

T.C.
MEF ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE
KAÇAK EKLEMELER SORUNU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İLHAN TEMEL

TEZ DANIŞMANI
DOÇ. DR. EKREM KURT

ŞUBAT 2021

T.C.
MEF ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE
KAÇAK EKLEMELER SORUNU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İLHAN TEMEL

ORCID NO: 0000-0002-3272-149X

TEZ DANIŞMANI

DOÇ. DR. EKREM KURT

ŞUBAT 2021

ÖNSÖZ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, inşaat sözleşmeleri arasında en sık kullanılan sözleşmedir. 6306 sayılı kanunla birlikte uygulaması çok daha artmış bulunmakta ve İtihatlarda da genişçe yer bulmaktadır. Uygulamada, arsa sahibi ve yüklenici sorunlarının önemli bir kısmının, sözleşmenin yeterli açıklıkta düzenlenmemiş olmasından ve yüklenicilerin çoğu zaman nasıl olsa imar affi çıkar düşüncesi ve daha fazla kazanç elde etme amacıyla sözleşme ve eklerine, projeye uygun inşaat yapmamasından kaynaklandığını mesleki tecrübelerimize dayanarak söyleyebiliriz. Karşılaştığımız sorunların bir kısmı, esas işi inşaat yükleniciliği olmayıp bir şekilde yüklenici olarak kısa zamanda çok kazanç elde etme hevesi ile yapım işine giren kişilerin plansız programsız ve işin ekonomik boyutunu hesaplamadan inşaat işini üstlenmeleri ve sonra inşaatı bırakıp gitmeleri, bu arada alt yükleniciler ile yaşanan sorunlar; bir kısmı da, inşaatın (çoğunlukla ruhsata aykırı – kaçak-) projeye dışı bağımsız bölüm veya alanlar yapılması nedeniyle iskân ruhsatının alınamaması ve bu nedenle yüklenici, arsa sahibi ve üçüncü şahıslar arasında çıkan sorunlar şeklinde karşımıza çıkmıştır. Bunun yanında, parsel bazında kamu yararı amacı olmadığını düşündüğümüz imar planı değişiklikleri yapıldığını, kaçak yapılan eklemelere karşı yaptırımların gereğince uygulanmadığını da gördük. Bu nedenle, mesleki çalışmalarımızda bu alandaki bilgimizi bir üst seviyeye taşıma ve aktarma gereğini hissettik. Bu amaçla öncelikle tezsiz lisans yapmayı düşündük ancak, çok değerli hocam Prof. Dr. Havva Karagöz bizi tezli yüksek lisans yapma konusunda cesaretlendirdi ve onun teşvikiyle yüksek lisans çalışmalarımıza MEF Üniversitesi'nde başladık. Öncelikle saygıdeğer hocama bana gösterdiği teveccüh ve desteği için çok teşekkür ederim.

Çalışma konumuza değerli hocam tez danışmanım Doç. Dr. Ekrem Kurt ile birlikte karar verdik. Çalışmalarım sırasında bana gösterdiği yakın ilgi ve destekten ötürü kendisine ayrıca çok teşekkür ederim. Çalışmamıza önce kaynak taraması ile başladık. Bu kapsamda özellikle karar derlemesinde üniversitemin elektronik veri tabanı kaynakları ve kütüphanesi bize çok faydalı oldu. Bu imkânı sağlamış olması nedeniyle başta rektörümüz olmak üzere MEF üniversitesi yöneticilerine çok teşekkür ediyorum. Okuma ve notlama çalışmasıyla birlikte taslak plan çıkarılıp yazım aşamasında güncellenerek çalışmamız tamamlanmıştır.

Bu çalışmada konu ile ilgili olarak öğretilerdeki görüşleri ve güncel itihatları yeri geldiğinde kendi görüşlerimizle birlikte aktarmak suretiyle bu alandaki bilimsel çalışmalara katkı sunmak istedik. Çalışmam boyunca bana her türlü desteği sunan eşim ve çocuklarıma özel olarak ayrıca teşekkür ederim. Ayrıca bu çalışmaya çeviri konusunda destek veren Mehmet Murat İnegöllüoğlu ve değerli eşine de ayrıca teşekkür ederim. Çalışmamızın öğretilere katkı sunmasını ümit ve temenni ederiz.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vii
ÖZET	x
ABSTRACT	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM
ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN
TEMEL ÖZELLİK VE HÜKÜMLERİ

I. SÖZLEŞMENİN TEMEL ÖZELLİKLERİ	6
A. KAVRAMLAR	6
B. TANIMI	11
C. TARAFLARI	14
1. YÜKLENİCİ	14
2. ARSA SAHİBİ	16
D. UNSURLARI	20
1. ARSA SAHİBİNİN BELİRLİ ARSA PAYLARININ MÜLKİYETİNİ DEVİR BORCU ALTINA GİRMESİ	20
2. YÜKLENİCİNİN BELİRLENEN BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİ TESLİM BORCU ALTINA GİRMESİ	22
3. ARSA SAHİBİ İLE YÜKLENİCİ ARASINDA ANLAŞMA BULUNMASI	23
E. HUKUKİ NİTELİĞİ	24
1. TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN BİR SÖZLEŞMEDİR	24
2. ÇİFT TIPLI KARMA BİR SÖZLEŞMEDİR	25
3. ANİ (GEÇİCİ) – SÜREKLİ KARMAŞIĞI BİR SÖZLEŞMEDİR	29
4. TAPU KÜTÜĞÜNE ŞERH EDİLEBİLİR NİSBE HAKLAR ARASINDA YER ALIR	31
F. GEÇERLİLİK KOŞULLARI	33
1. ARSA SAHİBİ İLE YÜKLENİCİ ARASINDAKİ SÖZLEŞMENİN ŞEKİL YÖNÜNDE GEÇERLİLİĞİ	33
a) Genel Olarak Sözleşmelerde Şekil	33
b) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil	35
c) Yüklenici İle Üçüncü Kişi Arasındaki Sözleşmeler Açısından Şekil Unsuru ve Avans Tapu Uygulaması	36
d) Şekle Uyulmamasının Hüküm ve Sonuçları	38
da) Genel Kural: Geçersizlik	38
db) İstisnaları	38
dba) Şekle Aykırılık İddiasının Hakkın Kötüye Kullanılması Niteliği Teşkil Ettiği Durumlar	38
dbb) Taşınmazın Arsa Sahibi Tarafından Tapuda Yükleniciye Devredildiği Durumlar	40
2. ARSA SAHİBİ İLE YÜKLENİCİ ARASINDAKİ SÖZLEŞMENİN İÇERİK YÖNÜNDE GEÇERLİLİĞİ	40
a) Emredici Kurallara ve Kamu Düzenine Aykırılık	41

b) Edimin İfasında İmkânsızlık	43
c) Arsa Maliklerinin Tamamı Sözleşmeyi İmzalamış Olmalıdır	46
G. TÜRLERİ	46
1. ARSA SAHİBİNİN ARSA PAYLARININ SATIŞINI VAAT ETMESİ VE YÜKLENİCİNİN İNŞAAT YAPMAYI TAAHHÜT ETMESİ	46
2. ARSA PAYININ TAMAMININ YÜKLENİCİYE DEVREDİLMESİ	47
3. BELLİ ARSA PAYLARININ YÜKLENİCİYE DEVREDİLMESİ	47
4. ARSA PAYLARININ İNŞAATTAKİ AŞAMAYA GÖRE DEVREDİLMESİ	48
II. SÖZLEŞMENİN HÜKÜMLERİ	48
A. GENEL OLARAK	48
B. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI	50
1. YÜKLENİCİNİN YAPI ESERİ (BİNA-BAĞIMSIZ BÖLÜM) MEYDANA GETİRME BORCU	50
a) Yüklenicinin Yapıyı Şahsen Yapması veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcu	52
b) Yüklenicinin Yapının İnşası İçin Gerekli Malzeme Araç ve Gereçleri Temin ve İhbar Borcu	53
c) Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve Sürdürme Borcu	56
d) Yüklenicinin Yapıyı Sadakat ve Özenle Yapma Borcu	59
2. YÜKLENİCİNİN YAPI ESERİNİ TESLİM BORCU	63
3. YÜKLENİCİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU	67
C. ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI	69
D. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ	69
İKİNCİ BÖLÜM	
ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE KAÇAK YAPI/İNŞAAT	
I. KAÇAK YAPI/İNŞAAT KAVRAMI HUKUKİ NİTELİĞİ VE HUKUKA AYKIRILIK UNSURLARI	71
A. GENEL OLARAK	71
B. KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİĞİ	73
1. KAVRAM	73
2. KAÇAK YAPININ HUKUKİ NİTELİĞİ	74
C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURLARI	78
1. RUHSATSIZ YAPILAR	80
2. RUHSAT VE EKLERİNE AYKIRI YAPILAR	81
3. DİĞER İMAR KURALLARINA AYKIRI YAPILAR	82
II. KAÇAK YAPININ UYGULAMADAKİ GÖRÜNÜMLERİ	87
A. İMAR DURUMUNUN OLMAMASI	87
B. İMAR DURUMUNUN DEĞİŞMESİNİN İNŞAATIN KAÇAK OLMASINA ETKİSİ VE KAZANILMIŞ HAK KAVRAMI	95
1. İMAR DURUMUNUN OLUMSUZ OLARAK DEĞİŞMESİ	95
2. İMAR DURUMU DEĞİŞİKLİĞİNDE KAÇAK İNŞAAT BAKIMINDAN KAZANILMIŞ HAK KAVRAMI	99

3. İMAR DURUMUNUN OLUMLU OLARAK DEĞİŞMESİ	102
4. İMAR DURUMUNDA DEĞİŞİKLİK OLMADAN YAPILAN SÖZLEŞMEYE AYKIRI KAÇAK UYGULAMALAR	105
A. SÖZLEŞME HARİCİ YAPILAN (KAÇAK) BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİN VEYA BÜYÜMELERİNİN İMAR HUKUKUNA UYGUN OLMASI	105
B. RUHSATA UYGUN BAŞLANILMAKLA BERABER SONRADAN RUHSAT VE EKLERİNE AYKIRI UYGULAMALAR YAPILMASI	106
III. ÖĞRETİDE VE YARGITAY İÇTİHAHLARINDA KAÇAK YAPI KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ	109
A. KAÇAK YAPILAR MAHKEMELERCE RESEN DİKKATE ALINIR	109
B. KAÇAK YAPILARIN KOŞULLARIN VARSA YASAL HALE GELMESİ İÇİN ÖNCELİKLE YÜKLENİCİYE YETKİ VE SÜRE VERİLMESİ GEREKİR	110
C. KAÇAK YAPIYA İLİŞKİN KAL DIŞINDAKİ TALEPLER DİNLENMEZ	112
D. KAÇAK YAPIDAKİ EKSİKLER NEDENİYLE BİRLİKTE İFAYA KARAR VERİLEZ	113
E. ARSA SAHİBİNİN KAÇAK YAPI NEDENİYLE MENFİ VEYA MÜSPET ZARARLARINI TALEP HAKKI VARDIR	113
F. YAPININ KAÇAK OLMASI HALİNDE ZAMANAŞIMI İŞLEMEZ	116
IV. SÖZLEŞMEYE GÖRE FAZLA İMAL EDİLEN BAĞIMSIZ BÖLÜMLER VE PAYLAŞIM SORUNLARI	116
A. BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİN SAYICA SÖZLEŞMEDE KARARLAŞTIRILANDAN FAZLA YAPILMIŞ OLMASI	118
1. TARAFLARIN SÖZLEŞMEDE FAZLA BAĞIMSIZ BÖLÜM İNŞASINI ÖNGÖRMESİ VE PAYLAŞIMLA İLGİLİ HÜKÜM TESİS ETMESİ	118
2. SÖZLEŞMEDE FAZLA BAĞIMSIZ BÖLÜM YAPILMASI ÖNGÖRÜLMÜŞ OLMAKLA BİRLİKTE PAYLAŞIMA İLİŞKİN HÜKÜM BULUNMAMASI VEYA AÇIK OLMAMASI	121
3. FAZLA YAPILACAK BAĞIMSIZ BÖLÜMLERE İLİŞKİN SÖZLEŞMEDE HERHANGİ BİR HÜKÜM BULUNMAMASI	124
4. FAZLA YAPILACAK BAĞIMSIZ BÖLÜMLER AÇISINDAN TARAFLARIN TALEPLERİ	125
B. BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİN SÖZLEŞMEDE BELİRLENENDEN DAHA BÜYÜK VEYA NİTELİĞİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMIŞ OLMASI	126
C. ORTAK ALANLARDA BÜYÜME VEYA FAZLADAN İŞ YAPILMIŞ OLMASI	128
V. İMAR AFFI YASALARININ KAÇAK YAPILAŞMAYA ETKİLERİ	128
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA İMAR HUKUKUNA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR	
I. İMAR HUKUKUNA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR	139

A. İMAR HUKUKU KAVRAMI	139
B. İMAR PLANLARI KAVRAMI	142
C. YAPI VE BİNA KAVRAMLARI	142
D. YAPI DENETİMİ KAVRAMI	144
II. YAPI RUHSATİYESİ (YAPI İZİN BELGESİ – İNŞAAT RUHSATI)	146
A. RUHSAT TERİMİ, AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ	146
B. YAPI RUHSATI VE İMAR PLANI İLİŞKİSİ	149
C. PLANLI ALANLARDA YAPI RUHSATI	150
D. PLANSIZ ALANLARDA YAPI RUHSATI	153
III. YAPI KULLANMA İZİNİ (YAPI KULLANMA İZİN BELGESİ - İSKÂN RUHSATI)	153
A. TANIM VE HUKUKİ NİTELİĞİ	155
B. YAPI KULLANMA İZİNİ VERİLME KOŞULLARI	156
1. TAMAMLANMIŞ BİR YAPI BULUNMALIDIR	156
2. YAPININ KULLANILMASINDA FEN BAKIMINDAN BİR SAKINCA BULUNMADIĞININ TESPİT EDİLMİŞ OLMASI GEREKİR	157
3. YAPI RUHSATI SÜRESİ İÇİNDE YAPI KULLANIM İZİN BELGESİ ALINMIŞ OLMALIDIR	157
4. MAL SAHİBİ VEYA VEKİLİNİN BAŞVURUSU BULUNMALIDIR	158
5. DİĞER ŞARTLAR	158
C. YAPI KULLANMA İZİN BELGESİNİN DÜZENLENMESİ VE SONUÇLARI	159
D. PLANSIZ ALANLARDA YAPI KULLANMA İZİNİ	160
IV. KAÇAK UYGULAMALARIN SONUCU OLARAK İMAR YAPTIRIMLARI	160
A. İDARİ YAPTIRIMLAR	160
1. TESPİT - YAPI TATİL TUTANAĞI MÜHÜRLEME VE DURDURMA	161
2. YIKIM	171
3. İMAR PARA CEZALARI	183
B. CEZAI YAPTIRIMLAR	184
SONUÇ	185
KAYNAKÇA	197
ÖZGEÇMİŞ	205
TEZ ONAY SAYFASI	

KISALTMALAR

6306 sayılı yasa	: 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun
Akt.	: Aktaran
APKİS	: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
BBD	: Bursa Barosu Dergisi
BŞBK	: 5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu
BÜHFD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BKK	: Bakanlar Kurulu Kararı
bkz./aş./yuk.	: Bakınız/Aşağıda/Yukarıda
C.	: Cilt
c.	: Cümle
Çev.	: Çeviren
ÇŞB	: Çevre ve Şehircilik Bakanlığı
DEÜHFG	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dip not
DİDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
E.	: Esas
eBK	: 818 Sayılı Mülga Borçlar Kanunu
eMK	: 743 Sayılı Mülga Medeni Kanun
EVK	: 1319 Sayılı Emlak Vergisi Kanunu
E.T.	: Erişim tarihi
f.	: Fıkra
GK	: 775 sayılı Gecekondu Kanunu
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İK	: 3194 Sayılı İmar Kanunu
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
KN.	: Kanun No
KKİS	: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi
KMK	: 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu
KT.	: Kabul Tarihi
KvTVKK	: 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu
m.	: Madde
NK	: Noterlik Kanunu
PAİY	: Plansız Alan İmar Yönetmeliği
PAİYÖN.	: Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği
RG.	: Resmî Gazete
S.	: Sayı/Sayılı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TC.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: 5287 sayılı Türk Ceza Kanunu
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TKHK	: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TST	: 2013/5150 Nolu Tapu Sicili Tüzüğü
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TK.	: 2644 Sayılı Tapu Kanunu
vb.	: Ve benzeri
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YDHK	: 4708 Sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun
YDK	: Yapı Denetim Kuruluşları
YDUY	: Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YİBBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu

Üniversite	: MEF Üniversitesi
Enstitü	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı	: Özel Hukuk
Program	: Özel Hukuk
Tez Danışmanı	: Doç. Dr. Ekrem KURT
Tez Türü ve Tarihi	: Yüksek Lisans - ŞUBAT 2021

ÖZET
ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE
KAÇAK EKLEMELER SORUNU
İLHAN TEMEL

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte ülkemize özgü bir şekilde ortaya çıkmış olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri; bilhassa 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ile birlikte uygulaması artmış, Türk Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmemiş, isimsiz bir sözleşme olarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun eser sözleşmesi ve taşınmaz satım sözleşmesine ilişkin hükümleri kapsamında karma bir sözleşme olarak değerlendirilen, uygulamada ihtilaflara sıkça konu olan bir sözleşmedir.

Uygulamada, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların özgür iradeleri ile oluşturdukları bu sözleşmeye bağlı olarak; kamu düzeni ve emredici kurallara aykırılık, imar planı değişiklikleri, objektif veya sübjektif imkânsızlık ve her sözleşmede olduğu gibi sözleşmenin ihlali durumları, bu çerçevede konumuz açısından imar mevzuatına, ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı inşaat ve benzeri nedenlerle çeşitli hukuki sorunlar çıkabilmektedir.

Tezimizin konusu, temel olarak; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kapsamında yapılan inşaat uygulamalarında, uygulamanın imar mevzuatına aykırılık taşıdığı, yaygın nitelendirmeye kaçak inşaatın (yapının) söz konusu olduğu durumlarda ortaya çıkan sorunların ve bu sorunlara ilişkin yasal durumların tespiti ile bunlara ilişkin değerlendirmelerin mevzuat, öğreti ve yargısal kararlar çerçevesinde ortaya konulmasıdır. Ayrıca, kaçak yapının hukuki niteliği ve imar affi yasaları kapsamında kaçak inşaatın genel bir değerlendirmesi yapılmıştır. Bu çerçevede çalışmamızda öncelikle tezimizin temeli olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi incelenmiştir ki, bu kısım sonraki açıklamalarımız ve değerlendirmelerimizin ana unsurunu oluşturmaktadır. Sözleşme ile tarafların haiz olacakları hak ve yükümlülüklerin açıklanması amaçlanmıştır.

Bu çalışmanın ilk bölümünde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin özellikleri ve hükümleri ele alınmış, ikinci bölümde kaçak eklemeler sorunu incelenmiş, son bölümde ise imar hukukunun konuyla ilgili düzenlemelerin üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler : Arsa payı, İnşaat, Kaçak yapı, İmara aykırılık, Yüklenici, Arsa sahibi
Bilim Dalı Sayısal Kodu : 51001

University : MEF Üniversitesi
Institute : Social Sciences Institute
Major : Private Law
Program : Private Law
Thesis Advisor : Assoc. Prof. Dr. Ekrem KURT
Thesis Type and Date : MA – Master Of Arts - February 2021

ABSTRACT

**NON-PERMITTED EXTENSION VIOLATIONS
WITH REGARDS TO
CONSTRUCTION AGREEMENT IN RETURN FOR LAND CONTRACTS
İLHAN TEMEL**

With the entry into force of the Flat Ownership Law, an original form of contract in Turkey was created by the practise. This contract is called “The Construction Contract in Return for Land Share”. Usage of this form of contract has been widely spread by the enactment of the the “Reconstruction of Risky Disaster Prone Areas”. The Turkish Code of Obligations 6098 does not list it as a clearly defined agreement. It is considered to be a mix of construction and sale contracts. Since it has not been regulated directly in any act, it is also considered to be an unnamed contract. It causes frequently disputes.

In practice, the freedom of contract based on the framework of free will of the parties involved in drafting this agreement can cause; public order, compulsory legal rules, zoning changes, objective or subjective limitation. As in every contract, the possibility of a breach of contract, within this framework based on our topic, construction laws, liscensed but improper or unlicensed additions to the plan can cause various legal problems;

The subject of the thesis in its core; work done in construction agreement in return for land share projects where there are Zoning Code violations that have been created and the problems that arise in such violations which are also called the illegal additional constructions. The problems caused by the illegal additions to the construction has been discussed within the framework of legal base, doctrine and legal practises of the supreme court.

Within this framework, firstly construction agreements in return for land share has been analyzed, this in turn forms the basis of our explanations and our assesment. The purpose is that the rights vested to the parties in the agreement are assigned their rights and responsibilities.

In the first chapter of this thesis the construction contract in return for land share has been analyzed, its criterias and provisions were laid down. In the second chapter, the problem of the illegal additions to the construction were studied and different aspects were studied. In the last chapter the basic principals of the zoning and construction law that are related with the topic has been explained witihin the framework of the illegal additions to the construction.

Key Words : Land share, construction, unlicensed construction, code violation
Contractor, landowner

Dept Numeric Code: 51001

GİRİŞ

Bir taşınmaz üzerinde yapılacak yapının özelliklerini belirli bir düzene bağlı olarak belirleyen kurallar imar mevzuatı -düzeni- içinde oluşturulmuş kurallardır. Yapı yapılırken, bu düzen tarafından konulmuş kurallara uygun olarak yapılmalıdır. Aksi halde, bu yapıların imar düzenine aykırı olması kaçınılmaz olacak ve bu gibi yapılar yine bu mevzuat tarafından belirlenen yaptırımlara maruz kalacaktır.¹ Malikin, taşınmazı üzerinde yapılaşma hakkı vardır fakat bu hak imar mevzuatına, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun olarak² Anayasa'nın³ 35. maddesi ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan ve temel insan haklarından olan mülkiyet hakkının sağladığı, anayasal çerçevede ve kanunla konulan sınırlar içinde kullanılabilir. Kaçak yapı, (İmar mevzuatına, kısaca imara aykırı yapı) en basit şekilde, imar mevzuatınca belirlenmiş kurallara aykırı olarak inşa edilen yapılar olarak tanımlanabilir. Yapının tamamı bu düzene aykırı olabileceği gibi belirli bölümleri yani kısmen de aykırı olabilir. Bu nedenle her kaçak yapı hukuka aykırı bir yapıdır.⁴

Kaçak yapılaşma olgusu, ülkemizin hukuk düzeni içinde ekonomik, sosyal ve siyasal muhtelif nedenlerle hukuki bir ihtilaf konusu ve toplumsal sorun olarak önemli bir yer tutmaktadır. Bu sorun vatandaşların kişisel hakları yanında

¹ Aydın ZEVLİLİLER, Taşınmaz Malikinin Yetkileri açısından İmar Kurallarına Aykırı Zarar Verici İnşaat, Ankara 1982, s. 164; Gürsel ÖNGÖREN, Hukuka Uygun Yapılaşma, Hukuka Aykırı Yapılaşma ve Sonuçları, s. 1,4-5 <http://www.ongoren.av.tr/hukuka-uygun-yapilasma-hukuka-aykiri-yapilasma-ve-sonuclari/> (E.T. 27.05.2018)

² Gürsel ÖNGÖREN, Yargı Kararları Işığında İmar Hukuku, (İmar) s. 188, www.ongoren.av.tr/wp-content/uploads/2017/10/yargi-kararlari-isiginda-imar-hukuku-09-10-2017.pdf. (E.T.; 13.08.2018)

³ RG. 09.11.1982/17863, KT. 18.10.1982 KN. 2709

⁴ Hülya ALTAN/Elif YAVUZ; Bir Yargıtay Kararı Işığında, İmara Aykırı (Kaçak) Yapının Mal Rejiminin Tasfiyesinde Katılma Alacağına Konu Olması Sorunu, DEÜHFD. Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, Özel Sayı-2017, s. 517, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/14-HULYA-ATLAN-ELIF-YAVUZ.pdf> (E.T. 30.12.2019)

beraberinde; ulaşım, alt yapı, sosyal donatı alanları ve çevre gibi kentsel; can güvenliği, sağlık, ekonomik istikrar ve nihayetinde kamusal düzen gibi toplumsal sorunları da içinde barındırmaktadır.

Her ne kadar son yıllarda bilhassa 03.05.1985 tarihli İmar Kanunu (İK)⁵ ve 16.05.2012 tarihli 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunla (6306 sayılı yasa - Kentsel Dönüşüm Kanunu)⁶ getirilen hükümlerle bir takım önleyici-caydırıcı mevzuat değişiklikleri yapılmış, tedbirler alınmış olsa da toplumun konut ve işyeri ihtiyacını istismar eden, özellikle büyük şehirlerdeki arsa alanlarının darlığından istifade eden ve her daim mevcut olan rant çevreleri, kimi idareciler ve oy peşindeki siyasilerin tutumları, adeta teamül haline gelmiş olan imar affi uygulamaları ve bunun sonucu toplum nezdinde yaratılan bu yöndeki beklentiler, kaçak inşaat uygulamalarının artarak devam etmesine maalesef engel olamamıştır. YHGK'nin bir kararında⁷ yapmış olduğu şu tespit de bu değerlendirmeyi desteklemektedir. *"(...) sosyal ekonomik nedenlerle kırsal kesimlerden kentlere aşırı akım, nüfus çoğalması, büyük mesken ve işyeri ihtiyacı nedeniyle hızlı yapılaşma karşısında görevli mercilerin aciz kalmaları veya çeşitli nedenlerle göz yummaları sonucu, izinsiz, ruhsatsız, resmi kayıtlara bağlanmayan büyük yerleşim alanları oluştuğu, bu arada paylı taşınmazların tapuda resmi ifrazları yapılmadan paydaşlar arasında haricen veya filen taksim edilip üzerlerine büyük mahaller hatta beldeler yapıldığı bir gerçektir. (...)"*

Tez çalışmamıza konu olan sözleşmenin ortaya çıkması, özellikle 1950'lerden sonra sanayileşmenin artması, ekonomik zorluklar ve tarımla uğraşanların sanayileşen kentlere iş ve geçim derdi nedeniyle göç etmesi, buna bağlı olarak kentlerde artan konut ve işyeri ihtiyacı, bu ihtiyacın devlet tarafından planlanıp karşılanamaması karşısında vatandaşın kendisinin çözüm üretmesiyle olmuştur. Yeterli hukuki alt yapının olmadığı bu dönem sonrası 23.06.1965 tarihli 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun (KMK)⁸ yürürlüğe girmesiyle, imar mevzuatına göre,

⁵ İK, RG. 09.05.1985/18749, KT.03.05.1985, KN. 3194

⁶ 6306 sayılı yasa, RG. 31.05.2012/28309, KT. 16.05.2012, KN. 6306

⁷ YHGK, E.2012/1133 K.2013/421 T.3.04.2013, ezproxy.mef.edu.tr.2120 – Hukuktürk (E.T. 10.03.2020)

⁸KMK, RG. 02.07.1965/12038, KT. 23.06.1965, KN. 634, Kanunun genel gerekçesinde ratio legis, özet olarak; *"Büyük şehirlerin gelişmesi ve nüfusun artmasıyla, şehir merkezlerinde arsa fiyatlarının artması, imar tahditleri nedeniyle istenilen büyüklükte yapı yapılamaması ve bu nitelikteki arsaların temin edilmesinin mali açıdan güç olması, Uygulamada ortaya çıkan çözümlerin hukuki alt yapısının*

yapı yapılma olanağı olan parseller üzerinde inşa edilen yapılarda, arsa sahibi ile birlikte birden fazla kişi, mülkiyetin sağladığı kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerini kullanabildikleri, bağımsız bölüm niteliğinde konut/işyeri sahibi olabilme imkânına kavuşmuştur. Bu sayede yasaya uygun yapı yapma imkânı da artmıştır. Böylelikle tek katlı bahçeli nizamdaki yerleşimin yerini çok katlı bitişik nizamdaki apartmanlar almış bu durum, inşaat sözleşmelerinin ve onun bir çeşidi olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuk alanında yaygınlaşması sonucunu doğurmuştur.⁹

Sözleşmenin iyi anlaşılması ve bilinmesinin ve buna göre iyi düzenlenmesinin, kaçak yapı başta olmak üzere, uygulamadaki sorunların en aza indirilmesi bakımından önemli olduğunu değerlendirmekteyiz. Ülkemize has ortaya çıkan, ihtiyaca binaen pratik uygulamanın hukuk alanına getirdiği bir sözleşme tipi olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; köyden kente göç, sanayileşme ve artan nüfus nedeniyle konut açığının ortaya çıkardığı, parası olmayan veya bu konuda yeterli imkân ve kabiliyeti bulunmayan arsa sahibi ile parası olup inşaat konusunda tecrübe ve bilgisi bulunan yüklenicilerin bir araya gelmesi neticesinde, arsa sahibinin bir kısım arsa paylarını yükleniciye devri, yüklenicinin de kararlaştırılan bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimi karşılığında yüklenicinin finansmanı ile arsa sahibinin arsası üzerinde her iki tarafın mutabakatına dayalı bağımsız bölüm niteliğini haiz konut ve/veya işyeri (bina) yapmak için geliştirilen, eser sözleşmesinin bir çeşidi olarak değerlendirilen, taşınmaz pay devrini de içermesi nedeniyle çift tipli karma yapısı olan bir sözleşmedir.

İnşaat sektörü, arsa sahibi ve yüklenicinin karşılıklı çıkarlarının uyuşmasıyla önemli gelişmeler sağlamış, aynı zamanda devletin karşılayamadığı temel insan haklarından olan barınma (konut) ve çalışma (işyeri) ihtiyacı karşılanmıştır. 6306 sayılı yasa kapsamında mevcut yapı stoklarının da uygulamaya dahil olması, yüklenici ve arsa sahiplerine bu kanun kapsamında sağlanan avantajlar inşaat

yetersiz olması (kat veya daire satışı sözleşmelerinin, -müşterek mülkiyet hükümleriyle şüyuun idamesi mükellefiyeti ve irtifak haklarından faydalanılması- suretiyle yapılması, arsa fiyatlarının yüksekliği karşısında fakir halkın hazineye ait veya özel kişilere ait boş topraklarda gecekondulu mahalleleri meydana getirmeleri ve bunun belediyecilik, fizik, sağlık, sosyal emniyet, sükân ve selamet bakımından mahzurlar yaratması” olarak açıklanmıştır.

⁹ Nitekim, YİBGK'nin RG.21.12.1988, S. 2026, T.30.09.1988 E.1987/2 K.1988/2, sayılı kararında; **“1965 yılında Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra ülkemiz inşaat sektöründe hızlı bir ilerleme kaydedilmiş, eskiden hiç görülmeyen Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi olarak adlandırılan yaygın bir sözleşme türü doğmuştur.”** denilmektedir.

sektörünü ekonominin itici gücü haline getirmiş ve çalışmamıza konu sözleşme tipinin uygulamasını daha da arttırmış ve önem kazanmasına neden olmuştur.

Bir kimsenin sahibi olduğu arsa üzerinde bina yapmak istemesi mülkiyet hakkı kapsamında Anayasa'mızın 35. maddesi ile korunan bir haktır. Ancak bu hak toplum yararına aykırı olarak kullanılamaz. Dolayısıyla mülkiyet, hak olduğu kadar aynı zamanda ödevler de içerir. Anayasamızın 56. maddesine göre bireylerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakları olduğu gibi hem devletin hem de bireylerin çevre sağlığının ve çevrenin korunmasını sağlama konusunda da ödevleri vardır. Bu kapsamda anayasamızla mülkiyet hakkının kanunla sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Konumuz açısından bu sınırlamanın en önemli unsurlarından birinin İmar Kanunu ve buna bağlı mevzuat ve bunların başında da imar planlarının geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Yukarıda belirtilen hak ve ödevler kapsamında sahibi olduğumuz arsamızda dilediğimiz büyüklükte dilediğimiz şekilde bir bina yapma imkânımız yoktur. Uygulama imar planları uyarınca yerel idareden alınan imar durumuna göre inşaat yapılabilir. Buna uymadığımız takdirde bizi hem sözleşmenin diğer tarafı ile hem de idare ile yaşayacağımız sorunlar, tazminat talepleri, idari ve cezai yaptırımlar bekleyecektir.

