kullanması hakkaniyet icabı beklenemez ise caizdir (Becker, *Obligationen Reaht, II Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse*, Bern 1934, Art. 368. Açıklama Nr. 3,4; Prof. Dr. Haluk lândodan, *Borçlar Hukuku*, Cilt: 2, Ankara 1977, Sayfa 74; Doçent Dr. Özer Seliçi, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul 1978, Sayfa: 157). Ayıp ve aykırılık bu derecede önemli değilse, eseri kabulden kaçınma yerine iş sahibi ya ayıpların düzeltilmesini veya eser bedelinin indirilmesini isteyebilir...” (K.İ.B.).

⁷¹ Öz, **Dönme**, s. 106.

⁷² Öz, **İnşaat**, s. 212 vd.

edilmesi gereken ayıplı eserin kati bir şekilde kullanılamaz hale gelmesidir ki, çok büyük masraflar gerektirmeyen ve hatta kolayca giderilebilecek ayıpların varlığı halinde sözleşmeden dönme mümkün olmayacaktır⁷³. Ayrıca, basit, az masraf gerektiren ve kolayca giderilebilecek ayıplar karşısında dönme hakkının kullanılması hakkaniyet ve dürüstlük kuralları gereği de uygun düşmeyecektir⁷⁴.

Kullanılamamanın kaynaklanabileceği ikinci sebep ise yapının sözleşme hükümlerine aykırı şekilde inşa edilmiş olmasıdır⁷⁵. Bu ikinci ihtimalde esasen yapının kullanılmayacak derecede ayıplı olması ve bu yüzden sözleşmeye aykırılığı değil, yüklenicinin yapıyı sözleşmede belirtilen hususlara(tüm nitelik ve nicelikler) önemli ve ağır şekilde aykırı inşa etmesi sonucu beklenenden farklı özelliklere ve yapıya sahip bir binanın ortaya çıkması belirtilmektedir. Bu noktada belirtilmelidir ki, kullanılamazlık ve sözleşme hükümlerine aykırılık durumları, kullanım amacı unsuruyla da birlikte değerlendirilip karar vermek gerekecektir⁷⁶.

2. Arsa Sahibinin Hakkaniyet Gereği Yapıyı Kabule Zorlanamayacak Olması

Ayıptan dolayı sözleşmeden dönmeye temel olabilecek ikinci durum ise yapının hakkaniyet gereği arsa sahibi tarafından kabul edilmesinin beklenememesidir⁷⁷. Yine kullanılamamada olduğu gibi kabulün beklenememesinin de bağlandığı iki özel sebep bulunmaktadır. Bunlar yine aynı şekilde yapının önemli derecede ayıplı olması veya sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı inşa edilmiş olmasıdır⁷⁸.

⁷³ Erman, **İnşaat**, s. 143; Şahin, **a.g.e.**, s. 142; Gümüş, **Özel II**, s. 61.

⁷⁴ Serozan, **Dönme**, s. 306; Büyükay, **a.g.e.**, s. 125; Erman, **İnşaat**, s. 143 ve 145.

⁷⁵ Yarg. 14. HD., 26.03.2012 T., 2012/2363 E., 2012/4433 K.: “...Eserin ayıplı meydana getirilmesi halinde, iş sahibine bazı seçimlik yetkiler tanınmıştır. Bunlar, şayet eser iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabulü icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya sözleşme şartlarına aykırı ise iş sahibi o şeyi kabulden kaçınabilir...”(K.İ.B.).

⁷⁶ Erman, **İnşaat**, s. 143.

⁷⁷ Yavuz, **İfa**, s. 431; Öktem, **a.g.e.**, s. 1956; Yarg. 15. HD., 13.06.2012 T., 2012/2346 E., 2012/4417 K.: “...eser. iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kurallarına göre kabule zorlanamayacağı ölçüde kusurlu veya sözleşmeye önemli ölçüde aykırı olursa, iş sahibi bu eseri kabulden kaçınabilir...” (K.İ.B.).

⁷⁸ Günel, **a.g.e.**, s. 416; Yarg. 15. HD., 30.09.1993 T., 1993/2142 E., 1993/3702 K.: “...Bilirkişi raporunda binanın tasdikli projesine aykırı olarak her katta 2 daire yerine 1 daire, bodrumda dükkan

Dönme seçimlik hakkının kullanılabilmesi için dayanılabilecek bu kabulün beklenememesi seçeneği, yapının kullanılamaz olmaması halinde de geçerli olacaktır⁷⁹. Şöyle ki, yapıdaki ayıplar onarımla giderilebiliyor dahi olsa bu onarıma rıza gösterilmesi arsa sahibi tarafından kabul edilemez ve hakkaniyet gereği beklenilemez nitelikteyse, arsa sahibi dönme hakkını kullanabilecektir⁸⁰. Somut olayda bu şekilde ayıptan kaynaklanan kullanımın beklenememesi hali yukarıda da belirtildiği şekilde ayıbın ağırlık ve niteliğine bağlı olarak hakim tarafından karara bağlanacaktır ve somut olayda eserin bu haliyle kabulünün arsa sahibinden beklenemeyeceği hallerde, yaratılan değer korunması gibi bir düşünceden bahsedilemeyecek ve dönme hakkı ileri sürülebilecektir⁸¹.

Kullanımın beklenememesinin ikinci alt sebebi ise yine kullanılamazlık durumunda da olduğu gibi yüklenicinin yapıyı sözleşme hükümlerine ağır derecede aykırı inşa etmesinden kaynaklanmasıdır⁸². Burada doğal olarak akla gelen ilk durum

yerine 2 oda,1 mutfaktan oluşan mesken yapıldığı ve kolonların 30cm. yerine 25 cm. bırakıldığı belirtilmiştir. İkinci bilirkişi raporunda da bu olgular tekrarlanmış ve ancak tadilat projesi yapıldıktan sonra davacıya bodrum yerine zeminden dükkân verilebileceği bildirilmiştir. Ne var ki taraflar bu öneriyi kabul etmemiştir. Öte yandan, belediyece inşaat projeye aykırı olduğu için mühürlenmiş ve bir kısım eklentileri yıkılmıştır. Bu durumda sözleşmeye ve projeye aykırı olarak yapıldığı, iskana müsait olmadığı sabit olan ve kamu düzenine aykırılığı saptanmış binanın davacı arsa maliki tarafından kabulü istenemeyeceğinden davacı sözleşmenin feshini istemekte haklıdır. Bu nedenle mahkemece davanın reddi yolunda hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir...” (K.İ.B.).

⁷⁹ Öz, **İnşaat**, s. 213.

⁸⁰ Şahin, **a.g.e.**, s. 142; Kaplan, **Endüstri**, s. 137; Öz, **İnşaat**, s. 213.

⁸¹ Öz, **İnşaat**, s. 213; Yarg. 15. HD., 25.01.1999 T., 1998/4289 E., 1999/115 K.: “...Statiğine güven duyulmayan, sözleşmede öngörüldüğü halde ilerde yeni kat ilavesi mümkün olmayan binayı kabule iş sahibinin zorlanması nısfet kaidesine aykırıdır. Satım akdinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinde olduğu gibi bu halde iş sahibinin fesih hakkı geriye etkili olup, sözleşmenin butlan sonuçlarıyla ortadan kaldırılması gerekir. Olayda kal isteminin kabulü de bu nedenle zorunlu ve adil olan sonuçtur. Burda müteahhit, duraksamaya yer kalmaksızın ağır kusurlu, kendi çıkarı için kasıtlı tutum içindedir. Özellikle mühendislik hizmetlerinden fen ve teknik kurallardan yoksun binanın konut olarak kullanılması kimseden beklenilmeyeceğine göre "yaratılan değerlerin korunması", şeklinde bir düşüncenin de olayda yeri bulunmadığından, doğacak zarar üzerinde durulmaksızın binanın kal'ine dair istemin de kabulü gerekir. Benzer olaylarda Dairemizin örnek kararı da bu yöndedir (15.H.D. T. 12.3.1980, E.268, K.613)...” (K.İ.B.).

⁸² Yarg. 15. HD., 27.09.1995 T., 1995/2054 E., 1995/5042 K.: “...9.7.1992 günlü sözleşme uyarınca, üzerinde inşaat yapılacak arsanın imar durumunun üç kat bina yapımına müsait olduğu, mevcut halinde ise, iki kat ile çekme katın imara aykırı şekilde fazladan eklendiği, binanın projesinden daha büyük bir alana oturduğu, inşaat seviyesinin % 65'te kaldığı projenin bir yıl sonra tasdik ettirildiği, ancak temel üstü ruhsatı alınmadan kaçak şekilde işe başlandığı binaya bu haliyle, iskan ruhsatı alınmasının mümkün olmadığı 10.8.1993 günlü tesbit ve 26.5.1994 günlü bilirkişi raporları, 5.7.1993 ve 11.2.1994 günlü belediye yazıları ve mevcut projeden anlaşılmıştır.

Görüldüğü üzere, davalı yükleniciler, sözleşmedeki, arsa sahibinin alacağı üç daire dışında, ilerde kazanılabilecek herhangi bir hak isteyemeyecek hükmünden, henüz bir hak doğmadan başlangıçta

yapının sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri haiz olmamasıdır⁸³. Buna göre, tarafların sözleşmede kararlaştırdığı niteliklere ağır şekilde aykırı inşa edilmiş yapının arsa sahibi tarafından kabul edilmesi hakkaniyet gereği beklenemeyecek bir durum ortaya çıkardığı takdirde sözleşmeden dönülebilecektir⁸⁴. Ancak böyle olmayıp, her ne kadar sözleşmeye aykırı dahi olsa basit bir şekilde giderilebilecek veya kabulün somut olay bakımından hakkaniyet gereği reddedilmemesi gereken durumlarda ise dönme hakkının kullanılması mümkün olmayacaktır⁸⁵. Bu noktada da belirtmek gerekir ki, yapının kullanılamaz olup olmadığı hususunda olduğu gibi arsa sahibinin yapıyı kabule zorlanıp zorlanamayacağına da dürüstlük kuralı ve elbette ki kanundaki açık ibareden dolayı hakkaniyet de göz önünde tutularak (gerekli uzman incelemeleri, bilirkişi raporları vs... ışığında)⁸⁶ hakim tarafından karar verecektir⁸⁷.

D. Dönme Hakkının Kullanılmaması

Yüklenicinin ayıplı inşa ettiği eser karşısında iş sahibine özel şartları oluştuğunda sözleşmeden dönme hakkını veren kanun koyucu yine benzer şekilde aynı maddede dönme hakkının kullanılmasını engelleyici bir düzenleme daha yapmıştır⁸⁸. 818 sayılı kanundaki hükümde de yer alan⁸⁹, TBK md. 475/son fıkradaki paralel düzenlemede “*Eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp*

yararlanabilmek için, kötü niyetle imar mevzuatına, dolayısıyla kamu düzenine aykırı şekilde tasdikli projenin dışında oturma ruhsatı alınamayacak bir biçimde kaçak inşaat yapmışlar ve sözleşmeyi ağır kusurları ile ihlal etmişler, böylelikle, davacıların fesih hakları doğmuştur...” (K.İ.B.).

⁸³ Öz, **İnşaat**, s. 214.

⁸⁴ Büyükay, **a.g.e.**, s. 125-126.

⁸⁵ Büyükay, **a.g.e.**, s. 126.

⁸⁶ Yarg. 15. HD., 12.05.1997 T., 1997/2104 E., 1997/2491 K.: “...BK.nun 360. maddesi hükmünce yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı veya nisfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyecek derecede kusurlu ya da sözleşme şartlarına aykırı olursa iş sahibi eseri kabulden kaçınabilir. Yapılan şeyin davalı iş sahibine 22.3.1994 tarihinde tesliminden sonra, işin niteliği icabı mutad sayılacak sürede ve 3.5.1994 tarihinde, programın çalışmadığı iş sahibince davacı yükleniciye bildirilmiştir. Şu halde yanlar arasındaki uyumsuzluk eserin bedelinden değil, eserin kabul edilebilir nitelikte olup olmamasından kaynaklanmıştır. Bu bakımdan mahkemenin davanın kabulüne ilişkin gerekçesinde isabet yoktur. Öyleyse, yerinde konusunda uzman bilirkişi marifetiyle keşif yapılarak (HUMK. 284. md.) eserin kabul edilebilir nitelikte olup olmadığı veya bedelden indirim suretiyle kabulünü gerektirir bir sebep bulunup bulunmadığı saptanmalı, böylece oluşacak sonuca uygun hükme varılmalıdır...” (K.İ.B.).

⁸⁷ Büyükay, **a.g.e.**, s. 125.

⁸⁸ Başoğlu, **a.g.e.**, s. 143; Uçar, **Ayıp**, s. 179.

⁸⁹ 818 sayılı BK. md. 360/son: “...Yapılan şey iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olup da mahiyeti itibarıyla refi ve kal'ı fazla bir zararı mucip ise iş sahibi, ancak ikinci fıkra mucibince muamele yapar.”.

kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.” hükmü kaleme alınmıştır. Buna göre arsa sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönebilmesi için yapının kullanılamaz olması veya kabulün beklenememesi yetmemekte, ayrıca bu son fıkrada belirtilen şartın da sağlanması gerekmektedir⁹⁰. Görüldüğü üzere dönme hakkı oldukça ağırlaştırılmış şartlara tabi kılınmıştır⁹¹.

Bahsi geçen bu fıkra arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından incelendiği, arsa sahibinin arsası üzerinde yapılmaları nedeniyle, bu sözleşmelerin istisnasız şekilde bu fıkra hükmüne göre değerlendirileceği açıktır. Bu fıkraya göre, arsa sahibinin arsası üzerine inşa edilen bu yapı ayıplı ise ve arsa sahibi sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanmak istiyor ise yapının sökülüp kaldırılmasının aşırı bir masrafa yol açmayacak olması gerekmektedir⁹². Burada aşırı zarara ilişkin ölçüt olarak ise yapının ayıplı haliyle ve arsa ile birlikteki değeri ile arsadan kaldırılması halinde arsanın tek başına değeri arasındaki farkın değerlendirildiği belirtilmektedir⁹³. Ancak, yine aynı maddede yer alan kullanılamama veya kabule zorlanamama ölçütleri gerçekleşmediği takdirde bu son fıkra hükmüne de gerek kalmayacak ve arsa sahibinin dönme hakkını kullanamayacağı sonucu ortaya çıkacaktır⁹⁴.

Arsa sahibi, bu fıkra hükmünden dolayı dönme hakkını kullanamadığı durumlarda, tazminat hakkı ayrıca saklı olmak üzere bedel indirimi veya yapının onarımını isteme haklarından birini kullanabilecektir⁹⁵. Bahsi geçen diğer iki seçimlik hakkın tercih edilmesi durumu kanun koyucu tarafından BK 360/2’de açıkça belirtilmiş iken TBK 475’de ayrıca belirtmeye gerek görülmemiştir.

⁹⁰ Şahin, **a.g.e.**, s. 143; Aydoğdu/Kahveci, **a.g.e.**, s. 668.

⁹¹ Öz, **İnşaat**, s. 215.

⁹² Erman, **İnşaat**, s. 145; Bu kısıtlamanın somut olayda hakkaniyetle bağdaşmayacak sonuçlara neden olabileceği yönünde bkz.: Abdülkadir Arpacı, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 475. Maddesinin Son Fıkrası Açısından Yüklenicinin Teslim Ettiği Eserin Ayıplı Olması Sorunu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s. 574.

⁹³ Öz, **İnşaat**, s. 215;

⁹⁴ Erman, **İnşaat**, s. 145.

⁹⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s. 53; Uçar, **Ayıp**, s. 179; Öz, **İnşaat**, s. 215; Erman, **İnşaat**, s. 145.

Belirtildiği gibi, sökülüp kaldırılmanın ortaya çıkaracağı zarar bakımından öğretide ve uygulamada, bu ayıplı yapının arsa ile birlikteki değeri ile arsanın tek başına olan değeri arasındaki fark ölçüt olarak değerlendirilmekle birlikte⁹⁶, yine elbette hükmün içeriği gereği somut olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi yapılacak ve yapıdaki ayıpların dönmeye engel teşkil edip etmediğini hakim takdir edecektir⁹⁷.

Bu noktada önemle belirtilmelidir ki, her ne kadar sökülüp kaldırma işlemi aşırı bir zarara neden olacak ise de somut olayda yapıdaki ayıplar yapının kullanımına tamamen engel teşkil ediyorsa, yapıyı arsa sahibi için değersiz kılacak ölçüdeyse veya tehlikeli bir durum yaratıyor ise arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkının daha faydalı ve ağır bastığının kabulü ile sözleşmeden dönebileceği belirtilmektedir⁹⁸. Deprem bölgesinde deprem yönetmeliğine aykırı bir şekilde inşa edilmiş olan binanın durumu buna örnek olarak gösterilebilecektir ve bu gibi örneklerde dönmeye izin verilmelidir⁹⁹. Zira, aksinin kabul edilmesi hem somut olay adaletine hem de imar hukuku kurallarına aykırılık teşkil edecektir¹⁰⁰.