Bu çalışmada anılı sözleşme, ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılan ve bu anlamda uygulamada kaçak olarak tabir edilen imara aykırı yapılar bakımından ele alınmış ve incelenmeye çalışılmıştır. Çalışma konu başlığımızda yer alan "ekleme" ifadesiyle aslında baştan veya sonradan imara aykırı tüm uygulamalar kastedilmiş ve buna göre çalışma planı oluşturulmuştur.

Çalışma konu başlığımızda her ne kadar "*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*" ifadesi yer almakta ise de imara aykırı uygulamalar özelinde yapılacak açıklamalar diğer inşaat sözleşmeleri açısından da aksi belirtilmedikçe geçerlidir. Esasen gerek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, gerek bedeli karşılığı inşaat sözleşmesi ve gerekse gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi, ya da işletme hakkı karşılığı inşaat sözleşmesi genel olarak inşaat sözleşmelerinin alt görünümüleri yani uygulanma çeşitleridir. Bu nedenle kanaatimizce İnşaat sözleşmeleri ayrı bir kanun

veya 11.01.2011 tarihli 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK)¹⁰ tipik bir sözleşme olarak ve eser sözleşmesinden ayrı düzenlenmelidir.¹¹

Tezimizde, mahkemelerin önemli bir iş yükünü oluşturan, kaynağında ekonomik ve sosyal sorunların olduğu bu tür sözleşmelerde, uygulama ve öğretilerde kendi açımızdan bir bakış açısı ile katkıda bulunmak hedeflenmiştir. Bu kapsamda birinci bölümde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, çalışma konumuzla sınırlı olarak genel çerçevede incelenmiş, esas çalışma konumuz bu sözleşmenin kendisi olmadığı için sözleşmeye ilişkin ilgili hususlar; borçlar hukuku kavramlarıyla birlikte temel unsurlar, geçerlilik koşulları, türleri, hükümleri ve sona ermesi alt başlıklarıyla ayrıntıya girmeksizin ve fakat yeri geldiğinde tartışmalı konulara da değinmek suretiyle genel olarak incelenmiştir. İkinci bölümde tezimizin ana konusu olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde Kaçak Eklemeler sorunu, uygulamada karşılaşılan sorunlar, öğreti ve emsal yargı kararları çerçevesinde değerlendirilmiştir. Ayrıca bu bölümde kaçak yapının hukuki niteliği eşya ve mülkiyet kavramları ile birlikte çıkarılan imar affı yasaları açısından incelenmiştir. Üçüncü bölümde imar mevzuatına uygun yapının ve hukuka aykırı (kaçak) yapının ortaya konulabilmesi bakımından imar hukukuna ilişkin temel kavramlar, yapı, yapı ruhsatı, iskân ruhsatı ve imar yaptırımları, genel çerçevede incelenmiştir. Sonuç bölümünde tüm bölümlere ilişkin özet değerlendirmelerimiz açıklanmıştır.

¹⁰ TBK, RG. 04.02.2011/27836, KT. 11.01.2011, KN. 6098

¹¹ Nitekim öğretilerde GÖKYAYLA, taraflar arasındaki ilişkilerin uzun süre devam ettiği inşaat sözleşmelerinde Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinin her zaman yeterli olmadığını, örneğin ek iş ve iş değişikliğine ilişkin uyumsuzluklarında Borçlar Kanunu'nda bu konuda her zaman bir hüküm bulunmadığını, bu yüzden inşaat sözleşmelerinde borçlar kanununun haricinde farklı düzenlemelerin yapıldığını gördüğünü ifade etmektedir. (Emre GÖKYAYLA, Eser Sözleşmelerinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 44-45) eBK için ifade edilen bu görüşlerin TBK için de geçerli olduğunu düşünmekteyiz. AVCI' da bu konuda APKİS' in TBK' de tüm unsurlarıyla ve açıkça düzenlenmesi görüşünde olduğunu ifade etmiştir. (Ali AVCI, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşme Harici Yapılan Bağımsız Bölümlerin Hukuki Durumu, Terazi Hukuk Dergisi, C.10 S. 111, Kasım 2015, s. 56-57), www.jurix.com.tr/article/4186 (E.T. 24.06.2018)

BİRİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TEMEL ÖZELLİK VE HÜKÜMLERİ

I. SÖZLEŞMENİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

A. KAVRAMLAR

Sözleşmenin genel olarak adına ilişkin terim sorununa geçmeden önce konu başlığımızda yer alan; arsa, arsa payı ve inşaat terimlerine kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

Arsa; Arapça bir sözcük olup üzerinde “yapı yapılmak için ayrılmış yer” anlamına gelmektedir.¹² TMK m. 704’e göre taşınmaz mülkiyetinin konusu olan arazide¹³, imar uygulaması görmüş, üzerinde yapılaşma koşullarını taşıyan parsellenmiş toprak parçası olarak kabul edilmektedir. 29.07.1970 tarihli 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun (EVK)¹⁴ 12. maddesine göre de “*Belediye sınırları içinde belediyece parsellenmiş arazi arsa sayılır*” Ancak, 1983/6122 sayılı bir Bakanlar Kurulu Kararı’na göre¹⁵ parsellenmemiş bir kısım araziler de arsa sayılmaktadır.

¹² TDK, sözlük.gov.tr (E.T. 15.01.2020)

¹³ Arazi; Tapu Sicil Tüzüğü m. 9/1’de, (TST, RG. 17.08.2013/28738) “*sınırları hukuki ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yeryüzü parçası*” olarak tanımlanmıştır. Öğretide eşya hukuku açısından, “*Diğer toprak parçalarından ayrılan ve bağımsız bir eşya haline gelen, özel mülkiyete konu olabilen, kendisini çevreleyen toprak parçalarından sınırları belirlemek suretiyle ayrılan üç boyutlu bir toprak parçası*”, (Jale AKİPEK/Turgut AKINTÜRK/ Derya ATEŞ, Eşya Hukuku, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul Eylül 2018, s. 457,509; Mustafa Reşit KARAHASAN, Mülkiyet Hukuku, İstanbul Matbaası 1975 s. 12) İmar ve İnşaat Hukuku açısından, imar uygulaması görmemiş toprak parçası olarak da tanımlanmaktadır.

¹⁴ EVK, RG.11.08.1970/13576, KT. 29.07.1970, KN. 1319

¹⁵ BKK, RG.11.03.1983/17984, Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Nezh SÜTÇÜ, Kamulaştırma Hukukunda Arsa-Arazi Ayırımı (Makale), BBD, C.42, S. 103, Mart 2018 s. 49-57 (Jurix.com.tr) (E.T.13.01.2020)

Çalışma konumuz bakımından arsa; imar uygulaması görmüş toprak parçası yani, imar düzenine göre üzerinde bina inşa edilebilir nitelikteki imar parselidir.¹⁶

Arsa Payı; KMK m. 2’de arsa payı, “*Arsanın, bu kanunda yazılı esasa göre bağımsız bölümlere tahsis edilen ortak mülkiyet payları*” olarak tanımlanmıştır. Çalışmamıza konu sözleşmenin de esas unsuru olan arsa payı, bir arsa üzerinde yapılan konut ya da işyeri niteliğindeki yapı ve eklentileri ile arsa arasında bağımsız fakat aynı zamanda paylı mülkiyet ilişkisi kuran hukuki bir kavramı ifade eder. Arsa payı ile, binanın inşa edildiği tabandaki arsa ve ortak yerler üzerinde paylı mülkiyet mevcut olduğu halde aynı zamanda üzerindeki iskâna konu her bir bağımsız bölümde ayrı ve bağımsız bir mülkiyet hakkının kurulması sağlanmış olur.¹⁷

KMK 3/2 uyarınca arsa payı, kat mülkiyeti ya da kat irtifakına konu ana gayrimenkulün bağımsız bölümlerinden her birinin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleri ile orantılı olarak belirlenir¹⁸ ve KMK m. 12/a uyarınca tapu idaresine yapılacak başvuruda ibraz edilecek mimari projede gösterilir. KMK m. 5/2 uyarınca da bu belirleme yapılırken kat mülkiyetine bağlanmamış veya lehine kat irtifakı kurulmamış arsa payı bırakılmaz.

Kanun koyucunun arsa payını ortak mülkiyet olarak paylı ve el birliği mülkiyetinden farklı bir isimle tanımlaması da kanımızca sui generis bir mülkiyet yaratılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim, KMK m. 3’ de “*Kat mülkiyeti, arsa payı ve ana gayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyettir*” denilmektedir. Burada dikkat edilmesi gerekli husus arsa payının ortaklara değil bağımsız bölümlere özgü olduğuudur.¹⁹ Bu sayede her bağımsız bölüm, bağımsız bir eşya gibidir ve ayrı tapu senedi ile üzerinde irtifak hakkı ve rehin kurulmasına, ön alım hakkı olmadan kolayca el değiştirmesine imkân verir.²⁰ Kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadan önce sahip olunan mülkiyet, ister tam ister paylı ya da elbirliği mülkiyeti olsun kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulduktan sonra bağımsız

¹⁶ İmar Parseli; İK m. 5’ de “*İmar adaları içerisindeki kadastro parsellerinin İmar Kanunu, İmar Planı ve yönetmelik esaslarına göre düzenlenmiş şekli*” olarak tanımlanmıştır.

¹⁷ Ekrem KURT, Kat İrtifakı Kurulması Sona Ermesi ve Kat Mülkiyetine Geçiş, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, 1. Baskı, İstanbul Nisan 2013, s. 786-787

¹⁸ COŞKUN, s. 452; Peren SANRI ARSLAN, Arsa Payı Düzeltme Davası, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara Mayıs 2018, s. 67

¹⁹ SANRI ARSLAN, s. 47; E.KURT, s. 787

²⁰ E.KURT, s. 787

bölgümlere özügülenen arsa payına dönüŖür.²¹ Öğretide bu kavramın gereksiz olduğu, medeni kanun terimlerine sadık kalınması gerektiği, paylı mülkiyet konusu ana gayrimenkul parseli kat mülkiyeti objesi olunca, paylı mülkiyet paylarının hiçbir yapısal deęiŖiklięe uğramadığı, KMK uyarınca yalnızca adının deęiŖtięi iddia edilmiŖtir.²²

İnŖaat; Arapça bir sözcük olup “*yapma iŖi, yapım*” anlamına gelmektedir.²³ İnŖaat sözcüğü, yapılmakta olan bir nesnel varlığı ve yapıma eylemini ifade etmekte, yalnız bina dahil, arazi veya suda yapılan, tünel, viyadük, köprü, denizde veya karada inşa edilen tüp geçit vb. geniş anlamda yapı yapım iŖlerini ihtiva etmekte, teknolojik olarak ise, yapım iŖlerine olanak sağlayan tekniklerin tümü, hukuksal anlamda ise bir arazinin içine, altına, üstüne yapı yapılması olarak ifade edilmektedir.²⁴ Bir baŖka değerlendirmede inŖaat, “*yalnız belirli bir Ŗekil içinde maddi bir varlığa, bir cisme sahip bulunan, insan emeğinin ürünü olan ve baŖkasına devir ve teslim edilebilen yapılar*” Ŗeklinde tanımlanmıŖtır.²⁵ Yapı ve Bina kavramlarına ikinci bölümde ayrıca değinecek olduğumuzdan burada tanımına yer vermiyoruz. Ancak belirtelim ki, çalıŖma konumuz, arazi üzerinde yapılan sabit inŖaatlar yani binalardır.

Arsa Payı KarŖılıęı İnŖaat Sözüleşmesi; Kanunda düzenlenmemiŖ, karma nitelikli bir sözüleşme olması nedeniyle, öğretide, uygulamada ve yargı kararlarında bu sözüleşme muhtelif isimlerle anılmaktadır. Öğretide çoğunlukla kullanılanlar; Arsa Payı KarŖılıęı Kat Yapımı Sözüleşesi²⁶ Arsa Payı KarŖılıęı İnŖaat Yapım Sözüleşmesi,²⁷ Kat KarŖılıęı İnŖaat Sözüleşmesi,²⁸ Arsa Payı KarŖılıęı Bina Yapım

²¹ SANRI ARSLAN, s. 47

²² Etem Sabâ ÖZMEN/GülŖah Vardar HAMAMCIOğLU, Kat İrtifakı, (Kat İrtifakı) On iki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul Eylül 2017, s. 38

²³ TDK, sözlük.gov.tr (E.T. 15.01.2020)

²⁴Efrail AYDEMİR, Eser Sözüleşmesi ve İnŖaat Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Üçüncü Baskı, Ankara Haziran 2016, s. 37-38; Gürsel ÖNGÖREN, İnŖaat Hukuku, (İnŖaat) www.ongoren.av.tr/wp-content/uploads/2017/02/Insaat-hukuku-02-02-2017.pdf s. 10-11 (EriŖim; 13.08.2018)

²⁵ Köksal KOCAAğA, İnŖaat Sözüleşmesi, (İnŖaat) Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 59

²⁶ Yasemin DURAK, Arsa Payı KarŖılıęı Kat Yapımı Sözüleşmesi, İÜHFD C.1 Y. 2015, s. 207 <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/208371> (EriŖim:25.02.2018)

²⁷ İzzet KARADAŖ, Eser (İnŖaat Yapım) Sözüleşmeleri, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara Nisan 2016, s. 44

²⁸ Cengiz KOSTAKOğLU, İçtihatlı İnŖaat Hukuku ve Kat KarŖılıęı İnŖaat Sözüleşmesi, Beta Yayınları, 10. Baskı, İstanbul Eylül 2017; Neziğ SÜTÇÜ, Kat KarŖılıęı İnŖaat Yapım Sözüleşmesi, (İnŖaat) Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara Ocak 2016; İsmail ATAMULU, Kat KarŖılıęı İnŖaat Sözüleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014; Mustafa Duhan DEMİR, Kat KarŖılıęı İnŖaat Sözüleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Sona Ermesi, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara Mart 2017; Zeynep AYAR BİRKİN, Kat KarŖılıęı İnŖaat Sözüleşmesinde Taraf DeęiŖiklikleri, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara Mayıs 2019; Ahmet M.

Sözleşmesi,²⁹ Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapım Sözleşmesi,³⁰ Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi,³¹ dir. Uygulamada ise (öğreti ve karar içeriklerine göre) özellikle noterler tarafından Taşınmaz (Gayrimenkul) Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Kat Karşılığı İnşaat Yapım ve Satış Vaadi sözleşmesi, Kat Karşılığı İnşaat ve Gayrimenkul Satış Sözleşmesi, Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve İnşaat Sözleşmesi şeklinde kullanımların olduğu anlaşılmaktadır.³² Öğretide, “Kat Karşılığı İnşaat” ve “Arsa Payı Karşılığı İnşaat” terimlerinin daha fazla kullanıldığı, son dönemde yaygın tercihin “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” terimi olduğu görülmektedir.

Öğretide olduğu gibi, Yargıtay kararlarında da terim birliğinin sağlanamadığı, kararlarda; “*Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi,*”³³ “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat*

KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi 1. Bası, Ankara Eylül 2019, s. 493; Oğuz USTA, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara Temmuz 2017;

²⁹ AYDEMİR, s. 122

³⁰ Çelik Ahmet ÇELİK, Eser Sözleşmesi (Yapım, Bakım, Onarım ve Yüklenim Sözleşmeleri) www.tazminathukuku.com s. 2-29 (E.T. 28.03.2019); Fahrettin ARAL/Hasan AYRANCI, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 368; Bilal KARTAL, Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapım Sözleşmesi, Matsa Basımevi, Ankara 1993

³¹ Hasan ERMAN, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, (İnşaat) Der Yayınları, İstanbul Ekim 2010, s. 1; Aydın ZEVLİLER/K. Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, 17. Bası, Ankara Eylül 2017, s. 471; KOCAĞA, (İnşaat), s. 213; Köksal KOCAĞA, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında İlave İş ve İlave Bağımsız Bölüm Sorunu, (Makale), TBB Dergisi, S. 85, 2009 s. 86-104; M. Turgut ÖZ, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şerhi ve Kat İrtifakı, (Makale-İnşaat) (İnşaat Hukuku ve Uygulaması, Editörler Emrehan İnal/Başak Baysal) Oniki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul Kasım 2017, s. 441-469, s. 441; M. Turgut ÖZ, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, (İnşaat) 3. Bası İstanbul 2016, s. 7; Yusuf BÜYÜKAY, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2019; Turan ŞAHİN, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Seçkin Yayınevi, Ankara Mart 2012, s. 102; Leyla Müjde KURT, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 315; İlker Hasan DUMAN, İnşaat Hukuku (İnşaat) Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, Mayıs 2016, s. 120; İlker Hasan DUMAN, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenir, (Sözleşme) Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Haziran 2017; Cevdet YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 14. Baskı, İstanbul Ekim 2016, s. 580; Mustafa GÜR, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara Nisan 2017; Murat AYDOĞDU/Nalan KAHVECİ, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara Kasım 2019, s. 464; Turgut UYGUR, Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Adalet Matbaacılık, Ankara 1993, s. 77

³² SÜTÇÜ, s. 29; Yarg. 15. HD. E.2019/1046 K.2019/5195 T.16.12.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (karar içeriği, E.T.19.01.2020); Yarg. 15. HD. E.2019/1667 K.2019/5226 T.17.12.2019 Sinerji mevzuat.com.tr (karar içeriği, E.T.19.01.2020); Yarg. 15. HD. E.2018/5584 K.2019/641 T.18.02.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (karar içeriği, E.T.19.01.2020)

³³ YİBBGK, RG, 21.12.1988/2026, E.1987/2 K.1988/2 T.30.09.1988, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 25.02.2018); YHGK, E.2003/15-124 K.2003/175 T.19.03.2003, ezproxy.mef.edu.tr.2116 – Lexpera (E.T. 25.02.2018); YHGK, E.204/569 K.2016/181 T.26.2.2016, ezproxy.mef.edu.tr.2116 – Lexpera (E.T. 25.02.2018); Yarg. 15. HD. E.2017/449 K.2017/2579 T.15.6.2017, İBD, C.92, S. 3, Y.2018, s. 438-440; Yarg. 15. HD. E.2018/1074 K.2018/2079 T.21.05.2018, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T.19.01.2020)

Sözleşmesi,”³⁴ “*Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi*”³⁵ ve “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*”³⁶ terimlerinin tercih edildiği, bazen bunların ikisinin bir arada kullanıldığı³⁷ görülmektedir.

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi teriminin, yaygın kullanımı nedeniyle öğretide kimi yazarlar tarafından tercihen kullanıldığı³⁸ ifade edilmiş ise de bu ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi dışındaki diğer terimler; her ne kadar TBK’ de düzenlenmemiş olsa da TMK. m. 1009’ da “*Arsa Payı İnşaat*”, 22.12.2934 tarih ve 2644 sayılı Tapu Kanunu (TK)³⁹ m. 26’da “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat*”, 22.07.2013 tarih ve 2013/5150 no.lu Tapu Sicil Tüzüğü (TST)⁴⁰ m. 47/c (Eski, 55/c) de “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Hakkı” terimlerine yer verilmiş olması nedeniyle yasal düzenleme ile ismi konulmuş olduğu, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi dışındaki farklı tabirlerin kullanılmasının hukukçular arasında anlaşmayı güçleştireceği, noter ve tapularda sıkıntıya yol açabileceği⁴¹, ayrıca Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi terimi de; yüklenicinin arsa sahibine vereceği yerlerin kat değil bağımsız bölüm olması,⁴² kat kavramının bir veya birden fazla bağımsız bölüm ile ortak yerleri de içerdiği⁴³ gerekçesiyle bizce haklı eleştiri konusu olmuştur.

Öğreti ve yargı kararlarında görülen, “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*” terimi de bizce, “*İnşaat ve Yapım*” sözcüklerinin eş anlamlı olması nedeniyle kullanılması uygun olmayan bir terimdir.

³⁴ YHGK, E.2017/2036 K.2019/161 T.19.02.2019 Sinerji mevzuat.com.tr (E.T.19.01.2020); Yarg. 23. HD. E.2016/4514 K.2019/4329 T.17.10.2019, 2019 Sinerji mevzuat.com.tr (E.T.19.01.2020); Yarg. 15. HD. E.2019/390 K.2019/4207 T.30.10.2019, ezproxy.mef.edu.tr.2116 – Lexpera (E.T. 19.01.2020); Yarg. 23. HD. E.2016/9275 K.2019/4491 T.4.11.2019 ezproxy.mef.edu.tr.2116 – Lexpera (E.T. 19.01.2020); Yarg. 23. HD. E.2016/8418 K.2019/4442 T.24.10.2019, ezproxy.mef.edu.tr.2116 – Lexpera (E.T. 19.01.2020);

³⁵ Yarg. 15. HD. E.2019/2824 K.2019/5139 T.12.12.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T.19.01.2020)

³⁶ YHGK, E.2017/1611 K.2018/1218 T.23.05.2018, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T.08.02.2019); Yarg. 14.HD. E.2017/2217 K.2017/8114 T.6.11.2017, İBD, C.92, S. 3, Y.2018, s. 433-434; Yarg. 15. HD, E.2019/1672 K.2019/5239 T.18.12.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T.19.01.2020);

³⁷ Yarg. 23. HD. E.2012 5310 K.2013/523 T.05.02.2013, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T.18.02.2019); Yarg. 15. HD.2019/1041 K.2019/4632 T.18.11.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T.19.01.2020)

³⁸ ATAMULU, s. 21; DEMİR, s. 20; SÜTÇÜ, s. 33

³⁹ TK, RG. 29.12.1934/2892, KT. 22.12.1934, KN. 2644

⁴⁰ TST, RG. 17.08.2013/28738, KT.22.07.2013 Tüzük Yıl/No. 2013/5150

⁴¹ Ethem Saba ÖZMEN/Tuba Akçura KARAMAN, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları, İstanbul Barosu C. 87, S. 2013/1, s. 48

⁴² ÇELİK, s. 17

⁴³ AYDEMİR, s. 122; ÖNGÖREN, (İnşaat), s. 21

Son olarak, 10 Temmuz 2019 tarihli değişlikle, 6306 sayılı yasanın 6. maddesine getirilen ilave 14. fıkrada⁴⁴ açıkça, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” teriminin kullanılması, aynı terimin 19 Ekim 2019 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan, 6306 Sayılı Yasanın Uygulama Yönetmeliğinde Değişlik Yapılmasına Dair Yönetmelik⁴⁵ ile, ilgili yönetmeliğin⁴⁶ 13. maddesinin 10. fıkrasında ve ilave getirilen 11/2-e ve f bentlerinde de kullanılmış olması bizce bu terimin artık yasa koyucu tarafından da benimsenen terim olarak kabul edildiğini göstermektedir.

Kanaatimizce, yasa koyucunun bu tercihinin uyulması gerekir. Yasal metinlerde kullanılan terimin benimsenmesi, karmaşanın ortadan kaldırılması için doğru ve geçerli bir çözüm olacağından biz de “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*” teriminin benimsenmesi gerektiğini düşünüyüyoruz.

Aşağıda tüm yönleriyle irdelenecek olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa malikinin yapım, yüklenicinin de arsa maliyetine katlanmaması nedeniyle ülkemize özgü koşullarda gelişmiş yaygın uygulama alanı bulan eser ve satış sözleşmelerini bir arada barındırmasının da etkisi ile kapsamlı ve dikkat edilmesi gereken önemli unsurları ihtiva eden bir sözleşmedir. Uygulamada bu tür sözleşmelerde özellikle; taraflar sözleşmenin konusu ve taşınmazların imar durumu, arsa paylarının devri (ve vaadi), ruhsat ve inşaat teslim süreleri, kat irtifakının kurulma ve bağımsız bölümlerin paylaşılma şartları (tarafların asli edim yükümlülükleri) Tapuya şerh, vergi ve giderlere ilişkin sorumluluklar, kira bedelleri, gecikme tazminatı, mücbir sebepler, garanti ve diğer sözleşmeye özgü yan edim yükümlülüklerinin yer aldığı görülmektedir.⁴⁷

B. TANIMI

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi (Locatio conductio operis)⁴⁸; parası olmayan veya bu konuda yeterli imkân ve kabiliyeti bulunmayan arsa sahibiyle,

⁴⁴ RG. 10.07.2019/30827, KN.7181, KT. 4.7.2019,

⁴⁵ RG, 19.10.2019/30923

⁴⁶ RG, 15.12.2012/28498

⁴⁷ Serdal ÖZLÜK, Girişimciler İçin İnşaat, Seçkin Yayınevi, İkinci Baskı, Ankara Mart 2017, s. 34

⁴⁸ Roma Hukukunda, “iş sahibinin (Locator) vereceği ücret ve malzeme karşılığında yüklenicinin (conductor) bir eseri (opus) meydana getirme borcu altına girdiği” sözleşme olarak tanımlanmıştır. (Şahin AKINCI, Roma Borçlar Hukuku, Sayram Yayınları, 9.Baskı, Konya Aralık 2018, s. 143-144; Özlem SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara Eylül 2016, s. 149;

parası olup inşaat konusunda tecrübe ve bilgisi bulunan yüklenicilerin bir araya gelmesi neticesinde, arsa sahibinin para olarak bir bedel ödemediği mülkiyetindeki arsanın bir kısım paylarını bedel yerine geçmek üzere yükleniciye devretmek istemesi, yüklenicinin de arsa sahibinin arsası üzerinde kendi finansmanı ile inşa edeceği binada KMK uyarınca oluşturulacak bağımsız bölümlerden kararlaştırılan miktarını arsa sahibine teslim etmeyi kabul etmesi ile oluşan, eser sözleşmesinin bir çeşidi olarak değerlendirilen, taşınmaz pay devrini de içermesi nedeniyle karma yapısı olan, atipik bir sözleşmedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tipik bir sözleşme olarak kanunda düzenlenmediğinden açık bir tanımı da bulunmamaktadır.⁴⁹ TBK'nin 470-486. maddeleri arasında düzenlenmiş Eser Sözleşmesinin bir çeşidi olarak değerlendirilmekte ve ağırlıklı olarak yapılan tanımların da bu sözleşme tanımı çerçevesinde yapıldığı görülmektedir. TBK m. 470'e göre Eser Sözleşmesi,⁵⁰ *“Yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği”* sözleşmedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin meydana getirdiği bina- maddi varlık,⁵¹ yani yüklenicinin taahhüt ettiği edimin sonucu, “eser” olarak kabul edilmektedir. Ancak TBK'deki eser kavramı bundan çok daha geniş olup maddi olmayan varlıkları da içerir.⁵²

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için öğretide muhtelif tanımların yapıldığı görülmektedir. Bir kısım yazarlara göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi;

*“Arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında, müteahhide devretmeyi taahhüt etmesi”*⁵³,

“Yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak, başkasının malik olduğu arsa üzerine binanın yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise, bedel olarak binadaki

Ziya UMUR, Roma Hukuku Ders Notları, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul Kasım 1999, s. 369; Türkan RADO, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, 1987, s. 140

⁴⁹ Canan RUHİ/Ahmet Cemal RUHİ, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara Nisan 2019, s. 27

⁵⁰ eBK (RG 29.04.1926/359) m. 355' de “İstisna” akdi olarak anılmaktadır. (İstisna kelimesinin yanlışlığı doğrusunun “İstisna” olması ve anlamı hakkındaki açıklamalar için bkz. Yaşar Engin SELİMOĞLU, Eser Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara Haziran 2017, s. 1; KARADAŞ, s. 35

⁵¹ AYDEMR, s. 124

⁵² KILIÇOĞLU, s. 443

⁵³ ERMAN, (İnşaat), s. 1

*bir kısım bağımsız bölüme karşılık gelecek arsa payını yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşme*⁵⁴,

*“Yüklenicinin, arsa sahibinin arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümler inşa etmek suretiyle bütünlük arzeden bina yapma borcu altına girdiği sözleşme*⁵⁵,

*“Yüklenicinin arsa sahibine ait taşınmaz üzerinde yapacağı inşaat karşılığında, arsa sahibinin, yükleniciye taşınmaz devrini yükümlendiği sözleşme*⁵⁶

*“Müteahhidin kendi finansı ile inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin arsa sahibine teslimini, arsa sahibinin de bedel olarak, sözleşmeye konu arsanın belli paylarının müteahhide devrini taahhüt ettiği sözleşme*⁵⁷

*“Yüklenicinin, işsahibinin arsası üzerinde ve arsada belli veya belirlenebilir payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümlerin bir bütünlük taşıy biçimde inşa edilmesini üstlendiği sözleşme*⁵⁸

olarak tanımlamıştır.

Yüksek yargı kararlarında da farklı ama birbirine yakın tanımların yapıldığı görülmektedir. YHGK, 26.02.2016 tarihli bir kararında, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesini, *“Yüklenicinin arsa sahibine karşı arsa üzerinde bağımsız bölümlerden oluşan bir ana yapı inşa etme borcu, arsa sahibinin ise karşılık olarak arsadaki mülkiyetinin belirli bir payını veya meydana getirilecek ana yapıdaki bağımsız bölümlerden bir kısmının mülkiyetini yükleniciye devir borcu altına girdiği sözleşme*⁵⁹ olarak tanımlamış, Yarg. 14.HD’si ise 07.05.2015 tarihli kararında, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesini, *“Yüklenicinin finansını kendisi sağlayarak arsa maliklerine ait arsa üzerine bina yapım işini yükümlendiği, arsa malikinin ise bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği*⁶⁰ sözleşmeler olarak tanımlamıştır.

Tanımlardaki ortak paydanın, üzerinde bina yapılacak taşınmazın arsa sahibine ait olması, finansmanın yükleniciye ait olması ve yüklenicinin arsa payı karşılığı inşa

⁵⁴ KARADAŞ, s. 43

⁵⁵ YAVUZ, s. 581

⁵⁶ SÜTÇÜ, s. 33

⁵⁷ USTA, s. 6-7

⁵⁸ KARTAL, s. 14-15

⁵⁹ YHGK, E.2014/569 K.2016/181 T.26.02.2016, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 25.02.2018)

⁶⁰ Yarg. 14.HD, T.07.05.2015 E.2014/11923 K.2015/5203, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 25.02.2018)

edilecek binanın belli bağımsız bölümlerini arsa sahibine teslim etme yükümlülüğü altında olması olduğu görülmektedir. Dolayısıyla kısaca sözleşmeyi, arsa sahibinin arsa üzerinde belirli payların mülkiyetini yükleniciye devretmeyi, yüklenicinin de kendi finansmanı ile inşa edeceği binanın bir kısım bağımsız bölümlerini arsa sahibine teslim etmeyi yükümlendiği sözleşme olarak tanımlamak mümkündür.

Burada yapılacak inşaat binadır. Bina, 3194 sayılı İmar Kanununun 5. Maddesinde, “*Kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine, hayvanların korunmasına yarayan yapılar*” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla prefabrik yapılar, bağımsız bölüm niteliği taşımayan yapılar, üstü örtülü olmayan depo türü yapılar bu sözleşmenin konusu olamayacaklardır. Yine kanaatimizce, tamamı arsa sahibine ait olacak yapılar ile yap işlet devret gibi devlet ihale veya kamu ihale yasası kapsamında yapılacak yapılar arsa payı devrini öngörmedikleri taktirde bu sözleşmenin konusu olamazlar.⁶¹

C. TARAFLARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, mülkiyeti kendisine ait arsa sahibi ve bina yapımını üstlenen yüklenici olmak üzere iki tarafı bulunmaktadır. Tarafların statüsü, sözleşmenin geçerliliği ve yükümlülüklerini etkilediği için ayrı ayrı değinmekte fayda görüyoruz.

1. YÜKLENİCİ

Yüklenici,⁶² TBK m. 470’e göre bir bedel karşılığında eser meydana getirmeyi üstlenmiş kişidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ise yüklenici, bağımsız bölüm yapma işini üstlenen kişi⁶³ olarak tanımlanmış, başka bir görüş ise yükleniciyi, yapı inşasını bizzat veya taşeron eliyle ve ticari amaçla mevzuatın öngördüğü sorumluluklarla birlikte üstlenen kişi⁶⁴ olarak izah etmiştir. Tanımlara ve

⁶¹ Aksi görüş, AYDEMİR, s. 123; KARTAL, s. 17

⁶² eBK ve öğretilerde bir kısım yazarlar [Örneğin, BÜYÜKAY, s. 39; KOSTAKOĞLU, s. 18; ERMAN, (İnşaat), s. 1] tarafından, hatta TBK’deki yasal terime rağmen kimi genel düzenleyici metinlerde halen “*Müteahhit*” olarak anılmaktadır.

⁶³ AYAR BİRKİN, s. 71

⁶⁴ DUMAN, (İnşaat), s. 146; Aynı yönde, RUHİ/RUHİ, s. 30

uygulamaya bakıldığında ve öğretide de katıldığımız görüşe göre⁶⁵, özel şartlar taşıyan bir borç sözleşmesinin tarafı olan yüklenici ile inşaat yapma işini ticari faaliyet alanı, bir meslek olarak belirlemiş yüklenici arasında bir ayırım yapılmalıdır. İnşaat uygulamalarında genellikle yükleniciler, çoğunlukla tüzel kişi kısmen de gerçek kişi tacir olmakla birlikte, yüklenicinin tacir olması veya eseri ticari amaçla meydana getirmesi şart değildir.⁶⁶ (teorik olarak ve belki kısmen uygulamada yapsatçı olarak bilinen kişiler) Arsa sahibiyle bağımlılık ilişkisi içerisinde olmaması, onun emir ve talimatlarına göre hareket etmemesi, bağımsız bir şekilde edimini yerine getiriyor olması gerekir.⁶⁷ Aksi halde, arsa sahibi aynı zamanda yüklenici konumunda olacaktır.

29.06.2001 tarih ve 4708 Sayılı Yapı Denetim Hakkında Kanun'a (YDHK)⁶⁸ göre (m. 1/2-j) ise yapı müteahhidi: Yapım işini, yapı sahibine karşı taahhüt eden veya ticarî amaçla ya da kendisi için şahsî finans kaynaklarını kullanarak üstlenen, ilgili meslek odasına kayıtlı, gerçek ve tüzel kişidir.

Yapı Müteahhitlerinin Sınıflandırılması ve Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik⁶⁹ hükümlerinde açık bir tanım olmamakla birlikte burada yer alan hükümlerden istifade ederek yükleniciyi; Yapıların, plan, fen, sanat, sağlık, çevre şartlarına ve standartlara yönelik yapım faaliyet ve süreçlerini yürüten, yapıları; tesisatı ve malzemeleriyle birlikte ilgili mevzuata, uygulama imar planına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara ve teknik şartnamelere uygun olarak fenni mesullerin denetiminde inşa etmeyi üstlenmiş, ekonomik, mali, mesleki ve teknik yeterliliği ve yetki belgesini haiz, gerçek veya tüzel kişi yahut bunların oluşturacağı ortak girişim grubu olarak tanımlamak mümkündür. Anılı yönetmeliğe göre, (m. 5) gerçek veya tüzel kişiliği haiz yüklenicilerin veyahut bunların oluşturacağı ortak girişimde yer alan her bir yüklenicinin, yetki belgesi numarası alması ve bu numaranın yapı ruhsatında, yapı kullanma izin belgesinde ve yapım işleri sözleşmesinde yer alması zorunludur. İnşaatların da yetki belgeli yükleniciler tarafından yapılması zorunludur. Zira, İK m. 42/son hükmü uyarınca, yetki belgeli

⁶⁵ M. Turgut ÖZ, İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi, (Makale-Tüketici) (Konut sektöründe Tüketici Uygulamaları, Editörler, Hakan Tokbaş & Ali Suphi Kurşun) Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları Külliyyatı 2.Cilt, Aristo Yayınevi, 1. Bası, İstanbul Haziran 2016, s. 203-229, s. 206

⁶⁶ (L.M.) KURT, s. 38

⁶⁷ (L.M.) KURT, s. 38; COŞKUN, s. 416

⁶⁸ YDHK, RG, 13.07.2001/24461, KT. 29.06.2001, KN. 4708

⁶⁹ RG, 2.3.2019/30702

yapı yüklenicisi olmaksızın başlanılan yapının ruhsatı iptal edilecek ve yapı mühürlenecektir.

Bir yapının yapım işini birden fazla gerçek veya tüzelkişi yüklenici üstlenebileceği gibi⁷⁰ bir veya birden fazla yüklenici (Konsorsiyum – Ortak Girişim Grubu) yapım işinin sorumluluğunu, arsa sahibine karşı kendi sorumluluklarında olmak üzere bir veya birden fazla taşeron ile birlikte yürütebilir. Arsa sahibi ile sözleşme imzalamış olan yüklenici ana (asıl-genel)⁷¹ yüklenici, taşeron yükleniciler ise alt yüklenici olarak anılır.⁷² Bu durumda, sözleşmeyi birlikte imzalamış olan ortak girişim arasındaki ilişki adi ortaklık⁷³, sorumluluğu da TBK m. 638 uyarınca müteselsil olacaktır.⁷⁴ Ancak alt yüklenici (taşeron) ile arsa/iş sahibi arasında sözleşmesel bir ilişki olmadığı için arsa/iş sahibinin sözleşmeye dayanarak alt yükleniciden bir talepte bulunması kural olarak söz konusu olmayacaktır.⁷⁵ Esasen yüklenici, TBK m. 471/3 hükmü uyarınca eserin (yapının) meydana getirilmesinde kişisel özellikleri önem taşıyorsa ki, inşaat sözleşmelerinde bu tür bir özelliğin olması genellikle beklenmez, kendi yönetimi atında yaptırmakla yükümlü olduğu için sözleşmeden doğan sorumluluk da yine kendisindedir.

2. ARSA SAHİBİ

Arsa sahibi, üzerinde kat mülkiyetine konu olabilecek bina yapımına elverişli arsanın mülkiyetine sahip olan (veya en geç pay devir borcunun edası öncesi arsa mülkiyetini iktisap etmiş olan) ve yapım işini sözleşmeyle yükleniciye veren gerçek veya tüzel kişi ya da kişilerdir.

⁷⁰ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, S. 447; AYAR BİRKİN, S. 71; AYDEMİR, s. 128; (L.M.) KURT, s. 38

⁷¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, S. 447; Fikret EREN, (Borçlar), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2020, s. 614; L.M. KURT, s. 39

⁷² DUMAN, (İnşaat), s. 151; KOCAAĞA (İnşaat) s. 33; SELİMOĞLU, s. 108

⁷³ EREN, (Borçlar), s. 613

⁷⁴ Mahmut COŞKUN, İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, Seçkin Yayınları, Birinci Baskı, Ankara Haziran 2017, s. 59; DUMAN, (İnşaat), s. 151; AYAR BİRKİN, S. 71; AYDEMİR, s. 128

⁷⁵ COŞKUN, s. 145; KOCAAĞA, (İnşaat) s. 33; Ancak, alt yüklenicinin iş sahibine karşı yazılı taahhütte bulunması, Alt yüklenicilik sözleşmesi, TBK m. 129/2 uyarınca arsa/iş sahibi lehine tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olması (COŞKUN, s. 145; KOCAAĞA, (İnşaat), s. 33) ve yüklenicinin haklarının alt yükleniciye temlik edilmiş olması (COŞKUN, s. 145) hallerinde arsa/iş sahibi doğrudan alt yükleniciye başvurabilecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu, arsa sahibinin maliki olduğu arsa üzerinde yapılacak bina inşaatıdır.⁷⁶ Bedeli karşılığı yapılan inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin arsa payı devir yükümlülüğü yani ortada tasarrufi muamele olmadığından, bu sözleşmede iş sahibi olarak adlandırılan arsa sahibinin, arsanın mülkiyet hakkının da sahibi olması bir zorunluluk değildir.⁷⁷ Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin asli borcu, inşa edilecek binadaki bir kısım bağımsız bölümlere ait arsa paylarını yükleniciye devir etmek olduğundan arsa sahibinin en geç devir borcunun edası anında tapuya kayıtlı arsanın mülkiyetine sahip olması gerekir. Arsa sahibi, sözleşmenin imzası sırasında teorik olarak arsanın mülkiyet hakkına sahip olmayabilir, bu arazinin tapusu da olmayabilir, ancak bu durum, arsa sahibinin imzalayacağı sözleşmede pay devrini vaat etmesine, yani borçlandırıcı işlem yapmasına hukuki bir engel teşkil etmez. Bu durumda sözleşme TBK m. 170 uyarınca geciktirici koşula bağlanmış olur.⁷⁸ Nitekim Yargıtay'ın, taşınmaz satım sözleşmesine konu olan ve yüklenici açısından konunun değerlendirildiği 1978 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında⁷⁹ “ (...) *Ana taşınmazda henüz kat mülkiyetinin ya da kat irtifakının meydana gelmediği bir evrede, bağımsız bölümün devri için satış vaadi sözleşmesi yapılmasına eşya hukuku ve Borçlar Kanunu yönünden engel bir hüküm bulunmamaktadır. (...)*” denilmek suretiyle açıkça benimsenmiş bulunmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu arsanın tapuya kayıtlı olup olmaması hususunda öğretilerde fikir ayrılığı olduğu görülmektedir. Bir kısım yazarlar taşınmazın tapuya kayıtlı olması gerektiğini düşünürken⁸⁰ bir kısım yazarlar ise sözleşmeye konu arsanın tapuya kayıtlı olmasını zorunlu görmektedir.⁸¹

⁷⁶ KARADAŞ, s. 44

⁷⁷ SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 227; KOCAAĞA (İnşaat), s. 30 Yazar, iş sahibini, genellikle üzerinde inşaat yapılan taşınmazın sahibi olarak vurgulamak suretiyle, iş sahibinin aynı zamanda taşınmazın maliki olmak zorunda olmadığını ifade etmiş olmaktadır.

⁷⁸ Benzer şekilde öğretilerde, sözleşmenin imzalandığı sırada tarla vasfında olan bir taşınmazla ilgili olarak geciktirici koşula bağlı APKİS yapılabileceği ifade edilmiştir. COŞKUN, s. 451

⁷⁹ YİBK, RG. 10.06.1978/16312, E.1978/3 K.1978/4 T.24.04.1978, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 24.01.2020)

⁸⁰ ERMAN, (İnşaat), s. 2 “(...) *Ayrıca taşınmazın tapuya kayıtlı olması da gerekmemektedir. Tapusuz taşınmazlar da mülkiyetin devri, zilyetliğin geçirilmesiyle gerçekleştiğinden, belirlenen arsa paylarının zilyetliğinin devri ile arsa sahibi edimini yerine getirmiş olacaktır. (...)*; YAVUZ, s. 581-582 “(...) *Bir arazi parçasının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olabilmesi için tapulu olması şart değildir; sözleşmede belirtilen ve taraflarca üzerinde anlaşılan amacın gerçekleştirilmesine hukuken ve fiilen elverişli bulunması yeterlidir. (...)*”

⁸¹ SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 31; USTA, s. 11

Kanaatimizce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satışını da içeren karma nitelikli bir sözleşme olduğuna göre, arsa sahibinin, en geç devir borcunu eda zamanında tapulu taşınmazın maliki olması gerekir.⁸² Örneğin, bir arsanın zilyedi veya intifa hakkı sahibi ya da bir başka şekilde arsa üzerinde fiili ya da hukuki egemenliği bulunan kişi, ileride bu arsanın mülkiyetini edinebileceğini düşünerek sözleşmeyi imzalamış olabilir. Bu sözleşme de bizce geciktirici koşula bağlı olarak geçerlidir. Koşul gerçekleşirse sözleşme yürürlüğe girecek, aksi halde, sözleşmenin amacı olan kat mülkiyetini haiz bağımsız bölüm tesisi ve arsa payı devri, subjektif imkânsızlık nedeniyle hukuken mümkün olmayacaktır.⁸³ Nitekim, bir Hukuk Genel Kurulu kararında⁸⁴ sözleşmenin konusunun arsa sahibinin maliki olduğu arsa üzerinde yapılacak bina inşaatı olduğu vurgulanmak suretiyle bu husus ifade edilmiştir.

Yargıtay, 29.09.2010 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararında⁸⁵ başkasının zilyetliğindeki tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar ile başkası adına tapuda kayıtlı taşınmazların satış vaadi ile satışını, kişisel bir borç doğurması nedeniyle geçerli olarak kabul etmiş, bu tür bir satışın objektif imkânsızlık nedeniyle geçersiz sayılamayacağını belirtmiştir. Anılı karara konu davanın konusu, satış vaadi sözleşmesine dayalı bir ihtilaf olduğundan bizce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde sadece bir satış değil aynı zamanda bir eser sözleşmesi de olduğu için geciktirici koşulun gerçekleşmemesi halinde bu tür bir sözleşmenin ifası mümkün olmayacaktır. Taşınmazın tapusuz olması halinde bu imkânsızlık objektif yani herkes için söz konusu olabilen bir imkânsızlık, tapuya kayıtlı bir taşınmaz olması halinde subjektif bir imkânsızlık söz konusu olur. Anılı kararda da aynı husus vurgulanmıştır.

Bu konuda değinilmesi gereken bir husus da tapu tahsis belgeli arazi sahiplerinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıp yapamayacaklarıdır. Kanaatimizce, tapu tahsis belgesi sahibi olan arsa sahiplerinin bu belgeye istinaden sözleşmeyi geçerli bir şekilde yapabilmeleri söz konusu olamayacaktır.⁸⁶

⁸² SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 31; AYAR BİRKİN, s. 69

⁸³ AYDEMİR, s. 126

⁸⁴ YHGK, E.2014/23-724 K.2016/168 T.24.02.2016, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 24.01.2020)

⁸⁵ YHGK, E.2010/386 K.2010/427 T.29.09.2010, ezproxy.mef.edu.tr:3143-Hukuktürk (E.T. 24.01.2020)

⁸⁶ SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 32

07.06.1986 tarih ve 3290 sayılı Kanunla⁸⁷ değişik 8.3.1984 tarih ve 2981 sayılı kanunun (2981 Sayılı Kanun)⁸⁸ 10. maddesine göre, hazine, belediye, il özel idaresi veya Vakıflar Genel Müdürlüğünün idare ettiği arsa veya araziler üzerinde, dolayısıyla imar mevzuatına aykırı ve başkasına ait arazide inşa edilmiş gecekondular olarak anılan taşınmazlar için verilen⁸⁹ bir belge olduğundan, bu belge sahibinin yükleniciye karşı pay devir borcunu yerine getirmesi mümkün olamaz. Bu nedenle söz konusu belge sahibinin geçerli bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olması mümkün olmayacaktır. Zira, tapu tahsis belgesi sahibi kişi, arazi üzerindeki mevcut yapının maliki değildir.⁹⁰

Öğretide, tapu tahsis belgesinin; mülkiyeti nakleden ya da tespit eden bir belge niteliğinde olmadığı, yasa ile belirlenmiş koşulların mevcudiyeti halinde sahibine verilecek tapuya esas teşkil edeceği, dolayısıyla bir mülkiyet belgesi olmayıp fiili kullanımı belgeleyen, kişisel hak sağlayan bir belge niteliğinde olduğu,⁹¹ ifade edilmiştir. Tapu tahsis belgesi, sahibine nesnel değil kişisel hak sağladığı için bu belgeye dayanılarak yapı ruhsatı da istenemeyecektir.⁹² Şu hâlde tapu tahsis belgesi bir mülkiyet belgesi olmadığından malik sıfatıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapmaya hukuki imkân tanımaz.⁹³

Arsa sahibi, tek veya birden fazla, gerçek veya tüzel kişi olabilir.⁹⁴ Arsa üzerinde paylı veya iştirak halinde mülkiyet durumu söz konusu olduğunda birden fazla arsa sahibinden söz edilir. Bu durumda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, paylı mülkiyette; TMK m. 692/1 uyarınca, aksi paydaşlarca önceden oybirliği ile kararlaştırılmadıkça imzalanacak sözleşme; paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi amacı taşıyacağından, olağan şekilde kullanımı aşan yapı işi

⁸⁷ RG. 22.06.1986/19130, KT. 07.06.1986, KN. 3290

⁸⁸ 2981 SK., RG. 08.03.1984/18335KT. 24.12.1984, KN. 2981

⁸⁹ Halil AKKANAT, Tapu Tahsis Belgesinden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar, (Tapu Tahsis) Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 234

⁹⁰ YHGK, E.2017/1752 K.2019/499 T.30.04.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 24.01.2020); Bir karara göre de belge ancak, belgeyi veren idarece imar ıslah çalışmalarının başlaması halinde ilgisine tapu verme vaadini taşıyabilir. YHGK, 4.12.1996, 14-763/864, Aynı doğrultuda, Yarg. 14.HD. 30.11.2010, 9012/13172; Yarg. 14.HD. 9.4.2009, 3665/4572; Yarg. 1.HD. 16.4.2009, 379/4596 SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 32

⁹¹ Ali Rıza İLGEZDİ, 100 Soruda Tapu Tahsis Belgesi, Seçkin Yayınları, (Tapu Tahsis) 4. Baskı, Ankara Eylül 2017, s. 43

⁹² İlker Hasan DUMAN, (Ruhsat), 100 Soruda Yapı Ruhsatı, Seçkin Yayınları, Ankara, Ağustos 2016, s. 71

⁹³ Yarg. 15. HD, E.2018/5584 K.2019/641 T.18.02.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 24.01.2020)

⁹⁴ KARADAŞ, s. 37; AYAR BİRKİN, s. 69; KILIÇOĞLU, s. 493; Aydemir, s. 127; USTA, s. 14; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 476; DUMAN, (İnşaat), s. 160

niteliğinde olduğundan ve aynı zamanda paylı mal üzerinde gerçekleştirilecek bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğundan, tüm paydaşlarca imzalanmadıkça geçerli olmayacaktır.⁹⁵ Elbirliği mülkiyetinde ise, TMK m. 701 uyarınca ortakların belirlenmiş payları olmayıp ortakların her birinin hakları ortaklığa giren malların tamamına yaygın olduğundan, TMK m. 702 hükmü ile de kanunda veya sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça gerek yönetim ve gerekse tasarruf işlemleri için ortakların oy birliği ile karar vermeleri zorunlu kılındığından, arsa üzerinde el birliği (iştirak halinde) mülkiyeti sahibi olan maliklerin tamamının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini imzalamış olmaları gerekir. Yüksek mahkeme de verdiği muhtelif kararlarda gerek sözleşmenin imzalanması gerekse feshinde paydaş veya ortakların oy birliği ile karar alması gerektiğini içtihat etmiştir.⁹⁶

Tüm paydaş veya ortakların aynı sözleşmeye, aynı zamanda imza atmaları şart olmayıp farklı tarih ve yerlerde aynı sözleşme metninin imzalanması mümkündür.⁹⁷ Ancak paydaş veya ortaklarla ayrı sözleşme yapılmış olması onların bağımsız hareket edebileceği anlamına gelmez.⁹⁸ Sözleşmenin paydaş veya ortakların bir kısmı tarafından sonradan icazet verilmek suretiyle geçerli hale getirilebileceği yönündeki öğretideki görüşe biz de katılıyoruz.⁹⁹ Ancak farklı olarak, bu icazetin örtülü olamayacağını, yazılı olması gerektiğini, bunun sözleşmenin resmi şekilde yapılmasının bir gereği olduğunu, nitekim, Yargıtay 15. HD'nin, bir kararının da¹⁰⁰ bu görüşümüzü teyit ettiğini, değerlendiriyoruz.

D. UNSURLARI:

1. ARSA SAHİBİNİN BELİRLİ ARSA PAYLARININ MÜLKİYETİNİ DEVİR BORCU ALTINA GİRMESİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, taşınmazı üzerinde, parasal bir bedel ödmeden, yüklenicinin kendi finansmanı ile inşa edeceği binada kat

⁹⁵ AYDEMİR s. 127; DUMAN, (İnşaat) s. 160; KILIÇOĞLU, s. 494; AYAR BİRKİN, s. 69

⁹⁶ Yarg. 23. HD, E.2016/4514 K.2019/4329 T.17.10.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 24.01.2020);

Yarg. 15. HD, E.2019/390 K.2019/4207 T.30.10.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 19.01.2020);

Yarg. 23. HD, 2016/8418 K.2019/442 T.24.10.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 19.01.2020);

⁹⁷ USTA, s. 14; AYAR BİRKİN, s. 69;

⁹⁸ DUMAN, (İnşaat), s. 161

⁹⁹ AYAR BİRKİN, s. 69-70

¹⁰⁰ Yarg. 15. HD, E.2019/390 K.2019/4207 T.30.10.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 19.01.2020)

mülkiyetini haiz birden fazla bağımsız bölüm içinden kendisine ait olacak, taşınmaz mülkiyeti ya da mülkiyetleri edinmeyi, böylece dairesini/işyerini yenilemeyi ve/veya arsasını değerlendirmek suretiyle kazanç elde etmeyi amaçlamaktadır. Yüklenici ise arsa maliyeti olmadan, arsa sahibinin arsası üzerine sözleşme kapsamında kendi malzeme ve finansı ile inşa edeceği binada kural olarak sözleşmede belirlenen ve kendisine ait olacak bağımsız bölümleri ve bunlara ait olacak arsa paylarını üçüncü kişilere satarak kazanç sağlamayı amaçlamaktadır.

Tarafların bu amaçları doğrultusunda sözleşmenin unsurlarından biri, arsa sahibinin inşa edilecek binada sözleşme gereği yükleniciye ait olacak bağımsız bölümlere isabet eden arsa paylarını tapuda yükleniciye devretme borcu altına girmesidir.¹⁰¹ Buradaki edim, bedeli karşılığı inşaat sözleşmesinden farklı olarak bir miktar para olmayıp, yükleniciye ait olacak bağımsız bölümlere ait arsa payı,¹⁰² yani aynı¹⁰³ bir edimdir. Kimi sözleşmelerde bedelin kısmen arsa payı kısmen de para olarak ödenmesinin kararlaştırıldığı veya bazı bağımsız bölümlerin satılıp gelirinin paylaşılması yönünde anlaşma yapıldığı durumlar olmaktadır. Uygulamadan örnek verecek olursak; dükkanların değerli olduğu ana cadde üzerinde yapılan bir inşaatta, zemin kat dükkan ve üzerinde 4 bağımsız bölüm olan, son katın dubleks olduğu bir inşaatta, dükkan ve dubleks dairenin yükleniciye, ikinci ve üçüncü normal katların arsa sahibine, birinci normal katın da taraflar arasında yarı oranında paylaşılması düşünülmüş ancak, sözleşmede taraflar, yükleniciye ait olacak ½ payın kararlaştırılan bedelinin arsa sahibi tarafından yükleniciye para olarak verilmesini kararlaştırmış olabilirler. Diğer bir örnekte, üç blok halinde ikiz villa şeklinde yapılacak bir inşaatta bir blok yükleniciye bir blok arsa sahibine ve bir bloğun da satılıp bedelinin taraflar arasında ½ oranında paylaşılmasına karar verilmiş olabilir. Bu durumlarda, bedelin kısmen bağımsız bölüm kısmen de para olarak verilmesi¹⁰⁴ veya kısmen gelir paylaşımının yapılması sözleşmeyi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olmaktan çıkarmayacaktır. Nitekim Yargıtay bir kararında,¹⁰⁵ arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde arsa sahibinin edimini, bedel olarak kararlaştırılan bağımsız bölüm-bölümler ya da arsa payının mülkiyetini yükleniciye devretmek olarak belirlemiş,

¹⁰¹ ERMAN, (İnşaat), s. 2; YAVUZ, 581; COŞKUN, 449; KARADAŞ, s. 352-353; ATAMULU, s. 29; USTA, s. 9; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 464

¹⁰² KILIÇOĞLU, s. 502; YAVUZ, 581; ATAMULU, s. 29; KARTAL, s. 20

¹⁰³ USTA, s. 9; AYAR BİRKİN, s. 33

¹⁰⁴ AYDEMİR, s. 129; AYAR BİRKİN, s. 33

¹⁰⁵ Yarg. 23. HD, E.2016/5609 K.2019/483 T.18.02.2019, ezproxy.mef.edu.tr:3143-Hukuktürk (E.T. 05.10.2020)

ayrıca bağımsız bölümler haricinde bedel ödeneceğinin kararlaştırılmış olmasının sözleşmeyi satım sözleşmesi yapmayacağını, arsa karşılığı verilecek bağımsız bölümlerin başka yerden verilmesinin de sözleşmenin niteliğini etkilemeyeceğini vurgulamıştır.

Arsa paylarının devir zamanı ve şekli, kural olarak ve genellikle taraflar arasındaki sözleşmeye göre belirlenir.¹⁰⁶ Yüklenici, devir öncesi kişisel hakkını üçüncü kişilere satmış ise arsa sahibi edim borcunu alıcı olan bu kişilere devretmek suretiyle yerine getirmiş sayılır.¹⁰⁷ Ancak yüklenicinin arsa payını kendisine veya üçüncü kişiye devrini talep edebilmesi için sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça TBK m. 97 uyarınca öncelikle kendi edim borçlarını yerine getirmiş olması,¹⁰⁸ TBK m. 234 (TBK m. 246 yollamasıyla) ve m. 479 uyarınca tüm inşaatı bitirip eseri teslim hazır hale getirmesi gerekir.¹⁰⁹

Arsa sahibinin borcuna esas teşkil edecek olan arsanın, sözleşme konusu inşaatın yapımına hukuken ve fiilen elverişli olması gerekir.¹¹⁰ Bu kapsamda inşaat yapılacak arazinin arsa niteliğinde olmasının şart olmadığı¹¹¹ ileri sürülmüş ise de çalışma konumuz olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa niteliğinde olmayan bir arazi üzerinde kat mülkiyeti tesisi hukuken mümkün olmayacağından bu görüşe tarafımızca iştirak edilememiştir.

2. YÜKLENİCİNİN BELİRLENEN BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİ TESLİM BORCU ALTINA GİRMESİ

Yüklenicinin asli borcu, sözleşmeye konu arsa üzerine sözleşmeye, projelerine ve bunlara göre alınmış ruhsata uygun inşa edeceği binanın sözleşmede öngörülen bağımsız bölümlerini bütünlük oluşturacak şekilde arsa sahibine teslim etmektir. Bağımsız bölüm kavramı, KMK m. 2’de tanımlanmış olup, *“ana gayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli, bu kanun hükümlerine göre bağımsız*

¹⁰⁶ KARTAL, s. 21; AYAR BİRKİN, s. 33; KARADAŞ, s. 353

¹⁰⁷ COŞKUN, s. 450

¹⁰⁸ ATAMULU, s. 29; KARADAŞ s. 355

¹⁰⁹ ÖZ (İnşaat) s. 98

¹¹⁰ ERMAN, (İnşaat), s. 2; KARADAŞ, s. 582; Usta, s. 10 (Ancak, yukarıda değinildiği gibi, geciktirici koşula bağlı olarak sözleşmenin akdedilebileceği, sözleşmenin imzası anında fiilen olmayan bu koşulun sonradan giderilmesinin mümkün olabileceği ifade edilmişti. bkz. yuk. s. 17, dn.77)

¹¹¹ KARTAL, s. 20

mülkiyete konu olan bölümleri” dir. Eser sözleşmesindeki eser meydana getirme unsurunun gereği olarak ¹¹² yüklenicinin bütünlük taşıyan ana yapıyı ortaya çıkarması, tamamlaması ve kat mülkiyeti tesis edilebilir hale getirmesi gerekir.¹¹³ Yüklenicinin sadece arsa sahibine ait bağısız bölümleri tamamlayıp teslim etmesi bu bütünlüğü sağlamayacağından yüklenici edimini tam olarak yerine getirmemiş, teslim şartını gerçekleştirilmemiş olur.¹¹⁴

Sözleşme aynı zamanda yapı kullanma izninin alınmasını da içeriyor veya anahtar teslimi olacak şekilde teslim öngörülüyorsa bu taktirde teslim için yapı kullanma izninin de alınmış olması gerekir. Yüklenici açısından sözleşmenin yerine getirilmesinde arsa ve arsa sahibinden kaynaklanan hukuki ve fiili imkânsızlık bulunmamalıdır.¹¹⁵

3. ARSA SAHİBİ İLE YÜKLENİCİ ARASINDA ANLAŞMA BULUNMASI

TBK. m. 1 hükmüne göre, bir sözleşmenin ¹¹⁶ kurulması için, tarafların birbirine uygun iradelerini açık veya örtülü (eBK m. 1, sarih veya zımnî) bir şekilde açıklamış olmaları gerekir. Maddedeki, “tarafların” ifadesinden anlaşılacağı üzere tek taraflı hukuki muamelelerden farklı olarak sözleşme, en az iki tarafı bulunan bir hukuki işlemdir.¹¹⁷ Tarafların birbirine uygun irade açıklamaları icap (öneri) ve kabuldür. Her ikisinin de esaslı noktalar üzerinde uyuşması ile sözleşme kurulur. Yani önerinin esaslı noktaları içermesi, kabulün de öneriye uygun olması gerekir.¹¹⁸ Zira, TBK m. 2 hükmüne göre tarafların esaslı noktalarda uyuşmaları yeterli olup

¹¹² AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 465

¹¹³ ERMAN, (İnşaat), s. 3; DURAK, s. 210

¹¹⁴ ATAMULU, s. 29; KARADAŞ, s. 205

¹¹⁵ ERMAN, (İnşaat), s. 3; USTA, s. 13

¹¹⁶ Roma hukukunda, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukuki işleme *contractus* adı verilmiştir. (AKINCI, s. 13); Çalışma konumuz olan *Locatio Conductio operis*, rızai sözleşmeler (*consensu contrahitur obligatio*) içinde yer alır. Bu sözleşmelerin özelliği, tipi ve konusu üzerinde tarafların iradesinin uyuşmasıyla (*consensus, conventio*) kuruluyor olmalarıdır. Rızai sözleşmelerin her birinin kendine ait formulası ve davası bulunur. (SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, S. 40-41)

¹¹⁷ Andreas Von TUHR, (Çev. Cevat Edege) Yargıtay Yayınları, Olgaç Matbaası, Ankara 1983, s. 138-139; M. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 18. Baskı, İstanbul Ekim 2020, s. 44-45; Haluk N. NÖMER, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 17. Baskı, İstanbul Nisan 2020, s. 37, 41; Rona SEROZAN, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Oniki Levha Yayınları, 4. Baskı, İstanbul Ocak 2019, s. 7

¹¹⁸ Abdülkerim YILDIRIM, Türk Borçlar Hukuku, Monopol Yayınları, Eylül 2018, s. 61-63,69-72; HATEMİ/GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 4. Baskı, İstanbul Eylül 2017

ikinci derecedeki noktalardaki anlaşmazlıkları hâkim, işin özelliğine bakarak karara bağlayabilecektir.¹¹⁹ Bu durumda elbette, TBK m. 19 (eBK m. 18) devreye girecek ve hâkim sözleşmenin yorumunda tarafların sözleşmedeki beyanlarının yanı sıra, gerçek ve ortak iradelerini araştıracaktır.¹²⁰ Taraf edimleri arasında aşırı bir oransızlık varsa mağdur olan taraf TBK m. 28’de yazılı koşulların varlığı halinde edimin geri verilmesini veya oransızlığın giderilmesini isteyebilecektir. Yine irade bozuklukları ile ilgili olarak TBK m. 30-39 hükümleri uygun düştüğü ölçüde bu sözleşmelere de uygulanabilecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından da diğer sözleşmelerde olduğu gibi sözleşmenin tarafları olan yüklenici ve arsa sahibi arasında, karşılıklı birbirine uygun iradelerini yansıtan sözleşmenin, konu ve koşulları üzerinde uzlaşmış olması¹²¹ ve eser sözleşmesinden farklı olarak sözleşmenin resmi şekilde yapılmış olması gerekir.