⁹⁶ Öz, **İnşaat**, s. 215; Uçar, **Ayıp**, s. 180.

⁹⁷ Uçar, **Ayıp**, s. 180; Erman, **İnşaat**, s. 145; Şahin, **a.g.e.**, s. 144; Yavuz, **Yenilikler**, s. 706.

⁹⁸ Erman, **İnşaat**, s. 146.

⁹⁹ Öz, **İnşaat**, s. 216; Ayrıca örnek için bkz. Yarg. 15. HD., 04.03.1996 T., 1996/424 E., 1996/1062 K.: "...Sözleşmede, binanın bir bodrum bir zemin ve dört normal kat yapılması kararlaştırılmıştır. Oysa, binanın iki bodrum, bir zemin ve beş normal kat yapıldığı saptanmıştır. Birinci bodrumda olması gereken ortak yerler ile dükkana ait depo ikinci bodruma kaydırılmış, bunlara ait alan katılarak ve bahçeye taşınarak kazanılan alanda tek bir bağımsız bölüm yapılmıştır. Beşinci katta ise dördüncü kat dairelerine ait piyeslerin tam kata iblağı suretiyle dört daire elde edilmiştir. Davada, diğer istemler yanında, onaylı projeye aykırı olarak yapılan -bodrumda bahçeye taşınan, beşinci katta piyesleri tam kata iblağı suretiyle kazanılan alanlardaki inşaatın kal'i suretiyle müdahalenin men'i ile birinci bodrumda projede bulunan ortak bölümlerin davalıya ait dükkana katılmasından ötürü tazminat istenilmiştir. Kal'i istenen bölümlerin proje dışı ve ruhsatsız yapıldığı idari mercice verilen yıkım kararıyla sabittir. Bu husus kamu düzeni ile bağdaşmadığı gibi, aynı zamanda eserde hukuki ayıp teşkil eder. Davacının tazminat isteği proje dışı yapılan bu kısımlarla ilgili olmadığından, mahkemeye kal' isteminin reddine karar verilmesi isabetli olmamıştır..." (K.İ.B.).

¹⁰⁰ Ayr. Bkz.: İK md. 39: "Bir kısmı veya tamamının yıkılacak derecede tehlikeli olduğu belediye veya valilik tarafından tespit edilen yapıların sahiplerine tehlike derecesine göre bunun izalesi için belediye veya valilikçe on gün içinde tebligat yapılır. Yapı sahibinin bulunmaması halinde binanın içindekilere tebligat yapılır. Onlar da bulunmazsa tebligat varakası tebliğ yerine kaim olmak üzere tehlikeli yapıya asılır ve keyfiyet muhtarla birlikte bir zabıtla tespit edilir. Tebligatı müteakip süresi içinde yapı sahibi tarafından tamir edilerek veya yıktırılarak tehlike ortadan kaldırılmazsa bu işler belediye veya valilikçe yapılır ve masrafı % 20 fazlası ile yapı sahibinden tahsil edilir.

İspat açısından değerlendirecek olursak, yapının kullanılamazlığını ve kabule zorlanılamayacağını ispatlaması gereken arsa sahibi iken, son fıkradaki durumun somut olayda var olduğu dolayısıyla da sökülüp kaldırmanın aşırı zarara neden olacağından bahisle dönme hakkının kullanılamayacağını ispatı ise yükleniciye aittir¹⁰¹.

III. Bedelin İndirilmesini Talep Hakkı

A. Genel Olarak

Ayıplı yapı karşısında arsa sahibinin ileri sürebileceği diğer bir hakkı ise bedelin indirilmesini talep hakkıdır¹⁰². 818 sayılı kanun md. 360/2’de uzun bir biçimde “İşin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiatı tenzil...” şeklinde kaleme alınmış olan bu seçimlik hak 6098 sayılı kanunda 475. maddede “Eseri alıkoyup ayıp oranında indirim isteme.” şeklinde düzenlenmiştir.

Yapıdaki ayıpların arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmeyi haklı gösterecek nitelikte olmadığı durumlarda arsa sahibi bedelin indirilmesi seçimlik hakkını talep edebilecektir¹⁰³. Diğer bir deyişle, yapıdaki ayıpların binayı arsa sahibi

Alakalının fakruhali tevsik olunursa masraf belediye veya valilikçe bütçesinden karşılanır. Tehlike durumu o yapı ve civarının boşaltılmasını icabettiriyorsa mahkeme kararına lüzum kalmaksızın zabta marifetiyle derhal tahliye ettirilir.”

¹⁰¹ Erman, **İnşaat**, s. 146; Öz, **İnşaat**, s. 216.

¹⁰² Erman, **İnşaat**, s. 147; Başoğlu, **a.g.e.**, s. 144; Şahin, **a.g.e.**, s. 147; Yarg. 15. HD. 24.04.2000 T., 1999/4706 E., 2000/1964 K.: “...Noksan ve ayıplar, ister işin fiziki oranında, ister amacına uygun kapasite ve kalitede olmamasından doğsun, iş sahibinin BK.nun 360. maddesi uyarınca bedelden tenkise hakkı vardır...” (K.İ.B.).

¹⁰³ Erman, **İnşaat**, s. 147; Uçar, **Ayıp**, s. 185; Yarg. 15. HD., 30.06.1994 T., 1994/5728 E., 1994/4463 K.: “...Davalıların arsaları üzerine inşaat yapıldığına göre BK.nun 360.maddenin 2. fıkrası gereğince işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması, iş sahibinin eseri kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabul edilemeyeceği derecede ehemmiyeti haiz değilse, iş sahibi yapılan işi reddetmeyip, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiyatının tenzilini, eğer o işin ıslahı çok büyük masrafı gerektirmiyorsa yükleniciyi onarıma mecbur edilebilir. Gerek, tespit bilirkişisi ve gerekse mahkemece alınan bilirkişi raporlarında, eserde eksik ve kusurlu işler bulunduğu, ancak bu eksiklik ve kusurlu işlerin işin reddini gerektirecek nitelikte olmayıp eksiklikler bedeli ve nefaset farkı verilmesini gerektirdiği hususu saptanmıştır. Öte yandan somut olayda ayrıca, davalı arsa malikleri; inşaatın devamı sırasında yapılan işleri gördükleri ve ihtarnameler çektikleri halde, sözleşmeyi feshetmeyerek, inşaatın bitirilip iskan ruhsatı alınmasına karşı çıkmadıkları için bu aşamadan sonra eseri kabul etmekten kaçınamazlar (BK. m. 358). Gerek kusurlu ve gerekse eksik işlerin niteliği ve derecesi yönünden tesbit raporuyla, mahkemece alınan bilirkişi raporunda farklılıklar bulunmaktadır. O halde mahkemece yapılacak iş; yeniden oluşturulacak bilirkişi heyetinden rapor olunarak, eksik ve kusurlu

için kullanılmayacak derecede etkilemediği veya yapıyı arsa sahibi tarafından kabulü beklenemeyecek duruma getirmedeği hallerde ve dönme için aranan özel şartlar gerçekleşmiş olduğu varsayımında ise yapının sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara neden olacağı hallerde arsa sahibi yükleniciye karşı bedelin indirilmesi seçimlik hakkını kullanabilecektir¹⁰⁴. Ancak yine belirtmek gerekir ki yalnızca dönme hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı hallerde değil, dönme hakkının kullanılmasının somut olay bakımından haklı sayılabileceği durumlarda da arsa sahibi bedelin indirimi seçimlik hakkını kullanabilecektir¹⁰⁵. Mantıksal açıdan bakıldığından da ayıp durumundan esas etkilenen ve dönme hakkına da sahip olan taraf olan arsa sahibinin, bedel indirimi hakkını seçmesi karşısında ve dönme hakkının sözleşmeye en ağır müdahale olduğu da düşünüldüğünde, yüklenicinin de bu bedel indirimi seçeneğinin seçilmesini arzu edeceği sonuca aşikardır.

Bedelin indirilmesini talep hakkı da tıpkı dönme hakkında olduğu gibi tek taraflı irade beyanıyla kullanılır¹⁰⁶. Dolayısıyla bir kabule ihtiyaç duymaz. Bedelin indirilmesini talep hakkı yenilik doğurucu bir haktır ve bu hak bedelin indirilmesine ilişkin beyanın yükleniciye ulaşmasıyla etkisini doğurur¹⁰⁷. Diğer seçimlik haklar bakımından da belirtildiği gibi arsa sahibi bu hakkını kullanmakla birlikte kural olarak geri dönüşü olmayacak şekilde diğer seçimlik haklarından vazgeçmiş sayılacak ve bundan sonra diğer seçimlik haklarını kullanamayacaktır¹⁰⁸. Fakat arsa sahibinin irade sakatlığına dayanması durumunda veya yine dönme hakkında da belirtildiği üzere tarafların aralarında anlaşıp bedelin indirilmesi hakkının

işlerin, teslim için kararlaştırılan 11.6.1992 tarihindeki piyasa rayiçlerine göre parasal tutarı saptanarak, bu miktarın davacı tarafından arsa sahiplerine ödenmesi koşuluyla yükleniciye düşen bağımsız bölümlerle onlara isabet ederecek arsa payları toplamının davacı yüklenici adına tapuya tesciline ve ayrıca kat mülkiyeti kurmakta muhtariyetlerine biçiminde, birlikte ifaya karar verilmesi olmalıdır...” (K.İ.B.).

¹⁰⁴ Tandoğan, **Özel II**, s. 186; Yarg. 15. HD., 01.03.1999 T., 1998/5274 E., 1999/721 K.: “...yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidelerine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu ve sözleşmeye aykırı ise iş sahibi eseri kabulden kaçınabilir, ya da işin kusurlu olması yukarı bir derecede önemli değil ise, bedelin tenzilini isteyebilir. O halde bilirkişilerden ek rapor alınarak yapılan şeyin fen ve sanat kurallarına göre iş sahibinin red edip etmiyeceği düzeyde olup olmadığı, kabulden kaçınılamayacak düzeyde ise mevcut hali ile bedelin tenkisi gerekip gerekmeyeceği, gerekiyorsa bunun parasal tutarı incelettirilip, hesaplattırılmalı böylece sonucuna uygun bir hükme varılmalıdır...” (K.İ.B.).

¹⁰⁵ Erman, **İnşaat**, s. 147.

¹⁰⁶ Tandoğan, **Özel II**, s. 187; Büyükay, **a.g.e.**, s. 131; Uçar, **Ayıp**, s. 186.

¹⁰⁷ Baygın, **a.g.e.**, s. 232; Büyükay, **a.g.e.**, s. 131; Erman, **İnşaat**, s. 147; Uçar, **Ayıp**, s. 186.

¹⁰⁸ Yener, **a.g.e.**, s. 168; Erman, **İnşaat**, s. 147.

kullanılmamış olduğu ya da geri alınıp başka bir seçimlik hakkın kullanılacağına ilişkin anlaşma yapmaları hallerinde ise arsa sahibi başka bir seçimlik hakkını seçebilecektir¹⁰⁹.

Yine dönme hakkı bahsinde de belirtilenlere paralel şekilde bedelin indirilmesi hakkının kullanılması da herhangi bir şekil şartına tabi kılınmamış olup bu husustaki irade beyanı da açık veya örtülü şekilde kullanılabilir¹¹⁰. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin yapısı ve iktisadi bakımdan ölçek ve önemi göz önüne alındığında bu hakkın da kuvvetli vasıtalarla ileri sürülüp kullanılması ispat bakımından fayda olacaktır.

Diğer taraftan belirtilmelidir ki, her ne kadar dönme hakkındaki gibi bedelden indirim hakkı da herhangi bir şekle tabi olmadan ileri sürülebiliyor olsa da her iki tarafın tacir olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından bir fark bulunmaktadır. Şöyle ki, her iki tarafın Türk Ticaret Kanunu'na göre tacir olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde TTK md. 18/3 dolayısıyla dönme hakkının kullanılması için irade beyanının noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imzalı e-posta ile yapılması gerekmektedir birlikte bedel indirimi hakkının kullanılabilmesi hususunda kanunda bir kısıtlama veya zorunluluk bulunmamaktadır¹¹¹. Dolayısıyla dönme hakkından farklı olarak bedelin indirilmesi hakkı tacirler arasında da serbestçe kullanılabilir¹¹².

Eser sözleşmelerindeki bedelin indirimine ilişkin hükmün para olarak belirlenen ücrete ilişkin olduğu ve bu nedenle de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulanamayacağına yönelik görüşe¹¹³ karşılık, bedelin indirilmesine ilişkin seçimlik hakkın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de

¹⁰⁹ Erman, **İnşaat**, s. 147, dn. 102.

¹¹⁰ Uçar, **Ayıp**, s. 186; Erman, **İnşaat**, s. 148.

¹¹¹ TTK md. 18/3'e göre "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". Görüldüğü üzere, belirli vasıtaların kabul edilmiş olduğu durumlar temerrüde düşürme, sözleşmeyi fesih ve dönme olarak tek tek sayılmıştır. Bu bakımdan bedelin indirimi bu hükme tabi olmayacaktır.

¹¹² Erman, **İnşaat**, s. 148-149.

¹¹³ Bkz.: Seliçi, **İnşaat**, s. 170.

uygulanabileceği ve ayıp halinde ortaya değer düşüklüğü oranında yükleniciye ait olacak olan arsa paylarının indirilebileceği de belirtilmektedir¹¹⁴.

Değindiği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin yapının inşa ve teslimine ilişkin eser sözleşmesi kaynaklı borcunun karşılığını arsa sahibinin taşınmaz satışı kaynaklı arsa paylarının mülkiyetini devri borcu oluşturmaktadır. Bu nedenle bedelin indirilmesi hakkı kullanıldığında ortaya çıkan değer düşüklüğüyle orantılı olarak yapılacak bedel indirimini ise arsa sahibinin yükleniciye devredeceği bu arsa payları üzerinde yapılacaktır¹¹⁵. Dolayısıyla ayıp oranında yapılacak indirim sonucu yükleniciye düşeceği kararlaştırılmış olan bağımsız bölüm sayısı azalmış olacaktır.

Diğer taraftan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin yapısı ve işin niteliği gereği ayıp karşısında yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlerin azaltılması (yani 6 yerine 3 daireye hak kazanmış sayılması gibi) her zaman tam sayısal olarak mümkün olmayacaktır. Bu gibi durumlarda ayıbın ortaya çıkardığı değer eksikliğine göre, bir kısım bağımsız bölümlerin mülkiyeti yükleniciye devredilmeyip arsa sahibinde kalırken, artan ve bir tam bağımsız bölümün değerini teşkil edemeyen bedel için ise birlikte mülkiyet (paydaşlık) kurulması yoluna gidilmesi ve bu şekilde bir çözüm bulunması gerektiği belirtilmektedir¹¹⁶.

Arsa sahibi bedelin indirilmesi seçimlik hakkını kullandığı takdirde yükleniciye mülkiyetini devretmekle yükümlü olduğu arsa payı oranı, ayıbın

¹¹⁴ Bkz.: Erman, **İnşaat**, s. 149; Öz, **İnşaat**, s. 205; Yarg. 15. HD., 30.06.1994 T., 1994/5728 E., 1994/4463 K.: "...Taraflar arasındaki 13.6.1990 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi, karşılıklı edimleri içeren bir sözleşmedir. Davacı yüklenici, sözleşmeden doğan edimlerini tam ve kusursuz olarak yerine getirmesi halinde, kendisine düşen bağımsız bölümlerini ve bunlara isabet eden pay tapusunun verilmesini isteyebilir. Ancak, davalı arsa malikleri tarafından, eksik ve kusurlu işler yönünden, dava açmalarına gerek olmadan itiraz niteliğinde olan mahsup istekleri yargılamanın her sahasında ileri sürülebilir ve hakim bu konuyu re'sen gözönünde bulundurması gerekir (HGK.'nun 7.6.1974 tarih, 1970/2737-658 sayılı kararı). Davalıların arsaları üzerine inşaat yapıldığına göre BK.nun 360.maddenin 2. fıkrası gereğince işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması, iş sahibinin eseri kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabul edilemeyeceği derecede ehemmiyeti haiz değilse, iş sahibi yapılan işi reddetmeyip, işin kıymetinin noksanı nisbetinde fiyatının tenzilini, eğer o işin islahı çok büyük masrafi gerektirmiyorsa yükleniciyi onarımına mecbur edilebilir..." (K.İ.B.).

¹¹⁵ Erman, **İnşaat**, s. 149; Öz, **İnşaat**, s. 205.