E. HUKUKİ NİTELİĞİ

1. TAM İKİ TARAF A BORÇ YÜKLEYEN BİR SÖZLEŞMEDİR

Sözleşmeler hüküm ve sonuçlarına göre tek taraflı (“*contractus unilaterales, hibe vaadi kefalet, poliçe*”) ve iki taraflı (“*contractus bilaterales*”) olarak ikiye ayrılır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler de tam iki tarafa borç yükleyen (“*contractus bilaterales aequales, satış, trampa, kira, istisna*” vb.) ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler (“*contractus bilaterales inaequales, ariyet, karz, vedia*” vb.) olarak iki kısımda tasnif edilmektedir.¹²² Tam iki taraflı sözleşmelerde bir tarafın edimi diğerinin karşılığı olduğundan bu tip sözleşmelere karşılıklı (sinallagmatik) sözleşmeler denir.¹²³ Bu sözleşmelerde asli edimler birbiri ile değiştirilmektedir.¹²⁴

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de, arsa sahibinin belirli bağımsız bölümlere ait arsa paylarını devretmesi karşılığında yüklenicinin arsa üzerinde bağımsız bölümler inşa ederek arsa sahibine bütünlük teşkil edecek şekilde devretme

¹¹⁹ ERMAN, (İnşaat), s. 3; USTA, s. 15; ATAMULU, s. 31; AYAR BİRKİN, s. 37

¹²⁰ KARTAL, s.18; AYAR BİRKİN, s. 38

¹²¹ ERMAN, (İnşaat), s. 3-4; DURAK, s. 210; YAVUZ, s. 582; KARTAL, s. 15-16; USTA, s. 16; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 465

¹²² TUHR, s. 140;

¹²³ NOMER, s. 38

¹²⁴ YILDIRIM, S. 52-53; SEROZAN, S. 8

borcu altına girmesi, taraflardan birinin edimi diğerinin ediminin karşılığı olduğunu göstermekte, arsa sahibi, bağımsız bölüm inşa ve teslim bakımından alacaklı, arsa payı devri bakımından borçlu, yüklenici ise arsa payı bakımından alacaklı, bağımsız bölüm inşa ve teslim bakımından borçlu olmaktadır. Bu nedenle, sözleşmede her iki taraf hem alacaklı hem de borçlu olduğundan sözleşme karşılıklı taahhütleri havi-sinallagmatik sözleşmelerdendir.¹²⁵

2. ÇİFT TİPLİ KARMA BİR SÖZLEŞMEDİR

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yasalarda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden değildir. TBK'nin, İkinci Kısımında, Özel Borç İlişkilerinin yer aldığı 1. bölümde m. 207-281 arasında, taşınır, taşınmaz ve bazı satış türlerinin yer aldığı satış sözleşmesi ve 7. bölümde m. 470-486 arasında eser sözleşmesi, düzenlenmiş toplam 18 bölümün yer aldığı bu kısımda diğer bazı sözleşme türleri ismen zikredilerek hükümleri düzenlenmiştir.

Bu düzenleme içinde (veya diğer kanunlarda) inşaat sözleşmeleri bulunmadığından arsa payı karşılığı İnşaat sözleşmeleri, öğretide bir kısım yazarlarca isimsiz¹²⁶ ve atipik sözleşmeler olarak kabul edilir.¹²⁷ Öğretide çoğunluğu oluşturduğunu düşündüğümüz bu yazarlarca, “*isimsiz*” ve “*atipik*” nitelendirmelerinin birlikte ve eş anlamda kullanıldığı görülmekte,¹²⁸ TMK m. 1009’ da (ayrıca TK m. 26, TST m. 47/1.c ve son olarak 6306 sayılı yasanın 6. ve uygulama yönetmeliğinin 13. maddesi) arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi teriminin açıkça kullanılmış olmasının bu sözleşmeyi, isimli bir sözleşme haline getirmeyeceği ifade edilmektedir.¹²⁹

Ancak, bizim de katıldığımız şekilde, bu görüşe karşı çıkılmış olduğunu ve isimli-isimsiz sözleşme ayrımı ile tipik-atipik ayrımının eş anlamda olmadığını ileri

¹²⁵ USTA, s. 17; ERMAN, (İnşaat), s. 4; SÜTÇÜ, s. 36; YAVUZ, s. 585; ATAMULU, s. 32; DUMAN, (İnşaat), s. 47; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 465; YHGK, E.2014/23-724 K.2016/168 T.24.02.2016 Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 19.01.2020); YHGK, E.2017/1611 K.2018/1128 T.23.05.2018 Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 19.01.2020)

¹²⁶ KILIÇOĞLU, s. 26, 495, Yazar hukuksal nitelik olarak APKİS’ in, isimsiz ve karma bir sözleşme olduğunu ifade etmektedir.

¹²⁷ ATAMULU, s. 32; USTA, s. 17; YAVUZ, s. 582; SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 34; COŞKUN, s. 383; RUHİ/RUHİ, s. 28; DUMAN, (İnşaat), s. 48;

¹²⁸ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 2-3; SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 34; USTA, s. 17; YAVUZ, s. 582; ÖZMEN/KARAMAN, s. 50

¹²⁹ ÖZMEN/KARAMAN, s. 50

sürüldüğünü belirtmeliyiz.¹³⁰ Bizce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kanunda düzenlenmiş olup olmadığına göre yapılan ayırım bakımından isimsiz sözleşme olarak kabul edilebilirse de uygulama ve yasal düzenlemeler açısından isimsiz değildir.¹³¹ Esaslı unsurları uygulama ve yargısal kararlarla belirlenmiş olması nedeniyle kanunda düzenlenmemiş olması tipik olarak nitelenmesine de engel teşkil etmez. Bu nedenle, 21.01.2020 tarihli YHGK kararında¹³² da ifade edildiği şekliyle hukuki nitelik bakımından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için (kanunda düzenlenmemiş) çifte tipli karma bir sözleşme olduğu değerlendirmesinin yeterli olacağını düşünüyoruz.¹³³

Kabule göre, isimsiz sözleşmeler; kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler, birleşik sözleşmeler ve karma sözleşmeler olarak üçlü bir ayırma tabii tutulur.¹³⁴ Karma sözleşmeler ise, *“yasada öngörülen sözleşme tiplerine ilişkin*

¹³⁰ KUNTALP’ e göre; isimli-isimsiz sözleşme ayırımında ölçüt kanunda düzenlenmiş olup olmama hali iken tipik-atipik sözleşme ayırımında ölçüt sözleşmenin tipleşmiş olup olmamama olgusudur. İsimli-isimsiz sözleşme ayırımında normatif düzenlemeden hareket edilir oysa tipik-atipik ayırımında hukuki gerçeklik temel alınmaktadır. Sözleşmenin tip haline gelmesi için mutlaka kanuni bir düzenlemenin bulunması gerekmemekte, kanunen düzenlenmemiş isimsiz bir sözleşmenin uygulamada tipik bir sözleşme haline gelmesi mümkün bulunmaktadır. *“Bir sözleşmenin ‘tipik’ olabilmesi için, isimli sözleşmelerde olduğu gibi en az esaslı unsurlarının ya Kanun ya da toplumsal bir gereksinmeyi karşılamak üzere gelişen bir uygulama sonucu gerçekleşmiş bir teamüle bağlı olarak belirlenmiş olması gerekmektedir.”* Teamülün bir hukuk kuralı gibi uygulanıyor olması gerekmez. Uzun süreli tekrarlamadan ziyade içerik daha fazla önem taşır. Zira, *“uygulamanın hukuk düzeninin sağlamayı amaçladığı ‘adalete-hakkaniyete’ uygun olması gerekmektedir.”* Bu noktada, aynı yönde tekrarlanan yargı kararları, çözümün bir hukuk kuralı olduğuna dair inancın yerleşmesine neden olabilir. Öğreti tarafından benimsenme de bu çözüme katkı sunar. *“arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kanunda düzenlenmemiş olmasına karşın, uygulamanın yarattığı bir tip niteliğindedir.”* (Erden KUNTALP, Karışık Muhtevalı Akit, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 7 vd.)

¹³¹ Bize göre, bir sözleşmenin sırf kanunda düzenlenmemiş olması nedeniyle isimsiz sözleşme olarak nitelenmesi çok doğru bir değerlendirme değildir. Sözleşmelerin ismen kanunda zikredilme zorunluluğu bulunmadığı gibi, uygulama ile oluşan teamülün, yargı kararlarının, öğretinin ve hatta yasal düzenlemelerin (arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi örneğinde olduğu gibi) isimsiz olarak nitelenen sözleşmelere de bir isim verdiğini görmekteyiz. Bir sözleşme kanunda düzenlenmediği halde tip sözleşme olarak kabul edilebiliyorsa kanunda düzenlenmediği halde isimli sözleşme olarak da kabul edilebilir. Nitekim, ÖZMEN/KARAMAN, her ne kadar kanunda düzenlenmiş olup olmaması bakımından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini isimsiz bir sözleşme olarak nitelemekte ise de makalesinde sözleşme için *“yasal düzenleme ile ismi konulmuş”* nitelemesini de yapmaktadır. (ÖZMEN/KARAMAN, s. 48) Bu nedenle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini kanunda düzenlenmemiş çifte tipli karma bir sözleşme olarak nitelemenin yeterli olacağını değerlendiriyoruz.

¹³² YHGK, E.2018/240 K.2020/43 T.21.01.2020, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 30.12.2020)

¹³³ Bizce, “Tip” kavramını, ceza hukukundan farklı olarak, özel hukuk bakımından, [TİP: *“Aynı cinsten bütün varlıkların veya nesnelere temel özelliklerini büyük ölçüde kendinde toplayan örnek”*, <https://sozluk.gov.tr>, (E.T.01.02.2021)] benzer özellikleri bir araya getiren, kendinde toplayan, yasa veya uygulama ile şekillenmiş ve diğerlerinden ayırt edilebilecek hale gelmiş, benzer durumlarda örnek olarak kullanılabilir, içeriğine göre esaslı unsurları ihtiva eden, sözleşmeye kategorik aidiyet kazandıran bir terim olarak tanımlamak mümkündür. Buna göre, KUNTALP’ in sözleşmenin tipik olması için mutlaka kanunda düzenlenmiş olmasının gerekmediğine, isimsiz bir sözleşmenin de tipik bir sözleşme olabileceğine ilişkin tespitine eserde açıklanan aynı gerekçelerle katılıyoruz.

¹³⁴ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 2-3

*ögelerin yasada öngörülmeven biçimde bir araya toplanmasıyla” oluşturulan sözleşmelerdir.*¹³⁵ Başka bir tanımlamayla, “*kanunda yer alan tip sözleşmelerin unsurlarının bir başka tip oluşturmayacak şekilde eriyip biraraya gelmesiyle*”¹³⁶ oluşturulan, *kendilerini oluşturan sözleşmelerin ögelerinden bağımsız*¹³⁷ nitelikte sözleşmelerdir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi karma nitelikte (çift tipli) bir sözleşmedir. Karma sözleşmelerde taraflardan her birinin edimi farklı tipteki sözleşmelere ait olup bu edimler birbirleriyle yer değiştirir, mübadele edilir.¹³⁸ Arsa payı devri ile taşınmaz satışı ve bir bina inşa edilmesi nedeniyle eser sözleşmesi unsurları, kanunda öngörülmeven bir şekilde bir araya geldiğinden, karma nitelik taşır. Sözleşmenin amacı gereği, arsa payı devri ve inşaat yapılması birbirinin karşılığını teşkil etmekte ve sözleşme içinde bir diğeri olmaksızın tek başına değerlendirilememektedir. Bu niteliği ile bileşik sözleşme olmadığı söylenir, kendine özgü yapısı olan sözleşmelerden ayrılır ve iki tipli karma sözleşme olarak kabul edilir.¹³⁹ Yargıtay da muhtelif kararlarında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini, tapulu taşınmazın mülkiyetinin bir kısmının devrine ilişkin vaadi ve eser sözleşmesini içeren iki tipli-karma¹⁴⁰ bir sözleşme olarak nitelemektedir.¹⁴¹

Karma sözleşmelere, hangi kanun hükmünün uygulanacağı konusunda öğretide görüş ayrılıkları vardır. Çeşitli tiplerin birbirini bertaraf etmesi, soğurma, birleştirme ve kıyas teorileri, bu tip sözleşmeler açısından hangi hükümlerin nasıl uygulanacağı

¹³⁵ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 7; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 18, 471; SELİMOĞLU, s. 17

¹³⁶ Şener AKYOL, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (Borçlar) 1.fasikül, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984, s. 8

¹³⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 18; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 7

¹³⁸ Haluk TANDOĞAN, (Borçlar), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Evrim Dağıtım, 5. Bası,C.1/1, İstanbul 1988, s. 69, 71

¹³⁹ ERMAN, (İnşaat), s. 5-6; ATAMULU, s. 32; USTA, s. 19; KARTAL, s. 27; KARADAŞ, s. 46; SÜTÇÜ, s. 34; COŞKUN, s. 383; RUHİ/RUHİ, s. 28; ARAL/AYRANCI, s. 368; KILIÇOĞLU, s. 26, 495; SELİMOĞLU, s. 17; EREN, (Borçlar) s. 594, 604; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 466-467

¹⁴⁰ ÇELİK, arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapım sözleşmesinin, eser sözleşmesi ile taşınmaz satışı bir arada karma sözleşme-birleşik sözleşme olduğunun söylenemeyeceğini, sözleşmenin, iki tipli, karışık içerikli her iki tarafa karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olduğunu belirtmektedir. (ÇELİK, s. 18)

¹⁴¹ YHGK, E.2003/15-124 K.2003/175 T.19.03.2003 ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 25.02.2018); YHGK, E.2010/15-193 K.2010/235 T.28.04.2010; ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 25.02.2018); YHGK, E.2014/23-724 K.2016/168 T.24.02.2016, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 19.01.2020); Yarg.15.HD, E.2019/337 K.2019/4918 T.28.11.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 10.02.2020)

noktasında ileri sürülen görüşlerdir.¹⁴² Öğretide, ağırlıklı olarak kıyas teorisinin kabul gördüğü ifade edilmektedir. Buna göre, sözleşmede taşınmaz satımı ve eser sözleşmesine ilişkin hükümler doğrudan değil ancak kıyasen uygulanabilir.¹⁴³ Bu hükümlerin uygulanmasında çatışma olduğu takdirde, sözleşmenin amacı ve tarafların karşılıklı menfaatleri göz önüne alınarak hakkaniyete uygun şekilde hareket edilecek, gerekirse borçlar kanununun genel hükümlerinin uygulanması yoluna gidilecek, sonuç elde edilemezse örf ve adet hukukuna bakılacak, buradan da sonuç elde edilememesi halinde, hâkim tarafından TMK m. 1 uyarınca hukuk kuralı yaratılacaktır.¹⁴⁴

Sözleşme, eser sözleşmesi kapsamında bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte arsa sahibinin ediminin para yerine arsa payı devri şeklinde aynı bir edim olması, bu sözleşmeyi klasik eser sözleşmesinden ayırmaktadır.¹⁴⁵ Zira taşınmaz satımı hükümleri ile (TBK m. 237-246) eser sözleşmesi hükümleri (TBK m. 470-486) arasında, uygulamada başta şekil olmak üzere, öncelik veya çatışma durumu söz konusu olabilmektedir. Bu da sözleşmeyi, “*edimlerin basit toplamı olmaktan çıkarmakta ve bir sentez*”¹⁴⁶ haline getirmektedir.

Yargıtay’ın birleştirme teorisi yönünde kararları olduğu¹⁴⁷ vurgulanmakta ise de, 28.11.2019 tarihli bir kararında,¹⁴⁸ arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin yaptığı açıklamalar arasında, sözleşmenin dört farklı uygulamasının olduğuna değindikten sonra, “*karşılıklı taahhütlerin ağır basması halinde klasik eser sözleşmesinin taşınmaz devrinin ağırlık kazanmasında ise taşınmaz satış sözleşmesinin öne çıktığını görmek mümkündür*” şeklindeki ifadeyle soğurma teorisinin benimsendiği şekilde çok da kesin çizgileri olmayan bir görüş açıklanmıştır. Kanaatimizce, taraf iradesinin ön plana çıkarıldığı, öğretide de baskın görüş olan, kıyas teorisine üstünlük tanımak uygun olacaktır.

¹⁴² KARTAL, s. 27-28; ERMAN, (İnşaat), s. 7 (bkz. Dn.16); Arzu GENÇ ARIDEMİR, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler sorunu Bakımından Hukuki Durum, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı Ankara Haziran 2004, s. 451, (bkz. dn.9); YAVUZ, s. 591

¹⁴³ ERMAN, (İnşaat), s. 8; YAVUZ, s. 591; ATAMULU, s. 35; YAVUZ, s. 591; DURAK, s. 212

¹⁴⁴ ERMAN, (İnşaat), s. 7-8; YAVUZ, s. 591; ATAMULU s. 34-36; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 20-21

¹⁴⁵ KARTAL, s. 22

¹⁴⁶ SEROZAN, s. 98

¹⁴⁷ ERMAN, (İnşaat), s. 7 (dn.16); DUMAN, (İnşaat), s. 48 (dn.9)

¹⁴⁸ YHGK, T.28.11.2019, bkz. yuk. dn.135

3. ANİ (GEÇİCİ) – SÜREKLİ KARMAŞIĞI BİR SÖZLEŞMEDİR

Sözleşmenin ani (geçici) borç ilişkisi mi yoksa sürekli borç ilişkisi mi doğurduğu öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu sözleşmede asıl amaç teslim olduğundan ifa da inşa sürecinde değil teslim anında gerçekleşir. Bu durumda, ifanın (edimin) gerçekleşmesi eserin teslimi ile aynı anda olduğundan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli olarak nitelendirilmelidir.¹⁴⁹ Bina inşaatının belli bir süre alması ve bu sürede yapılan inşaat çalışmaları ifaya hazırlık olarak kabul edilmekte, ifanın tamamlanmış eserin teslimi ile bir anda gerçekleşeceği ifade edilmektedir.¹⁵⁰

Diğer bir görüşe göre de eser sözleşmesine ilişkin hükümler sürekli borç ilişkisi doğuran kurallara göre düzenlenmiştir. Yüklenicinin faaliyetlerinin edim dışında bırakılması mümkün değildir. Bu tür sözleşmelerde edimler, teslimin yani edimin ifasının (sonucun-eserin) gerçekleşmesinden önce, zamana yaygın olarak bölümler halinde, binanın belli aşamalara gelmesine göre ifa edilmektedir. Örneğin tesis edilen ipotegün aşamalara göre çözüldüğü, süreklilik arz eden bir borç ilişkisi kurulduğu bu tip sözleşmelerde görülmektedir. Yüklenici bu tip sözleşmelerde sadece sonuç taahhüt etmez, sonucun gerçekleştirilmesi için faaliyette bulunmayı yani iş görmeyi de yükümlenir. İş görme edimleri de zamana yaygın edimlerdir. Bu nedenle bu tür sözleşmelerde sürekli borç ilişkisinin bulunduğu kabul edilmesi gerekir.¹⁵¹

Bizim de katıldığımız¹⁵² bir başka görüş ise eser sözleşmesinin, ani - sürekli karmaşığı edim içeren borç ilişkisi kurduğunu kabul etmektedir. Eser sözleşmesinde

¹⁴⁹ ERMAN, s. 8 (dn.19); YAVUZ, s. 584; DURAK, s. 212; KILIÇOĞLU, s. 496; SELİMOĞLU, s. 32

¹⁵⁰ SELİMOĞLU, s. 32

¹⁵¹ ERMAN, (İnşaat), s. 9; KARTAL, s. 25;

¹⁵² Biz de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde; sözleşmenin amacı ve taraf menfaatlerinin karşılıklı gözetilerek TMK m. 2 de dikkate alınmak suretiyle sonuca gidilmesinin doğru olacağını, dolayısıyla 1984 tarihli İBK'nin yerinde olduğunu, arsa sahibinin ifaya olan çıkarının teslim ile gerçekleştiği, bu nedenle kural olarak bu tip sözleşmelerin ani edimli olarak kabul edilmesi mümkün olmakla birlikte, yüklenici ediminin binayı teslim etmekten ibaret olmadığını, yan edimlerin ve teslim anına kadar olan ilişkilerin de edimin bir parçası kabul edilmesi gerektiğini, özellikle yüklenicinin inşaatta geldiği aşamaya göre arsa payı devrinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde (Yargıtay'ın avans tapu uygulamasının aksine) arsa payı alacaklısı olarak ifa çıkarının gelinen aşama itibarıyla gerçekleşmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiğini, sözleşmenin salt ani edimli ya da salt sürekli edimli şeklinde bir nitelemesini yapmak yerine her somut olayda olayın özelliğine göre dürüstlük kuralından da faydalanarak karar verilmesinin, sonuçta sözleşmenin ani – sürekli karmaşığı olarak nitelendirilmesinin doğru olacağını değerlendirmekteyiz.

edimin ani veya sürekli olmasında, alacaklının ifaya olan çıkarının biranda gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirleyici olduğu ifade edilmiştir. İfa çıkarının bir anda gerçekleştiği durumlarda ani edimli, zamana yayıldığı durumlarda ise sürekli edimli sözleşmeden bahsedilecektir.¹⁵³ Ancak eser sözleşmesinde; (arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde) sözleşmeyi mutlak şekilde ani veya sürekli olarak nitelenenin doğru olmayacağı, hâkimin önüne gelen somut olayda çıkarlar dengesini gözetmesi gerektiği, buna göre sözleşmeye ani veya sürekli edim kurallarını uygulayabileceği, bütünlük arzeden sonucun meydana gelmesinden önce edimlerin zamana bağlı ve bölümler şeklinde ifa edilebildiği, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraf edimleri bakımından ayrıştırma yapılarak, arsa sahibinin pay devir borcu bakımından sözleşmenin ani edimli, yüklenicinin meydana getirme ve teslim borcu bakımından sürekli edimli borç ilişkisi doğurduğu, bu nedenle anılı sözleşmenin taraf edimleri bakımından ani-sürekli karmaşığı şeklinde nitelendirmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁵⁴

YİBBGK'nin 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı kararına göre;¹⁵⁵ bu tür sözleşmelerin geçici-sürekli karmaşığı bir özellik taşıdığı kabul edilmiştir. Anılı karara göre; iş görme sözleşmelerinden olan eser sözleşmeleri “ani edimli” sözleşmeler grubunda değerlendirilmekte ise de bu sözleşmelerin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde edim borcu, genellikle uzun bir zaman süreci içinde yerine getiriliyor olmasından dolayı sürekli borç ilişkilerine ilişkin kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda eser (istisna) sözleşmeleri düzenlenirken sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. Bu nedenle inşaat sözleşmeleri, “geçici sürekli karmaşığı” bir özellik taşımaktadır.

Sözleşmenin ani veya sürekli edimli olması, sözleşmenin feshi açısından geriye mi, ileriye mi etkili sonuç doğuracağı noktasında önem taşımaktadır. Sözleşme ani edimli olarak nitelendiği taktirde sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak, sürekli edimli olduğu kabul edildiği taktirde ise ileriye etkili olarak

¹⁵³ SELİMOĞLU, s. 31; ATAMULU, s. 37

¹⁵⁴ ATAMULU, s. 40-41,173; USTA, s. 23; BÜYÜKAY, s. 47, dn.52; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA' da ani edimli-sürekli edimli ayrımının tam anlamıyla eser sözleşmesine uygun düşmediğini, eserin teslimi ve bedelin ödenmesinin ani edimli, eserin bir zaman süreci içinde meydana getirilmesinin ise sürekli edimli sözleşme özelliğini gösterdiğini ifade etmekle aslında Yargıtay'ın geçici-sürekli karmaşığı görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. (ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 480)

¹⁵⁵ RG. 27.02.1984/18325

ortadan kalktığı kabul edilecektir.¹⁵⁶ Anılı içtihadı birleştirme kararında; BK m. 106-108 (TBK m. 123-125) hükümlerinin ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlendiği, ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda Medeni Kanununun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabulü gerektiği, böyle bir çözümün sonucu olarak yüklenicinin iş bedelini iş sahibinden iş sahibinin de kusura bağlı tüm zararlarını yükleniciden isteyebileceği, bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir dengenin kurulabileceği, sonucuna varılmıştır.

Yargıtay, aynı doğrultuda verdiği 08.11.2013 tarihli bir kararında;¹⁵⁷ işin %90'mı bitirmiş bir yüklenici hakkında sözleşmenin haklı nedenle geriye etkili feshinin dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağını ve ileriye etkili feshin koşullarının gerçekleştiğinin gözetilmesini, bu koşulların gerçekleşmemiş olması halinde geriye etkili feshin koşullarının oluştuğunun kabul edilmesi gerektiğini açıklamıştır.

4. TAPU KÜTÜĞÜNE ŞERH EDİLEBİLİR NİSBE HAKLAR ARASINDA YER ALIR

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tapu kütüğüne şerhi, 1994 yılı öncesinde sözleşme başlığının başına "Gayrimenkul-taşınmaz satış vaadi" ifadeleri getirilmek suretiyle, şerhi mümkün olan satış vaadi kapsamında yapılırken, mülga TST m. 55/c hükmü ile sözleşme, ismen zikredilmek suretiyle "vaat" kelimesi kullanılmadan da şerhi mümkün hale gelmiştir.¹⁵⁸ 2001 yılında yeni medeni kanunun yürürlüğe girmesiyle, TMK m. 1009/1'de, tapu kütüğüne şerh edilebilir nispi haklar arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de sayılmıştır. Madde metninde de belirtildiği üzere, her türlü kişisel hak değil sadece kanunda şerhi kabul edilen haklar, tapu kütüğüne şerh edilebilecektir.¹⁵⁹ Ayrıca TK m. 26'da yer alan, "*Noterlik Kanunu'nun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir.*" şeklindeki hükümle

¹⁵⁶ERMAN, (İnşaat), s. 9; USTA, 21; BÜYÜKAY, s. 46

¹⁵⁷ Yarg. 23. HD, E.2013/4843 K.2013/6922 T.08.11.2013 (E.T. 24.01.2020); Erhan GÜNAY, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar Rehberi, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara Ocak 2015, s. 65-68)

¹⁵⁸ ÖZMEN/KARAMAN, s. 48-49

¹⁵⁹ M. Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ/Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul Ekim 2017, s. 213

açıkça, taraflardan birinin istemi üzerine, sözleşmenin tapuya şerh edilebilmesi mümkün kılınmıştır.¹⁶⁰

Öğretide kabul edildiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerhi için ayrıca bir şerh anlaşmasına gerek bulunmayıp sözleşmenin ibrazı yeterli görülmektedir.¹⁶¹ Nitekim, TST m. 47/c'de de kişisel hakların şerhi için ibrazı istenen belgeler arasında, “inşaat hakkı için noterce düzenlenen sözleşme,” belirtilmiş, şerh konusunda anlaşmaya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ayrıca TK m. 26'ya 2009 yılında getirilen bir hükümlerle,¹⁶² “şerhten itibaren 5 yıl içinde satış yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse” şerhin tapu sicil müdürü veya görevlileri tarafından resen terkin edileceği kabul edilmiştir.¹⁶³ Kanaatimizce burada belirtilen süre, maddenin emredici nitelikte olması nedeniyle, yapılacak şerh anlaşmasıyla arttırılamaz.

Sözleşmenin tapu kütüğüne şerhi, borç ilişkisini eşyaya bağlı borç haline getireceği gibi, sonradan taşınmazda hak kazananlara karşı da ileri sürülebilmesi açısından munzam-ayni hak etkisi doğurur.¹⁶⁴ TMK m. 1009/2'de, “*Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir*” denilmekle, bu aynı etki açıklanmıştır. Bu şerh, aynı zamanda yükleniciden arsa payı iktisap etmiş olan üçüncü kişilerin iyi niyet iddiasında bulunmalarını engeller.¹⁶⁵

Yargıtay da 22.10.2019 tarihli kararında;¹⁶⁶ Kanunda düzenlenmeyen bir hakkın tapu kütüğüne şerh edilemeyeceğini, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin TMK'nin 1009. maddesinde sayılan şerh edilebilir haklar içinde sayıldığını, şerhten amacın, ilişkinin bulunduğu hukuki durumu üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hale getirmek ve hukuki duruma aleniyet kazandırmak olduğunu, bu yönüyle şerhin aynı bir etki gösterdiğini vurgulamış, bir başka kararında ise,¹⁶⁷ kat karşılığı eser sözleşmesinin tapu kütüğüne şerh verilmesi istemiyle açılmış bir davada, 5 yıllık

¹⁶⁰ ÖZMEN/KARAMAN, s. 48-49; ÖZ, (Makale-İnşaat), s. 443

¹⁶¹ ÖZMEN/KARAMAN, s. 71; ÖZ, (Makale-İnşaat), s. 443

¹⁶² RG. 27.01.2009/27123, KN.5831/1

¹⁶³ ÖZ, (Makale-İnşaat), s. 443; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 216

¹⁶⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 250

¹⁶⁵ ERMAN, (İnşaat), s. 10-11; USTA, s. 30-31

¹⁶⁶ Yarg. 14.HD, E.2018/4949 K.2019/6930 T.22.10.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 13.02.2020)

¹⁶⁷ Yarg. 15. HD, 13.2.2004 2003/3769 – 2004/719 (Mustafa KIRMIZI, Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, Mayıs 2018, s. 615, dn.1217)

sürenin sözleşme tarihinden itibaren işleyeceği gerekçesiyle yerel mahkemece davanın reddine dair verilen kararı, 5 yıllık sürenin tapu kaydından itibaren başlayacağı gerekçesiyle bozmuş ayrıca, sözleşmenin TK m. 26/5 uyarınca tapuya tescilinin istenebileceği gibi şerhe ilişkin anlaşma maddesi uyarınca da istenebileceğini belirtmiştir.

İmar yaptırımlarıyla ilgili açıklamalarımızda ayrıca değinecek olmakla birlikte yeri gelmişken tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilecek şerhler arasına, “yapının imar mevzuatına aykırı olduğuna dair bilginin” de eklendiğini belirtelim. İK m. 32’e 14.02.2020 tarih ve 7221 sayılı kanunun 10. maddesi¹⁶⁸ ile eklenen bir cümleyle, idarenin mühürleme ve durdurma işleminden sonra yapının imar mevzuatına aykırılık tespitini, tapu kayıtlarının beyanlar hanesine kaydedilmek üzere en geç 7 gün içinde tapu dairesine yazılı olarak bildirme zorunluluğu getirilmiştir. Yapılacak bu kayıt, idarenin aykırılığın giderildiğine dair yazılı bildirim olmadan kaldırılamayacaktır.