¹¹⁶ Öz, **İnşaat**, s. 205.

yarattığı değer kaybıyla orantılı olarak azalmış olacaktır¹¹⁷. Bu durumda arsa sahibi tarafından ifa edilmemiş olan bedel borcunun azalan kısmı, yüklenicinin talebine karşılık borçlu olunmadığı gerekçesiyle reddedilecektir¹¹⁸. Eğer arsa sahibi, yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin türüne göre henüz başlangıçta veya yüklenici yapıyı bitirdikten sonra mülkiyetini devretmekle, borçlu olduğu tüm arsa paylarını yükleniciye devretmişse, bu sefer de yine ayıp oranında devredilen payların iadesi talep edilecektir¹¹⁹.

Arsa sahibi tarafından önceden ifa edilmiş olup bedel indirimi hakkının kullanılması nedeniyle doğan bu iade borcu ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanmamaktadır ve fazla ifa edilmiş olan kısımların yine bu sözleşmeden kaynaklanan iade borcu kapsamında talep edilmesi gerekmektedir¹²⁰. Bu nedenle de arsa sahibinin, yüklenicinin iade borcuna dayalı alacak hakkının, TBK md. 147¹²¹ kapsamında olduğu ve bu yüzden arsa sahibinin bedel indirimi hakkını seçtiği tarihten itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu belirtilmektedir¹²².

Diğer taraftan ayıplı teslim edilmiş yapının her ne kadar azalmış dahi olsa bu haliyle de belli bir miktar değerinin olması gerekmekte olup, hiç değer olmadığı hallerde dönme hakkının tercih edilmesi gerekmektedir¹²³. Buna paralel olarak da ayıp nedeniyle indirim yapılacak olan bedelin yapının kendi değerini de geçmemesi gerekir ve bu nedenle de bedelden yapılacak olan indirim esas ücreti aşamaz¹²⁴.

¹¹⁷ Öz, **İnşaat**, s. 204.

¹¹⁸ Uçar, **Ayıp**, s. 186.

¹¹⁹ Öz, **İnşaat**, s. 204; Uçar, **Ayıp**, s. 186.

¹²⁰ Öz, **İnşaat**, s. 204; Uçar, **Ayıp**, s. 186.

¹²¹ Bkz. 5 yıllık zamanaşımına tabi alacakların sayıldığı TBK md. 147/6. bent uyarınca : “*Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar.*”.

¹²² Öz, **İnşaat**, s. 204.

¹²³ Başoğlu, **a.g.e.**, s. 144; Şenocak, **a.g.e.**, s. 58; Büyükay, **a.g.e.**, s. 131; Şahin, **a.g.e.**, s. 148; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 463; Uçar, **Ayıp**, s. 187.

¹²⁴ Büyükay, **a.g.e.**, s. 131; Günel, **a.g.e.**, s. 419; Uçar, **Ayıp**, s. 187; Yarg. 14. HD., 26.03.2012 T., 2012/2363 E., 2012/4433 K.: “*...Eserin ayıplı meydana getirilmesi halinde, iş sahibine bazı seçimlik yetkiler tanımlanmıştır. Bunlar, şayet eser iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabulü icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya sözleşme şartlarına aykırı ise iş sahibi o şeyi kabulden kaçınabilir. İşin kusurlu olmakla birlikte eserdeki ayıplar önemli derecede ehemmiyet taşımamakta ise iş sahibi eserin bedelinden kusura orantılı bir miktar indirim talebinde bulunabilir veya eserdeki ayıpların giderilmesi büyük bir masrafa gerektirmiyorsa iş sahibi o şeyin tamirini yükleniciden*

Ayıplı yapının hiçbir değer içermediği durumlarda olduğu gibi indirimde iade edilmesi gereken bedelin yapının kendi değerine eşit olduğu hallerde de bedel indirimi hakkının kullanılmasının faydasız olacağı ve bu nedenle de dönme hakkının tercih edilmesi gerektiği belirtilebilir¹²⁵. Bu durum satış sözleşmesinde alıcının seçimlik haklarının düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu'nun 227. maddesine dayandırılmaktadır¹²⁶. Satış sözleşmesinde alıcının seçimlik haklarını düzenleyen ve bedelden indirim hakkını sınırlayan söz konusu 227. maddenin son fıkrasındaki düzenleme “*Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir.*” şeklindedir¹²⁷.

Diğer taraftan yapının değeri açısından belirlenmiş olan ölçüt olarak, yapının arsa sahibi için değeri olan subjektif kriter değil, normal şartlardaki piyasa değeri bakımından ortaya çıkmış olan değer kaybının esas alınması gerekmektedir¹²⁸. Böylece, somut olayda objektif bakımdan bir değer kaybına uğratmayıp, sadece sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanmış olan hallerde, bedel indiriminde kullanılacak olan değer kaybı bulunmadığı için, arsa sahibinin bedelin indirilmesi seçimlik hakkını kullanması uygun olmayacağından, (ve tabi ki sözleşmeden dönmenin şartlarının da oluşmadığı hallerde ve varsayımında) ücretsiz onarım isteme hakkının kullanılması gerektiği ifade edilebilir¹²⁹.

B. İndirilecek Bedelin Hesaplanması

Bedelin indirimi bakımında üzerinde durulması gereken diğer bir durum ise bedel indiriminin hangi usul ve esaslar üzerinden değerlendirilip uygulanacağıdır. Bu bakımdan, bedel indiriminin yapılacağı oran ve bedel indirimine esas oluşturacak ayıp oranının değerlendirilmesi ayrı bir öneme sahiptir. Aşağıda kısaca bu

isteyebilir. İş kusurlu ve eserdeki ayıplar önemli derecede ehemmiyetli olduğundan, artık reddi gereken eser sebebiyle eser bedelinden kusura orantılı bir indirim yapma olanağı yoktur...” (K.İ.B.).

¹²⁵ Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 463; Uçar, **Ayıp**, s. 188-189.

¹²⁶ Uçar, **Ayıp**, s. 188; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 463.

¹²⁷ Bahsi geçen hüküm 818 sayılı BK. md. 202/son'da “*Kıymetinin noksanı mebiin semenine müsavi ise müşteri ancak bey'in feshini talep edebilir*” şeklinde idi.

¹²⁸ Erman, **İnşaat**, s. 150.

¹²⁹ Öz, **İnşaat**, s. 205-206.

yöntemlerden bahsedilecek ve ayıp oranında indirimin hesaplanma usulü hakkında bilgi verilecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türk hukuk sistemimizde bedel indirimi hakkı düzenlenmiş olmakla birlikte, bu indirimin hangi usul ve esaslara göre yapılacağı konusunda bir düzenleme kanunda yer almamaktadır¹³⁰. Bu nedenle, uygulamadaki somut olaylar bakımından farklı hesaplama yöntemlerine rastlamak mümkündür. Bunlara kısaca değinecek olursak;

Bu yöntemlerden biri ve en az kullanılanı olduğu belirtilen mutlak indirim yöntemine göre, yapının ayıplı halinin değeriyle ayıpsız olarak inşa edilmiş olsaydı sahip olacağı değer arasındaki fark bulunup, bedelden indirilmesi söz konusudur¹³¹. Bu yöntemle göre, yapının ayıpsız inşa edilmiş olsaydı değeri 450.000 TL ve mevcut durumda ise ayıplı yapının değeri 350.000 TL olarak hesaplanmışsa, aradaki fark olan 100.000 TL ifa edilmesi gereken bedel olan 300.000'den indirilecek ve ödenmesi gereken bedel olarak 200.000 TL hesaplanacak ve son olarak da bu bedel bağımsız bölümlerin değerine göre yukarıda belirtildiği şekilde uyarlanacaktır.

Yine Türk uygulamasında bilirkişilerin kullandığı belirtilen ve maliyete göre hesaplama olarak adlandırılan yöntemle göre, bir yandan yapının tamamlanması için harcanmış olan malzeme ve işçilik dahil giderler maliyet olarak toplanıp bir kenarda tutulmakta, diğer tarafta da yapıdaki ayıbın onarılması için gereken giderler toplanmakta ve en sonunda bu kalemler birbirlerine bölünüp, yapının bedeli bu çıkan oranla çarpıldığında çıkan bedel kadar indirim yapılmaktadır¹³². Örnek vermek gerekirse, toplam maliyeti 300.000 TL ve ayıpların giderilmesi için 100.000 TL masraf yapılması gereken bina için indirim oranı $100.000/300.000$ şeklinde yani $1/3$ olacak şekilde hesaplanacaktır. Sonrasında ise yapının bedeli olarak belirlenmiş olan 450.000 TL ile oranlama yapılacak ve $450.000/3=150.000$ TL formülüyle çıkan

¹³⁰ Uçar, **Ayıp**, s. 190.

¹³¹ Öz, **Mevzuat**, s. 178; Öz, **İnşaat**, s. 206.

¹³² Öz, **İnşaat**, s. 206-207.

sonuç indirimine tabi tutulacaktır. Bu yöntemin aşağıda açıklanacak olan tazminat ve nisbi indirim yöntemlerinin bir karması gibi olduğu belirtilmektedir¹³³.

Diğer taraftan Yargıtay'ın da uyguladığı bir yöntem olan tazminat yöntemi de bulunmaktadır. Bu yöntemde ayıplı teslim edilmiş olan yapının onarılması gereken masraflar hesaplanmakta ve ortaya çıkan bu toplam bedel yapının bedelinden düşülmektedir¹³⁴. Bu masraflar içerisinde ayıbın giderilmesi için gereken malzeme, işçilik dahil tüm giderler yer almaktadır¹³⁵. Ancak görüldüğü üzere, bu yöntemin uygulanabilir olması için yapının onarılmasının mümkün olması gerekmekte olup, bu mümkün olmadığı takdirde aşağıda açıklanacak olan nisbi yöntemin uygulanması yoluna gidilmesi gerekmektedir¹³⁶. Tazminat yöntemine örnek vermek gerekirse; inşaattaki ayıbın giderilmesi için yapılması gerekli masrafların 40.000 TL olduğu ve ödenmesi gereken bedelin de 350.000 TL olarak belirlenmiş olduğu varsayımında aradaki fark $350.000-40.000=310.000$ TL şeklinde hesaplanarak yeni bedel indirimli şekilde hesaplanmış olacaktır. Uygulamada bu yöntemle ilişkin bilirkişilerin “*nefaset farkı*” olarak tanımlama yaptıkları belirtilmektedir¹³⁷.

Son olarak, doktrinde ayıbın indirilmesi yöntemleri arasında en çok kabul gören yöntem ise nisbi(oransal) indirim yöntemidir¹³⁸. Nisbi indirim yöntemi olarak adlandırılan bu yöntemle göre inşa edilmiş yapının ayıpsız olsaydı edeceği değer ile mevcut ayıplı haliyle edeceği piyasa değeri arasında orantı kurulmakta olup, yapının bedeli bulunan bu oranla çarpılmakta ve ortaya çıkan sonuç yapının indirim yapılmış haliyle olan yeni bedelini teşkil etmektedir¹³⁹. Örnekle açıklamak gerekirse, yapının

¹³³ Öz, **İnşaat**, s. 207; Öz, **Mevzuat**, s. 179.

¹³⁴ Erman, **İnşaat**, s. 150-151; Büyükay, **a.g.e.**, s. 132; Öz, **İnşaat**, s. 206; Öz, **Mevzuat**, s. 178.

¹³⁵ Öz, **İnşaat**, s. 206.

¹³⁶ Erman, **İnşaat**, s. 151.

¹³⁷ Öz, **İnşaat**, s. 206.; Nefaset kelimesinin nesafet olması gerektiği ve yanlış kullanıldığına ilişkin bkz. Büyükay, **a.g.e.**, s. 132, dn. 335.

¹³⁸ Erman, **İnşaat**, s. 150; Öz, **İnşaat**, s. 206; Büyükay, **a.g.e.**, s. 131; Aydoğdu/Kahveci, **a.g.e.**, 669; Uçar, **Ayıp**, s. 190; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 462; Yener, **a.g.e.**, s. 169.

¹³⁹ Tandoğan, **Özel II**, s. 191; Şenocak, **a.g.e.**, s. 62; Aral/Ayrancı, **Borçlar**, s. 362; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 462; Öz, **İnşaat**, s. 206; Büyükay, **a.g.e.**, s. 131; Erman, **İnşaat**, s. 150; Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 132; Karadaş, **a.g.e.**, s. 222; Yarg. 15. HD., 23.10.1976 T., 1976/1644 E., 1976/3316 K.: “...Yapılan soruşturma ve toplanan kanıtlar ve özellikle bilirkişi raporu ile davalı üstencinin, yanlar arasında kurulan eser sözleşmesiyle yüklendiği edimi gereği gibi yerine getirmediği, ipliklerin bozuk (ayıplı) bulunduğu, karşılaştırılan nitelikten ayrımlı olarak yapıldığı saptanmıştır. Bu durumda, iş sahibi

ayıpsız olarak inşa ve teslim edilmiş olması halinde piyasa değeri 500.000 TL olacak idiye ve yapının somut olaydaki ayıplı haliyle mevcut piyasa değeri 250.000 TL olduğu varsayımında öncelikle bu iki değer birbirine oranlanacaktır. Buna göre indirimde uygulanacak oran $250.000/500.000=1/2$ hesaplamasıyla bulunacak oran olan $1/2$ 'dir. Daha sonra inşaatın arsa sahibinin bedel ödeme borcunun karşılığı olan bedel hesaplanır. Bu bedelin örneğin 4 daire = 400.000 TL olduğu durumda bu bedel yukarıda bulunmuş olan $1/2$ 'lik oran ile çarpılacak ve ortaya çıkacak sonuç olan 200.000 TL yapının yeni bedelini oluşturacaktır. Elbette belirtmek gerekir ki bu bedel indirim hesabında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine uygun şekilde ve yukarıda değinildiği şekilde taraflarının karşılıklı edimlerine uygun biçimde uygulanacaktır. Dolayısıyla, indirimde tabi olacak bedel bir bağımsız bölüm değerine denk olduğu durumda indirim bağımsız bölüm üzerinden yapılacak iken, bu bedele denk olmayan durumlarda (aşma halinde aşan miktar gibi) ise para ile giderim yapılmak gerekecektir¹⁴⁰.

Uygulamada ve öğretilerde sayılan ve uygulanan bedelden indirim yöntemleri bunlar olmakla birlikte, indirim hususunda akla gelen bir diğer soru ise indirimde esas olacak değerlerin hangi zamana göre hesaplanacağıdır. Somut olayda ayıplı inşaatın değeri zaman içerisinde artacağı gibi azalabilecektir ve bu yüzden değerlendirmenin

davacının BK. md. 360/11'e dayanarak eser parasından (ücretinden) indirimde ilişkin olarak, yasa hükmünde kendisine tanınan seçimlik hakkını kullanması ve dava açması, doğrudur. Ne var ki, ücretin indirilmesi konusundaki ilkelerin satımdakilerle özdeş bulunması nedeniyle satım parasının indirilmesi hakkındaki esasların uygulanması ve böylece sonuca ulaşılması gerekir. Kökleşen yargısal inançlarla da (Örneğin 3. HD. 29.11.1966 T. 7843 E. 7506 K.; 9.10.1962 T. 7285 E. 7573 K.; 9.3.1963 T. 131 E. 1926 K. sayılı ilamları) satım parasının indirilmesinde değer eksikliğinin orantılı bir hesap tarzına göre belirleneceği kabul edilmiştir. Öğretilerde (doktrinde) de desteklenen (Oser/Schönenberger, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Akdin Muhtelif Nevileri, Fasikül I, Çeviren: Prof. Fikret Arık, 1966, Sh. 116/117; Prof. Dr. F. Necmettin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, 1970, Sh. 218; Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, 1974, Sh. 119; Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I, 1974, Sh. 140) bu düşünceye göre, burada, uygulanması gereken yöntem "nisbi metod" diye nitelenir. Öyleyse, bu yöntem uyarınca, eser sözleşmesinin kurulması anında, nesnenin (şeyin) ayıpsız olarak ya da vaad edilen niteliklerle taşıyacağı değer ile gerçekte bulunduğu (bozuk) durumda taşıdığı değer arasındaki orana göre, eser ücretinden indirilmesi gereken tutar bulunmalıdır. Oysa, yerel mahkemenin hükme dayanak aldığı bilirkişi raporunda, eser ücretinden indirilmesi öngörülen tutar belirlenirken, bu yönteme uyulmadığı saptanmıştır. Durum böyle olunca yukarıda açıklanan doğrultuda yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmalı ve ilkin, yanlar arasında kurulan eser sözleşmesinin konusu nesnenin (şeyin) ayıpsız objektif değeri ve sonra ayıplı objektif değeri belirlenmeli ve "nisbi metod" uygulanarak eser ücretinden indirilmesi gereken tutar, böylece bilirkişiler tarafından ortaya konulmalıdır..." (K.İ.B.).

¹⁴⁰ Baygın, a.g.e., .s. 237.

yapılması için belirli bir zaman esas alınmalıdır¹⁴¹. Buna göre yapıdaki ayıp oranında indirim için yapının teslim anındaki piyasa değerinin esas alınması gerekmektedir¹⁴². Yargıtay'a göre de açık ayıplar bakımından yapılan bu değerlendirmenin teslim anı esas alınarak yapılması gerekirken, gizli ayıplar bakımından ise ayıbın ortaya çıktığı ana göre değerlendirme yapılması gerekmektedir¹⁴³.

Diğer taraftan bedel indirimine ilişkin olarak belirtilmelidir ki, arsa sahibinin inşaattaki mevcut ayıplar bakımından müterafik kusurunun bulunması halinde, bu durumun da bedel indirim oranına ek olarak ödenecek bedele tesir etmesinin dürüstlük kuralı uyarınca gerekli olduğu belirtilmektedir¹⁴⁴. Bu bakımdan indirim sonrası ortaya çıkan yeni bedelin değerlendirilmesinde arsa sahibinin kusurunun duruma ve ortaya çıkan zarara etkisi de önem arz edecektir. Elbette ki, yukarıda anlatılanlar ışığında somut olayda arsa sahibinin davranışlarının şartları olduğu takdirde yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğunu ortadan kaldıracak olduğu da unutulmamalıdır.

İspat bakımından ise, ayıp dolayısıyla indirim yapılacak olan bedeli ispat yükünün arsa sahibinde olduğu ifade edilmelidir¹⁴⁵. Bununla birlikte eğer ortaya çıkan ve bedel indirimi ile karşılanamamış zararlar varsa, bunlar için arsa sahibinin ayrıca tazminat isteme hakkı da bulunmakta olup, seçimlik hak olan bedel indiriminin talep edilmesinin aksine genel hükümlere göre tazminat talebinin kabul edilmesi için yüklenicinin kusurunun olması gerektiği ve yüklenicinin

¹⁴¹ Öz, **İnşaat** s. 205.

¹⁴² Tandoğan, **Özel II**, s. 189; Öz, **İnşaat**, s. 205.

¹⁴³ Erman, **İnşaat**, s. 151; Öz, **İnşaat**, s. 205; Yarg. 15. HD., 14.01.2013 T., 2012/7336 E., 2013/82 K.: "...Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan eserin tesliminden sonraki gizli ayıpların giderilme bedeli alacağına ilişkindir. Mahkeme davayı reddetmiştir. Ancak, daha önceden açılmış bulunan tespit davası ile sözleşme konusu parkelerin yer yer bozulduğu, ayıbın giderilme bedelinin sözleşme birim fiyatlarıyla belirlendiği, ayıplı ve kusurlu imalâtın kullanım hatasından değil yüklenicinin kusurundan kaynaklandığı, bu sebeple belirlenen bu bedelin, sözleşme bedelinden düşülmesi gerektiği belirtilmiştir. Yargılama sırasında, tespit bilirkişi raporundaki görüş ve hesaplamalar teyit edilerek benimsenmiştir. İş sahibi teslimden sonra ortaya çıkan gizli ayıpların giderilme bedelini ayıbın ortaya çıktığı tarihteki rayiç fiyatlarla isteyebileceğinden, tespit bilirkişi raporu ile bu raporu teyit eden diğer raporlarda ayıbın giderilme bedeli olarak saptanan bedelin davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekir..." (K.İ.B.).

¹⁴⁴ Erman, **İnşaat**, s. 152.

¹⁴⁵ Erman, **İnşaat**, s. 152.

kusursuzluğunu ispat edemediği takdirde buna da katlanmakla yükümlü olduğu belirtilmelidir¹⁴⁶.

IV. Ücretsiz Onarım İsteme Hakkı

A. Genel Olarak

Arsa sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıplı inşa edilmiş olan bina karşısında yükleniciye karşı kullanacağı son seçimlik hak ise ücretsiz onarım isteme hakkıdır¹⁴⁷. Diğer bir deyişle, arsa sahibi, sözleşmeden dönme ve bedelden orantılı indirim haklarının şartları oluşmadığı ya da bunları kullanmadığı hallerde son olarak yapının ücretsiz onarılmasını isteyebilecektir¹⁴⁸. Belirtmek gerekir ki, diğer seçimlik haklarda olduğu üzere bu seçimlik hak yanında da yine genel hükümler uyarınca tazminat istenebilecektir.

Eserin ücretsiz onarımına ilişkin düzenleme TBK md. 475’de “*Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin*

¹⁴⁶ Öz, **İnşaat**, s. 207.

¹⁴⁷ Tandoğan, **Özel II**, s. 192; Öz, **İnşaat**, s. 207; Şenocak, **a.g.e.**, s. 37; Şahin, **a.g.e.**, s. 145.

¹⁴⁸ Yarg. 15. HD., 23.01.2006 T., 2005/7623 E., 2006/166 K.: “...*Borçlar Yasası'nın 360. maddesi uyarınca eser ismarlayanın kullanamayacağı veya hakkaniyete göre kabul etmesi beklenmeyecek derecede önemli ayıplı ya da başkaca akde aykırı olursa iş sahibi (ismarlayan) eseri red edebilir ve müteahhidin kusuru varsa giderim isteyebilir. Ayıplar veya sözleşmeye aykırılıklar daha az önemli ise iş sahibi ücretten eserin değer düşüklüğüne uygun bir indirim yapabilir veya müteahhide aşırı masrafı mucip olmadığı takdirde, eserin ücretsiz olarak düzeltilmesini ve kusur halinde tazminat verilmesini isteyebilir..O halde mahkemece yapılması gereken iş, konusunda uzman iki inşaat mühendisi, teknik bilirkişi, hukuki yorum ve nitelendirmede yardımcı olmak üzere bir de hukukçu bilirkişi tayin edilerek yerinde tatbiki keşif de yapıp bu bilirkişi kurulunca tüm eserin imalatı bir bütün halinde değerlendirilip rapor alınmalıdır, inceleme sonucunda ayıpların eserin reddini gerektirir derecede olup olmadığı, reddini gerektiriyorsa iş sahibince verilen malzemenin bedeli saptanmalı bundan hurda bedel düşülmeli, hükme esas olarak zarar miktarı hesaplanmalı, peşin ödenen 450.000.000 TL.da dikkate alınıp hüküm kurulmalıdır. Eğer ayıpların eserin reddini gerektirmeyip onarım yoluyla giderilmesi mümkünse onarım tutarı, eserdeki ayıplar kabule engel teşkil etmiyorsa bedelde indirim gerekip gerekmediği belirlenmeli sonucu dairesinde hüküm tesis edilmelidir...*”(K.İ.B.); Yarg. 15. HD., 05.05.2009 T., 2009/592 E., 2009/2608 K.: “...*Dinlenen tanık beyanı ve dosya kapsamına göre, ayıp ihbarı süresinde yapıldığından, mahkemece hükme esas raporu veren bilirkişiden alınacak ek raporla, eserin BK'nin 360/1. maddesi hükmünce kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı ve sözleşme şartlarına aykırı olup olmadığı ya da aynı maddenin II. fıkrası uyarınca bedel indirimini gerektirip gerektirmediği, gerektiriyorsa tenzili gereken miktar ile yine onarımının mümkün olması halinde onarım bedelinin hesaplatılarak değerlendirilmek suretiyle davanın sonuçlandırılması yerine,...*” (K.İ.B.).

ücretsiz onarılmasını isteme” şeklinde düzenlenmiştir¹⁴⁹. Görüldüğü üzere kanun koyucu dönme hakkında olduğu gibi onarım hakkına ilişkin olarak da özel şart öngörmüştür. Aşağıda daha sonra, bahsi geçen ücretsiz onarım seçimlik hakkı bakımından aranan bu özel şartlar üzerinde durulacaktır.

Bu hususların dışında, söz konusu hakkı düzenleyen eski madde ile yeni madde arasında da farklılıklar görülmektedir. Bu noktada, eski maddede iş sahibinin onarım talep hakkından bahsedilmekle birlikte bunun ücretsiz veya masrafların müteahhide ait olacağı gibi bir ibare bulunmuyor olmakla birlikte, bu durumda tüm onarım masraflarına bazı istisnalar hariç olmak üzere yine yüklenicinin katlanacağı kabul ediliyordu¹⁵⁰. 6098 sayılı kanunumuzda ise bu konuda açık bir düzenleme yapılarak *“...bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.”* denilmiş ve ayıbın giderilmesi hususunda tüm masrafların yükleniciye ait olacağı konusunda kuşkuya yer bırakılmamıştır.

Bir seçimlik hak olarak ayıbın ücretsiz onarımla giderilmesini içeren bu hakkın, ayıplı ifa karşısında arsa sahibinin sahip olduğu diğer seçimlik haklar gibi yüklenicinin ayıplı ifa ettiği edim ile arsa sahibinin edimi arasındaki bozulan dengeyi sağlama amacına yönelik bir hak olduğu belirtilmektedir¹⁵¹.

Ayıbın onarımla giderilmesi seçimlik hakkının yenilik doğurucu veya aynı borç ilişkisi kapsamında bir borç olduğu konusunda bir görüş ayrılığı bulunmaktadır¹⁵². Burada, yapının ücretsiz onarılmasını isteme seçimlik hakkının yenilik doğurucu bir hak olmadığını savunan görüşe göre, kanunda seçimlik bir hak olarak öngörülmüş bu hak aslında başlı başına yenilik doğurucu bir hak olmadığı, burada aynı sözleşme kapsamında yüklenicinin ayıpsız bir eserin inşa ve teslimine yönelik borcunun, edime dair bir borç olduğu ve ayıpların giderilmesi şeklinde

¹⁴⁹ Ayıp halinde iş sahibinin ücretsiz onarım hakkına ilişkin hüküm 818 sy. BK md. 360/2’de *“...ve eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değil ise mütaahhidi tamire mecbur edebilir. Bu hususta mütaahhidin taksiri varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir.”* şeklinde kaleme alınmıştır.

¹⁵⁰ Tandoğan, **Özel II**, s. 195-196.

¹⁵¹ Şenocak, **a.g.e.**, s. 155.

¹⁵² Buz, **Yenilik**, s. 170 vd.; Büyükay, **a.g.e.**, s. 127.

devam ettiği ifade edilmektedir¹⁵³. Diğer bir ifade ile bu talep aynen ifa talebinin bir uzantısı olarak görülmüştür¹⁵⁴. Ayrıca, onarım hakkının seçilmesinin diğer seçimlik hakların kesin olarak ortadan kalkmasına da neden olmayacağı belirtilmektedir¹⁵⁵. Bu nitelendirmeye göre, iş sahibi kullanmış olduğu onarım hakkından sonradan vazgeçip diğer haklarını kullanabilecek olmakla birlikte, yüklenici kullanılmış olan bu ücretsiz onarım hakkına uygun hareket ettiği ve borcunu ifa ettiği sürece iş sahibi diğer seçimlik haklarını kullanamayacaktır¹⁵⁶.

Ayıbın ücretsiz onarımla giderilmesine yönelik hakkın hukuksal niteliğine ilişkin diğer görüşte ise sözleşmeden dönme ve ayıp oranında bedelin indirilmesi seçimlik haklarında olduğu gibi bu hakkın da yenilik doğurucu bir hak niteliğine sahip olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁷. Buna göre, ücretsiz onarım hakkı da yükleniciye yöneltilecek tek taraflı bir irade beyanı ile ileri sürülebilecek ve kullanılabilir¹⁵⁸. Dolayısıyla bu hakkın kullanılabilmesi için yüklenicinin irade beyanına ya da kabulüne ihtiyaç olmayacağı gibi bu hakkın bizzat dava açmak suretiyle de kullanılmasına gerek bulunmamaktadır¹⁵⁹. Ayrıca, dönme konusunda bahsettiğimiz üzere, onarım hakkının yenilik doğurucu bir olduğunun kabulü halinde, bu seçimlik hak kullanıldıktan sonra geri dönülemeyecek ve bir başka seçimlik hak kullanılamayacaktır¹⁶⁰.

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, yüklenicinin yapıyı ayıplı olarak inşa etmesi ve teslimi üzerine gözden geçirme ve bildirim külfetleri yerine getirildiği takdirde yüklenici, bu ayıpları daha önceden biliyor olsun veya olmasın, kendi kendine vereceği bir kararla ücretsiz onarım yoluna gidemeyecektir¹⁶¹. Bunun gibi somut olayda her ne kadar en uygun ve elverişli yol yapının ücretsiz onarımı yolu dahi olsa yüklenici arsa sahibinin iradesinin önüne geçip bu hakkı seçemez veya bu

¹⁵³ Buz, **Yenilik**, s. 171; Tandoğan, **Özel II**, s. 192; Bkz. Erman, **İnşaat**, s. 153-154; Öz, **İnşaat**, s. 208; Uçar, **Ayıp**, s. 194; Büyükkay, **a.g.e.**, s. 128.

¹⁵⁴ Buz, **Yenilik**, s. 172.

¹⁵⁵ Öz, **İnşaat**, s. 208.

¹⁵⁶ Öz, **Dönme**, s. 123.

¹⁵⁷ Bkz.: Erman, **İnşaat**, s. 154; Tandoğan, **Özel II**, s. 192.

¹⁵⁸ Tandoğan, **Özel II**, s. 192.

¹⁵⁹ Buz, **Yenilik**, s. 226; Uçar, **Ayıp**, s. 195; Tandoğan, **Özel II**, s. 192.

¹⁶⁰ Bkz.: Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuk'a Giriş**, 6. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 142: Yenilik doğurucu haklar tek taraflı irade beyanıyla kullanılır ve geri alınamazlar.

¹⁶¹ Erman, **İnşaat**, s. 154.

konuda arsa sahibini zorlayamaz. Ancak yine belirtmek gerekir ki, sözleşmede bu durum aksine bir kararlaştırma yapılmış ve yükleniciye bir seçim hakkı tanınmış olduğu hallerde arsa sahibi buna riayet etmek zorunda olacaktır¹⁶².

Yukarıda diğer seçimlik haklarda da bahsedildiği üzere, arsa sahibinin bu seçimlik hakkını kullanabilmesi için, yüklenicinin kusurlu olması gerekmemekle birlikte, eğer arsa sahibi ücretsiz onarım hakkının kullanılmasyla ortadan kaldırılamayan veya kaldırılamayacak zararlar için, varsa yüklenicinin kusuru yoluna giderek zararlarını gidermelidir¹⁶³. Örneğin, yapının ayıplı olması ve bunun sonrasında ayıbın giderilmesi hakkının tercih edildiği durumda arsa sahibi, binaya taşınmayıp kirada geçirdiği sürelerle ilişkin olarak harcamalarını veya yine binadaki ayıpların giderilmesi sürecinde evini kiralayamamasından dolayı uğradığı kira geliri kayıplarını yüklenicinin kusurunun varlığı halinde talep edebilecektir¹⁶⁴.

Bunların dışında, ayıbın giderilmesine yönelik olarak yapılan onarım işleri bitip bina arsa sahibine tekrar teslim edildiği durumda, yapıda yine ayıplar olabilir. Bu gibi hallerde, eğer arsa sahibi, yine yüklenicinin ayıba karşı sorumluluğuna gitmek ve seçimlik haklarını kullanmak istiyorsa, gözden geçirme ve bildirim dahil üzerine düşen külfetleri yerine getirmelidir¹⁶⁵. Bu konuda üzerine düşen külfetleri yerine getirmemesi yukarıda açıklandığı üzere yüklenicinin yapıdaki ayıplardan kaynaklanan sorumluluğunun ortadan kalkmasına neden olacaktır.

¹⁶² Erman, **İnşaat**, s. 154, dn. 138.

¹⁶³ Öz, **İnşaat**, s. 209; YHGK, 10.12.1980 T., 1978/15-1111 E., 1980/2641 K.: "...B.K. 360/2. maddesince, yapılan işin bozuk (ayıplı) olması onun kullanmasına ve işin kabulüne mani değilse iş sahibi, işin ıslahı büyük bir masraftı gerektirmiyorsa müteahhidi tamire mecbur edebilir. Bu hususta yüklenicinin kusuru varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir..." (K.İ.B.).

¹⁶⁴ Öz, **İnşaat**, s. 209-210; Yarg. 13. HD., 21.05.2012 T., 2012/8403 E., 2012/12921 K.: "...Davalı belediyeyle diğer davalı arasındaki protokol gereğince, inşa edilen binadan bir daireyi davacının: davalı belediyeden sözleşmeyle satın aldığı ve davacı adına tapuda devir yapıldığı dosyadaki delillerden anlaşılmuş olup, davacı süresinde teslim edilmeyen daire için, kira mahrumiyeti talepli bu davayı açmıştır. Dava konusu daire tutanakla davacıya teslim edildiğine göre, sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinden, her iki davalının da sorumlu olduğunun kabulüyle sözkonusu tarihler arasındaki süre için konusunda uzman bilirkişiden rapor alınarak, kira mahrumiyeti tespit edilip, bu miktara hükmedilmesi gerekir..."; YHGK, 08.10.1997 T., 1997/15-501 E.,1997/784 K.: "...davacı arsa sahibi sadece mevcut ayıp ve noksanlıkların giderilmesi için zorunlu ve gerekli makul süre için kira kaybına hak kazanacaktır..." (K.İ.B.).