F. GEÇERLİLİK KOŞULLARI

1. ARSA SAHİBİ İLE YÜKLENİCİ ARASINDAKİ SÖZLEŞMENİN ŞEKİL YÖNÜNDEN GEÇERLİLİĞİ

a) Genel Olarak Sözleşmelerde Şekil

Şekil,¹⁶⁹ “beyanın açıklanmasında kullanılan vasıta”,¹⁷⁰ “iradenin belli bir biçimde veya belli araçlarla açıklanması”¹⁷¹ olarak genel manada tanımlanmış, dar ve teknik anlamda ise, “beyanın kanun veya tarafların iradesiyle tespit edilen bir takım harici tarzları”¹⁷², “irade beyanının hukuki işlemin geçerliliği veya ispatı için

¹⁶⁸ RG, 20.02.2020/31045, KT. 14.02.2020, KN. 7221

¹⁶⁹ Roma hukukunda, “sözleşmelerin kuruluşunda şekil kural, şekilsizlik ise istisna” olarak kabul edilmiştir. (AKINCI, s. 13); “Geçerli bir sözleşme için belirli tipteki biçimlere uygun irade uyumu ya da tipik sözleşmesel amaçlar için irade uyumunun varlığı gerekmektedir. Sadece tarafların anlaşması contractus için yeterli değildir. İrade uyumunun contractus olarak nitelendirilebilmesi için Ius Civile’ye dayanan bir dava -actio in ius- ile korunan bir sözleşme olması gerekir.” (SÖÜĞTLÜ ERİŞGİN, s. 35); Bu kapsamda sözleşmeler Roma hukukunda 4 ayrıma tabi tutulmuştur, Ayni (Real) akitler -Re contrahitur, Contractus realis-, Sözlü akitler -Verbis contrahitur, Contractus Verbalis-, Yazılı akitler, -Litteris contrahitur, Contractus litteralis- ve Rızai akitler, -Consensus contrahitur, Contractus consensualis- (UMUR, 336-337)

¹⁷⁰ VON TUHR, s. 228-229

¹⁷¹ YILDIRIM, s. 75

¹⁷² VON TUHR, s. 229

*kanun veya tarafların varlığını aradığı kalıp*¹⁷³, “*irade açıklamasının üçüncü kişiler tarafından algılanabilecek biçimde dış dünyaya aksettirilmesi*”¹⁷⁴ olarak tanımlanmıştır. Şeklin amacı, öğretide, tarafları düşünmeye yöneltmek, beyana açıklık getirmek ve ispatı kolaylaştırmak,¹⁷⁵ sözleşme adaleti çerçevesinde tarafları korumak, zayıf olan tarafı korumak, belirsizlikten doğacak sorunları önlemek, kamu yararını korumak¹⁷⁶ ve sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında kolaylık sağlamak¹⁷⁷ olarak açıklanmıştır. Ancak, zaman kaybı, taraflara ek mali yük getirmesi ve kimi durumlarda esasın önüne geçmesi¹⁷⁸ de şeklin eleştirilen yanları olarak gösterilmiştir.

Şekil, genel olarak; kaynağı bakımından kanuni ve iradi, amacı bakımından geçerlilik ve ispat, yapılış tarzı bakımından da sözlü, yazılı ve resmi şekil olarak ayrımlara tabi tutulur.¹⁷⁹

TBK m. 12/1 (eBK m. 11) ile hukukumuzda, şekil serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Maddeye göre sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir. Yani taraflar, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça, diledikleri şekilde bir sözleşme yapabilecekleri gibi dilerlerse kendileri (kanunda aksi belirtilmedikçe) şekle ilişkin kurallar belirleyebilirler. Bu durumda, TBK m. 26 da belirtilen sözleşme özgürlüğünün bir alt görünümü olan şekil özgürlüğünün kural, şekil zorunluluğunun ise istisna olduğunu söylemek mümkündür.¹⁸⁰

TBK m. 13/1'e göre, (eBK m. 12) kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinin de yazılı şekle uygun olarak yapılması gerekeceği, sözleşme metni ile çelişmeyen tamamlayıcı nitelikteki yan hükümlerin bu kuralın dışında olduğu belirtilmiştir. İkinci fıkrada ise bu kuralın yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. TBK m. 29'a göre, (eBK m. 22) bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerli olup kanunda

¹⁷³ YILDIRIM, s. 75

¹⁷⁴ KAŞAK, s. 60

¹⁷⁵ VON TUHR, s. 230; YILDIRIM, s. 76; KARADAŞ, S. 70-71

¹⁷⁶ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 44-45

¹⁷⁷ YILDIRIM, s. 76

¹⁷⁸ YILDIRIM, s. 76

¹⁷⁹ YILDIRIM, s. 77-85

¹⁸⁰ KAŞAK, s. 60-61; KARTAL, s. 37

öngörülen istisnalar dışında bunların geçerliliği ileride kurulacak olan sözleşmenin şekline bağlıdır.

b) Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil

Bu sözleşme, eser (inşaat) sözleşmesi ve taşınmaz satışı veya satış vaadi sözleşmelerini birlikte barındırmaktadır. Eser sözleşmesi ve bunun alt görünümü olan inşaat sözleşmeleri TBK m. 12/1 de yer alan ilke kapsamında herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Taşınmaz satışı veya satım vaadi sözleşmeleri ise TMK m. 706 (eMK m. 634), TBK m. 237 (eBK m. 213), TK m. 26, NK m. 60 ve 89 uyarınca resmi şekle tabidir. Karma bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, resmi şekilde yapılmadıkça kural olarak geçerli olmayacağı öğretide ve Yargıtay'ın konu ile ilgili tüm kararlarında kabul edilmiştir.¹⁸¹ Zira, taraflardan birinin edimi resmi şekle tabi kılınmış ve her iki taraf edimi bir sözleşmede karşılıklı olarak yer almış olduğundan TBK m. 12/2 uyarınca kanunda öngörülen şekil geçerlilik şekli olarak kabul edildiğinden sözleşmenin tapu müdürlüğünde veya noterde düzenleme şeklinde yapılması bizce de zorunlu olmalıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini resmi şekilde düzenleme görevi, TK m. 26/1 uyarınca kural olarak tapu sicil müdürü veya görevlilerinde olmakla birlikte, uygulamada bu görev noterler tarafından yerine getirilmektedir. Zira, NK. m. 60'ta gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapılması noterlerin görevleri arasında sayılmıştır.¹⁸² Bunun yanında, 1978 tarihli YİBGK¹⁸³ kararında; kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadan ve bağımsız bölüm ayrı bir taşınmaz niteliği kazanmadan yapılan satış vaatlerinin geçerli olduğu, 18.1.1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun (NK)¹⁸⁴ 60. maddesinin 3. bendi gereğince de noterlerin bu işlemi (kat irtifakı ya da kat mülkiyeti kurulmadan önce bağımsız bölüm satış vaadini içeren sözleşmeyi) noterlerin yapmaya yetkili oldukları belirtilmiştir. Dolayısıyla, bu tür satış vaadi sözleşmelerinin tapu memurunca düzenlenmesinin zorunlu olmadığı öğretide ve yargı kararlarıyla kabul edilmiş uygulamada da benimsenmiştir.

¹⁸¹ ERMAN, (İnşaat), s. 17; ATAMULU, s. 41; KÜRŞAT, s. 20; SÜTÇÜ (İnşaat), s. 69; KARTAL, s. 42; YAVUZ, s. 588; YHGK, E.2012/13-592 K.2013/65 T.16.01.2013, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 19.01.2020); YHGK, E.2017/2036 K.2019/161 T.19.02.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 19.01.2020); YHGK, E.2018/240 K.2020/43 T.21.01.2020, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 30.12.2020)

¹⁸² YAVUZ, s. 588; ÖNGÖREN, (İnşaat), s. 124; AYDEMİR, 220-221

¹⁸³ YİBK, RG. 10.06.1978/16312, E.1978/3 K.1978/4 T.24.04.1978, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 24.01.2020)

¹⁸⁴ NK, RG. 5.2.1972/14090, KT. 18.1.1972, KN. 1512

Noterlerce yapılacak satış vaadi ve böyle bir vaadi içeren sözleşmelerin NK m. 89 uyarınca düzenleme şeklinde yapılması gerekir. Tarafların hazırladıkları sözleşmenin noter tarafından onaylanması sözleşmenin geçerli düzenlendiği anlamına gelmez.¹⁸⁵ TBK. m. 29 uyarınca ön sözleşme de resmi şekle uyularak yapılmalıdır. Sözleşmelerin değiştirilmesi de aynı şekle tabidir.¹⁸⁶ (TBK m. 13/1) Resmi şekilde yapılmayan sözleşme değişiklikleri geçersizdir.¹⁸⁷

c) Yüklenici ile Üçüncü Kişi Arasındaki Sözleşmeler Açısından Şekil Unsuru ve Avans Tapu Uygulaması

Yüklenicinin, kendisine devredilecek arsa paylarını, adına tescil yapılmadan önce üçüncü kişiye devretmesi durumunda, TBK m. 183'e (eBK m. 162) göre alacağın devri (temlik) söz konusu olacaktır. Burada resmi şekil zorunluluğu yoktur. TBK m. 184/1'e (eBK m. 163) göre devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması geçerli ve yeterlidir.¹⁸⁸ Devir vaadi ise TBK m. 184/2'e göre şekle bağlı değildir.

26.2.2016 tarihli YHGK kararına göre¹⁸⁹, Yüklenicinin üçüncü kişi ile arasında yapmış olduğu sözleşme bir taşınmaz satım sözleşmesi değil, arsa sahibi ile arasındaki sözleşmeden kaynaklanan kişisel hakkını (bağımsız bölümün mülkiyetini kendisine devredilmesini isteme hakkını) devrettiği bir temlik sözleşmesidir. Bu sözleşme ise TBK m. 184 (eBK m. 163) uyarınca sadece yazılı şekle tabi tutulmuştur.

Ancak, yine aynı karara göre, üçüncü kişinin temlik sözleşmesine göre hakkını talep edebilmesi için yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile üstlendiği edimleri arsa sahibine karşı yerine getirmiş olması, inşaatı bitirmesi veya eksik kalan kısmın paraya dönüştürülerek tamamlanacak kadar cüzi bir boyutta olması gerekir. Aksi halde temlik alan, temlik sözleşmesinin tarafı olmayan arsa sahibinden herhangi bir hak talep edemeyecektir.

¹⁸⁵ SÜTÇÜ, s. 71; ERMAN, (İnşaat), s. 19; EREN, (Borçlar), s. 605; USTA, 25-26

¹⁸⁶ USTA, s. 27; KARADAŞ, s. 60; KIRMIZI, s. 620-621

¹⁸⁷ Yarg. 23. HD, E.2013/4843 K.2013/6922 T.08.11.2013

¹⁸⁸ ERMAN, (İnşaat), s. 21; YAVUZ, s. 589; USTA, s. 27-28; DURAK, s. 217; BÜYÜKAY, s. 61

¹⁸⁹ YHGK, E.2014/569 K.2016/181 T.26.02.2016, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 25.02.2018)

Yargıtay'a göre¹⁹⁰ yüklenici, arsa sahibinin rızası ve onayı olmadan arsa sahibinden olan şahsi hakkını üçüncü kişilere yazılı olmak kaydıyla devir ve temlik edebilecek ancak, bu devir avans niteliğinde ve üçüncü kişiler yüklenicinin halefi konumunda olup TMK 1023 korumasından faydalanamayacak olduğundan bu temlikin hüküm ifade edebilmesi için yüklenicinin arsa sahibine karşı olan yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmiş olması gerekecektir. Arsa sahibi, yükleniciye karşı ileri sürebileceği bütün defileri, TBK. m. 188 (eBK m. 167) uyarınca temlik alan üçüncü kişiye karşı da ileri sürme hakkına sahiptir.¹⁹¹

¹⁹⁰ Yarg. 14.HD, E.2014/11923 K.2015/5203 T.07.05.2015, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 19.01.2020); Yarg. 23. HD, E.2017/2892 K.2019/5214 T.10.12.2019, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 14.02.2020); YHGK, E.2018/240 K.2020/43 T.21.01.2020, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 30.12.2020); AYM' de "Tari" davasında: inşa halindeki bir binadan bağımsız bölüm alan üçüncü kişinin, yüklenicinin sözleşmeyi yerine getirmemesi durumunda arsa sahibinin sözleşmeyi fesih edebileceğini bildiğini buna rağmen riski göze aldığı, yüklenicinin hak etmediği bağımsız bölümleri onun halefi konumundaki üçüncü kişilerin de hak etmeyeceğini kabul etmekte bu nedenle üçüncü kişinin iyi niyetli olduğundan bahsedilemeyeceğinden TMK 1023.maddesinde de yararlanamayacağını kabul etmektedir. (AYM, RG, 27.09.2017/30193, 2014/12321 T.20.07.2017) Kanaatimizce bu kabul doğru değildir. Özellikle arsa sahibi tarafından baştan yükleniciye arsa payı devredilmesi veya kat irtifakı kurulmuş olması halinde, belirli bağımsız bölümlere bağlı arsa payları devredilmesi ve yüklenicinin de bu arsa payları üzerinden üçüncü kişilere tapu devri yapması hiçbir şekilde avans olarak nitelendirilemez. Öncelikle taraflarca açıkça sözleşmede kararlaştırılmamış olan bir hususun (avans verme) taraf iradelerinin yerine geçerek, yorum yoluyla sanki sözleşmenin esaslı bir unsuru imiş gibi kabul edilmesi sözleşme özgürlüğü prensibine aykırıdır. Bilakis arsa sahibi baştan arsa payını devretmekle, yüklenicinin bu paya tekabül eden bağımsız bölümleri veya kat irtifakı kurulmuş ise devredilen bağımsız bölümleri üçüncü şahsa satacağını bilmekte ve bunun riskini kabul etmektedir. Burada tedbirli bir arsa sahibine düşen yükümlülük, yüklenicinin edimlerini tam olarak yerine getirmeme ihtimalini düşünerek devredilen bağımsız bölüm veya arsa payları üzerine ipotek koydurmak, vefa hakkı tesis ettirmek ve kefalet gibi sair güvenceleri almak olmalıdır. Yoksa, çoğu kere zar zor edindiği birikimlerle daha uygun maliyetle inşa halindeki bir binadan daire alan üçüncü kişileri, yüklenici ile arsa sahibi arasındaki anlaşmanın şartlarını öğrenip buna göre yüklenicinin ekonomik gücünü araştırıp edimlerini yerine getirip getiremeyeceği gibi (adeta bir dedektiflik oyunu içine sokmak şeklinde) bir araştırma görevi yüklemek veya Yargıtay'ın kanımızca ön kabulünde olduğu gibi üçüncü şahısları baştan kategorik olarak kötü niyetli kabul etmek gerekecektir. Arsa sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olduğu, arsa sahibinin baştan arsa payı veya bağımsız bölümlerin kat irtifakı tapularını devretmeyip ifa aşamalarına bağladığı ya da eserin tesliminde devrin söz konusu olduğu durumlarda ilk durumda esasen varsa tescilin yolsuz olması diğer hallerde de esasen üçüncü şahsın tapudan satın aldığı bağımsız bölüme ait bir irtifak tapusu elinde olmadığından tapu siciline güven duyduğu iddia edilemeyecek üçüncü şahsın iyi niyetinden söz edilemeyecektir. Burada üçüncü şahıs, tüm riskleri göze alıp devletin kaydına değil yüklenicinin insafına kendini teslim ettiği için yüklenicinin edimini yerine getirmemesinden doğacak sonuçlara katlanmak durumunda olmalıdır. Bu son duruma göre arsa sahibinin korunması gerekeceği görüşündeyiz. Ayrıca, arsa sahibinin bizzat üçüncü şahsa satış yaptığı veya yükleniciye verdiği satış vekaleti ile bağımsız bölüm satış yapıldığı durumlarda da satışa üstünlük tanınmalı üçüncü şahsın hakları dürüstlük kralı gereği korunmalı, avans tapu uygulaması söz konusu olmamalıdır.

¹⁹¹ ERMAN, (İnşaat), s. 21

d) Şekle Uyulmamasının Hüküm ve Sonuçları

da) Genel Kural: Geçersizlik

Yukarıda da değinildiği gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği kural olarak, TBK m. 12/2 (eBK.11/2), TMK m. 706 (eMK m. 634), TBK m. 237 (eBK m. 213), TK m. 26, NK m. 60 resmi şekle tabidir. Buradaki şekil bir ispat şartı olmayıp geçerlilik şartıdır. Bunun doğal sonucu olarak resmi şekilde yapılmamış olan bu tip sözleşmeler geçersizdir. Bu hüküm emredici nitelikte olduğundan taraflarca ileri sürülmemiş dahi olsa hâkim tarafından resen göz önüne alınır.¹⁹² Geçersiz sözleşmeye dayanarak taraflar birbirlerinden cezai şart, kira tazminatı gibi taleplerde de bulunamazlar, sözleşmenin feshi veya iptali için dava açamazlar ancak, TBK m. 77 uyarınca sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre verdiklerini geri isteyebilirler.¹⁹³

db) İstisnaları

Şekle aykırılığın sözleşmeyi geçersiz kılmadığı bazı istisnaları vardır. Bunlar;

dba) Şekle Aykırılık İddiasının Hakkın Kötüye Kullanılması Niteliği Teşkil Ettiği Durumlar

YİBBGK, 1988 tarihli kararında¹⁹⁴ resmi şekil kuralına bir istisna getirmiştir. Karara göre; KMK'e tabi olacak şekilde yapımına başlanılan bir taşınmazdan geçersiz bir sözleşmeye dayanarak bağımsız bölüm satılması durumunda, satıcının bağımsız bölümü teslim etmiş olması alıcının da tüm borçlarını eda ederek taşınmazı malik gibi kullanmasına rağmen, satıcının tapu devrine yanaşmadığı hallerde şayet bu durum, somut olayın özelliğine göre, TMK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyorsa açılan tescil davası kabul edilebilecektir.

¹⁹² ERMAN, (İnşaat), s. 22; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 471; SELİMOĞLU, s. 72; BÜYÜKAY, s. 64

¹⁹³ USTA, s. 27; ATAMULU, s. 47; KARADAŞ, s. 78

¹⁹⁴ YİBBGK, RG, 21.12.1988/2026, E.1987/2 K.1988/2 T.30.09.1988, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 25.02.2018)

Bu durumda, YHGK'nin 19.02.2019 tarihli kararında da belirtildiği üzere,¹⁹⁵ satıcının tescile yanaşmaması nedenine ve resmi şekilde yapılmamış bir taşınmaz satış sözleşmesine dayalı tescil taleplerinde; hakkın kötüye kullanılmasının var olduğunun kabul edildiği hallerde, taşınmazın KMK'e tabi olarak yapılması, alıcının edimlerini yerine getirmiş, satıcının da bağımsız bölümü teslim etmiş olması koşullarının birlikte gerçekleştiği durumlarda resmi şekil kuralına rağmen geçersiz sözleşmeye dayalı olsa da tescil talebinin kabulüne karar verilmesi mümkün olabilecektir.

Yargıtay 13.HD bir kararında,¹⁹⁶ şekil noksanı nedeniyle bir sözleşme henüz ifa edilmiş olmasa dahi, butlan iddiasının, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunun kabul edilebilmesi için ise, bir kimsenin;

- Şeklin gerçekleşmesine kendi yararı için veya yanıltıcı hareketlerle engel olması,
- Sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını görmesi ve ondan kurtulmak istemesinin ahlaki duyguları rencide etmesi,
- Şeklin koruyucu etkisinden yoksun kaldığı için değil fakat kendi borçlarını yerine getirmekten kaçınmak amacıyla şekil eksikliğinden yararlanmak istediğinin anlaşılması,
- Taahhütlerini mutlaka ifa edeceğini, sözleşmenin yapılmasından sonra teyit etmiş ve diğer tarafın sözleşmeye karşı beslediği güveni sebepsiz ve haksız olarak kuvvetlendirmiş olması (Çelişkili davranış yasağı – Venire contra factum proprium-¹⁹⁷)

koşullarının (kanaatimizce en az birisinin) somut olayda tespit edilmiş olmasını aramıştır.

¹⁹⁵ YHGK, E.2017/2036 K.2019/161 T.19.02.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 19.01.2020)

¹⁹⁶ Yarg. 13.HD, E.1991/7217 K.1991/10901 T.02.12.1991, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 25.02.2018)

¹⁹⁷ Çelişkili davranış yasağı, "dürüstlük kuralının bir parçası ve niteliği gereği hakkın kötüye kullanılmasının bir özel gerçekleşme biçimidir." Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Şener AKYOL, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, (Çelişki Yasağı) Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul Ocak 2007, s. 5

YHGK, 26.02.2016 tarihli bir kararında da,¹⁹⁸ şekil zorunluluğunun istisnalarını anılı YİBK kararı dayanak gösterilerek; Sözleşme adi yazılı şekilde olsa bile yüklenicinin, bina meydana getirme edimini tamamen veya reddolunamayacak oranda yerine getirmesi (arsa sahibinin talep ve iddiası hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacağı için) ve sözleşmeyle yükleniciye bedel olarak verilmesi kararlaştırılan taşınmazın devrine ilişkin yükümün tapuda yükleniciye devredilerek gerçekleştirilmesi, olarak açıklamıştır.

dbb) Taşınmazın Arsa Sahibi Tarafından Tapuda Yükleniciye Devredildiği Durumlar

Sözleşmeyle yükleniciye bedel olarak verilmesi kararlaştırılan taşınmazın devrine dair yüküm taşınmaz tapuda yükleniciye devredilerek gerçekleşmişse, artık arsa sahibi tarafından sözleşmenin geçersizliği iddia edilemez. Karma nitelikteki sözleşmenin diğer kısmı zaten biçim koşuluna bağlı değildir.¹⁹⁹ Bu durum da, dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz aynı zamanda hakkın kötüye kullanılmasının bir başka görünümüdür.

Nitekim Yarg. 15. HD, 16.12.2019 tarihli kararında,²⁰⁰ “(...) somut olayda adi yazılı yapılmış ve edimler büyük oranda yerine getirilmemiş ise de bu sözleşmeye göre avans niteliğinde de olsa yükleniciye %20 tapuda pay devri yapıldığı ve bu halde sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğundan (...)” demek suretiyle arsa sahibi tarafından pay devri yapılmış olmasını sözleşmenin geçerli hale gelmiş olduğunu kabul için yeterli görmektedir. Ancak, her hâlükârda istisnaların ön koşulu, yapının kat mülkiyeti tesisine yönelik yapılmış olmasıdır.

2. ARSA SAHİBİ İLE YÜKLENİCİ ARASINDAKİ SÖZLEŞMENİN İÇERİK YÖNÜNDEN GEÇERLİLİĞİ

Taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde belirleyebilirlerse de (TBK m. 26) elbette bu içeriğin tamamı, kanunun emredici

¹⁹⁸ YHGK, E.2014/569 K.2016/181 T.26.02.2016, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 25.02.2018)

¹⁹⁹ YHGK, 26.02.2016, Bkz. yuk.dn.181; USTA, s. 29; YAVUZ, s. 590

²⁰⁰ Yarg. 15. HD, E.2019/1046 K.2019/5195 T.16.12.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 19.01.2020)

hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olmaması gerekir. Aksi halde sözleşme hükümsüz olacak (TBK m. 27/1), belirli hükümler için bu durumun söz konusu olması halinde bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı anlaşıldığı takdirde sözleşmenin tamamı, aksi halde sadece ilgili hükümler hükümsüz sayılacaktır. (TBK m. 27/2)

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin içeriği ve uygulama görünümleri bakımından kanunun emredici kurallarına, kamu düzenine aykırı veya ifa bakımından olanaksız olduğu durumlar görülmekte ve bu durumlar kaçak inşaata sebebiyet verebilmektedir. Aşağıda sözleşmenin kesin hükümsüzlük nedeniyle geçersizliğine neden olabilecek bu haller incelenecektir.

a) Emredici Kurallara ve Kamu Düzenine Aykırılık

Sadece borçlar yasası bakımından değil birçok genel düzenleyici işlem açısından geçerli olan emredici hükümler, TBK m. 27 uyarınca TBK m. 26 da zikredilmiş olan, sözleşme özgürlüğünü sınırlayan hükümlerdir. Özellikle çalışma konumuz bakımından başta imar kanunu olmak üzere imar mevzuatında yer alan sair düzenlemeler emredici nitelikte hükümler içermekte, bu hükümlere aykırı inşaat yapılması, inşaatın kaçak olmasına neden olmaktadır. Bu nedenle emredici²⁰¹ ve kamu düzenine aykırı hükümlerin ne olduğu hususu üzerinde yeri gelmişken durmamız uygun olacaktır.

Emredici hukuk kuralları; aksi kararlaştırılmayan herkes için her koşulda,²⁰² kendilerine mutlak surette uyulmaları gereken,²⁰³ taraflarca değiştirilemeyen²⁰⁴ kurallardır. Emredici hukuk kuralları; öğretilerde de genel olarak kabul edildiği üzere,

²⁰¹ Roma hukukunda emredici hükümlere (Ius cogens) aykırılığı düzenleyen genel bir hüküm olmadığı, kamu hukuku kurallarının değiştirilememesinin bu kavrama karşılık geldiği, bu tür hükümlere aykırılığın sözleşmeleri geçersiz kılacağı kabul edildiği yasaklayıcı kanun hükümlerinin bulunduğu ifade edilmiştir. (Fahri Erdem KAŞAK, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, Oniki levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul Ocak 2019, s. 145-149; “*Conventio privatorum non potest publico iuri – Kamu hukuku tarafların anlaşması ile değiştirilemez*” (www.yenimakale.com, E.T.19.01.202) ilkesinde ve “*Modestinus’ un, Kurallar isimli eserinde yasanın gücünü; emretmek, yasaklamak, izin vermek, cezalandırmak -Legis virtus haec est; imparare veture permitttere punire-*” olarak (Havva Karagöz, Hukuk Kuralı -Regula Iuris Kavramı- Oniki levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul Temmuz 2010, s. 138) belirtilirken bizce, emredici kuralların varlığına işaret edilmiştir.

²⁰² Muhammet ÖZEKES, Sorular Şemalar Örneklerle Temel Hukuk Bilgisi, Oniki levha Yayınları, 10. Baskı, İstanbul Eylül 2019, s. 84

²⁰³ Kemal GÖZLER, Hukuka Giriş, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 14. Baskı, Bursa Ağustos 2017, s. 248

²⁰⁴ KAŞAK, s. 250

kamu düzeni, genel ahlak, kişilik hakları ve zayıf olanları²⁰⁵ koruma amacıyla ihdas edilmiş kurallardır. TBK m. 27’de her ne kadar “*kanunun emredici hükümlerine*” şeklinde bir ifade kullanılmış ise de cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik tebliğ gibi diğer genel düzenleyici hukuk kuralları ile de emredici hükümlerin tesis edilebileceği ifade edilmiştir.²⁰⁶ Genellikle bir hükmün emredici nitelikte olup olmadığı, metnin ifadesinden anlaşılabilir,²⁰⁷ “*yükümlüdür, geçersizdir, yasaktır vb.*” şeklinde aksinin kararlaştırılamayacağını açıkça ifade eden bu tür cümleler her zaman metin içinde yer almaz.²⁰⁸ Bu durumda izlediği amaca, ratio legise bakmak gerekir.²⁰⁹

Kamu düzeni, “*toplum temel menfaatlerini koruyan kanun hükümlerinin toplumu*”,²¹⁰ “*toplumun menfaatini koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuk düzeni*”²¹¹ olarak tanımlanmaktadır. Kamu düzenine yönelik, toplumun çıkarını, temel yapısını, koruma amaçlı kuralların, emredici nitelikte olduğu²¹² kabul edilir.²¹³

Emredici niteliğe aykırı sözleşmeler TBK m. 27/1 uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşılaşır.²¹⁴ eBK m. 20’de “*batıl*” olarak ifade edilen hükümsüzlük, öğretide “*geçersizlik*” ve “*butlan*” kelimeleriyle de ifade edilmektedir. Ancak her emredici kurala aykırılığın mutlak surette butlan sonucu doğurmayacağı, hükmün ifadesine ve amacına da bakılması gerektiği,²¹⁵ hükümsüz olup muteber hale getirilemeyen muamelelerin batıl olacağı²¹⁶ ifade edilmiştir.

²⁰⁵ KAŞAK, 252; GÖZLER, s. 249; OĞUZMAN/ÖZ, s. 87

²⁰⁶ KAŞAK, s. 250261-262

²⁰⁷ BÜYÜKAY, s. 73; Aksi Yönde, OĞUZMAN/ÖZ, s. 87, Yazar, bu hususta bir hükmün emredici nitelikte olup olmadığının çoğunlukla metnin ifadesinden anlaşılamayacağını, hükmün dayandığı esasın ve konulmasındaki amacın araştırılması gerektiğini ifade etmektedir.

²⁰⁸ GÖZLER, s. 248;

²⁰⁹ YILDIRIM, s. 101; BÜYÜKAY, s. 73

²¹⁰ KAŞAK,

²¹¹ NOMER, s. 90

²¹² OĞUZMAN/ÖZ, s. 82-83; GÖZLER, s. 249; NOMER, s.90;

²¹³ Emredici hükümler dışındaki kuralların da kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmeyeceği öğretide tartışmalıdır. Kamu düzenine aykırılık için kuralların mutlaka yazılı olması gerektiği savunulmakta (KAŞAK, s. 110-111, dn. 420, 423) ve “*kamu düzenine aykırılığın her zaman doğrudan emredici hükümlere aykırılık şeklinde ortaya çıkmayabileceği, emredici hükümlerle ortaya çıkan düzene aykırılığın da -toplumun menfaatini gözeten ahlak kuralları-*” kamu düzenine aykırılık olduğu ifade edilmektedir. (NOMER, s.90-91, dn.307)

²¹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 86; YILDIRIM, S. 100; KAŞAK, s. 360

²¹⁵ KAŞAK, s. 366

²¹⁶ VON TUHR, s. 221

İmar düzenine ilişkin kurallar da bu kapsamda kamu düzeni ve toplumun çıkarını korumaya yönelik olduğundan emredici niteliktedir. Bu kapsamda, inşaatın ruhsatsız, yapılmasını veya imar durumuna uygun alınacak ruhsata aykırı olarak fazla bağımsız bölüm yapılmasını ya da henüz parselasyon görmemiş bir alanda inşaat yapılmasını öngören sözleşmeler İK başta olmak üzere imar mevzuatında yer alan emredici hükümlere aykırı olacağı için butlan müeyyidesi ile karşılaşacaktır.

b) Edimin İfasında İmkânsızlık

Bir sözleşme ilişkisinde ifa (solutio), TBK’de tanımı yapılmamış olmakla birlikte, öğretide “*edimin*”; yerine getirilmesi,²¹⁷ sözleşme ve yasalar çerçevesinde yerine getirilmesi,²¹⁸ gereği gibi (sözleşme ve/veya kanuna uygun olarak) yerine getirilerek alacaklının tatmin edilmesi,²¹⁹ olarak veya alacaklı ile borçlu arasındaki bağı çözen, alacağı sona erdiren bir vakıa, borcun gayesi²²⁰ olarak tanımlanmıştır. İfanın konusu borçlanılan edimdir. Edimin konusu ile ifanın konusu ilke olarak aynıdır²²¹ ve verme, (dare) yapma (facere) veya yapmama (non facere) şeklinde görülebilir.²²²

Çalışma konumuz açısından tarafların edimleri, eş söyleyişle ifa edilecek borç; yüklenici bakımından sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümleri yine sözleşmede kararlaştırılan şekilde arsa sahibine teslim etmek, arsa sahibi bakımından ise sözleşmede kararlaştırılan arsa paylarını yine sözleşmede kararlaştırılan zaman ve şekilde arsa sahibine devretmektir. Ancak, bu borçların ifa edilebilmesi için öncelikle ortada geçerli bir sözleşme olmalıdır. Aksi halde, sözleşme kapsamında talep edilebilecek bir ifadan söz edilemez.

Sözleşmenin imar planı olmayan bir parselle ilgili yapılması veya imar planının sonradan değişikliğe uğraması nedeniyle sözleşmede kararlaştırılan inşaatın kısmen veya tamamen ruhsata aykırı hale gelmesi ya da ruhsatlandırılmaması ifa engeli olarak kendini gösterir. Öğreti ve kararlarda “*İmkânsızlık - Olanaksızlık*” hali olarak

²¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 265; NOMER, s. 313; Safa REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 11. Bası İstanbul Haziran 1997, s. 225

²¹⁸ GÜNAY, s. 246

²¹⁹ AKINCI, s. 58

²²⁰ VON TUHR, 457; AKINCI, s. 58, Yazar, Romalıların borç ilişkisini borçluyu alacaklıya bağlayan bir bağa, zincire benzettiğini ve bu bağın solutio ile çözülebileceğini düşündüklerini ifade etmiştir.

²²¹ GÜNAY, s. 246

²²² HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 225

isimlendirilen bu durum, sözleşmenin butlanına ve kısmen ya da tamamen geçersiz sayılmasına, dolayısıyla başlanılmış inşaatın kaçak olmasına neden olur.