¹⁶⁵ Uçar, **Ayıp**, s. 195-196.

Diğer taraftan, arsa sahibinin ücretsiz onarım hakkını kullandığını bildirmesi veya bir uyuşmazlık sonucu açılan davada böyle bir durum kesinleştiği hallerde, yüklenicinin binanın onarımını yapabilmesi için ona makul bir sürenin ve ortamın sağlanması da zorunluluktur¹⁶⁶. Bu süre verme hususu kanunda belirtilmemiş olmasına rağmen, onarım işinin yapısı gereği ayıbın niteliği, kapsamı ve bu konudaki giderimin objektif olarak alacağı zaman da göz önüne alınarak yükleniciye uygun bir süre verilmesi gerekmektedir¹⁶⁷. Bunun yanında yine belirtildiği üzere, yükleniciye ayıbı gidermesi için makul bir sürenin verilmesi yetmemekte, ayrıca yüklenicinin inşaat sahasına giren engellerin de aynı zamanda ortadan kaldırılması ve bu hususta gerekli olan ve arsa sahibine düşen diğer imkanların da sağlanması gerekmektedir¹⁶⁸.

Ayıplı binanın onarılması için gerekli olan sürenin arsa sahibi tarafından belirlendiği hallerde, belirlenen bu sürenin objektif bakımdan mevcut ayıp ve bunun giderilmesine ilişkin gereklere uymadığı durumlar ortaya çıkabilir. Arsa sahibinin belirlediği bu sürenin somut olayda uygun düşmediği durumlarda, sürenin onarım işinin gerektirdiği makul vakit kadar uzamış sayılacağı ileri sürülmekle birlikte¹⁶⁹, bu durumun tam aksine olarak arsa sahibinin bir süre belirlediği ve bu sürenin ayıbın giderilmesi bakımından uygun düşmediği taktirde, yüklenicinin bunu görüp arsa sahibine bildirmemesi durumunda, artık sürenin gerçekten yetersiz olsa dahi uygun bir müddete göre uzamayacağı da ifade edilmektedir¹⁷⁰.

Diğer taraftan, arsa sahibi, ayıplı teslim edilmiş olan bina karşısında ücretsiz onarım hakkını kullandığı durumda ayıpların nasıl giderileceği sorusu düşünülebilir. Kural olarak ayıpların giderilmesinde kullanılacak yöntem ve işlerin, aksine bir anlaşma veya belirleme yapılmamış olması halinde, işin uzman tarafını teşkil eden yüklenici tarafından belirlenmesi gerekmektedir¹⁷¹. Ancak, elbette ki yüklenici bu işlem ve yöntemleri seçmekte tamamen sınırsız olmayıp, bu belirlemeleri yaparken, onarımın arsa sahibinin talep ettiği şekilde ve sürede; bu konuda arsa sahibinin bir

¹⁶⁶ Uçar, **Ayıp**, s. 196.

¹⁶⁷ Uçar, **Ayıp**, s. 197.

¹⁶⁸ Uçar, **Ayıp**, s. 197.

¹⁶⁹ Erman, **İnşaat**, s. 155.

¹⁷⁰ Öz, **İnşaat**, s. 209.

¹⁷¹ Şenocak, **a.g.e.**, s. 156.

belirlenmesi söz konusu değilse de en azından objektif olarak ayıbın giderilmesi için gerekli olan sürede yapılması gerektiğinin de göz önüne alınması zorunludur¹⁷².

Bunun dışında ortaya çıkabilecek bir diğer mesele ise ayıbın eserin tekrar inşa edilerek giderilip giderilemeyeceğidir. Kısaca değinmek gerekirse, ayıbın bu şekilde yeniden inşa etme suretiyle giderilmesinin ücretsiz onarım kapsamında sayılıp sayılmayacağı tartışmalı olduğu belirtilmektedir¹⁷³. Ancak, belirtmek gerekir ki, yapıları göz önüne alındığında, inşaat işlerinde ve özellikle de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıp halinde ücretsiz onarımın ayıplı binanın yıkılıp yeniden inşa edilmek suretiyle uygulanması seçimlik hakları düzenleyen maddenin içeriğine uymamaktadır. Dolayısıyla da bu ihtimalin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulanmasının mümkün gözükmediğini belirtmek gerekecektir. Kaldı ki, yeniden inşa etmenin gerçekleşmesi için yapının yıkılması ve bunun da aşırı masraflara neden olacak olması karşısında, daha önce yukarıda da açıklanmış olduğu üzere dönme hakkının dahi kullanılması mümkün olmayacaktır¹⁷⁴.

B. Özel Şartlar

1. Onarımın Mümkün Olması

Yukarıda bahsedildiği üzere ve dönme seçimlik hakkı bakımından da düzenlenmiş olduğu gibi arsa sahibinin ücretsiz onarım talebine ilişkin hakkını kullanması da özel şartlara tabidir. Bu şartlardan ilki yapının onarılmasının, diğer bir deyişle yapıdaki ayıpların onarımla giderilebilmesinin mümkün olmasıdır¹⁷⁵.

Yapıdaki ayıbın ücretsiz giderilmesine ilişkin gerekli olan bu şart kanunda yer almamaktadır. Ancak doktrinde eski kanun döneminde de olduğu gibi ücretsiz onarım hakkının kullanılabilmesi için öncelikle yapıdaki ayıpların onarım suretiyle giderilebilecek olması gerektiği belirtilmektedir¹⁷⁶. Dolayısıyla yapıdaki ayıpların

¹⁷² Şenocak, **a.g.e.**, s. 156-157.

¹⁷³ Şenocak, **a.g.e.**, s. 157 vd.

¹⁷⁴ Bkz. md. 475/son : “Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz”.

¹⁷⁵ Tandoğan, **Özel II**, s. 196; Büyükay, **a.g.e.**, s. 129.

¹⁷⁶ Uçar, **Ayıp**, s. 198; Erman, **İnşaat**, s. 152; Tandoğan, **Özel II**, s. 196.

objektif olarak onarımla giderilemeyecek olması hallerinde arsa sahibinin ücretsiz onarım hakkını kullanması hem faydasız olacak hem de kabul görmeyecektir¹⁷⁷. Bunun gibi, onarım hakkının kullanılması halinde, yüklenici tarafından yapılacak onarım faaliyetleri sonucu yapının ayıpsız haline getirilebilecek olduğu ancak somut olay bakımından yüklenicinin yaptığı bu onarım faaliyetlerinin eserin yeniden yapılması gibi büyük boyutlara ulaşacağı durumlarda da aşağıda bahsedileceği üzere bu onarım hakkının kullanılması yüklenici tarafından reddedilebilecektir.

Diğer taraftan belirtmelidir ki, ayıbın onarımla giderilmesinin imkansız olması veya mümkün olmaması ile açıklanan husus yapının objektif olarak onarılamamasını ifade etmektedir¹⁷⁸. Dolayısıyla mevcut imkansızlığın sadece yüklenicinin şahsından kaynaklanan nedenlerden ortaya çıkması ayıbın ücretsiz onarımla giderilmesinin kullanılmasına engel olmayacağı gibi bu durum objektif anlamda bir imkansızlık da teşkil etmemektedir¹⁷⁹.

Diğer taraftan ücretsiz onarım hakkının kullanılamaması için imkansızlığın objektif olarak varlığının yanında aynı zamanda bu imkansızlığın tüm yapı bakımından mevcut olması gerekmektedir. İmkansızlığın tüm yapının onarılması bakımında söz konusu olmaması, başka bir deyişle, kısmi imkansızlık söz konusu olması halinde arsa sahibi ücretsiz onarım hakkını kısmen kullanabilecektir¹⁸⁰. Dolayısıyla arsa sahibi ücretsiz onarım hakkını, bu hakkın kullanımıyla giderilebilecek olan ayıplar için kullanılabilir. Ancak bu ayıplar için yapılacak onarımlar bakımından da aşırı masraf gerektirmeme koşulunun da sağlanması gerekmektedir.

2. Aşırı Masrafı Gerektirmemesi

Arsa sahibinin yapıdaki ayıplar karşısında ücretsiz onarım seçimlik hakkının ikinci ve en önemli koşulu ise ayıbın bu hak kapsamında giderilmesinin aşırı masraf

¹⁷⁷ Uçar, **Ayıp**, s. 198.

¹⁷⁸ Uçar, **Ayıp**, s. 198.

¹⁷⁹ Uçar, **Ayıp**, s. 198.

¹⁸⁰ Erman, **İnşaat**, s. 153; Uçar, **Ayıp**, s. 199.

gerektirmemesi koşuludur¹⁸¹. Doktrinde hakkın yapısı gereği anlaşılan ve ortaya konulan “*ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olması gerekmesi*” koşulunun aksine, “*aşırı masraf*” koşulu kanunda açıkça belirtilmiştir. Bahsi geçen koşul 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 475. maddesinde “...*Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde...*” şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Aynı koşul eski yasa metninde de yer almaktaydı ve “...*eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değil ise...*” şeklinde kaleme alınmış idi¹⁸². Bu hüküm karşısında, yüklenici onarımın aşırı masraf gerektireceği hallerde arsa sahibinin seçtiği bu hakkı reddedebilecektir¹⁸³.

Türk Borçlar Kanunu’nda aşırı masraf gerektirmesi halinde iş sahibinin sözleşmede ücretsiz onarım hakkını kullanamayacağı düzenlenmiş olmakla birlikte aşırı masraf bakımından değerlendirmeyi sağlayacak bir ölçüt belirlenmemiştir. Bu açıdan teorik yapısıyla bahsi geçen aşırı masrafın uygulamada nasıl değerlendirmeye alınması gerektiğinin cevaplanması için aşırı masraf kavramının mümkün olduğu kadar somutlaştırılması gerekmektedir.

Aşırı masraf kavramının, daha açık bir ifadeyle neyin aşırı masraf sayılacağı hususunda son kararı her bir somut olay bakımından hakim karar verecektir. Bu noktada değerlendirme yapılırken, iş (arsa) sahibinin ücretsiz onarım hakkını kullanması sonucu elde edeceği faydalar ile bu ayıpları masrafları kendine ait olmak üzere giderecek olan yüklenicinin yapacağı onarım masrafları karşılaştırıldığında arada açık bir dengesizliğin varlığından bahsedilebiliyor ise onarımın aşırı masrafı gerektirdiğinden bahsedilecektir¹⁸⁴. Ancak bu tanımlama karşısında edimler arasında tam bir denge beklemek de söz konusu değildir. Muhtemelen, yüklenicinin onarım dolayısıyla yapacağı masraflar yapıyı ayıpsız teslim etmiş olsaydı, o ayıplı kısım için harcamış olacağı masraflardan daha fazla olacaktır. Bu durum seçimlik haklar karşısında yüklenicinin muhtemel ve olağan durumudur. Dolayısıyla aşırı bir masraf gerektirmeme koşulu bakımından yarar-masraf dengesi aranırken tam bir eşitlik beklenmemelidir.

¹⁸¹ Tandoğan, **Özel II**, s. 197; Şenocak, **a.g.e.**, s. 149; Uçar, **Ayıp**, s. 199; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 463; Erman, **İnşaat**, s. 153; Büyükkay, **a.g.e.**, s. 129; Şahin, **a.g.e.**, s. 145.

¹⁸² Bkz. 818 sy. BK. md. 360/2.

¹⁸³ Şenocak, **a.g.e.**, s. 149; Uçar, **Ayıp**, s. 199.

¹⁸⁴ Öz, **İnşaat**, s. 207; Erman, **İnşaat**, s. 153.

Diğer taraftan, masrafların aşırı olup olmaması bakımından değerlendirme yapılırken, masraf kavramı açısından geniş bir bakış açısıyla bakmak gerekmektedir. Bu nedenle, onarım işinde kullanılacak olan araç-gereçler, yapıda kullanılacak olan malzemeler, onarım sürecindeki işçilik giderleri, onarım amacıyla ihtiyaç duyulan yıkım işleri için gerekli olan giderler gibi onarım hakkının kullanılması çerçevesinde meydana gelen ve yüklenicinin karşılaması gereken tüm harcamalar onarım masraflarının hesabına dahil edilmelidir¹⁸⁵.

Onarım hakkının kullanılmasının aşırı masrafa neden olacağını ispat etmesi gereken taraf ise, kanundaki açık ibareyle tüm onarım masrafları üzerinde olan ve onarım işini yapacak olan yüklenicidir¹⁸⁶. Yüklenicinin bu açıdan, yapacağı masraflar ve bunların somut olayda yarattığı dengesizlik konusunda hakimi ikna etmesi gerekecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, onarımın aşırı masrafa neden olabilecek olmasına rağmen, eğer yüklenici açık bir şekilde ortaya çıkabilecek olan ayıpları gidereceğini arsa sahibine taahhüt etmişse veya onarımı istenen ayıplar yapıda varlığı yüklenici tarafından garanti edilmiş olan kısımlara ilişkin ise arsa sahibinin ücretsiz onarım hakkını kullanabileceği belirtilmektedir¹⁸⁷.

Masrafların aşırı olması halinde yüklenicinin arsa sahibinin bu talebini ve seçimlik hakkını reddedebileceğini yukarıda belirtmiştik. Buna rağmen, karşılıklı fayda-masraf dengesizliğinin olması ve buna göre onarımın aşırı masraf gerektirecek nitelik taşımaya karşılık yüklenici bu hakkın kullanılmasını kabul ettiği ve itiraz etmediği takdirde sorun kalmayacaktır¹⁸⁸. Bu durumda arsa sahibi onarım hakkını kullanabilecektir.

Ücretsiz onarımın yüklenici tarafından kabul edilmesi ihtimalinin yanında, masrafların aşırılık oluşturan kısmının arsa sahibi tarafından karşılanacağı durumlarda da ücretsiz onarım hakkının kullanılabilirliği belirtilebilir¹⁸⁹. Buna göre

¹⁸⁵ Öz, **İnşaat**, s. 207.

¹⁸⁶ Tandoğan, **Özel II**, . 198; Uçar, **Ayıp**, s. 200.

¹⁸⁷ Erman, **İnşaat**, s. 154.

¹⁸⁸ Uçar, **Ayıp**, s. 200.

¹⁸⁹ Tandoğan, **Özel II**, s. 196.

ücretsiz onarım hakkının kullanılması halinde yüklenici aşırı zararlarla karşı karşıya kalacak olduğu durumda bu hak ileri sürülemeyecek olmakla birlikte, eğer arsa sahibi bahsi geçen dengesizliği ve ortaya çıkabilecek masrafların makul ölçüyü aşan kısmını karşıladığı takdirde bu hakkın kullanımına izin verilmelidir.

Diğer taraftan, yüklenicinin yanında arsa sahibinin de somut olayda ayıpların ortaya çıkması bakımından kusurları söz konusu olabilir. Bunun gibi ortak kusurun varlığından bahsedilebilecek olan somut vakılarda arsa sahibinin de kusuru oranında olmak şartıyla onarım masraflarına katlanması gerekecektir¹⁹⁰. Bunun gibi eserin ücretsiz onarım hakkının kullanılması bakımından gecikmiş ve bu nedenle de ortaya çıkacak masrafların artmasına neden olmuş olan arsa sahibinin de ortaya çıkan bu fazla kısma katlanması gerektiği de ayrıca ifade edilmelidir¹⁹¹.

C. Yüklenicinin Onarımdaki Temerrüdü

Arsa sahibinin ücretsiz onarım hakkını seçmesi ve bunun için gerekiyorsa uygun imkanları yükleniciye sağlaması durumunda, yüklenici derhal eserin onarımına başlamalıdır¹⁹². Bunun devamında ise arsa sahibinin kendisine vermiş olduğu süre veya böyle bir süre belirlenmemiş ise ayıpların giderilmesi için gerekli olan makul süre içerisinde onarım işlerini tamamlamalı ve yapıyı arsa sahibine tekrar teslim etmelidir¹⁹³.

Arsa sahibinin ücretsiz onarım talebi üzerine haklı gerekçelerle karşı koyamamış olan yüklenici, onarım işlerini mevcut ayıpların giderilmesi için gerekli makul süre içerisinde gidermemiş ise arsa sahibinin ihtarı ile temerrüde düşecektir¹⁹⁴. Ancak bazı durumlarda ayıbın giderilmesi için yükleniciye tanınan süre kesin bir şekilde ortaya konulmuş olabilir. Bunun gibi, arsa sahibinin ayıpların onarımla

¹⁹⁰ Tandoğan, **Özel II**, s. 196.

¹⁹¹ Tandoğan, **Özel II**, s. 196.

¹⁹² Erman, **İnşaat**, s. 155.

¹⁹³ Uçar, **Ayıp**, s. 201.

¹⁹⁴ Erman, **İnşaat**, s. 156.

giderilmesi için yükleniciye açık bir süre tayin etmiş olduğu durumlarda, yüklenici buna uymaması halinde ayrıca ihtarla gerek kalmaksızın temerrüde düşecektir¹⁹⁵.