Öğretide imkânsızlık; edimin ifa edilemez olması ya da edilemez hale gelmesi,²²³ “*edimin baştan itibaren geçerli olarak doğmasını ya da sonradan borçlu veya diğer bir kimse tarafından objektif, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesini önleyen fiili veya hukuki engellere verilen isim*”²²⁴ olarak tanımlanmıştır. Öğretideki kabule göre, İmkânsızlık, objektif-sübjektif, başlangıçtaki-sonraki, tam-kısmi, geçici-sürekli, borçlunun sorumlu olduğu-borçlunun sorumlu olmadığı gibi türlere ayrılmakta,²²⁵ mantıki, fiili veya hukuki olarak ortaya çıkabilmektedir.²²⁶

İmkânsızlık bir Yargıtay kararında,²²⁷ edimin ya baştan itibaren geçerli olarak doğmasını ya da sonradan borçlu veya diğer herhangi bir kimse tarafından objektif, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesini önleyen, fiili veya hukuki engeller olarak tanımlanmıştır. Başka bir Yargıtay kararına göre ise²²⁸ ifa imkânsızlığı; borcun, ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsız olmasını ifade eder ve TBK'nin 136. maddesinde düzenlenmiş olup İfanın imkânsız hale gelmesi, borçlunun edimini yerine getirmesine engel olan, giderilmesi imkânı bulunmayan bir engelin ortaya çıkma hali olarak kabul edilir.

İmkânsızlık geçici olabileceği gibi sürekli ve kesin de olabilir. Maddi, hukuki veya ekonomik sebeplerden doğabilecek imkânsızlığın bu haline kusursuz sonraki imkânsızlık denilir. Edimin, ifasının sözleşmenin kurulmasından önce imkânsız hale gelmiş olması durumunda başlangıçtaki imkânsızlıktan söz edilebilecektir. Bu durumda borcun sona ermesi değil TBK m. 27/1 uyarınca sözleşmenin butlanı söz konusu olur.²²⁹ Sonraki imkânsızlıkta edimin objektif olarak imkânsızlaşması gerekir. Edimin borçlu dahil hiç kimse tarafından ifa edilememesi halinde objektif imkânsızlık, yalnız borçlu tarafından ifa edilememesi durumunda sübjektif

²²³ Zekeriya KÜRŞAT, İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri, (Makale) <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/36996342>, s. 4 (E.T. 24.05.2020); ÖNGÖREN, (İnşaat), s. 315

²²⁴ DUMAN, (Kusur), s. 37

²²⁵ DUMAN, (Kusur), s. 38; KÜRŞAT, (Makale), s. 6

²²⁶ KÜRŞAT, (Makale), s. 5

²²⁷ YHGK, E.2010/386 K.2010/427 T.29.09.2010, ezproxy.mef.edu.tr:3143-Hukuktürk (E.T. 05.10.2020)

²²⁸ Yarg. 15. HD, E.2019/2672 K.2020/1099 T.12.5.2020, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 05.10.2020)

²²⁹ ÖNGÖREN, (İnşaat), s. 316

imkânsızlık söz konusu olacaktır. Yargıtay yukarıda anılı 12.5.2020 tarihli kararında, kişiye sıkı sıkıya bağlı edimlerde ifanın imkânsız hale gelmesi durumunda subjektif değil objektif imkânsızlığın söz konusu olacağını, geçici imkânsızlığın borcu sona erdirmeyeceğini,²³⁰ imkânsızlığın sürekli olması gerektiğini, bu imkânsızlığın tam olabileceği gibi kısmi de olabileceğini ifade etmiştir.

Edimin imkânsızlaşmasına yol açan sebepler borçluya yükletilemediği takdirde borçlu, sonraki imkânsızlıktan sorumlu olmayacaktır. Ancak borçlu kendi kusuru ile yol açtığı imkânsızlıktan mutlaka sorumlu olur. Borçlu, sözleşmenin kurulduğu sırada sonradan edimin imkânsız hale gelebileceğini tahmin edebiliyor olması halinde kusurlu sayılacak ve TBK m. 112'e göre sorumlu olacaktır. Alacaklı edimin imkânsızlaşmasında kusurlu ise borçlu yönünden sorumluluk sona erer ancak her iki tarafın da kusurunun bulunması halinde sorumluluk tarafların kusurları oranında paylaşılacaktır.

Kural olarak imkânsızlığın taraflarca bilinmesi sözleşmenin geçersizliğini etkilemez ise de taraflardan birinin bunu gizlemesi akit öncesi görüşmelere ilişkin culpa in contrahendo sorumluluğunu²³¹ veya haksız fiil sorumluluğunu²³² gündeme getirebilecektir. Buna karşılık imkânsızlık subjektif nitelikte ve yüklenici bunu bilmesine veya bilmesi gerekmesine rağmen sözleşmeyi imzalamışsa bu takdirde kusurlu kabul edilecek ve TBK m. 112 uyarınca sorumluluğu doğacak²³³ kusurlu olmadığını kanıtlayamadığı takdirde arsa sahibi TBK m. 125'ten doğan haklarını kullanabilecektir.

TBK m. 138'de düzenlenen aşırı güçlüğü, imkânsızlıkla bir ilgisi yoktur. Aşırı güçlükte edimin ifası imkânsız değil ama dürüstlük kuralına göre borçludan

²³⁰ TUHR'a göre, edaya geçici olarak engel olan ancak giderilmesi mümkün olan engeller alacağın sona ermesi sonucunu doğurmaz ancak edayı geciktirir, meğerki, edanın mahiyetine veya tarafların iradesine göre alacak ancak belirli bir zamanda ifa edilebilsin. Değişen durumlara göre edanın tekrar mümkün hale gelmesi alacağın tekrar doğumuna neden olmaz. (VON TUHR, s. 562); REİSOĞLU'na göre de imkânsızlığın ne kadar süreceği belli değilse kesin imkânsızlığın hukuki sonuçları meydana gelir. (REİSOĞLU, s. 278); OĞUZMAN/ÖZ'e göre, tarafların, sözleşmenin yapıldığı anda imkânsız olmakla birlikte, ifa zamanında mümkün hale geleceği düşüncesiyle yaptıkları sözleşmeler geçerlidir. (OĞUZMAN/ÖZ, s. 93)

²³¹ SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 225; Gürsel ÖNGÖREN, İnşaat Sözleşmelerinde İmar Durumu Alınamaması veya İnşaatın İdarece Durdurulması Halinde Müteahhidin Arsa Sahibine Karşı Sorumluluğu ve Bu Durumun İnşaat Sözleşmesine Etkisi, (Makale), s. 1, www.ongoren.av.tr (Erişim; 27.05.2018); KÜRŞAT, (Makale), s. 10-11

²³² SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 225

²³³ SELİMOĞLU, s. 64

beklenmeyecek oranda güçleşmiştir. Bu nedenle borç kendiliğinden sona ermez.²³⁴ TBK m. 480/2 uyarınca borçlu hâkimden sözleşmenin uyarlanmasını bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenmediği takdirde sözleşmeden dönme konusunda istekte bulunabilir. Ancak dürüstlük kuralının gerektirmesi halinde yüklenici ancak fesih hakkını kullanabilecektir.

c) Arsa Maliklerinin Tamamı Sözleşmeyi İmzalamış Olmalıdır

Üzerinde bina inşa edilecek taşınmazda arsa sahipleri, paylı ya da elbirliği mülkiyeti ile bu taşınmaza sahip olmaları durumunda; paylı mülkiyette taşınmazın özgülenme amacının değiştiriliyor olması ve üzerinde tasarruf işlemi yapılacak olması nedeniyle TMK m. 692/1 uyarınca, elbirliği mülkiyetinde gerek yönetim gerekse tasarruf işlemlerinde TMK m. 702/2 uyarınca, paydaş ya da ortakların oy birliği ile hareket etmesi zorunlu olduğundan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de tüm paydaş ya da ortaklarca imzalanması gerekir. Aksi halde sözleşmenin ifa kabiliyeti olamayacağından sözleşme geçersiz olur. Nitekim Yargıtay' da paylı mülkiyete yönelik verdiği kararlarda bu hususa aynı yönde vurgu yapmıştır.²³⁵ Paylı mülkiyet için verilen bu kararların el birliği mülkiyeti içinde geçerli olacağı afortiori kabul edilmelidir.

G. TÜRLERİ

1. ARSA SAHİBİNİN ARSA PAYLARININ SATIŞINI VAAT ETMESİ VE YÜKLENİCİNİN İNŞAAT YAPMAYI TAAHHÜT ETMESİ

Uygulamada sık rastlandığı ifade edilen bu şekle göre, arsa sahibi belli arsa paylarının satışını vaat etmekte, yüklenici de buna karşılık belirlenen bağımsız bölümlerin yapım ve teslimini arsa sahibine taahhüt etmektedir. Tarafların karşılıklı yükümlülükleri, taşınmaz satış vaadi ve inşaat yapımıdır. Bu nedenle sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir.²³⁶ Bu tür arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri,

²³⁴ KÜRŞAT(Makale), s. 5

²³⁵ YHGK, E.2014/6-324 K.2015/2787 T.04.11.2015, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 30.12.2020); Yarg. 23. HD, E.2016/580 K.2017/3366 T.22.11.2017, ezproxy.mef.edu.tr:3143-Hukuktürk (E.T. 05.10.2020)

²³⁶ DURAK, s. 214; YAVUZ, 587; ERMAN, (İnşaat), s. 15

arsa sahibi açısından, arsa paylarını müteahhide devretmeyip, kendisinde tuttuğu için daha güvenceli bir durum oluşturmaktadır.²³⁷

2. ARSA PAYININ TAMAMININ YÜKLENİCİYE DEVREDİLMESİ

Bu durumda arsa tamamen yükleniciye tapuda devredilmektedir. Sözleşmenin resmi şekli daha baştan yerine getirilmiş geriye eser sözleşmesi olan inşaat yapımı kalmıştır. Bu durumda baştan kat irtifakı kurulması zorunluluğu da kalmamaktadır. Genellikle devirle birlikte arsa sahibi lehine ipotek konulmakta ve aşamalarda bu ipotek peyderpey çözülmektedir. Uygulamada arsanın tamamen yükleniciye devrine arsada kat irtifakı kurulmadığı durumlarda ve arsa sahibinin yükümlülüklerini azaltmak amacıyla başvurulmaktadır.²³⁸ Bu sözleşme tipi, yüklenici lehine olup amaç, meydana getirilen bağımsız bölümlerin daha hızlı bir satış süreci ve organizasyon ile finansa dönüşmesini sağlamaktır. Arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen bu sözleşme tipinde, arsa sahibine verilecek bağımsız bölümlerin sayı ve niteliği kararlaştırılmakta yüklenici, kat irtifakı kurarak arsa sahibine ait olan bağımsız bölümleri tapuda satış suretiyle arsa sahibine devretmektedir. Her ne kadar işlemin sebebi satış gibi gösterilse de hukuki sebep, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir.²³⁹

3. BELLİ ARSA PAYLARININ YÜKLENİCİYE DEVREDİLMESİ

Arsa sahibi, kat irtifakı kurulmuş veya kurulacak olan arsasından ileride bağımsız bölümlere özgülenecek belli payların mülkiyetini, tapuda devretmeyi taahhüt etmektedir. Sözleşmede inşaatın başlama bitim süreleri, iş sahibine verilecek dairelerin nitelikleri ve diğer şartlar hakkında düzenleme getirilmektedir. Arsa sahibinin haklarının güvence altına alınması için yükleniciye devredilen paylar üzerine arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmektedir.²⁴⁰ Uygulamada, inşaat ruhsatının alınmasıyla birlikte kısa süre içinde kat irtifakı arsa sahibinden alınan vekaletname ile tesis edilmekte bilahare sözleşmede belirlenen bağımsız bölümlere ait arsa payları tapuda yüklenici adına devredilmektedir. Devirle beraber, yüklenici adına intikal

²³⁷ USTA, s. 40

²³⁸ KARTAL, s. 30; YAVUZ, s. 586; DURAK, s. 214

²³⁹ USTA, s. 35-38; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 468; ERMAN, (İnşaat), s. 13

²⁴⁰ YAVUZ, s. 595-596; DURAK, s. 215; KARTAL, s. 29

etmiş bağımsız bölümler üzerine arsa sahibi lehine 1.derece ve 1.sıradan ipotek kaydı tesis edilmekte ve bunlar sözleşmede belirlenen aşamalarda kademeli olarak terkin edilmektedir.

4. ARSA PAYLARININ İNŞAATTAKİ AŞAMAYA GÖRE DEVREDİLMESİ

Arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen sözleşmede, yükleniciye ait olacak bağımsız bölüm ve bunlara ilişkin arsa payları ile arsa sahibine ait olacak bağımsız bölüm ve arsa payları belirlenmekte, arsa sahibinin inşaatın hangi aşamalarında hangi bağımsız bölümleri yükleniciye veya onun göstereceği üçüncü şahsa devredeceği belirlenmekte ya da arsa sahibi tarafından aşamalara göre yükleniciye ait olacak bağımsız bölümlerin satışı için yükleniciye vekalet verilmektedir.²⁴¹ Bu tip sözleşmelerde genellikle inşaat ruhsatı alındıktan sonra kat irtifakı derhal tesis edilmekte örneğin temel üstü ruhsatı alındığında belli bağımsız bölümler, inşaat belli kat seviyesine geldiğinde belirlenen adet bağımsız bölüm, tüm katlar ve kaba inşaat bitirildiğinde belli sayıda bağımsız bölüm ve yapı kullanma izin belgesi alındığında genellikle son bağımsız bölüm mülkiyetinin yükleniciye devredileceği vaat edilmektedir. Bu tip sözleşmelerin arsa sahibi lehine olduğunda kuşku yoktur. Genellikle finans gücü yüksek olan, inşa halinde bir yeri daha ucuza satmak yerine bitmiş, görsel olarak çekici hale getirilmiş daireleri satış tarihindeki rayiç ve topraktan satış tabir edilen fiyata göre daha yüksek fiyatla satmak isteyen yüklenicilerin kabul ettikleri bir sözleşme tipidir.

II. SÖZLEŞMENİN HÜKÜMLERİ

A. GENEL OLARAK

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, içinde yüklenici açısından eser sözleşmesinin, arsa sahibi açısından da taşınmaz satım sözleşmesinin unsurlarını barındıran karma nitelikli, iş görme amacı güden bir sözleşme olduğunu ifade etmiştik. Bu tip sözleşmelerde ağırlıklı edim yüklenicinin bina yapma ve teslim yükümlülüğü nedeniyle TBK m. 470 ve devamında yer alan hükümlere göre eser

²⁴¹ KARTAL, s. 29-30; ERMAN, (İnşaat), s. 11-13; USTA, s. 35-38; YAVUZ, S. 586-587

sözleşmesi kapsamında incelenmekte ve uygulamadaki ihtilafların önemli bir kısmı da yüklenicinin eseri (binayı) mevzuata, ruhsat ve eklerine uygun teslim etmeme, teslim yükümlülüğündeki temerrüdü ve sair aşağıda incelenecek borca aykırı davranışlardan kaynaklanmaktadır. Elbette arsa sahibinin devir borcuna ilişkin ihtilaflar da bu sözleşme kapsamında ortaya çıkan sorunlar arasında yer almaktadır. Ancak edim yükümlülüğünün ve ortaya çıkan ihtilafların ağırlığının yüklenicinin borçlarına bağlı yani inşaat hukuku kaynaklı olduğunu söylemek kanaatimizce yanlış olmayacaktır. Bu kapsamda TBK'nin eser sözleşmesi hükümlerinin yeterli ve doğrudan bu tip sözleşmelere özgü olduğunu söylemek mümkün değildir. Uygulamaya bakıldığında, yasal dayanakları arasında, çok sayıda yasa, yönetmelik, cumhurbaşkanlığı kararnamesi gibi genel düzenleyici işlemleri barındıran inşaat sözleşmelerinin, terzinin diktiği elbise ile ressamın yaptığı tablo ve hatta (5846 sayılı²⁴² yasaya rağmen) maddi olmayan eserlerin dahi²⁴³ bu yasanın uygulaması içinde aynı potada değerlendirildiği görülmektedir. Kanaatimizce, bedeli karşılığı inşaat, arsa payı karşılığı inşaat, gelir paylaşımli inşaat, işletme hakkı devri karşılığı inşaat gibi tüm inşaat uygulamalarını kapsayacak bir inşaat kanunu, tıpkı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Sınai Mülkiyet Kanunu gibi bağımsız ve ayrı bir kanun olarak halen uygulanmakta olan içtihadı birleştirme kararları ve hukuk genel kurulu kararlarını da kapsayacak şekilde yürürlüğe konulmalı ya da TBK'nin özel borç ilişkileri bölümünde inşaat sözleşmeleri adı altında yeni bir sözleşme tipi olarak yer almalıdır.

TBK m. 470'e (eBK m. 355) göre eser sözleşmesi, *“yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği”* sözleşmedir. Buna göre yüklenicinin asli borcu eser meydana getirmek iş sahibinin ki ise bunun karşılığında bir bedel ödemektir. Çalışma konumuz açısından Yarg. 23. HD' si 22.10.2014 tarihli bir kararında²⁴⁴ tarafların borçlarını, *“(…) bu sözleşmede yüklenicinin asli edimi finansmanı kendisi tarafından sağlanarak arsa sahibinin arsası üzerinde sözleşme ve ekleri, tasdikli projesi, ruhsatı ve imara uygun olmak üzere inşaat yapıp teslim etmek, arsa sahibinin borcu da bedel olarak kararlaştırılan bağımsız bölüm-bölümler ya da arsa payının mülkiyetini yükleniciye devretmektir.*

²⁴² RG. 13.12.1951/7981, KN. 5846 KT. 5.12.2951

²⁴³ KARADAŞ, s. 36; SELİMOĞLU, s. 19

²⁴⁴ Yarg. 23. HD, E.2014/5423 K.2014/6515 T.22.10.2014 Mustafa Serhat ŞEN/Mustafa Kamil ŞEN, Gecikme Tazminatı ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Kira Tazminatı, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara Nisan 2017

(...)” şeklinde açıklamıştır. Gerek yüksek mahkeme kararları ve gerekse TBK’nin eser sözleşmesi hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflardan yüklenicinin asli borçlarının; bir inşaat (eser-bina) meydana getirme ve bunu arsa sahibine teslim etme, yan borçlarının ise, yapıyı şahsen yapma veya kendi yönetiminde yaptırma, yapının inşası için gerekli araç ve gereçleri temin, işe zamanında başlama ve sürdürme, yapıyı sadakat ve özenle yapma ayrıca, teslim borcuna bağlı ve onun bir sonucu olarak ayıba karşı tekeffül borcu olduğu söylenebilir. Arsa sahibinin asli borcu ise arsa üzerinde meydana getirilen binaya karşılık bir bedel ödeme borcudur. Bu bedel arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde para olarak değil aynı ödenir ve inşa edilecek binada sözleşme ile belirlenmiş yükleniciye verilmesi vaat edilen bağımsız bölümlere ait arsa payıdır. Bunun yanında; arsanın inşaata elverişli ve ayıpsız olarak teslimi, esasen arsa sahibine ait yasal bir zorunluluk olmakla birlikte uygulamada ticari ve profesyonel olarak bu işleri takip eden yüklenicilerin ifa ettiği, imar durumu ve ruhsatların alınması, projelerin yaptırılması ve onaylatılması, kat irtifakı ve kat mülkiyetlerinin tesisi gibi teknik ve idari işlemlerin halledilmesi için yükleniciye vekaletname verilmesi gibi yükümlülükler de arsa sahibinin yan edimleri olarak kabul edilmektedir. Aşağıda bu yükümlülükleri özellikle yüklenici açısından genel olarak inceleyeceğiz.

B. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

1. YÜKLENİCİNİN YAPI ESERİ (BİNA-BAĞIMSIZ BÖLÜM) MEYDANA GETİRME BORCU

Yüklenici, arsa sahibi ile yapmış olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle, arsa sahibine ait üzerinde imar mevzuatına uygun bina inşa etmeyi yükümlenmektedir.²⁴⁵ TBK m. 470’deki “*eser meydana getirme*” ifadesini bu sözleşme için “*bina – bağımsız bölüm*” olarak kabul etmek gerekir.²⁴⁶ Öncelikle belirtmeliyiz ki, yapılacak inşaatın büyüklüğü ve başka bazı kriterlere göre yüklenicinin işsahibine ait arsa üzerinde kararlaştırılan inşaatı yasal olarak yapabilme

²⁴⁵ SELİMOĞLU, s. 102; KARTAL, s. 67; KARADAŞ, s. 117; ARAL/AYRANCI, s. 369; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 485

²⁴⁶ Eser kavramı, eBK’ da yer alan “*bir şey imal etme*” ifadesi yerine TBK m.470’e alınmış bir kavramdır. Ancak bu değişikliğin bu kez de “eser” kavramı üzerinde devam ettiği ifade edilmiştir. (YAVUZ, s.534)

ehliyetine sahip olması gerekir. Zira, Yapı Mütahhitlerinin Sınıflandırılması ve Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmeliğin 16. maddesine göre; yapılan tespit sonucu, 14.maddede sayılı yetki belgesi gruplarına göre alınmış 5.maddede belirtilen yetki belgesi numarasına sahip, yapı müteahhitleri yapıyı; tesisatı ve malzemeleriyle birlikte ilgili mevzuata, uygulama imar planına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara ve teknik şartnamelere uygun olarak yapabileceklerdir. Yönetmeliğin 7.maddesinde sayılan kişiler yetki belgesi numarası alamayacaklarından kanaatimizce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenici tarafı olamazlar. Ayrıca, yüklenicinin yetki belgesi numarasının yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesi yanında yapım işleri sözleşmelerinde de kullanılması zorunlu kılınmıştır.

Arsa sahibi genellikle ve uygulamada, anahtar teslimi bağımsız bölüme sahip olmayı amaçladığından, sözleşmede aksine hüküm olmadıkça, bina yapımı için gerekli ön hazırlık ve buna ilişkin masraflar yüklenicinin sorumluluğundadır.²⁴⁷

Yüklenicilerin bina yapımı öncesi, basiretli bir tacir gibi hareket etmesi, bu çerçevede inşaat yapacağı arsayı tüm yönleri ve nitelikleri ile incelemeleri, nasıl, ne türde, hangi yükseklik ve ölçüde, kaç m2 inşaat alanı üzerinde, kaç bağımsız bölümlü inşaat yapabileceklerini belirlemek açısından imar durumunu önceden araştırmaları ve ona göre sözleşmelerini yapmaları gerekir.²⁴⁸ Bu ön hazırlık çalışmaları yapılmadan sözleşme imzalanması, büyük olasılıkla yüklenicinin eser meydana getirme borcunu imar mevzuatına ve sözleşmeye uygun yerine getirmesine engel olacak ve inşaatın kaçak olmasına neden olacaktır.

Yüklenici; bina meydana getirme borcunu ifa edebilmesi için, ifaya hazırlık aşamasında, alınacak imar durumuna göre; imar kanunu uyarınca, sorumluluk arsa sahibinde olmakla birlikte, genellikle ve uygulamada, sözleşmelerde bu işi profesyonel olarak yapan yüklenicilere bırakılmakta olan, sözleşme sonrası arsa sahibinden alacağı vekaletnameyle, mimari, statik, mekanik, elektrik ve sıhhi tüm plan ve projeleri yaptırmalı ve ilgili makamlara onaylatmalı ve onaylı projeye göre inşaat ruhsatı almalı,²⁴⁹ arsa sahibinin yapı denetim sözleşmesi imzalamasını sağlamalıdır. Yapı ruhsatı alındıktan sonra da kat irtifakını kurmalı, şayet anahtar

²⁴⁷ KOSTAKOĞLU, s. 207

²⁴⁸ Yarg. 23. HD, E.2013/4843 K.2013/6922 T.08.11.2013, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 19.01.2020)

²⁴⁹ COŞKUN, s. 505-506; SÜTÇÜ (İnşaat), s. 486

teslim anlaşma yapıldı ise yapı kullanma izin belgesini de almalıdır. Asıl sorumlu arsa maliki olmakla birlikte, sözleşmede aksi kararlaştırılmışsa sigorta, vergi,²⁵⁰ teminat gibi mali yükümlülükleri yerine getirmelidir. Dolayısıyla, uygulamada ağırlıklı olarak gerçekleştiği şekliyle, sözleşme veya sonradan verilecek vekaletname ile yüklenicinin üstlendiği durumlarda, inşaat ve oturma ruhsatlarının alınması, kat irtifakı ve kat mülkiyetini kurma, aksi kararlaştırılmışsa vergileri ödeme yükümlülüğü, yüklenicinin, bina yapım borcunu tamamlayan diğer yan edim yükümlülükleri arasında yer alır.²⁵¹

a) Yüklenicin Yapıyı Şahsen Yapması veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma borcu

TBK m. 473/3 uyarınca, *“Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına yaptırabilir.”* Burada yasa koyucunun TBK m. 83'teki *“Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.”* şeklinde genel kuraldan ayrıldığı ve buna bir istisna getirdiği görülmektedir. Ancak TBK m. 471/3 hükmü, emredici nitelik taşımadığından aksinin sözleşmede kararlaştırılabilmesi mümkündür.²⁵²

İnşaat işleri, teknik ve uzmanlık isteyen işlerdir. Uygulamada görüldüğü üzere, tüzel kişi olan yüklenici çoğu kez birden çok alt taşeronla edimini yerine getirebilmektedir. Bu nedenle bizce esasen inşaat uygulamaları dışındaki eser sözleşmeleri için bizzat yapma ve kişisel özelliklerin önem taşıması durumu söz konusu olabilir. İnşaat işlerinde yüklenicinin işi bizzat yapması istisnai bir durum olup esas olan kendi yönetim ve denetiminde yaptırması²⁵³ olduğu ileri sürülmüş ise de öğretide ifade edildiği üzere²⁵⁴ günümüz inşaat uygulamalarında tüm inşaat işlerinin baştan sona sözleşmenin tarafı olan bir gerçek kişi veya tüzel kişi yüklenici tarafından bizzat yapılması, istisnai bir durum olarak da pek mümkün değildir.

²⁵⁰ Vergi sorumluluğu sözleşme ile değiştirilemese de yüklenicinin vergileri ödeme taahhüdünde bulunması iş/arsa sahibine kişisel hak sağlar. (KARTAL, s. 84)

²⁵¹ KARTAL, s. 83-84

²⁵² SELİMOĞLU, s. 105-108; KARADAŞ, s. 120-121 COŞKUN, s. 509; ARAL/AYRANCI s. 369-370

²⁵³ KOSTAKOĞLU, s. 264; AYAR BİRKİN, s. 82

²⁵⁴ BÜYÜKAY, s. 85; KIRMIZI, s. 640

Esasen bizzat yapma borcu, yüklenicinin yardımcı şahıslar kullanmasına bir engel de oluşturmaz.²⁵⁵ İnşaat sözleşmelerinde inşaat firmaları genellikle bir ekip halinde ve anlaştıkları alt yüklenici firmalarla yapım işini üstlenmekte ve ifa etmektedir. Alt yüklenicilerin yaptıkları işler sözleşmenin tarafı olan ana yüklenicinin yönetim, gözetim ve denetiminde yapılır. Bunların ücretleri, aralarındaki sözleşmeye göre ana yüklenici tarafından ödenir.²⁵⁶ Yüklenicinin, “*eseri kendisinin yapma borcunun bulunduğu hallerde başkasına yaptırması*”²⁵⁷, tüm inşaat işini, yönetim ve denetim sorumluluğu dahil, başka bir gerçek veya tüzel kişiye yaptırması halinde sözleşmenin devri söz konusu olabilir. Sözleşmede taraf değişikliği teşkil edecek bu durum, arsa sahibinin onayı olmadığı takdirde TBK m. 471/3’ün ihlali anlamına gelir.²⁵⁸

b) Yüklenicinin Yapımın İnşası İçin Gerekli Malzeme, Araç ve Gereçleri Temin ve İhbar Borcu

İnşaatta kullanılacak araç ve gereçler yüklenicinin yapım işini gerçekleştirebilmesi için kullanması gereken her türlü maddi nitelikteki alet edevat, iskeleler, kalıplar, makine, taşıt araçları, şantiye yapıları bu kapsamda araç-gereç olarak değerlendirilir. Bunlar inşaat bittikten sonra inşaattan ayrılacak olan menkullerdir.²⁵⁹ Yüklenicinin TBK m. 471/4’te belirtilen bu borcu onun inşaat yapma işini meslek edinmiş bir tacir olmasının karşılığıdır. Sözleşmede aksine bir hüküm yer almadıkça, bina yapma ve teslim etme edimini yerine getirebilmesi için yüklenicinin masrafı kendisine ait olmak üzere inşaatın türüne ve büyüklüğüne göre uygun araç ve gereçleri seçmesi, temin etmesi ve kullanması gerekir.²⁶⁰ Aynı zamanda tacir olan yüklenicinin, yapımını üstlendiği inşaatın yapılması için gerekli araç ve gereci temin edememesi veya zamanında temin edememesi ve bu nedenle inşaatın durması ya da teslimde gecikmenin olması durumunda arsa sahibi dilerse TBK m. 471/1 uyarınca sözleşmeden dönebilecektir.²⁶¹

²⁵⁵ Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (İstisna), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sevinç Matbaası, C.2, Ankara 1977, s. 48

²⁵⁶ COŞKUN, s. 509

²⁵⁷ TANDOĞAN, (İstisna), s. 48

²⁵⁸ AYAR BİRKİN, s. 83; UYGUR, s. 120

²⁵⁹ ERMAN, (İnşaat), s. 41; KARADAŞ; s. 128; ARAL/AYRANCI, s. 377; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 514

²⁶⁰ SELİMOĞLU, s. 111; KARADAŞ, 128-129; COŞKUN, s. 518; ERMAN, (İnşaat), s. 41

²⁶¹ SELİMOĞLU, s. 112

Bina yapımında kullanılacak malzemenin hangi tarafa ait olması ya da kimin tarafından temin edilmesi gerektiği noktasında TBK m. 472’de bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan malzeme temininin yasal olarak yükleniciye ait bir borç olduğu söylenemez. Maddenin lafzından arsa sahibi veya yüklenicinin inşaatla kullanılacak malzemeyi temin edebileceği anlaşılmakta ve buna göre bir ayırım yapıldığı görülmektedir.

Malzemenin kimin tarafından temin edileceği hususu sözleşmede taraflarca kararlaştırılmalıdır. Uygulamada da genellikle sözleşmenin eki olan teknik şartnamede kullanılacak malzemelerin cinsi ve kalitesi çoğu kez belirtilmektedir. Ancak, sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde karine olarak malzemenin yüklenici tarafından karşılanması gerektiği öğretisi ve içtihatlarla kabul edilmiştir.²⁶²

İnşaatla kullanılacak malzemenin yüklenici tarafından temin edilmesi durumunda, yüklenici bu malzemenin ayıplı olmasından (eBK m. 357 “iyi cinsten olmamasından”) iş sahibine karşı satıcı gibi sorumludur.²⁶³ (TBK m. 472/1) Burada kullanılacak malzemenin, sözleşmede bir hüküm bulunmadığı takdirde, *amaca uygun,*²⁶⁴ *fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentisini, dürüstlük kurallarına göre gereken tüm vasıfları karşılayacak,*²⁶⁵ *sözleşmede belirtilen nitelikleri taşıyacak şekilde orta kalitede,*²⁶⁶ *normal standartların altına düşmeyecek,*²⁶⁷ nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir. Yarg. 23. HD’de malzeme kalitesi açısından 25.04.2013 tarihli kararında,²⁶⁸ TBK m. 472/1 ve m. 86’nın birlikte yorumlanmasıyla, cins borcunda edimin orta kalite ve sözleşme amacına uygun olması gerektiği sonucuna varmıştır.