Yüklenicinin temerrüdü üzerine arsa sahibi, genel hükümlere göre sahip olduğu hakları kullanabilecektir¹⁹⁶. Ancak bu seçimlik hakları kullanırken, örneğin dönme hakkının niteliği gereği TBK 475. madde içerisinde aranan şartlar da göz önüne alınmalıdır¹⁹⁷. Bu nedenle alternatif olarak dönme hakkının kullanılması istendiği takdirde, dönme hakkının kullanılabilmesi için bu maddede aranan özel şartların da sağlanmış olup olmadığı bir kez daha kontrol edilmelidir.

Yüklenicinin ücretsiz onarım karşısındaki borcu bir yapma borcu teşkil ettiğinden dolayı arsa sahibi bu borcun ifası için gerekli talep haklarına sahiptir ve yapma borcunun yerine getirilmesi konusunda dava açabilecektir¹⁹⁸. Dolayısıyla, ayıpları onarımla gidermekle yükümlü olan yüklenici, bu onarım borcunu ifa etmez veya daha en baştan açıkça veya örtülü olarak anlaşılabilir şekilde bu borcu yerine getirmeyi kabul etmez ise arsa sahibi TBK md. 113'e göre¹⁹⁹ ayıpların kendisi veya üçüncü bir kişi tarafından giderilmesini isteyebilecektir²⁰⁰.

Belirtildiği gibi kural olarak, ayıpların yüklenici hesabına giderilmesi için tek başına ihtar yetmeyip, ayrıca hakimin kararı da gerekecektir. Ancak, tarafların sözleşmede onarımın süresinde gerçekleşmemesi durumunda, onarım işinin,

¹⁹⁵ Erman, **İnşaat**, s. 156; Uçar, **Ayıp**, s. 203.

¹⁹⁶ Bkz. TBK md. 125: “*Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.*”

Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.

Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.”

¹⁹⁷ Tandoğan, **Özel II**, s. 199.

¹⁹⁸ Uçar, **Ayıp**, s. 205.

¹⁹⁹ TBK md. 113/1: “*Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafi borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.*”

²⁰⁰ Seliçi, **İnşaat**, s. 180; Uçar, **Ayıp**, s. 205.

masrafları yükleniciye ait olmak üzere²⁰¹ doğrudan üçüncü bir kişiye bırakılabileceği de belirtilmelidir²⁰². Aşağıda açıklanacak olan TBK md. 473/2 hükmü de belirtilen kurala istisna içerdiği görülmektedir²⁰³.

Diğer taraftan arsa sahibinin ücretsiz onarım hakkını seçmesi halinde diğer haklarından kural olarak vazgeçtiği ve bunları artık ileri süremeyeceği belirtilmekle birlikte bu hakkın kullanılmasının işlevsiz kalması halinde arsa sahibi TBK 475. maddeden doğan diğer seçimlik haklarına yönelebilecektir²⁰⁴. Diğer bir deyişle, eğer yüklenici ücretsiz onarım hakkını, onarımın mümkün olmaması veya aşırı masraf gerektirmesi koşullarından bir tanesini ileri süremeyerek reddetmesi veya onarımı kabul etmesi durumunda dahi bunu ifa edememesi halinde arsa sahibinin TBK 475. maddedeki kalan diğer seçimlik hakları tekrar canlanmış olacaktır. Ancak arsa sahibinin diğer iki seçimlik hakkına yönelebilmesi için mutlak surette tayin edilen sürenin geçmesini beklenmesinin gerekli olmadığı haller ortaya çıkabilir. Şöyle ki, her ne kadar ayıbın onarımla giderilmesi mümkün olsa da bu onarımın şahsındaki yetersizlikler dolayısıyla yüklenici tarafından yapılamayacak olmasının anlaşılması veya yüklenicinin haklı olsun ya da olmasın ücretsiz onarımı kesin bir şekilde reddetmesi hallerinde de arsa sahibi beklemeye gerek olmaksızın diğer seçimlik haklarını kullanabileceği ifade edilebilir²⁰⁵.

D. Arsa Sahibinin TBK Md. 473/2 Hükmünü Kullanması

Onarım bahsi altında kısaca değinilmesi gereken bir diğer husus ise iş sahibinin yapı teslim edilmeden önce onarım yoluna gidebileceğini düzenleyen TBK md. 473/2 hükmüdür. Yukarıda değinildiği üzere arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için ve dolayısıyla onarım hakkını kullanabilmesi için öncelikle yapının teslim edilmiş olması gerekmektedir. Ancak kanun koyucu bu noktada BK. 358/2'de olduğu gibi TBK 473/2'de de özel bir düzenlemede bulunmuştur.

²⁰¹ Şirin Aydıncık, **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi Ve Hukuki Sonuçları: Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 213.

²⁰² Seliçi, **İnşaat**, s. 181.

²⁰³ Aydıncık, **a.g.e.**, s. 213.

²⁰⁴ Uçar, **Ayıp**, s. 204.

²⁰⁵ Tandoğan, **Özel II**, s. 200.

Bahsi geçen hükümle arsa sahibine yapım işinin sonucunu ve yapının teslim edilmesini beklemeden işe müdahale etme ve bazı önlemler alma imkanı verilmiş bulunmaktadır²⁰⁶. Bu hükme göre, eğer arsa sahibi yapının ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak tamamlanacağını açık bir şekilde kestirebiliyor ise bu durumun düzeltilmesi için yükleniciye bir süre verip, bu sürede gerekli düzeltmeler yapılmadığı takdirde ise tüm masraflar yükleniciye ait olmak üzere yapının onarımını veya işin devamını başka bir üçüncü kişiye verebilir²⁰⁷.

Bu hakkın kullanılabilmesi için bazı şartlar bulunmaktadır. Buna göre, bu madde hükmünden faydalanabilmek için, öncelikle eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak inşa edileceğinin kesin olarak tahmin edilebilir olması gerekmektedir²⁰⁸. İnşaatta kullanılması gereken demirden daha az veya niteliksiz demir kullanılması buna örnek gösterilebilir²⁰⁹. İkinci olarak madde metninde de açıkça belirtildiği üzere yüklenicinin kusurunun varlığı aranmaktadır²¹⁰. Yani, bu ayıplı veya sözleşmeye aykırı inşa yüklenicinin kusuruna dayanmalıdır²¹¹. Kusurun bulunmaması halinde ise ifanın beklenmesinin gerektiği belirtilmektedir²¹². Son olarak ise yükleniciye durum açıklanarak bir süre verilmeli ve bu süre içerisinde ayıpları veya aykırılıkları gidermediği takdirde inşaatın bir üçüncü kişi tarafından onarılacağı veya devam ettirileceği ihtar edilmelidir²¹³.

Yukarıda şartlar gerçekleştiği takdirde ve yükleniciye arsa sahibi tarafından verilen sürenin sonuçsuz kalması halinde ise artık arsa sahibi ayıplı veya sözleşmeye aykırı sonuçlanacak bu işin, masrafları yüklenici tarafından karşılanmak üzere kendi seçeceği üçüncü bir kişi tarafından onarımını yaptırabilir veya işin devamının

²⁰⁶ Tandoğan, **Özel II**, s. 62; Öz, **İnşaat**, s. 194; Erman, **İnşaat**, s. 50.

²⁰⁷ Köksal Kocaağa, “Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağıın Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK. m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1, 2004, s. 189; Tandoğan, **Özel II**, s. 62; Öz, **İnşaat**, s. 195; Şenocak, **a.g.e.**, s. 31; Duman, **Giriş**, s. 57.

²⁰⁸ Tandoğan, **Özel II**, s. 63; Öz, **İnşaat**, s. 195; Erman, **İnşaat**, s. 51; Kocaağa, **Ayıp**, s. 182.

²⁰⁹ Öz, **İnşaat**, s. 195.

²¹⁰ Hüseyin Altaş, “İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 106; Öz, **İnşaat**, s. 195; Duman, **Giriş**, s. 58.

²¹¹ Tandoğan, **Özel II**, s. 64; Erman, **İnşaat**, s. 51; Kocaağa, **Ayıp**, s. 185.

²¹² Öz, **İnşaat**, s. 195.

²¹³ Tandoğan, **Özel II**, s. 65; Öz, **İnşaat**, s. 195; Erman, **İnşaat**, s. 51; Kocaağa, **Ayıp**, s. 187.

tamamlanmasını da bir üçüncü kişiye bırakabilir²¹⁴. Bu durumda arsa sahibi ile üçüncü kişi yüklenici arasında yeni bir eser sözleşmesi kurulmakta iken ilk yükleniciyle olan sözleşmesel ilişkinin ise tasfiye ilişkisine dönüşeceği de belirtilmektedir²¹⁵.

Ayrıca verilecek süreye ilişkin belirtmek gerekir ki, arsa sahibinin tanıdığı sürenin uygun bir süre olması gerekmektedir, bu süreye yüklenici tarafından derhal itiraz edilmemesi halinde artık sürenin uygun olmadığı ileri sürülemez, bunun yanında eğer yüklenici daha baştan ayıpları gidermeyi reddediyor ise süre vermeye gerek olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır²¹⁶.

V. Tazminat Hakkı

TBK 475. maddede sayılan yukarıdaki seçimlik haklar dışında kanun koyucu aynı maddede iş (arsa) sahibinin ayrıca genel hükümlere göre tazminat isteme hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir²¹⁷. Bu hak bahsi geçen maddede “...İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır...” şeklinde kaleme alınmıştır. Bu noktada eski kanundaki düzenlemeye göre şekli açıdan açık bir farklılık görülmektedir. Zira 818 sayılı kanunun 360. maddesinde bu hak hem dönme hakkını düzenleyen birinci fıkranın hem de ücretsiz onarım ve bedelde indirim düzenleyen ikinci fıkranın devamında ve ayrı ayrı olarak “...bu hususta mütaahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir.” şeklinde ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere iş (arsa) sahibinin ayıplı ifa karşısında kullanabilecek olduğu bu tazminat imkanı, 818 sayılı kanunun 360. maddesinde dönme, ücretsiz onarım ve ayıp oranında bedelden indirim haklarına ilişkin fıkra hükümlerin ardından ek olarak düzenlenmiş iken, yeni Türk Borçlar Kanunu’nda ise bu şekliyle

²¹⁴ Öz, **İnşaat**, s. 195; Kocaağa, **Ayıp**, s. 189; Şenocak, **a.g.e.**, s. 31.

²¹⁵ Kocaağa, **Ayıp**, s. 190.

²¹⁶ Erman, **İnşaat**, s. 51.

²¹⁷ Büyükay, **a.g.e.**, s. 132; Yarg. 15. HD., 10.11.1997 T., 1997/3787 E., 1997/4754 K.: “...Betonun projeye, fen ve teknik kurallara aykırı olarak döküldüğü ve bunun bina değerini olumsuz yönde etkileyeceği de teknik bilirkişi marifetiyle saptanmıştır. Eser sözleşmesinin biçim bakımından yazılı olması gerekmez. Özen borcunu (BK. md. 356, 321) yerine getirmemesi sonucu üstlendiği işi ayıplı yaptığı belli olan yüklenicinin, bu ayıp nedeniyle doğan zararın tazmininden sorumlu tutulması gerekir (BK. md. 360/II)...” (K.İ.B.).

ayrıca bir fıkra olarak md. 475/2'de düzenlemiş bulunmaktadır ve her iki kanun döneminde de tamamlayıcı bir hak olarak kaleme alınmıştır²¹⁸. Dolayısıyla bu hak yukarıda belirtilen seçimlik haklara ek olarak kullanılabilir²¹⁹.

Eski kanun döneminde olduğu gibi yeni düzenlemeye göre de arsa sahibi diğer üç seçimlik hakkının dışında genel hükümlere göre tazminat isteme hakkını kullanabilir²²⁰. Arsa sahibi ayıp nedeniyle uğradığı zararlara ilişkin bu hakkını aynı maddede sayılan diğer bu üç seçimlik hakkıyla birlikte kullanabileceği gibi bunlardan ayrı bir şekilde de kullanabilir²²¹. Bununla birlikte belirtmelidir ki, tazminat isteme hakkı, dönme, onarım ve indirim haklarının hukuksal niteliğinde bir seçimlik hak değildir²²². Bu nedenle arsa sahibi tazminat isteme hakkını ancak bu ayıplardan dolayı ortaya çıkmış olan zararların varlığında ve genel kurallara göre talep edebilir²²³.

Diğer taraftan yukarıda incelendiği üzere kanun koyucu dönme, eserin ücretsiz onarımı ve ayıp oranında bedel indirimi seçimlik haklarının kullanılabilmesi için yüklenicinin kusurunun varlığını aramamıştır²²⁴. Ancak, tazminat hakkında durum farklıdır. Buna göre arsa sahibinin ayıplardan kaynaklanan zararlarının tazminini talep edebilmesi için yüklenicinin bu zararların doğmasında kusurunun olması gerekmektedir²²⁵. Dolayısıyla arsa sahibi, yüklenicinin kusurunun olmadığı somut olaylarda bu son imkandan faydalanamayacak, sadece seçimlik hakların kullanılması yoluna gidilebilecektir. Ayrıca tazminatın hesaplanmasında da tıpkı diğer hususlarda olduğu gibi eğer var ise arsa sahibinin de kusurunun göz önüne alınacağını ve buna göre bir hüküm kurulacağını da belirtmek gerekir²²⁶.

²¹⁸ Öz, **İnşaat**, s. 217; Gökyayla, **Değerlendirme**, s. 583.

²¹⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s. 66.

²²⁰ Öz, **İnşaat**, s. 218; Tandoğan, **Özel II**, s. 204; Erman, **İnşaat**, s. 157.

²²¹ Tandoğan, **Özel II**, s. 204; Erman, **İnşaat**, s. 157.

²²² Şenocak, **a.g.e.**, s. 65.

²²³ Yener, **a.g.e.**, s. 169; Uçar, **Ayıp**, s. 209.

²²⁴ Uçar, **Ayıp**, s. 210.

²²⁵ Seliçi, **İnşaat**, s. 157; Turanboy, **a.g.e.**, s. 177; Erman, **İnşaat**, s. 157; Uçar, **Ayıp**, s. 210; Büyükkay, **a.g.e.**, s. 132; Kartal, **a.g.e.**, s. 151.

²²⁶ Yarg. 15. HD., 21.12.1993 T., 1993/1 E., 1993/5450 K.: "...Niksar Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1990/119 Değ. İşi. sayılı tesbit dosyasındaki 28.9.1990 tarihli bilirkişi raporunda, beton tabancası ve blok numuneler üzerinde yapılan laboratuvar incelemesine göre mevcut yapının inşaatına devam edilmesinin mümkün olmadığı ve böylece yıkılması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda, davalı

Bahsi geçen zarar kavramına bakacak olursak, buradaki zarar, yapıdaki mevcut ayıplar neticesinde ortaya çıkan ve arsa sahibinin diğer üç seçimlik hakkıyla giderilememiş veya giderilemeyecek olan zararları ifade etmektedir²²⁷. Bu nedenle yüklenici veya yardımcıların sözleşmeye aykırılık kabul edilebilecek olan ve yapıdaki ayıplarla ilişkilendirilemeyecek türden olan hareketleri sonucu ortaya çıkmış olan zararlar, TBK 475. madde kapsamındaki ayıp nedeniyle ortaya çıkan zararlar kapsamına girmemektedir²²⁸. Örneğin, yüklenicinin veya yardımcıların yapıyı geç teslim etmeleri, arsa sahibinin yapı dışındaki başka şeylerine hasar vermeleri gibi durumlarda ortaya çıkan zararlar bu şekildedir²²⁹. TBK 475. maddenin ikinci fıkrası kapsamına giren zararlara örnek olarak ise, ayıp yüzünden uğranılan kira kaybı, yine arsa sahibinin açık veya gizli olsun yapıdaki ayıplardan kaynaklanan bir sebeple uğradığı kaza vs. gösterilebilecektir²³⁰.

Diğer bir mesele ise zamanaşımı sürelerine ilişkindir. Tazminat hakkının tabi olduğu zamanaşımına ilişkin olarak, eski kanun döneminde, maddenin düzenleme biçimi dolayısıyla bu tazminat hakkının diğer seçimlik hakların tabi olduğu zamanaşımı süresine tabi olabilmesine karşılık, yeni kanundaki düzenleme karşısında artık tazminat hakkının tartışmasız bir şekilde genel hükümlerdeki zamanaşımı sürelerine tabi olacağı belirtilmektedir²³¹. Buna göre, tazminat hakkına uygulanacak süreler bakımından TBK md. 146 vd. hükümlerine gitmemiz gerekecektir²³². Söz konusu TBK 147. maddede bu zamanaşımı süresi beş yıl olarak düzenlenmiştir²³³.

yüklenicinin ayıplı iş meydana getirdiği ve ağır kusurlu olduğunun kabulü gerektiğinden davacı tazminat istemine haklıdır. Ne var ki davacı 30.10.1985 tarihinde inşaatın bitmesi gerektiği halde, bitirmeyince makul bir süre içerisinde işin yapımını başka birisine vermesi gerekirken dava tarihi olan 5.12.1990 tarihine kadar beklemiş ve zararın artmasına kendi davranışı ile sebep olmuştur. Bu nedenle işin başkasına verilmesi için geçecek makul süre belirlenerek bu süre nazara alınmak suretiyle davacının zararının ne miktarda olduğu uzman bilirkişilerden oluşan kurula hesaplatılarak bulunacak miktardan da 4.500.000 TL. tenzil edilmek suretiyle hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirdi...” (K.İ.B.).