²⁶² KARADAŞ, s. 129-130; SELİMOĞLU, s. 114; SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 500; Yarg. 15. HD, 157-2444 T.18.05.2000 (SELİMOĞLU, s. 113); Yarg. 15. HD, 2012/7114-2013/5213 T.26.09.2013 (KARADAŞ, s. 130); Aksi Yönde, ARAL/AYRANCI, s. 377 Yazar, *TBK m. 472/3’ün karşıt kavramından hareket ederek aksine bir anlaşma olmadığı takdirde eserin imalinde kullanılacak malzemelerin iş sahibi tarafından karşılanması ve şüphe halinde yüklenicinin malzeme temin etme borcunun bulunmadığının kabul edilmesi gerektiğini* ifade etmektedir. Bu değerlendirmeye özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımında katılmak mümkün değildir. Zira, bu sözleşmede yüklenici bina yapma işini meslek edinmiş bir tacir olup inşaatı kendisi yapacak veya kontrolü altında yaptırarak olduğundan kullanacağı malzemeyi bilmek, seçmek, sağlamak ve kullanmak yükümlülüğünde olmalıdır.

²⁶³ Yarg. 23. HD, E.2013/1809 K.2013/2672 T.25.04.2013, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 19.02.2020)

²⁶⁴ SELİMOĞLU, s. 114; KARADAŞ, s. 131; DUMAN, (İnşaat), s. 330

²⁶⁵ KARADAŞ, s. 131

²⁶⁶ ERMAN, (İnşaat), s. 41; COŞKUN, s. 519; DUMAN, (İnşaat), s. 329

²⁶⁷ SÜTÇÜ (İnşaat), s. 500

²⁶⁸ Yarg. 23. HD, E.2013/1809 K.2013/2672 T.25.04.2013, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 19.02.2020)

Sözleşmede kararlaştırmışsa malzemeyi arsa sahibi de sağlayabilecektir. (TBK m. 472/2) Bu durumda yüklenici, malzemeyi özenle kullanma, muhafaza ve koruma ve arsa sahibine karşı hesap verme, artanı iade etme yükümlülüğündedir.²⁶⁹

Yüklenicinin eserin meydana getirilmesi kapsamında yan edimlerinden biri de TBK m. 472/4'e göre genel ihbar yükümlülüğüdür. Maddeye göre yüklenici, "*Eser meydana getirilirken, iş sahibinin 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 iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.*" Akdın gereği gibi ve zamanında ifasını tehlikeye sokan her hali yüklenici iş sahibine derhal haber vermeye mecburdur.²⁷⁰ Bu yükümlülük yüklenicinin özen sorumluluğunun bir sonucudur.²⁷¹ Bu yükümlülüğün ihlali halinde yüklenici, iş sahibinin zararlarından TBK m. 112 uyarınca sorumludur.²⁷²

Yüklenici öncelikle teslim edilecek olan arsayı hazırlık aşamasında fiziki ve hukuki yönleriyle incelemeli varsa yapımı tehlikeye sokacak ya da engelleyecek her türlü ayıbı arsa sahibine bildirmelidir.²⁷³ Uygulamada yükleniciler genellikle yer teslimi için öncelikle arsanın her türlü işgal, takyidat ve mülkiyet ihtilafı gibi ihtilaflardan arındırılmış olmasını sözleşmelere koymaktadırlar. Varsa sorunların giderilmesini ya arsa sahibine bırakmakta veya aldıkları vekaletnameyle kendileri üstlenmektedirler. Yüklenici, yine de en geç yer teslimi ile birlikte gerekli kontrolleri yapmalı ve arsanın ayıplı olduğunu anlaması halinde bunu derhal arsa sahibine bildirmelidir. Aksi halde TBK m. 472/3'e göre doğacak sonuçlardan sorumlu olacaktır.²⁷⁴

Yüklenici, özen sorumluluğunun ve işin ehli basiretli bir tacir olmanın gereği olarak, gerek kendisinin temin ettiği gerekse arsa sahibince teslim edilen malzemeyi

²⁶⁹ KARADAŞ, s. 132-133; SELİMOĞLU; s. 115-116; ARAL/AYRANCI, s. 380; COŞKUN, s. 519; KILIÇOĞLU, s. 455;

²⁷⁰ Yarg. 15. HD, E.2019/2734 K.2019/3887 T.10.10.2019, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 19.02.2020)

²⁷¹ SELİMOĞLU, s. 117; ARAL/AYRANCI, s. 380; COŞKUN, s. 519; KARADAŞ, s. 133; Yarg. 15. HD, T.10.10.2019, bkz. yuk, dn.239

²⁷² KARADAŞ, s. 165

²⁷³ SELİMOĞLU, s. 117

²⁷⁴ COŞKUN, s. 520-521; Yarg. 15. HD, 28.12.2004 2426/6805 (DUMAN, s. 35)

kontrol etmeli ve eserin meydana gelmesini engelleyecek veya tehlikeye sokacak ya da kötü ifasına neden olacak bir durumu tespit etmesi halinde bunu derhal arsa sahibine bildirmelidir.²⁷⁵ Ancak, yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğü sadece arsa ve malzeme ile sınırlı değildir. İşin yapılmasını tehlikeye sokacak her türlü durum,²⁷⁶ (grev, yangın, deprem, sel, ulaşım sorunları vs.) bu sorumluluk kapsamında kabul edilmelidir.

c) Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve Sürdürme Borcu

TBK m. 473/1'e göre yüklenici, işe (bina inşaatına) zamanında başlama ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yürütme ve yapım işini geciktirmeme yükümlülüğündedir. Aksi halde arsa sahibi, bütün tahminlere göre kararlaştırılan zamanda işin bitirilemeyeceği anlaşılırsa sözleşmeden erken dönme hakkına sahiptir.²⁷⁷

Maddeye göre arsa sahibinin sözleşmeden erken dönebilmesi için Yüklenicinin;

- İşe zamanında başlamaması,
- Sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi,
- Arsa sahibine yüklenemeyecek bir sebeple işte gecikme olması,
- Bu üç nedenden herhangi birinin varlığı halinde yüklenicinin işi, bütün tahminlere göre kararlaştırılan sürede bitiremeyeceğinin, açıkça anlaşılması, gerekmektedir.

Anılı maddede işe başlama ve işi bitirme ile ilgili bir süre belirlenmemiştir. Örneğin, 7.11.2013 tarih ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK)²⁷⁸ 40-46. maddeleri arasında düzenlenmiş olan ön ödemeli konut satış sözleşmesi m. 44 hükmünde, ön ödemeli konut satışında, devir veya teslim süresinin sözleşme tarihinden itibaren otuz altı ayı geçemeyeceği belirtilmiştir.²⁷⁹ TBK'nin

²⁷⁵ KARADAŞ, s. 133-134; SELİMOĞLU, s. 117; DUMAN, s. 336; Yarg. 22.HD, E.2019/7940 K.2019/21890 T.28.11.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 19.02.2020)

²⁷⁶ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 516-517

²⁷⁷ ARAL/AYRANCI, s. 390; SELİMOĞLU, s. 121; USTA, s. 60-61; KOSTAKOĞLU, s. 233; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 519; ATAMULU, s. 55;

²⁷⁸ RG, 28.11.2013/28835, KN.6502, KT. 07.11.2013

²⁷⁹ Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, "tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşme" olarak tanımlanmış, öngörülen sürenin hem devir hem de teslim için üst süre olduğu, hükmün emredici nitelikte olduğu ve bu sürenin kesin vade

eser sözleşmesiyle ilgili hükümlerinde bu şekilde belirlenmiş bir üst süre bulunmamaktadır. Sadece erken dönmenin bir koşulu olarak, TBK m. 473/1 metninden, kararlaştırılmış olması gereken bir süre olması gerektiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar İmar Kanununun 29. maddesi ile ruhsat tarihinden itibaren iki yıl içinde başlanması ve başlama müddetiyle birlikte 5 yıl içinde bitirilmesi aksi halde ruhsatın hükümsüz kalacağına ilişkin imar mevzuatı açısından belirli süreler öngörülmüş ise de kanaatimizce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de teslimle ilgili ihtilafları sona erdirebilmek adına ya kanuna tıpkı TKHK m. 44'de olduğu gibi sözleşme tarihinden itibaren işleyecek bir süre belirlenmeli ve bunun uygulaması yönetmelikle düzenlenmeli ya da her inşaat için belediyeden alınan yapı ruhsatı ile birlikte projeye göre azami bitirme süresi öngörülmelidir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yapım işi, gerek hazırlık ve gerekse uygulama safhasında belirli zaman süreleri alır. Bu sürelerin ne kadar olacağını taraflar belirler. Uygulamada genellikle gerek işe başlama gerekse teslim süresinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine konulduğu görülmektedir. Ancak, bazen işe başlama süresi belirlenmeksizin bina inşaatının teslimine ilişkin bir sürenin öngörüldüğü, bazen işe başlama süresi öngörülmekle birlikte teslim için herhangi bir sürenin öngörülmediği, bazen de her ikisi için de herhangi bir sürenin öngörülmediği durumlar olabilmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin; sözleşme öncesi imar durumunu araştırmış olması, emredici nitelikteki yasal düzenlemeler, özen sorumluluğu ve sözleşme gereği kaçak inşaat yapmama yükümlülüğü bulunduğundan, öncelikle inşaat ruhsatı alma işlemlerine sözleşmede bir süre öngörülmüşse bu sürede, aksi halde derhal başlaması ve sözleşmede öngörülen veya öngörülmemişse makul süre sonunda ruhsatı aldıktan sonra inşaata başlaması, inşaatı, önceden hazırlamış olduğu ekip, ekipman ve malzemeyle sözleşmeye, ruhsat ve eklerine ve imar mevzuatına uygun olarak varsa sözleşmede öngörülen sürede, yoksa benzer işlerde işin olması gereken programına göre tamamlaması gerekir.

İşe başlama ve işi bitirme tarihlerinin belirlendiği sözleşmelerde, yüklenicinin belirlenmiş süre içinde işe başlamaması tek başına dönme için yeterli bir neden değildir. Süresinde işe başlamayan yüklenici, eğer belirlenen teslim tarihinde yapım işini teslim edebilecek ise dönme hakkı kullanılamaz. Ancak işe zamanında başlamayan yüklenici TBK m. 117/2 hükmüne göre temerrüde düşürülüp varsa bir ceza koşulu talep edilebilir. Şayet işe zamanında başlamayan yüklenicinin kalan süresi işi bitirebilmesi için yeterli değilse bu taktirde arsa sahibinin erken dönme hakkını kullanılabilmesi mümkündür.²⁸⁰ Kalan sürenin yeterli olup olmadığı konusunda maddede, “bütün tahminlere göre açıkça anlaşılma” ölçütünün konulduğu görülmektedir. Bu ölçüt öğretide; “*ifa zamanına yetişmeyeceğinin kesin biçimde anlaşılması*”²⁸¹, veya “*işin sözleşme süresi içinde bitirilmesinin imkânsız olduğu haller*”²⁸² olarak da ifade edilmiştir. Bu ölçütün kapsamının belirlenmesinde ise, işinin ehli ve basiretli bir yüklenicinin aynı işte olması gereken çalışma programı ve temposu esas alınmalıdır.²⁸³

İşe başlama konusunda sözleşmede bir tarih belirlenmemiş ancak bitim için bir süre belirlenmiş ise, işin başlaması için arsa sahibine de düşen bir yükümlülük bulunmuyorsa, TBK m. 90 uyarınca borcun doğduğu tarih yani sözleşmenin imzalandığı tarih (genellikle öğretide hemen-derhal olarak ifade edilen bu tarih, bizce de sözleşmenin imzalandığı tarih olarak somutlaştırılmalıdır.) başlama tarihi olarak kabul edilebilecektir.²⁸⁴ Ancak bu durumda yüklenicinin işe hemen başlaması gerekmele birlikte işe başlamak için objektif, makul bir sürenin de tanınması gerektiği kabul edilmektedir.²⁸⁵ TBK m. 473/1 koşullarının bulunduğu bu hallerde yükleniciye ihtar keşide etme zorunluluğu da bulunmamaktadır.²⁸⁶ Ancak makul süre için TBK m. 117’e göre ihtar gönderilmesi uygun olacaktır.²⁸⁷

Yüklenicinin, işin ifası için gerekli ve yeterli sayıda eleman temin etmemesi, işi yapacak araç gereç ve malzemeyi temin etmemesi, işi savsaklaması, aynı anda yürüttüğü çok sayıda inşaat nedeniyle başka inşaatlara eleman ve zaman ayırması,

²⁸⁰ KOSTAKOĞLU, s. 233

²⁸¹ SELİMOĞLU, s. 125

²⁸² KOSTAKOĞLU, s. 233

²⁸³ ATAMULU, s. 57

²⁸⁴ SELİMOĞLU; BÜYÜKAY, s. 93

²⁸⁵ ARAL/AYRANCI, s. 391; KARADAŞ, s. 155; KOSTAOĞLU, s. 234; SELİMOĞLU, s. 125-126; DUMAN, (İnşaat), s. 383

²⁸⁶ KILIÇOĞLU, s. 460, s. 460

²⁸⁷ KARADAŞ, s. 162

inşaatı kaçak yapması gibi nedenlerle inşaatın süresinde bitirilemeyeceğinin anlaşılması durumunda, yüklenici sonradan ortaya çıkan gecikmenin arsa sahibinin kusurundan kaynaklandığını ispat etmedikçe, arsa sahibinin sözleşmeden erken dönmesi haklı ve mümkün olur.

Arsa sahibinin sözleşmeden erken dönebilmesi için binanın teslim tarihinin kararlaştırılmış olması gerekir. TBK m. 473/1 de açıkça “kararlaştırılan sürede” bitirilemeyeceği ifadesi kullanılmaktadır. Maddenin gerekçesinden; eBK m. 358’deki “(...) müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkân vermeyecek derecede olursa (...)” şeklindeki ibarenin, “(...) yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa (...)” şekline dönüştürüldüğüne göre, “muayyen zamanda bitirmesine imkân vermeyecek” şeklindeki soyut bir ifadenin “kararlaştırılan zaman” şekline getirilerek somutlaştırıldığı anlaşılmaktadır.

YHGK’nin 16.01.2013 tarihli kararında da belirtildiği üzere²⁸⁸, işe başlama ve sürdürme borcu yüklenicinin eseri sadakat ve özenle meydana getirme borcunun bir sonucudur. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça yüklenici; işe hemen başlamalı, aralıksız sürdürmeli ve eseri süresinde teslim etmelidir. İşe başlama süresi kararlaştırılmış olmakla birlikte teslim için süre öngörülmemişse, işin mahiyetine bakılmalı, işin mahiyetinde de aksi çıkarılmıyorsa, teslim süresinin kararlaştırılmadığı işlerde iş sahibi yükleniciye makul bir süre vermeli, eser bu süre içinde de tamamlanmamışsa fesih hakkı bundan sonra kullanılmalıdır.

d) Yüklenicinin Yapıyı Sadakat ve Özenle Yapma Borcu

Yüklenicinin sadakat ve özen borcu, eBK ’nin²⁸⁹ aksine, TBK m. 471/1 de açıkça düzenlenmiş olup yüklenici, üstlendiği edimleri işsahibinin haklı menfaatlerini gözeterek ifa etmek zorundadır.

Sadakat ve Özen borcu, amacı bakımından işgörme sözleşmesi niteliğinde olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenici başkasının menfaatine hareket ettiğinden, arsa sahibinin yararına olan şeyleri yapmak, zararına olan şeylerden de

²⁸⁸ YHGK, E.2012/13-592 K.2013/65 T.16.01.2013, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 19.02.2020)

²⁸⁹ EBK’de sadakat borcu vekilin sorumluluğunu düzenleyen m. 390 hükmünün kıyasen uygulanması, özen borcu ise m. 356/1’deki doğrudan yollama yapılan işçinin hizmet akdindeki sorumluluğuna dayalı olarak uygulanmaktaydı. [ERMAN, (İnşaat), s. 36-39]

kaçınmak zorundadır.²⁹⁰ Bu borç aynı zamanda dürüstlük kuralının da bir görünümüdür.²⁹¹ Fakat, kapsamını sözleşme hükümleri, yasal düzenlemeler ve inşaat mesleğindeki teknik kurallar belirler.²⁹² Sadakat ve Özen borcu, binanın yapımı aşamasında somutlaşır.²⁹³ Bu nedenle her sözleşme ve olayda somut durumun özelliklerine göre belirlenmelidir.²⁹⁴

Özen borcu, kendisinden kapsam ve süreklilik bakımından daha geniş olan sadakat borcunun bir sonucu olup her ikisi sıkı surette birbirine bağlıdır.²⁹⁵ Özen borcunun bazı görünümleri, yukarıda değinilen; yüklenicinin kendi sağladığı malzemenin ayıplı olması, arsa sahibi tarafından sağlanan malzemenin özenle kullanılması, yüklenicinin malzeme ve genel ihbar yükümlülüğü, işe başlama ve sürdürme yükümlülüğü ve arsa sahibini hatalı talimatlara karşı uyarma (TMK m. 476) yükümlülüğü olarak sayılabilir.

Özen borcunun belirlenmesinde sözleşme hükümleri ve yasal düzenlemeler göz önünde bulundurulur.²⁹⁶ Ölçüt, TMK m. 471/2’de, *“benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı”* olarak belirlenmiştir. Bu nedenle yüklenicinin yükümlülüğü öğretide objektif özen yükümlülüğü olarak kabul edilir.²⁹⁷ TBK m. 114’te yer alan, *“Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir.”* hükmü de bizce, tamamlayıcı nitelikte bir hüküm olarak dikkate alınmak gerekir. Buna göre, işin özel niteliği,²⁹⁸ sözleşme hükümleri ve yasal düzenlemeler sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde dikkate alınması gereken ölçütlerdir. Kusur; borçlunun sözleşme ile üstlendiği yükümlülük ve ödevlerden birinin kasten veya ihmal suretiyle yerine getirilmemesi,²⁹⁹ bir kimsenin hukuk düzeni tarafından onaylanmayan davranışı,³⁰⁰ kınanan iradesidir.³⁰¹

²⁹⁰ KARADAŞ, S. 138; SELİMOĞLU, s. 103; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 497; SÜTÇÜ (İnşaat), s. 504; Yarg. 15. HD, T.10.10.2019, bkz. yuk, dn.226

²⁹¹ KARADAŞ, s. 139; SELİMOĞLU, s. 104

²⁹² ÖNGÖREN, (İnşaat), s. 189-190; BÜYÜKAY, s. 148; YAVUZ, s. 543

²⁹³ KARADAŞ, s. 140

²⁹⁴ ÖNGÖREN, (İnşaat), s. 201

²⁹⁵ KARADAŞ, s. 139; SELİMOĞLU, s. 104; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 497-498; COŞKUN, s. 511; UYGUR, s. 117; TANDOĞAN, (İstisna), s. 34

²⁹⁶ YHGK, E.2017/15-254 K.2020/6 T.14.01.2020, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 30.12.2020)

²⁹⁷ KARADAŞ, s. 145; ARAL/AYRANCI, s. 381; BÜYÜKAY, S. 146-147

²⁹⁸ DUMAN, (Kusur), s. 59

²⁹⁹ TUHR, s. 581

³⁰⁰ DUMAN, (Kusur), s. 59

³⁰¹ ERİŞGİN, s. 116 (dn.9)

Sözleşmeye aykırılıktan doğan zararda, aykırı davrananın zarardan sorumlu olabilmesi için kusurlu olması gerekir.³⁰²

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde TBK m. 115 uyarınca sorumsuzluk anlaşması yapılması öğretide kural olarak mümkün görülmektedir.³⁰³ Ancak Yüklenici ile iş/arsa sahibi arasında yapılacak sözleşmelerde, TMK m. 115/1’de uyarınca yüklenicinin ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin m. 115/2 hizmet sözleşmesinden kaynaklanan her hangi bir borç sebebiyle sorumlu olunmayacağına dair anlaşmalar ile TMK m. 115/3’ göre, yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen, uzmanlığı gerektiren hizmet, meslek veya sanata dair sözleşmelerde borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin hükümler kesin olarak hükümsüz kabul edilmiştir. Her ne kadar, uzmanlığı gerektiren bir iş ve meslek olsa ve yukarıda da değinildiği gibi, Yapı Müteahhitlerinin Sınıflandırılması ve Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik uyarınca yüklenicinin, inşaat yapabilmek için, belirlenecek gruba uygun, yapı müteahhitliği yetki belgesi alması zorunlu olsa da yüklenici olmak ve inşaat yapabilmek için avukatlık, doktorluk ya da noterlik gibi ruhsat alınmak mecburiyeti bulunmadığından, yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılacak sorumsuzluğa dair sözleşmelerde 115/3 bakımından bir sakınca görülmemektedir.³⁰⁴ Ancak bizce, objektif özen sorumluluğu altında olan yüklenicinin hafif ihmalinin dahi kaldırılması, onun basiretli tacir olması ve üstelendiği işin maddi, hukuki, fenni ve uygulamadaki sair gereklerini bilmek durumunda olması³⁰⁵ karşısında (*diligentia bonus pater familias*³⁰⁶) mümkün olmamalıdır. Yüklenicinin hafif ihmalden sorumsuzluğuna dair anlaşmaların, TBK m. 471/2 ile çelişeceğini aynı zamanda yüklenicilerin aldıkları yetki belgelerinin de bir nevi ruhsat işlevi gördüğü değerlendirildiğinde inşaat sözleşmelerini de hizmet sözleşmeleri gibi hafif ihmal sorumsuzluğu açısından kesin

³⁰² DUMAN, (Kusur), s. 59

³⁰³ ÖZ, (İnşaat), s. 120; DUMAN, (İnşaat), s. 825-832

³⁰⁴ DUNAN, (Kusur), s. 64

³⁰⁵ DUMAN, (kusur), s. 163

³⁰⁶ Roma Hukukunda sorumluluk ölçütleri, *custodia* (gözetim), *dolus* (kast), *culpa* (İhmal), *diligentia* (özen) ve *utilitas* (Yarar) olarak sıralanmıştır. (ERİĞİN, s. 133); *Diligentia*, *Culpa levisin* (Hafif ihmalin) tespitinde bir ölçüt olarak kabul edilmiştir. *Diligentia bonus pater familias* (İyi aile babası özeni), soyut bir ölçü olup (*culpa in abstracto*) dürüst, namuslu, dikkatli, düzenli, tedbirli ve orta halli bir Romalı tipidir. (AKINCI, s. 38; UMUR, s. 309) Bazen de hafif ihmalin tespitinde somut ölçüye (*culpa in concreto*) başvurulmakta, borçlunun kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özene (*diligentia quam sius rebus adhibere solet*) bakılmaktadır. (AKINCI, s. 38; UMUR, s. 309)

hükümsüzlük yaptırımına (içtihat veya yasal düzenlemeyle) bağlamanın uygun olacağını değerlendirmekteyiz.

Yüklenicinin özen sorumluluğu, eser sözleşmesi kurulurken başlar, yapım aşamasında ve yapım işinin tesliminden sonra sona erer, bundan sonra sorumluluğun kapsamı ayıba karşı tekeffül sorumluluğudur.³⁰⁷ Özen yükümlülüğünün ihlali halinde arsa sahibi, TBK m. 112, 117, (şartları oluşmuşsa m. 124) uyarınca TBK m.125’deki seçimlik haklarını kullanarak, borcun ifasını ve gecikme tazminatı talep edebileceği gibi TBK m.473/2 uyarınca vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde ayıbın veya aykırılığın giderilmesini aksi taktirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, (arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından) işin devamının başkasına verileceği konusunda ihtarda bulunabilir. Ya da ifa ve gecikme tazminatı talebinden vazgeçerek ifa edilmeme nedeniyle doğan (olumlu) zararın karşılanmasını talep edebilir ya da sözleşmeden dönerek olumsuz zararlarının tazminini isteyebilir.³⁰⁸ Kanaatimizce, TBK m. 473’de arsa sahibine tanınan haklar (“dönebilir”, “bulunabilir” ifadeleri nedeniyle) seçimlik hak niteliğinde olup arsa sahibinin sözleşmenin ifası sırasında genel hükümler (TBK m.125) uyarınca, öğretide de ifade edildiği üzere,³⁰⁹ diğer talep ve özellikle dönme ya da işi başkasına yaptırmak yerine sözleşmenin feshi yoluna gitmesinde hukuki bir engel bulunmamaktadır.³¹⁰

Sadakat borcu yüklenicinin, arsa sahibinin, sözleşme ile elde edeceği menfaatleri gözetme, çıkarlarını, elde edilen sırları ve belgeleri koruma ve sözleşmeye göre bina inşaatını tamamlamayı kapsar.³¹¹ Sadakat borcu, sadece sözleşmenin ifasında değil sözleşme öncesi hazırlık işlemlerinde ve ifadan sonra da geçerlidir.³¹² Sadakat borcu için özen borcunda olduğu gibi yasada belirlenmiş bir ölçüt bulunmamaktadır.³¹³ Ancak sadakat borcunun özen borcunun bir sonucu olduğu ve birbirine sıkı surette bağlı olduğu kabul edildiğine göre, özen borcu için yukarıda ifade edilen görüşlerin sadakat borcu için de geçerli olduğu

³⁰⁷ KARADAŞ s. 141; SELİMOĞLU, s. 104; ARAL/AYRANCI, s. 383; ATAMULU, s. 64-65; COŞKUN, s. 511; UYGUR, s. 118

³⁰⁸ TANDOĞAN, (İstisna), s. 43-47; ARAL/AYRANCI, s. 383-390;

³⁰⁹ TANDOĞAN, (İstisna), s. 46; ARAL/AYRANCI, s. 389; YAVUZ, da konunun tartışmalı olduğunu kabul etmekle birlikte fesih yolunun açık olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. (YAVUZ, s. 544)

³¹⁰ Aynı yönde, YHGK, E.2014/23-724 K.2016/168 T.24.02.2016, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 19.01.2020)

³¹¹ BÜYÜKAY, s. 146; SELİMOĞLU, s. 103

³¹² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 497; BÜYÜKAY, s. 146

³¹³ ÖNGÖREN, (İnşaat); s. 201

söylenilecektir. Nitekim öğretilerde aynı ölçütlerin sadakat borcu için de ifade edildiği görülmektedir.³¹⁴ Sadakat borcunun ihlali halinde arsa sahibi, bu yüzden doğan zararını, yüklenicinin bu borcun ihlali nedeniyle elde ettiği bir kâr varsa bunu, bina teslim edilmiş olması halinde dahi talep edebileceği gibi, dönme söz konusu olması durumunda yüklenicinin ileri süreceği alacağa karşı takas hakkını da kullanabilir.³¹⁵

Yüklenicinin ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı (kaçak) inşaat yapması özen ve sadakat borcuna açıkça aykırılık teşkil eder. Zira, arsa sahibi; yapımına ruhsat alınmaksızın başlanması veya alınan ruhsat ve eki projelere aykırı inşaat yapılması durumunda, binaya yapı kullanma izni alamayacak, yasaya aykırılık oluşturan bu durum karşısında, çıkarları zedelenmiş, menfaati gözetilmemiş olacaktır. Yüklenicinin imar mevzuatına aykırı bu davranışı açıkça sadakat ve özen yükümlülüğüne aykırılık oluşturur. Yüklenici, kaçak inşaat yapmakla, mesleki kurallara ve arsa sahibinin teslim alamayacağı şekilde ayıplı bir bina inşa etmesi nedeniyle sözleşme hükümlerine de aykırı davranmış olduğundan özen ve sadakat yükümlülüğü bu nedenle de ihlal etmiş olur.

2. YÜKLENİCİNİN YAPI ESERİNİ TESLİM BORCU

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin asli borcu³¹⁶, her ne kadar kanunda açıkça düzenlenmemiş³¹⁷ olsada sözleşmeye ve yasal düzenlemelerdeki emredici hükümlere uygun bir şekilde binayı arsa sahibine teslim etmektir. Arsa sahibi açısından sözleşme ile amaçlanan menfaat ancak binanın tam olarak teslimi ile gerçekleşir.³¹⁸ Sadece binayı meydana getirmekle³¹⁹ veya arsa sahibine ait olan bağımsız bölümlerin teslimi ile bu borç ifa edilmiş olmaz.³²⁰ Teslim, (sözleşmede kısmi teslim konusunda özel hüküm bulunmadıkça³²¹) ancak eser tamamlanmışsa söz konusu olabilir.³²² Tamamlanma, bina inşaatının yükleniciye tescili isteme hakkı

³¹⁴ ÖNGÖREN, (İnşaat); s. 201

³¹⁵ TANDOĞAN, (İstisna), s. 35; YAVUZ, s. 542

³¹⁶ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 486; KARADAŞ, s. 167; ŞAHİN, s. 44

³¹⁷ ARAL/AYRANCI, s. 393; ÖNGÖREN, (İnşaat), s. 205; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 486; DUMAN, (İnşaat), s. 533; ŞAHİN, s. 44

³¹⁸ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 486

³¹⁹ ARAL/AYRANCI, s. 393; KARADAŞ, s. 167; ŞAHİN, s. 43

³²⁰ KARTAL, s. 74; KARADAŞ, s. 167

³²¹ ÖNGÖREN, (İnşaat), s. 205

³²² ÖNGÖREN, (İnşaat), s. 205; KARADAŞ, s. 169

verecek şekilde, sözleşmeye ve imar mevzuatına uygun olarak bitirilmesi ile mümkün olur.³²³ İnşaat ruhsat ve eklerine aykırı yapılmış ise kaçak niteliğinde olacağından iskan ruhsatı alınamayacak dolayısıyla inşaat tamamlanmış sayılamayacağından sözleşmeye ve mevzuata uygun teslim mümkün olmayacaktır.

Teslim, öğretide; *“sözleşmesine, iş sahibinin beklentisine, fen ve sanat kurallarına, uygun bir şekilde meydana getirilen eserin ifa olarak iş sahibine arz edilmesi”*³²⁴, *“sözleşme hükümlerine uygun olarak meydana getirilmiş olan eserin (inşaatın, yapının ve dairelerin) iş sahibine veya onun yetkilendirdiği kişiye ifa iradesiyle usulüne uygun olarak arz edilip hâkimiyet alanına geçirilmesi veya kullanılmaya hazır olduğunun bildirilmesi”*³²⁵, *“tamamlanmış eserin ifa olarak iş sahibine arzedilmesi, onun fiili egemenliğine geçirilmesi”*³²⁶ olarak tanımlanmaktadır. Yüklenicinin bu borcu (teslim borcu), binayı sözleşmeye ve bilimsel kurallara uygun olarak tamamlayıp kararlaştırılan süre içinde arsa/iş sahibine teslim etmekle³²⁷ yerine getirilir.

Şu hâlde, teslimin iki ana unsurunun olduğunu söylemek mümkündür:

Birincisi fiili teslim; ifa iradesiyle binanın arsa sahibinin fiili egemenliğine geçirilmesidir. Teslim için (gün veya süre tayini suretiyle) bildirim yapılmış olması tek başına yeterli olmayıp binanın/bağımsız bölümlerin arsa sahibinin egemenliğine kullanılabilir, tasarruf edilebilir şekilde ifa iradesiyle terk edilmiş olması gerekir. Arsa sahibinin binaya/bağımsız bölümlere el koyması da fiili teslim olarak kabul edilir.³²⁸ Kanaatimizce ifa iradesi samimi olmalıdır. Sırf bildirim yapılmış olması veya arsa sahibini tesellümden imtina etmiş duruma düşürmek için değil, şartları oluşmuş gerçek bir teslim niyeti ile bildirim yapılmış olması gerekir. Bina üzerinde fiili egemenlik, arsa sahibinin zilyetliği sağlanmadan örneğin, bina anahtarlarını vermeden, varsa buna yönelik engeller kaldırılmadan yapılacak bildirim ile teslim borcu ifa edilmiş olmayacaktır.³²⁹ Kanaatimizce, yüklenicinin binadan araç ve gereçlerini kaldırmamış, iskeleyi sökmemiş, şantiye görünümünü verecek şekildeki taş

³²³ DUMAN, (İnşaat), s. 533

³²⁴ KARADAŞ, s. 167-168

³²⁵ ÖNGÖREN, (İnşaat), s. 205; ŞAHİN, s. 48

³²⁶ ARAL/AYRANCI, s. 393; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 486; SÜTÇÜ (İnşaat), s. 609

³²⁷ ÖNGÖREN, (İnşaat), s. 205

³²⁸ ŞEN/ŞEN, s. 36 (dn.41 de belirtilen yazarlar)

³²⁹ KARTAL, s. 74; DUMAN, (İnşaat), s. 534

moloz ve inşaat artıklarını bina inşaat alanından kaldırılmamış, binanın elektrik, su, gaz aboneliklerinin yapılarak kullanıma açılmamış olması, bildirim yapılmış olsa da samimi bir ifa iradesinin olduğunu göstermeyeceğinden teslimin varlığından söz edilemez. Bu durumda arsa sahibinin tesellümden kaçınması haklı bir sebebe dayanacağından alacaklı temerrüdü oluşmayacaktır.