²²⁷ Tandoğan, **Özel II**, s. 204; Erman, **İnşaat**, s. 157; Uçar, **Ayıp**, s. 210.

²²⁸ Tandoğan, **Özel II**, s. 204-205.

²²⁹ Tandoğan, **Özel II**, s. 204-205.

²³⁰ Erman, **İnşaat**, s. 157.

²³¹ Öz, **İnşaat**, s. 219.

²³² Kaplan, **Endüstri**, s. 163.

²³³ Ayırık bir durum olarak TBK md 147’ye ise göre ağır kusurdan kaynaklanan haller dışında eser sözleşmesinden doğan alacakların yöneltilebilmesi için aranan zamanaşımı süresi beş yıldır. 147. maddedeki bu beş yıllık zamanaşımı süresine ilişkin bahsi geçen 6. bent hükmü “Yüklenicinin

Dolayısıyla, ayıplar nedeniyle ortaya çıkan zararlardan dolayı arsa sahibinin tazminat hakkı burada beş yıllık süreye tabi olacaktır²³⁴.

Genel hükümlere göre tazminat konusunda yüklenicinin ağır kusurlu olması hali ayrı bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki, TBK 475. maddede de belirtildiği üzere, iş sahibi tazminat talebini genel hükümler çerçevesinde talep edecektir. Bu sebeple genel hükümlerde TBK 147. maddenin 6. bendinin yollamasıyla ağır kusur bakımından TBK 146. maddeye ulaşmaktayız. Bu sebeple 10 yıllık zamanaşımı süresi karşımıza çıkacaktır ve lafzi yorumla bu 10 yıllık sürenin uygulanması gerekecektir²³⁵.

Bu konudaki bir diğer görüşe göre ise burada her ne kadar genel hükümlerden bahsediliyor olsa bile kanun koyucunun esas düzenleme amacı ve mantığı ağır kusur halinde iş sahibine en kapsamlı korumayı sağlayacak olan 20 yıllık sürenin geçerli olmasıdır²³⁶. Bu sebeple yüklenicinin ağır kusuru halinde zamanaşımı süresi TBK md. 146'ya göre 10 yıl değil TBK md. 478'e göre 20 yıl olmalıdır²³⁷.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, zamanaşımı süresi bakımından eser sözleşmesine ilişkin hükümler ile genel hükümler arasında önemli başka bir farklılık daha bulunmaktadır. Buna göre yukarıda da bahsedildiği üzere, taraflar TBK md. 478'deki zamanaşımı sürelerine ilişkin farklı belirlemeler yapabileceklerken, TBK md. 148'e göre ise aralarında anlaşarak genel hükümlerdeki zamanaşımı sürelerini anlaşma ile uzatıp kısaltamayacaklardır²³⁸. Dolayısıyla, genel hükümlere tabi olan bu sürelerle ilişkin farklı belirmeler yapılamayacaktır. Bu sebeple taraflar kanundaki bu ayırımı belirtilen beş ve on yıllık sürelerle riayet etmek zorundadırlar.

yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar.” şeklinde düzenlenmiştir.

²³⁴ Bkz.: Öz, **İnşaat**, s. 219.

²³⁵ Gümüş, **özel II**, s. 72; ayr. bkz.: Yünlü, **a.g.e.**, s. 115.

²³⁶ Öz, **İnşaat**, s. 219.

²³⁷ Öz, **İnşaat**, s. 219; Yünlü, **a.g.e.**, s. 115.

²³⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 1070; Öz, **İnşaat**, s. 219; Bkz. 6098 sy. TBK md. 148 hükmü: “*Bu ayırımı belirlenen zamanaşımı süreleri, sözleşmeyle değiştirilemez.*”.

Sonuç

Uygulamada ve Yargıtay kararlarında “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” olarak da sıklıkla anılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kanunun açıkça düzenlediği sözleşmelerden değildir. Bu sözleşmelerde taraftan biri(yüklenici) sözleşmede belirtilen binayı kararlaştırılan niteliklere uygun olarak inşaat etmeyi ve arsa sahibine teslim etmeyi borçlanırken, diğer taraf(arsa sahibi) ise maliki olduğu arsanın kararlaştırılmış paylarını yükleniciye devretme borcu altına girmektedir. Kanunda ismen sayılmamış bu sözleşme açıkça görüldüğü üzere bir yandan eser sözleşmesine diğer yandan ise taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin hükümler içermektedir. Bu nedenle, uygun düştüğü ölçüde bu sözleşmelere ilişkin hükümler arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine kıyasen uygulanacaktır.

Hukuksal nitelendirme hususuna gelinecek olursa; öncelikle, taraflar bu sözleşmede yukarıda belirtildiği üzere karşılıklı olarak hem alacaklı hem de borçlu konumunda bulunmaktadır. Bu nedenle, bu sözleşmeler, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak nitelendirilmektedirler. Ayrıca bu sözleşmeler, hem eser sözleşmesi hem de taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin hükümler içeren çift tipli karma yapıya sahip sözleşmeler olup, belki de bu sözleşmelerin Türk borçlar hukuku uygulamamızdaki en yaygın örneklerindedir. Bunun yanında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tapuya şerh verilebilecek haklar kapsamındadır ve bu sözleşmelerin uygulamadaki yaygınlığını ve önemini gösteren en önemli kanıtlardandır.

Hukuksal nitelendirme yapılırken üzerinde durulan en önemli nokta ise ani-süreklı edimli olma tartışmasıdır. Gerek edimlerin niteliği gerekse de teslim kadarki işlemlerin hazırlık faaliyeti olarak değerlendirilmesi olsun doktrinde bir görüşe göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ani edimli olarak nitelendirilse de, Yargıtay kararında belirtildiği üzere bu sözleşmeler doktrinindeki bizim de katıldığımız hakim görüşe göre “geçici-süreklı karmaşığı” yapıya sahip olarak nitelendirilmektedir. Bu nitelendirmenin en önemli etkisi ise sözleşmenin sona ermesi(fesih-dönme) halinde bu sona ermenin ileriye mi yoksa geçmişe mi etkili olacağına ilişkindir. Şöyle ki, sözleşme ani edimli olarak kabul edildiği takdirde kural olarak sözleşmede geçmişe

etkili olarak dönme sonucunu doğacak iken, sürekli edimli olduğunun kabulü halinde ise sözleşme ileri etkili olarak feshedilmiş olacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde hususiyet arz eden bir diğer durum ise şekil meselesidir. Bilindiği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini oluşturan sözleşmelerden ilki olan eser sözleşmesi kanunda herhangi bir geçerlilik şekline tabi kılınmamıştır. Ancak diğer sözleşme olan taşınmaz satış sözleşmesi ise resmi şekle tabi kılınmıştır. Bu durumda Yargıtay'ın belirttiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri her ne kadar şekle tabi olmayan eser sözleşmesine ilişkin hükümler içerse de, taraflardan birinin edimi taşınmaz satışına ilişkin olduğundan bu sözleşmelerin de resmi şekilde yapılması gerekecektir. Kural olarak bu şekilde yapılmayan ve özellikle de adi şekilde yapılan sözleşmeler ise geçerli olmayacak olmakla birlikte, Yargıtay inşaat işlerinin yapısını da dikkate almış ve genel kurala istisna bir karar oluşturmuştur. Buna göre, her ne kadar resmi şekilde yapılmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçersiz olacak idiyse de, somut olayda yüklenicinin inşaatı artık tümüyle tamamlamış veya belirli bir seviyeye getirmiş olması halinde şekil eksikliğinin ileri sürülerek arsa paylarını tescilden kaçınmak dürüstlük kuralına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayılacaktır. Bu durumda şekil eksikliği savunması korunmayacaktır.

Yüklenicinin inşaattaki ayıplardan sorumlu olabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki binanın teslim edilmiş olmasıdır. Teslim borcu Türk Borçlar Kanunu'muzda açıkça belirtilmemiş olmakla beraber hem çeşitli maddelerde sayılmakla hem de sözleşmenin niteliği gereği yüklenicinin esas ve nihai borcudur. Teslim borcu sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça herhangi bir şekilde, dolayısıyla sözlü bir bildirimle yerine getirilebilir ve tanıkla ispat edilebilir. Örneğin, uygulamada ve Yargıtay kararlarında teslimin iskan şartına bağlandığı görülmektedir. Teslim yeri bakımından ise sözleşmenin niteliği gereği sorun olmamakta ve yapı arsa sahibinin arsası üzerinde teslim edilmektedir. Teslimin belirlenen zamanda yapılmaması halinde ise yüklenicinin temerrüdü durumu ortaya çıkacaktır. Teslimin bizim açımızdan en önemli sonucu ise ayıba karşı sorumluluğa

ilişkindir. Çünkü gözden geçirme ve bildirim külfetleri ancak teslim ile ortaya çıkmaktadır.

Ayıptan sorumluluk için gerekli ikinci şart ise yapının ayıplı olmasıdır. Ayıba ilişkin birçok tanım yapılabilmeyle beraber, eserde, sözleşmede kararlaştırılan veya kararlaştırılmamış olsa bile niteliği gereği ihtiva etmesi gereken hususlara sahip olmaması, sahip olmaması gereken nitelikleri ise bünyesinde barındırması olarak tanımlanabilir. Buna göre ayıp iki halde söz konusu olur. Yapı hem sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun olmalı hem de sözleşmede kararlaştırılmamış olsa dahi o eserde objektif olarak bulunması ve bulunmaması gereken hususlara uygun olmalıdır. Bu durumun aksi ise yapının ayıplı olduğu sonucunu doğurur.

Yüklenicinin ayıp dolayısıyla sorumluluğuna gidilebilmesi için gereken bir diğer şart ise gözden geçirme ve bildirim külfetlerine uyulmuş olmasıdır. Buna göre arsa sahibinin yapının teslim tarihinden itibaren işlerin olağan akışına göre uygun bir süre içerisinde teslim edilen yapıyı gözden geçirmelidir. Ayrıca varsa ayıpların uygun bir süre içerisinde yükleniciye bildirilmesi gerekmektedir. Bu bildirimlerle beraber hangi seçimlik hakkın kullanıldığının da bildirilmesine gerek yoktur. Bu seçimlik haklar daha sonra zamanaşımı süresi içerisinde ayrıca ileri sürülebilirler. Bildirimin amacı ise yükleniciyi en kısa sürede mevcut ayıplar konusunda uyarmak ve bilgilendirmektir. Bu nedenle bildirimde ayıplar net bir şekilde ortaya konulmalıdır. Dolayısıyla “yapı iyi olmamış”, “hiç beğenmedim” gibi ifadeler geçerli olmayacaktır. Ancak arsa sahibinin ayıpları bir mühendis, mimar veya başkaca bir uzman kişi gibi detaylandırarak açıklaması da beklenemez. Ayrıca ayıp bildirimi tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Dolayısıyla sözlü olarak da yapılabilir. Ancak inşaat işlerinin masraflı ve kapsamlı yapısı nedeniyle her ne kadar mümkün olsa da tanıkla ispattan ziyade yazılı şekilde ispat edilmesi hak kaybı riskini en aza indirecektir. Diğer taraftan bu bildirim açık-gizli tüm ayıplar bakımından söz konusu olmakla beraber gözden geçirme külfeti ise yalnızca açık ayıplar için söz konusudur. Zira, açık ayıplar olağan gözden geçirme ile ortaya çıkarılabilecek ayıplar iken gizli ayıplar ise gözden geçirilse dahi ortaya çıkmayacak, ancak kullanma ile zamanla belirlenebilecek ayıplardır.

Gözden geçirme ve bildirim külfetlerine uyulmaması halinde ise ayıplı eser bu haliyle kabul edilmiş sayılacaktır. Bu durumda arsa sahibinin seçimlik hakları ortadan kalkacak, diğer bir ifadeyle yüklenicinin ayıplardan dolayı sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir.

Yüklenicinin ayıplardan dolayı sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir diğer durum ise ayıpların arsa sahibine yüklenebilecek olmasıdır. Bunun en bariz örneği ayıpların arsa sahibinin vermiş olduğu talimatlardan kaynaklanmış olmasıdır. Buradaki talimatlar bağlayıcı nitelikte talimatlar olup bağlayıcı olmayan öneri ve tavsiyeler sorumluluğun kalkması sonucunu doğurmaz. Arsa sahibinin bağlayıcı talimatlarının yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırması için ise bu talimatlara uyulması halinde ayıplı bir inşaatın ortaya çıkacağını bilen veya bilmesi gereken yüklenicinin bunu arsa sahibine bildirmesi ve durumu açıklaması gerekmektedir. Bunların dışında ayıpların tamamen arsa sahibine yüklenebilecek nedenlerden meydana geldiği diğer ihtimallerde de arsa sahibi sorumlu olacaktır. Ortak kusura ilişkin uygulama saklıdır.

Ayıptan sorumluluğu ortadan kaldıran bir başka neden ise arsa sahibinin ayıptan doğan haklarını zamanaşımı süresi içerisinde kullanmamış olmasıdır. Buna göre arsa sahibi ayıplı eserin teslim tarihinden itibaren 5 yıl içinde bu haklar kullanılmalıdır. Ancak TBK ile getirilen yeni sürelerle göre eğer bu ayıplar yüklenicinin ağır kusurundan(kast, ihmal vs...) ileri geliyorsa zamanaşımı süresi teslimden itibaren 20 yıl olarak uygulanacaktır.

Arsa sahibinin ayıplar karşısında kullanabileceği ilk hak dönme hakkıdır. Dönme hakkının kullanılabilmesi için ayıbın önemli ayıp olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Buna göre arsa sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için yapının arsa sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı veya sözleşme hükümlerine aykırı olması gerekmektedir. Bununla beraber arsa sahibinin arsası üzerinde yapılmış inşaat bulunması durumunda dönme hakkının kullanılabilmesi ancak yapının sökülüp kaldırılmasının aşırı masrafa yol açmayacak olması koşuluna bağlıdır. Dönme hakkının kullanılması kural olarak herhangi bir

şekil şartına bağlı değildir. Bunun dışında, tüm seçimlik haklarda olduğu gibi dönme hakkının kullanılması için de yüklenicinin kusurunun gerekmediğini belirtilmelidir.

Arsa sahibinin kullanabileceği ikinci seçimlik hak ise ayıp oranında bedel indirimi istemektir. Arsa sahibi dönmenin yukarıdaki şartları oluşmadığı takdirde bedel indirimi hakkına başvurabilecektir. Bu hak da yine yenilik doğurucu bir niteliğe sahiptir ve kullanılması için yüklenicinin kusuru aranmaz. Bedel indirimi isteyebilmek için ayıplı yapının en azından belli bir değeri olması gerekmektedir. İndirilmesi gereken bedelin hesaplanması için ise birkaç yöntem bulunmaktadır. Mutlak indirim yöntemi, maliyete göre hesaplama yöntemi, tazminat yöntemi, nisbi (oransal) indirim yöntemi gibi yöntemler uygulamada yer almaktadır. Bunlardan en çok kullanılan nisbi indirim yöntemine göre ödenmesi gereken ilk bedel, ayıplı eserin piyasa değeriyle ayıpsız olsaydı edeceği değerin oranlanmasıyla ortaya çıkacak sonuçla çarpılmakta ve çıkan bedel indirilmiş yeni bedeli teşkil etmektedir. Bu yöntem elbette arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin niteliğine uygun şekilde uygulama bulacaktır. Ancak bu yöntem dışında diğerlerinin de uygulamada kullanıldığını belirtmek gerekir.

Ayıp karşısında arsa sahibini kullanabileceği son seçimlik hak ise ücretsiz onarım isteme hakkıdır. Diğer seçimlik haklarda olduğu gibi bu hakkın da kullanılabilmesi için yüklenicinin kusuru aranmamakla beraber hukuksal nitelendirme konusunda doktrinde bir görüş ayrılığı bulunduğunu belirtmek gerekir. Bunlardan birine göre, ücretsiz onarım hakkı diğer haklarda olduğu gibi yenilik doğurucu bir özellik taşımaktadır. Diğer görüşe göre ise bu hak, yüklenicinin esas borcu olan ayıpsız bir eser meydana getirme borcunun devamı niteliğindedir ve yenilik doğurucu bir hak niteliğine sahip değildir. Ücretsiz onarım hakkının kullanılması onarımın aşırı masrafı gerektirmemesi şartına bağlanmıştır. Aşırı masraf ise hakim tarafından somut olayda (tarafların fayda zarar dengesi vs.) değerlendirilecek olmakla birlikte, onarımın aşırı masrafı gerektireceği kanaatine ulaşılması halinde bedel indirimi seçimlik hakkı kullanılabilir.

Kural olarak ayıba ilişkin hakların kullanılabilmesi için yapının teslim edilmiş olması gerekmektedir. Birlikte kanunumuz teslimden önce de belli şartlar altında bazı

imkanlar tanımaktadır. Buna göre eğer yapının ayıplı olacağı teslimden önceki bir vakitte kesin bir şekilde açıkça öngörülebiliyorsa, arsa sahibi yükleniciye ayıbın giderilmesi için uygun bir süre vererek durumu bildirebilecek ve bu süre içinde yapı düzeltilmez ise onarımı veya işin devamını masrafları yükleniciye ait olmak üzere üçüncü bir kişiye verilebilecektir.

Son olarak arsa sahibi yukarıdaki seçimlik haklarının yanında veya tek başına kullanabileceği hak ise genel hükümlere göre tazminat isteme hakkıdır. Arsa sahibi seçimlik haklarda karşılayamadığı zararlarını bu hakkını kullanarak ileri sürebilecektir. Bu hakkın kullanılabilmesi için ise yüklenicinin kusurlu olması gerektiği belirtilmelidir. Bu noktada zamanaşımı hususu ayrı bir önem arzeder. Şöyle ki, kural olarak kanunda genel hükümlere göre tazminat ibaresi kullanıldığından dolayı lafzi yorumla genel hükümlere göre tazminat isteme zamanaşımı süresi 5 ve 10 yıl ile sınırlı olacağı düşünülebilmekle birlikte, bizim de uygun bulduğumuz kanunun ruhuna paralel olan görüşe göre ise ağır kusur halinde 20 yıllık zamanaşımı süresine başvurmak gerekecektir.

KAYNAKÇA

- Aday, Nejat: **Özel Hukukta Yükleni Kavramı Ve Sonuçları**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2000.
- Akkanat, Halil: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006. (Fazla İnşaat)
- Akkanat, Halil: “Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK m. 2 Hükümü Aracılığı ile Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirmesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C. II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- Akkanat, Halil: **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000.
- Akman, Galip Sermet: **Taşkın İnşaat**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Aksoy Dursun, Sanem: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İfadadan Farkları”, **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 9, S. 101, Mayıs 2011.
- Akyol, Şener: **Know-How Management Joint Venture Ve Büyük Çaplı İnşaat**

- Sözleşmeleri**, İstanbul, Afa Matbaacılık, 1997.
- Altaş, Hüseyin: “İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.
- Altınok Ormancı, Pınar: **Sürekli Borç İlişkilerinin Hakkı Sebep Feshi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- Aral, Fahrettin: **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: **Borçlar Hukuku Özel İlişkileri**, 9. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Arpacı, Abdülkadir: “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 475. Maddesinin Son Fıkrası Açısından Yüklenicinin Teslim Ettiği Eserin Ayıplı Olması Sorunu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011.
- Artukmaç, Sadık: **İnşaat Hukuku**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1975.
- Atlı Akın, Gevriye: “Eserdeki Ayıbın İş Sahibine İsnat Edilmesi (Borçlar Kanunu MD. 361)-1”, **Yaklaşım Dergisi**, Y. 14, S. 157, Ocak-2006.

- Ayan, Serkan: **İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Aydıncık, Şirin: **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi Ve Hukuki Sonuçları: Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Aydoğdu, Murat / Kahveci, Nalan: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İzmir, İleri Kitabevi, 2013.
- Ayli, Ali: **İnşaat Bütün Riskler Sigortasında Riziko**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Başoğlu, Başak: **Türk Hukukunda Ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Baygın, Cem: **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret Ve Tabi Olduğu Hükümler**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1999.
- Belen, Herdem: **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler: Kısa Şerh**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014.
- Berki, Şakir: **Borçlar Hukuku: Özel Hükümler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973.
- Bilgin, Melek Yüce: "Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları", **Marmara**

- Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011.**
- Bucher, Eugen/Buz, Vedat: “Mağdur Edilen Alıcı”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Buz, Vedat: **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998. (Dönme)
- Buz, Vedat: **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005. (Yenilik)
- Büyükay, Yusuf: **Eser Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- Coşkun, Gürkan: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Durumu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.
- Cura, Aykut/Sütçü, Nezh: “Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı Sözleşmesinde Şekil”, **Ersin Çamoğlu'na Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Çetiner, Bilgehan: “Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **İÜHFİM**, C. LXVII, S. 1-2, 2009.

- Dayınlarlı, Kemal: **İstisna Akdinde Mütahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü (Hüküm ve Sonuçları)**, 4. bs., Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2008.
- Demirbaş, Harun: **Yenilik Doğuran Haklar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- Demirdöven, Oğuzhan: “İş Sahibinin Eser Sözleşmesini Tam Tazminatla fesih Hakkı”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan (BK. m. 369)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.
- Dinç, Mutlu: **Borçlar Kanununda Neler Değişti**, 5. bs., y.y., Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Duman, İlker Hasan: **100 Soruda İnşaat Hukukuna Giriş: Staj Eğitim Merkezi Ders Notları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2011. (Giriş)
- Duman, İlker Hasan: **İnşaat Hukuku**, 5. bs., y.y., Seçkin Yayıncılık, 2013. (İnşaat)
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat: **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar Ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 8. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013.
- Edis, Seyfullah/Zevkliler, Aydın/Ertaş,
Şeref /Tezcan, Durmuş /Petek, Hasan: “Yenilik Doğurucu Haktan Rücu Etmek Mümkün Mü? (Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri)”, **Prof. Dr. Turhan**

- Tufan Yüce'ye Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2013. (Borçlar)
- Eren, Fikret: “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Sözleşmeleri**, Ankara, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1996. (BK. Açısından İnşaat)
- Eren, Fikret: “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları Ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, **İnşaat Sözleşmeleri**, Ankara, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996. (Müteahhidin Borçları)
- Erman, Hasan: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2010. (İnşaat)
- Erman, Hasan: **Hukuki Mütalaalar**, İstanbul, Der Yayınları, C. 1, 2012.
- Erman, Hasan: **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979. (İstisna)
- Ertaş, Şeref: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak Ve Borçların Devri”, **Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsnel'e Armağan**,

İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını,
2001.

Erten, M. Ali:

Borçlar Kanunu Ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk, Ankara, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkese Matbaacılık, 2000.

Filinte, Nurettin/Pişkinkaya, Duygu:

“Yargıtay Kararları Işığında Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 84., S. 3., 2010.

Genç Arıdemir, Arzu:

“Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan “İlave İşler Ve İlave Bağımsız Bölümler” Sorunu Bakımından Hukuki Durum”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.

Gökyayla, Emre:

Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009. (Ek İş)

Gökyayla, Emre:

“Eser Ve Vekalet Sözleşmeleri”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler**, İstanbul, On İki Levha, 2012. (Vekalet)

Gökyayla, Emre:

“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesine İlişkin

- Hükümlerin Değerlendirilmesi”,
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011. (Değerlendirme)
- Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012. (Özel I)
- Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012. (Özel II)
- Gümüş, Mustafa Alper: **Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007. (Şerhler)
- Günay, Cevdet İlhan: **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Günel, Mustafa Cahit: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi: Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan**, Vedat Kitapçılık, Ekim-2004.
- Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/
Arpacı, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

- Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Hatemi, Hüseyin: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999.
- Hatemi, Hüseyin: **Medeni Hukuk'a Giriş**, 6. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Havutçu, Ayşe: **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt Ve Müsbet Zararın Tazmini**, İzmir, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1995.
- İnal, Emrehan: "Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması", **İÜHF**, C. LXX, S. 1, 2012.
- İnal, Emrehan: **Sonuca Katımlı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011. (İnşaat)
- İnan, Ali Naim: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.
- İpek, Eyüp: "Eser Sözleşmelerinde Müteahhidin Özen Borcu", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 81, S. 2, 2007.
- Kamber, Kemal: "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, Y. 54, 1997.

- Kapancı, Kadir Berk: **Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk Ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Kaplan, İbrahim: **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013. (Endüstri)
- Kaplan, İbrahim: “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu Ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, **İnşaat Sözleşmeleri**, Ankara, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1996, s. 119. (Ücret)
- Karaca, Mehmet: **Kamu İnşaat Sözleşmelerinin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Karadaş, İzzet: **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri: Kurulması Uygulanması Sona Ermesi Sona Ermesinin Sonuçları**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Karahasan, Mustafa Reşit: **İnşaat İmar İhale Hukuku**, C. I, İstanbul, Beta Yayınları, 1997.
- Kartal, Bilal: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Matsa Basımevi, 1993.

- Kaya, Özgür Katip: **Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1993.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Medeni Hukuk Temel Bilgiler**, 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.
- Kırca, Çiğdem: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü kişilere Etkisi”, **Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, S. XXII, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2006.
- Kocaağa, Köksal: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve “İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu”, **TBB Dergisi**, S. 85, 2009. (İlave)
- Kocaağa, Köksal: “Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK. m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1, 2004. (Ayıp)
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin

- /Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, 6.** bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.
- Korkusuz, M. Refik: **Hukuk Başlangıcı,** İstanbul, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Yayınları, 2014.
- Köksal, Tunay: **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri Ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları,** Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.
- Kulaklı, Emrah: **Ürün Sorumluluğu Ve Ayıp Kavramı,** İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Kural, Orhan Cevdet/
- Kılıçbay, Ercüment/İzmir, Halil: **İnşaat Ve İhale Hukuku,** Ankara, İlk-San Matbaası, 1988.
- Kurşat, Zekeriya: “Eser Ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu Ve Nitelendirmenin Hükmü”, **İÜHFİM, C. LXVII, S. 1-2,** 2009. (Eser)
- Kurşat, Zekeriya: “İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi: Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan,** Vedat Kitapçılık, Ekim-2004. (İnşaat)
- Kurt, Leyla Müjde: **(6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin**

- Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü,**
Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Neufert, Ernst: **Yapı Tasarım Bilgisi,** Çev: Gizim Tercüme, 35. basıdan çeviri 5. Türkçe bası., y.y., Beta Yayıncılık, 2013.
- Nomer, Haluk N.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 13. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013.
- Nomer, Haluk Nami/Engin, Baki İlkay: **Türk Borçlar Kanunu Şerhi: Özel Borç İlişkileri,** C. I: Satış Sözleşmesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: **Medeni Hukuk: Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar,** 19. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C. I, 11. bs., İstanbul, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Olgaç, Senai: **İstisna Akdi,** İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Öktem, Seda: “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları”, **İstanbul Barosu Dergisi,** C. 80, S. 5, 2006.
- Öz, M. Turgut: **İnşaat Sözleşmesi Ve İlgili Mevzuat,** 2. Yayın, İstanbul, Yamaner Yayıncılık, 2006. (Mevzuat)
- Öz, M. Turgut: **İnşaat Sözleşmesi Ve İlgili Mevzuat,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013. (İnşaat)

- Öz, M. Turgut: **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989. (Dönme)
- Özdemir, Hayrunnisa: **Türk Borçlar Kanununa Ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- Özmen, Etem Saba/
- Karaman, Tuba Akçura: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 87, S. 1, 2013.
- Özyörük, Sezer: **İnşaat Sözleşmesi: Yapısı-Feshi Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları**, y. y., Kazancı Hukuk Yayınları, 1988.
- Pulaşlı, Hasan: **İsviçre Ve Alman Hukuku İle Karşılaştırmalı Notlu Ve İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Ve İlgili Ticari Mevzuat**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Pulaşlı, Hasan: **Şarta Bağlı İşlemler Ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989.
- Reisoğlu, Safa: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar”, **BATİDER:**

- Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na Armağan,**
C. XXIV, S. 2, y.y., 2007. (İnşaat)
- Reisoğlu, Safa: **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler),**
24. bs., İstanbul, Beta, 2013.
- Ruhi, Ahmet Cemal: **Sözleşmeler Hukuku,** Ankara, Seçkin
Yayıncılık, 2011.
- Sarı, Suat: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat
Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”,
İÜHFİM, C. LXIV, S. 2, 2006.
- Seliçi, Özer: **Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden
Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona
Ermesi,** İstanbul, Fakülteler Matbaası,
1976. (Sürekli)
- Seliçi, Özer: **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin
Sorumluluğu,** İstanbul, Fakülteler
Matbaası, 1978. (İnşaat)
- Selimoğlu, Yaşar Engin: **İstisna (Eser) Sözleşmesi,** Ankara,
Adalet Yayınevi, 2010.
- Serozan, Rona: **Medeni Hukuk: Genel Bölüm-Kişiler
Hukuku,** 3. bs., İstanbul, Vedat
Kitapçılık, 2011. (Medeni)
- Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme,** 2. bs., İstanbul,
Vedat Kitapçılık, 2007. (Dönme)
- Serozan, Rona: “Yeni Borçlar Kanunun'da “İfa Zamanı”
Ve “Zamanında İfa Etmeme”
Konularında Rastlanan Yenilikler”,

- Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan: İş Dünyası Ve Hukuk**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 5006, 2011.
- Sungurbey, İsmet: **Medeni Hukukun Temel Sorunları**, İstanbul, 2002.
- Sütçü, Nezh: **Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, C. 1, 2. bs., y.y., Seçkin Yayıncılık, 2013. (İnşaat I)
- Sütçü, Nezh: **Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, C. 2, 2. bs., y.y., Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Şahin, Turan/Durak, Yasemin: "818 Sayılı Borçlar Kanunu Ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Eseri Şahsen Meydana Getirmesi Veya Eseri Kendi İdaresi Altında Başkasına Yaptırma Yetkisi", **Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 1, 2013.
- Şahin, Turan: "Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", **SDÜ Hukuk Fakültesi**, C. I, S. 2, 2011.
- Şahiniz, Salih: **Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal**

- Tesliminden) Sorumluluğu,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Şenocak, Zarife: **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı,** Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.
- Şeremet, Melis: “İnşaat sözleşmeleri Ve “FIDIC””, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, S. 4, 2006.
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri C. II**, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (Özel II)
- Tandoğan, Haluk: **Türk Mes’uliyet Hukuku: Akit Dışı Ve Akdi Mes’uliyet**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (Mes’uliyet)
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet /Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Turanboy, Asuman: “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan Ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 41, S. 1-4, 1889-1890.
- Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, C. I, 6. bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.

- Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, C. II, 3. bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1977.
- Uçar, Ayhan: “İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 1, 1997. (Karşılaştırma)
- Uçar, Ayhan: **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003. (Ayıp)
- Uçar, Ayhan: “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, **AÜEHFD**, C. V.; S. 1-4, 2001. (Teslim)
- Uygur, Turgut: **İnşaat Hukuku: Eser Ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Matbaacılık, t. y.
- Yalçınduran, Türker: **Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.
- Yaşar, Halis: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak Ve Sorumlulukları”, **TBB Dergisi**, S. 102, Eylül-Ekim 2012.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/ Özen, Burak: **Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler**, 11. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2012.

- Yavuz, Nihat: **Ayıplı İfa**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008. (İfa)
- Yavuz, Nihat: **Eser ve Hizmet Sözleşmeleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- Yavuz, Nihat: **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler: Genel Hükümler-Özel Hükümler**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012. (Yenilikler)
- Yener, Mehmet Deniz: "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1, Kayseri, Haziran-2009.
- Yeniocak, Umut: **Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Yılmaz, Halil: **Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi Ve Uygulaması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Yücel, Özge: "Borçlar Kanunu 358/1 Hükümüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama Ve İş Sürdürme Borcu", **AÜHFD**, C. 57, S. 3, 2008.
- Yücer Aktürk, İpek: **Satım Ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme Ve Bildirim Külfetleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

Yünlü, Semih: “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ağır Kusuru Ve Buna İlişkin Zamanaşımı Süresi”, **YYÜHFD**, C. 1, S. 3, 2014.

Zevkliler, Aydın/Ertaş, Şeref/Havutçu,

Ayşe/Aydoğdu, Murat/Cumalıoğlu, Emre: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler**, İzmir, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2013.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. bs., Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2013.

Zevkliler, Aydın: **Taşınmaz Malikin Yetkileri Açısından İmar Kurallarına Aykırı Ve Zarar Verici İnşaat**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Yayınları No:2, Olgaç Matbaası, 1982.

Elektronik Kaynaklar:

<http://emlakansiklopedisi.com>

<http://www.basbakanlik.gov.tr>

<http://www.cankaya.bel.tr>

<http://www.hsyk.gov.tr/>

<http://www.kazanci.com>

<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr>

<http://www.resmigazete.gov.tr>

<http://www.tdk.gov.tr>

<http://www.yargidunyasi.com.tr>