İkincisi hukuki teslim; binanın, sözleşmeye, sözleşmenin eklerine ve onun eki olan ruhsat ve eklerine (imar mevzuatına) uygun bir şekilde tam olarak tamamlanmış, iskân izninin alınmış olması gerekir.³³⁰ Eserin ayıplarının olmasının eserin teslimine engel olmayacağı ifade edilmektedir.³³¹ Ancak bunun için eksik ve ayıplı işlerin, benimsenemeyecek derecede olmaması³³² kullanımı engellemeyecek şekilde objektif ölçüler içinde kalması³³³ gerekir. İmar Kanun m. 21 uyarınca, 26.maddedeki istisna haricinde resmi ve özel tüm yapılar ruhsata tabi olduğundan ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılmış yapılar, uygulamadaki tabirle kaçak yapı niteliğinde olmakla, yine İmar Kanununun 32.maddesine göre yıkılması gerekli olduğundan bu tür yapılar fiili olarak teslim edilmiş dahi olsa bu teslim ifa olarak kabul edilmez.³³⁴

İK m. 31'e göre, "İnşaatın bitme günü, kullanma izninin (iskân ruhsatının) verildiği tarihtir." Aynı maddeye göre, "Kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılarda izin alınıncaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmazlar. Ancak, kullanma izni alan bağımsız bölümler bu hizmetlerden istifade ettirilir." Bu durumda, elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden faydalanamayan bir binanın ya da bağımsız bölümün teslim edilmiş olmasından da söz edilemeyecektir.³³⁵ Uygulamada, bize göre kaçak inşaatın yapılabilir olmasının da bir sebebi olarak, fiili teslim yapılmakta, dairelerine taşınan insanlar, iskân ruhsatı alınana kadar, elektrik ve su şantiye tarifesinden kullandırılmak suretiyle bu hizmetlerden faydalandırılmaktadırlar.

³³⁰ YHGK, E.2014/6-324 K.2015/2787 T.04.11.2015, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 30.12.2020)

³³¹ ARAL/AYRANCI, s. 393; KARADAŞ, s. 174; ÖGÖREN (İnşaat), s. 206

³³² ÖGÖREN (İnşaat), s. 206

³³³ KARADAŞ, s. 174; KOSTAKOĞLU, s. 493

³³⁴ KOSTAKOĞLU, s. 490

³³⁵ DUMAN, (İnşaat), s. 533

Teslim vakıası hukuki bir eylem olmakla, her türlü delille ispatlanabilir.³³⁶ Teslimin nasıl yapılacağına ilişkin kayıtlar geçerli olup³³⁷ buna uyulmaması halinde teslim gerçekleşmiş olmaz. Binanın anahtar teslim şeklinde yapılacağına ilişkin sözleşmede kayıt olması halinde bunun iskân ruhsatı (yapı kullanma izin belgesi) alınmasını kapsayacağı kabul edilmektedir.³³⁸

Teslim aynı zamanda tesellümü (kabulü) zorunlu kılar, Tamamlanan bina arsa sahibi tarafından kabul edilmiş olmalı veya sayılmalıdır. Kabul, teslim edilen binanın arsa sahibince bir irade beyanıyla benimsenmesidir. Bu benimseme, açık veya örtülü, yazılı, sözlü veya zımni olabilir.³³⁹ Arsa sahibinin bizzat binaya girip oturması, muayene etmemesi, ayıpları ihbar bildiriminde bulunmaması kabul anlamına gelir.³⁴⁰ Bizzat veya temsilci aracılığıyla açıklanabilir.³⁴¹

Uygulamada yükleniciler, bağımsız bölümün fiilen kullanılabilir hale gelmesiyle arsa sahibine yazılı bildirim yaparak anahtarları teslim etmek üzere binaya davet etmekte ve burada önceden hazırlanmış olan anahtar teslim-tesellüm zaptını imzalatmak suretiyle zilyetliği devretmektedirler. Şayet fiili teslim öncesi kat irtifak tapuları teslim edilmemiş ise genelde fiili teslimden sonra kısa süre içinde bu tapuları da teslim etmektedirler.

Teslim, bina inşaatının yükleniciye tescili isteme hakkı verecek şekilde, sözleşmeye ve imar mevzuatına uygun olarak bitirilmesi ile mümkün olduğundan, kaçak konumunda olan bağımsız bölümlerin, iskân izni alması ve tescil taleplerinin yerine getirilme imkanı bulunmadığı için fiili olarak teslim yapılmış olsa bile hukuki teslimleri mümkün değildir.³⁴² Bu nedenle, tamamlanmamış bir yapıda arsa sahibi bağımsız bölüme girse dahi, bu, tek başına teslim yapıldığını gösteren bir ölçüt değildir.³⁴³

³³⁶ KARADAŞ s. 168; SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 609; DUMAN, (İnşaat), s. 533

³³⁷ KARTAL, s. 74

³³⁸ KARADAŞ s. 170; DUMAN, (İnşaat), s. 536

³³⁹ AYDEMİR, s. 325; BÜYÜKAY, s. 115

³⁴⁰ BÜYÜKAY, s. 115

³⁴¹ GÜR, s. 37

³⁴² Yargıtay bir kararında, yüklenicinin yapı kayıt belgesi almasının, karşılaştırılan edimin ifası bakımından bir etkisinin olmayacağına karar vermiş olmakla, aynı zamanda kaçak yapının hukuki tesliminin mümkün olamayacağını da bize göre vurgulamış olmaktadır. Yarg.15.HD, E.2019/3962 K.2020/2494 T.21.09.2020, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 30.12.2020)

³⁴³ TANDOĞAN, (İstisna), s.68

Teslimin hukuki sonuçları; hasar ve yararın arsa sahibine geçmesi (TBK m. 483), ayıp eksikliklerin tazmini ve yüklenici alacakları bakımından zamanaşımının işlemeye başlaması (TBK m. 478, 149), ayıba karşı tekeffülde inceleme ve bildirim sürelerinin işlemeye başlaması (TBK m. 474/1), yüklenicinin ücret/arsa payı devri alacağının muaccel olması olarak sayılabilir.³⁴⁴

3. YÜKLENİCİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

Ayıp (Kusur), teslim edilen binada, sözleşmede taahhüt edilen niteliklerin olmaması veya binanın gerekli bilimsel koşulları taşımaması halidir. *“Sözleşme konusu edimin niteliğine uygun olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmemesi”*,³⁴⁵ *“sözleşmeye ve fenni koşullara uygun yapılmayan inşaat”*,³⁴⁶ *“sözleşmede kararlaştırılan vasıfların veya lüzumlu vasıfların bir veya birkaçının eserde bulunmaması hali”*³⁴⁷, *“eserin sözleşmeye veya dürüstlük kuralına göre olması gereken durumu ile fiilen mevcut olan durumu arasındaki fark”*³⁴⁸ Yargıtay kararlarında ise, *“eserde olması gereken lüzumlu vasıfların veya sözleşmede kararlaştırılan vasıfların eksikliği”*,³⁴⁹ *“yasa ya da sözleşmede öngörülen unsurlardan birinin veya birkaçının eksikliği ya da olmaması gereken vasıfların olması”*³⁵⁰ *“meydana getirilen eserin sözleşmede belirtilen nitelikleri taşımaması ya da dürüstlük kuralına göre eserde bulunması gereken niteliklerden yoksun olması”*³⁵¹ olarak tanımlanmıştır.

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu, onun inşa ettiği binadaki ayıpları üstlenme borcudur. Bu borç, TBK m. 473/2, 474-478 (eBK m. 359-363) hükümleri ile düzenlenmiştir.³⁵² Ayıp açık olabileceği gibi gizli de olabilir. Dikkatli bir gözden geçirme ile görülebilecek,³⁵³ teslim anında kolaylıkla görülebilen veya muayene ile

³⁴⁴ ARAL/AYRANCI, s. 394; SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 610

³⁴⁵ KARTAL, s. 76

³⁴⁶ KOSTAKOĞLU, s. 375

³⁴⁷ KARADAŞ, s. 216

³⁴⁸ EREN, (Borçlar), s. 642-643

³⁴⁹ Yarg. 15. HD, E.2015/3588 K.2016/1509 T.9.3.2016, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 23.02.2020)

³⁵⁰ YHGK, E.2015/13-1581 K.2015/2792 T.04.12.2015, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 23.02.2020)

³⁵¹ YHGK, E.2017/503 K.2017/1190 T.14.06.2017, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 23.02.2020)

³⁵² COŞKUN, s. 562; ARAL/AYRANCI, s. 400

³⁵³ KARTAL, s. 81

anlaşılan,³⁵⁴ normal bir inceleme ve çıplak gözle tespit edilip görülebilen,³⁵⁵ ilk bakışta görülebilen veya eserin tesliminde yöntemine göre gözden geçirme sırasında fark edilebilen³⁵⁶ ayıplar açık ayıp olarak nitelendirilir. Bu nitelikte olmayan ve zaman içinde kullanılmakla ortaya çıkan ayıplar ise gizli ayıplardır.³⁵⁷ TMK m. 474/1'e göre, açık ayıplar teslimle birlikte, işlerin olağan akışına göre, olanak bulur bulmaz gözden geçirilmeli ve varsa ayıplar uygun süre içinde yükleniciye bildirilmelidir. Aksi halde, TMK m. 477/2'e göre eser bu haliyle kabul edilmiş sayılır. Gizli ayıp ise, TMK m. 477'e göre öğrenildiği tarihten itibaren zaman geçirilmeden derhal ve TMK m. 478'e göre zamanaşımı süresi içinde yükleniciye bildirilmelidir. Aksi halde, yine eseri kabul etmiş sayılacaktır. Ayıp bildirimini herhangi bir şekilde bağlı değildir.³⁵⁸

Ayıp, maddi (fiili), hukuki ve ekonomik ayıp olarak da ayrı bir tasnife tabi tutulur. Yargıtay kararlarında³⁵⁹ maddi ayıp; bir malda maddeten hata bulunması, hukuki ayıp; malın kullanımının hukuken sınırlandırılması, ekonomik ayıp; malın iktisadi vasıflarında eksiklik olması olarak açıklanmıştır.

Yüklenicinin ayıptan dolayı sorumlu tutulabilmesi için; eser (bina), arsa sahibine teslim edilmiş olmalı, ayıplı olmalı, ayıp işsahibine yüklenememeli, bina kabul edilmiş olmalı, gözden geçirme ve bildirim külfetleri yerine getirilmiş olmalıdır.³⁶⁰

Kaçak inşaat da hukuki açıdan ayıp olarak kabul edilir.³⁶¹ Zira, arsa sahibinin imar mevzuatına uygun bir şekilde bağımsız bölüm teslimini istemekte gerek sözleşme gerekse mevzuat açısından haklı ve korunmaya değer menfaati bulunduğundan³⁶² arsa sahibinin taşınmazdan hukuken ve tam olarak istifade edebilmesini engelleyen bu tür bir yapı ayıplı yapı olarak kabul edilir. Yargıtay

³⁵⁴ KIRMIZI, s. 187; KARADAŞ, s. 220

³⁵⁵ COŞKUN, s. 576

³⁵⁶ ÖNGÖREN, (İnşaat), s. 217

³⁵⁷ KARADAŞ, s. 220; ÖNGÖREN, (İnşaat), s. 217; KARTAL, s. 81

³⁵⁸ ARAL/AYRANCI, s. 405

³⁵⁹ YHGK, E.2011/13-454 K.2011/652 T.02.11.2011, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 23.02.2020); YHGK, E.2015/13-1581 K.2015/2792 T.04.12.2015, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 23.02.2020)

³⁶⁰ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 522-529

³⁶¹ KOCAAĞA, (Makale), s.102; AKKANAT, s.72

³⁶² KOCAAĞA, (Makale), s.102; AKKANAT, s.72

15.HD, 04.03.2019 tarihli bir kararında,³⁶³ yapının tümüyle kaçak olması halinde yıkılması gereken bir yapı olduğuna, böyle bir yapının ekonomik değerinden bahsedilemeyeceğine, yüklenicinin iş bedeline hak kazanmayacağına, eksik ve ayıpların giderilmesinin yapının ancak yasal olması ya da yasal hale getirilebilmesinin mümkün olması durumunda söz konusu olacağına, dolayısıyla tamamen kaçak yapıların eksik ve kusurlarının, kısmen kaçak olan yapıların ise kaçak olan kısım ya da bölümlerinin eksik ve kusurlarının giderilmesinin istenemeyeceğine karar vermiştir.

C. ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI

TBK m. 470'te işsahibinin borcu, yüklenicinin eser meydana getirme borcu karşılığında, bir bedel (para) ödeme olarak belirlenmiştir. Diğer eser sözleşmeleri ve bedeli karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından geçerli olan bu borç arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için farklılık arz eder. Öğretide³⁶⁴ ve Yargıtay³⁶⁵ kararlarında arsa sahibinin devir borcu asli (temel) borç, arsanın inşaata elverişli ve ayıpsız olarak teslimi, imar durumu ve ruhsatların alınması, plan ve projelerin onayı, kat irtifakı ve kat mülkiyeti tesisi ve benzeri işlemlerin yapılabilmesi için yükleniciye vekalet verilmesi, gibi diğer borçları ise yan borçlar olarak kabul edilmektedir.

D. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

Arsa payı karşılığı İnşaat sözleşmesi, tarafların sözleşmedeki edimlerine sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde uymaları halinde, ifa ile sona erer. Bunun dışında sözleşme, TBK m. 473/1 de belirtilen; yüklenicinin bütün tahminlere göre işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşıldığı durum olarak zikredilmiş neden ve TBK m. 117, 123-126 hükümlerine göre temerrüde dayalı nedenlerle geriye etkili olarak "Dönme" suretiyle veya ileriye etkili olarak "fesih" suretiyle sona erdirilebilir. Bu sona erme nedenleri yanında özel sona erme nedenleri olarak; Yaklaşık bedelin aşılması (TBK m. 482), eserin yok olması (TBK m. 483), Tam tazminat karşılığı arsa sahibinin feshi (TBK m. 484), İş sahibi yüzünden

³⁶³ Yarg.15.HD, E.2018/2949 K.2019/898 T.04.03.2019, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 30.12.2020)

³⁶⁴ KARTAL, s. 109; ERMAN, (İnşaat), s. 52; USTA, s. 74

³⁶⁵ YHGK, T.24.02.2018, bkz. yuk, d.128

beklenmedik bir olay nedeniyle ifanın imkânsızlaşması (TBK m. 485) ve yüklenicinin kişisel özellikleri dikkate alınarak sözleşmenin yapılması durumunda yüklenicinin ölümü veya yeteneklerini kaybetmesi diğer sona erme nedenleri olarak kanunda düzenlenmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE KAÇAK YAPI/İNŞAAT

I. KAÇAK YAPI/İNŞAAT KAVRAMI HUKUKİ NİTELİĞİ VE HUKUKA AYKIRILIK UNSURLARI

A. GENEL OLARAK

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşme öncesinde yüklenici, üzerine bina inşa etmeyi yükümlendiği parselde mümkün olduğunca fazla bağımsız bölüm inşa etmeyi, arsa sahip ya da sahipleri de arsası üzerinde inşa edilecek binadan olabildiğince fazla sayıda ve/veya alan açısından büyük bağımsız bölüm almayı hedeflemektedir. Elbette her iki tarafında hedeflerini sınırlayan parsel üzerindeki imar durumudur. Daha geniş olarak imar düzenidir.

İmar hukuku kaynaklarının oluşturduğu genel ve yerel nitelikli imar düzeninde; bir arsa üzerinde yapılacak olan resmi ve özel nitelikli, değişik çeşitte ve değişik amaçlara özgülenecek yapıların, çeşidine ve amacına göre hangi özellikleri taşıması gerektiği belirlenmekte, İmar mevzuatındaki bu düzenlemelerde; “*İmar hukuku açısından yapı sayılan bir inşaatın yapıldığı yere ve bölgeye göre; nitelik, kullanılacak malzeme, yükseklik, cephe genişliği, yola ve komşu taşınmazlara olan uzaklığı, kat adedi, kaplayacağı alan, parsel içinde yapılacağı yer ve benzeri özellikleriyle yapıya başlanmadan önce ve yapı bitirildikten sonra uyulması gereken kurallar*”³⁶⁶ yer almaktadır. Ancak bazen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, imar düzeni ile belirlenen kurallara aykırı olarak örneğin, inşaat yasağı olan veya yapı hakkı olmayan bir yerde ya da yerel idareden alınması gereken yapı izni olmaksızın veya bu izin alınsa bile izin ve eklerine aykırı olarak yapı yapabilmektedirler.

³⁶⁶ ZEVKLİLER, s. 219-220

Bazen her iki taraf ya da çoğunlukla arsa sahibi, durumdan haberdar olmadan parselde hiç ya da sözleşmeye göre inşaat yapmaya elverişli imar durumu olmadığı halde, daha başlangıçta imkânsızlık hali mevcutken arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapmakta, bazen sözleşme anında bu imkân mevcut olmakla birlikte sonradan imar durumunun değişmesiyle kısmen veya tamamen imkân ortadan kalmakta veya sözleşme anındaki haklardan daha fazla bağımsız bölüm elde edilmesi sonucunu doğuracak imar planı değişiklikleri olabilmektedir. Bazen ruhsat almadan inşaata başlanmakta ama inşaat imar durumuna uygun yapılmakta bazen inşaat hem ruhsatsız hem de imara aykırı yapılmaktadır. Kimi zaman da ruhsat alınarak başlanan inşaat imar durumu değişikliği olmamasına rağmen ruhsat ve eklerine aykırı olarak devam etmekte ve hatta tamamlanabilmektedir. Taraflar kimi zaman imar durumundaki olası değişiklikleri sözleşmede öngörmekte, değişecek imar durumuna göre inşaatın yapılmasına ya da yapılmamasına, kazanılacak fazla bağımsız bölüm veya alanların paylaşılması konusuna dair sözleşmeye açık ya da yoruma müsait belirsiz, hükümler koyabilmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmeye bağlılık esas ve yüklenicinin sözleşme ile yükümlendiği edimleri tam olarak ifa etmesi zorunlu olmakla birlikte sözleşme dışına çıkılması, kaçak uygulamalar yapılması veya imar değişikliklerinin olması durumunda yukarıda değinilen durumlara ve inşaatın fiili durumunun imar mevzuatına uygun olup olmamasına veya uygun hale getirilip getirilememesine başka bir ifade ile inşaatın kaçak olup olmamasına göre tarafların elde edecekleri menfaat, hak ve yükümlülükler değişebilmektedir.

Elbette olması gereken sözleşme imzalanmadan evvel sözleşmeye konu arsanın imar durumunun taraflarca ve özellikle bina yapma işini meslek edinmiş basiretli tacir olduğu kabul edilen yüklenici tarafından araştırılmış olması, mevcut imar durumuna göre projeler yapılarak inşaat ruhsatının alınması, sözleşme imzalandıktan ve/veya ruhsat alındıktan sonra olabilecek imar değişikliklerinde tadilat ruhsatının alınarak buna göre inşaatın tamamlanması, dolayısıyla kaçak inşaat yapılmamasıdır.

Ancak, uygulamada her zaman işlerin bu şekilde düzenli ve sorunsuz gitmediği kaçak inşaat nedeniyle sorunların yaşandığı, uğranılan zarara ilişkin ihtilafların

çıkıldığı görülmektedir. Aşağıda kaçak inşaaatla yönelik ilişkin kavram ve kurallara değinilecektir.

B. KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1. KAVRAM

Kaçak sözcüğü, sözlük ve imar hukukunda kullanılan anlamıyla, “Yasaca yapılması yasak olan veya yapılması için gerekli izin alınmayan” anlamına gelmektedir.³⁶⁷ Kaçak yapı da imar kanununa göre, alınması gereken yapı izni (inşaat ruhsatı) alınmadan ya da alınan izin kapsamı dışında veya imar mevzuata aykırı olarak yapılan yapıları ifade etmektedir. Genel olarak, imar kurallarına aykırı yapı denilince; *“karada ve suda sürekli ya da geçici, resmi ya da özel yeraltı ve yerüstü inşaatlarıyla, bunlara yapılacak ek değışiklik ve onarımlarla, inşaaata bağı hareketli ya da hareketsiz tesislerin imar kurallarıyla belirlenen düzene, biçime, niteliğe, ölçüye, yapılması gerekli işlemlerle öteki koşullara uyulmaksızın yapılması anlaşılır.”*³⁶⁸ Eş deyişle, yetkili idarelerin bilgisi olmaksızın, imar mevzuatı ile belirlenen zorunlu kurallara aykırı olarak yapılan yapı kaçak yapı,³⁶⁹ inşaat da kaçak inşaatır.

2981 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğı m. 4/4’te imar mevzuatına aykırı yapı, *“Ruhsatsız yapılar, ruhsat ve eklerine, fen ve sağılık kurallarına, kat nizamına, taban alanına, komşu mesafelerine, imar yoluna, ön cephe hattına, bina derinliğine, imar Planı bölgeleme esaslarına aykırı olan, komşu parsele veya imar planlarında yol, yeşil alan, otopark gibi kamu hizmet ve tesisleri için ayrılmış alanlara tecavüz eden, kesin inşaat yasağı olan yerlere inşa edilen yapılar”* olarak tanımlanmaktadır. PAİY’nin 4/20. maddesinde de eş şekilde bir tanımlama yapıldığı görülmektedir.

Kaçak yapıları, kamu taşınmazları üzerinde yapılanlar ve özel mülkiyete tabi taşınmazlar üzerinde yapılanlar olarak ikiye ayırmak mümkündür. Kamu taşınmazları üzerindeki kaçak yapılar; gecekondular, İmar Kanununun 26. maddesine göre alınmış ruhsatı bulunmayan kamu binaları ve izin, irtifak, tahsis kararlarına

³⁶⁷ TDK, sozluk.gov.tr

³⁶⁸ ZEVKLİLER, s. 217

³⁶⁹ ERGEN/BÖKE, s. 81

aykırı özel ve tüzel kişilere ait yapılar olarak belirtilebilir. Özel mülkiyete konu taşınmazlar üzerindeki kaçak yapılar da kişinin kendi parseli üzerinde olabileceği gibi başkasına ait parsel üzerinde de olabilir.³⁷⁰ Ancak, geçerli bir hukuki ilişki bulunmaksızın başkasına ait parsel üzerinde inşa edilen yapılar TMK m. 722-724 hükümlerine göre haksız yapı olarak nitelendirilmekte³⁷¹ ve bu çalışma kapsamı dışında bulunmaktadır. Kaçak yapı, bizim de inceleme konumuz itibarıyla, kişinin kendi mülkiyeti ya da hissesi üzerinde imar mevzuatına aykırı olarak yapmış olduğu yapıdır.³⁷²

2. KAÇAK YAPININ HUKUKİ NİTELİĞİ

İnceleme konumuz olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde imar mevzuatına aykırı olarak yapılmakta veya yapılmış olan yerleşik tabirle kaçak olarak nitelendirilen yapılar için özellikle hukuka aykırılığı meşrulaştırma anlamına gelecek mülkiyete ilişkin tespit ve tescil yönünde talepte bulunmanın mümkün olmadığını öğretti ve yargısal kararlarda benimsenmiştir. Bu durumda şu sorunun akla gelmesi kaçınılmazdır. Mülkiyetin tespit ve tescili istenemiyorsa kaçak yapının hukuki statüsü nedir? Ekonomik değerinin olmaması ne anlama gelmektedir? Bu soruların eşya hukukunun kavramları ve yargısal kararlar ışığında cevaplanması gerekir.

Medeni kanunumuz açısından mülkiyetteki ana ayırım taşınmaz ve taşınır mülkiyeti şeklindedir. TMK m. 704'te taşınmaz mülkiyetinin konusu; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler olarak kapalı (sınırlı) sayı prensibine göre belirlenmiştir. Görüleceği üzere maddede sayılı eşyalar, konusu ve nitelikleri bakımından özüne zarar gelmeden başka bir yere nakledilemeyen ve hukuk kurallarının taşınmaz olarak belirlediği eşyalardır.³⁷³

³⁷⁰ Erdal KÖKTÜRK, Türkiye'de Gecekondu ve İmar Affı Üzerine Bir İnceleme, www.uvt.ulakbim.gov.tr, Jeodezi, Jeoinformasyon ve Arazi Yönetimi 2003/88, s. 49-65, s. 51 (Erişim:24.06.2018)

³⁷¹ Emrehan İNAL, Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması, (Haksız Yapı) dergipark.org.tr/en/download/artide-file/97710, s. 245-275, (E.T.26.11.2019), s. 245

³⁷² Ali Rıza İLGEZDİ, İmar Hukukunda Yıkım ve İmar Para Cezaları, (Yıkım) Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara Mayıs 2019, s. 92

³⁷³ Murat TOPUZ, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara Şubat 2020, s. 21

Mülkiyet öğretide, “eşya üzerinde en geniş yetki sağlayan aynı hak,”³⁷⁴ “Kişilere eşya üzerinde en kapsamlı ve en geniş yetkilerle birlikte ödevler de yükleyen hak,”³⁷⁵ “Bir kimsenin eşya üzerinde sahip olabileceği, kullanma, yararlan ve tasarrufta bulunma üzere en geniş üç yetkiyi sağlayan aynı hak,”³⁷⁶ “malike üçüncü kişiler karşısında eşya üzerinde en geniş yetki ve hâkimiyet veren aynı hak”³⁷⁷ olarak tanımlanmıştır. Yargıtay’ın da sıklıkla tekrarladığı muhtelif kararlarında olduğu gibi 17.12.2019 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında³⁷⁸ mülkiyetin; kişilere eşya üzerinde en geniş yetkiler sağlamakla birlikte ödevler de yükleyen aynı bir hak olarak tanımladığı görülmektedir.

Aynı hak; “sahibine eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet kurma yetkisi veren, herkese karşı ileri sürülebilen ve dolayısıyla herkesin uymakla yükümlü olduğu mal varlığı hakkı,”³⁷⁹ “eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan hak”³⁸⁰ olarak tanımlanır. Mülkiyet hakkı ve sınırlı aynı haklar olarak ikiye ayrılabilen aynı haklar, kanunda kapalı/sınırlı sayı (numerus clausus) prensibi ile sayılmış olup ancak bu haklar üzerinde kurulabilir.³⁸¹

Eşya kavramına geçmeden önce TMK m. 683’te geçen “şey” ve “mal” kavramına da değinmekte fayda görüyoruz. Şey; maddi veya maddi olmayan, dış alemi oluşturan insan dışındaki varlıklar, mal ise; haklara konu olabilecek bütün şeyler³⁸² dir. Öğretideki görüşe göre, içerik itibarıyla, “şey” üst kavramdır, ondan sonra “mal” ve sadece maddi malları ifade eden “eşya” gelir.³⁸³

Öğretide eşya, “Üzerinde hâkimiyet kurulmasına elverişli ve genellikle iktisadi bir menfaate cevap verebilen insan dışı cisimsel varlıklar, yani maddi mallar,”³⁸⁴ “kişilerin hâkimiyet kurabildikleri maddi varlığı olan, belli sınırlara sahip, kişisel

³⁷⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 274; Hasan ERMAN, Eşya Hukuku Dersleri, (Eşya) Der Yayınları, 7. Basım, İstanbul 2017, s. 59; Mehmet AYAN, Eşya Hukuku II Mülkiyet, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Eylül 2020, s. 25

³⁷⁵ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 379

³⁷⁶ Turhan ESENER/Kudret GÜVEN, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 179

³⁷⁷ Fikret EREN, Mülkiyet Hukuku, (Mülkiyet) Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 16

³⁷⁸ YHGK, E.2018/822 K.2019/1378 T.17.12.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 13.11.2020)

³⁷⁹ AYAN, s. 25

³⁸⁰ ERMAN, (Eşya), s. 1

³⁸¹ ERMAN, (Eşya), s. 2; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 23-27

³⁸² AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 25

³⁸³ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 29

³⁸⁴ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 27

olmayan şeyler,"³⁸⁵ "Ekonomik değeri olan temellüke elverişli her şey,"³⁸⁶ "Üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilecek, ekonomik bir değer taşıyan, kişi ve hayvanlar dışındaki cismani varlıklar"³⁸⁷ olarak tanımlanmıştır. Bir malın eşya olarak kabul edilebilmesi için; cismani (maddi) olması, sınırlarının belirli olması, üzerinde hâkimiyet kurulmaya elverişli olması, kişilik dışı olması gerekir.³⁸⁸ Konumuz açısından da irdelenmesi gereken ve aynı zamanda öğretilerde tartışılan bir husus "*ekonomik değeri olma*" dan kastedilenin ne olduğudur. Ekonomik değer, "belirli sınırın olması" unsuru içinde fiziki sınırla birlikte bir arada işlevsel bir bütünlük sağlayan unsur olarak görülmekte eş değişle maddi şeyin ihtiyaca cevap vermesi olarak değerlendirilmektedir.³⁸⁹

Yukarıdaki açıklamalara göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapılmış ancak ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılması nedeniyle kaçak yapı olarak adlandırılan yapının hukuki niteliğine bakacak olursak; bu yapı, imar mevzuatına aykırı inşa edildiğinden TMK m. 704'e göre kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölüm olarak tescili mümkün olamayacaktır. Dolayısıyla kaçak yapının taşınmaz mülkiyetine konu olabileceği söylenemez. Diğer yandan, TMK m. 762 kapsamında bir bütün olarak, taşınır mülkiyetinin konusuna girmediği, arza bağlı olması nedeniyle özüne zarar vermeden taşınabilen maddi eşya olmadığı ve edinmeye elverişli bulunmadığı için taşınır mülkiyetinin konusu olması da mümkün değildir.

AİHM, Öneriyıldız/Türkiye davasında,³⁹⁰ belirli şartlarda kaçak yapının mülkiyet çıkarı konusu olabileceğine karar vermiştir. AİHM, başvuranın hazineye ait bir araziye yaklaşık beş yıl boyunca işgal etmesinin kendisine mülkiyet olarak yorumlanabilecek bir hak vermeyeceğine, başvurucunun hazine arazisine kaçak olarak yaptığı yapının tapusunu alabilmek için şehir planlaması yönetmeliği uyarınca gerekli resmi şartları yerine getirip getirmediğinin belirlenmesi mümkün olmamış olmakla birlikte her halükarda başvuranın hiçbir zaman bu yönde bir adım atmadığını

³⁸⁵ ESENER/GÜVEN, s. 41

³⁸⁶ ERMAN, (Eşya), s. 3

³⁸⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 8

³⁸⁸ ESENER/GÜVEN, s. 41-43; AKSOY DURSUN, Eşya Kavramı, Oniki Levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 2012, s. 24 vd.

³⁸⁹ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 28-29; AKSOY DURSUN, s. 24 vd.

³⁹⁰ 30.11.2004, 48939/99, ezproxy.mef.edu.tr:3143-Hukuktürk (E.T. 13.11.2020); Aynı yönde, Keriman Tekin ve Diğerleri – Türkiye Davası, E.2010/22035 K.2016/ T.15.11.2016, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 13.11.2020)

kabul ederek, araziyi devralma beklentisinin ve AİHM içtihatları uyarınca (yapının) bağımsız bir mülk oluşturduğunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Bununla birlikte AİHM, bina kaçak olarak inşa edilmiş olmasına rağmen başvuranın, inşa ettiği binanın yapısının, su ve elektrik tesisatının ve içinde bulunan ev eşyaları ile kişisel eşyalarının sahibi olduğunu, kaçak yapıları engellemeye yönelik yasaların uygulanmasında Türk toplumunda yaratılan belirsizlik ve (yasal yaptırımların uygulanmaması nedeniyle) devlet makamlarınca başvurucunun davranışlarının hoş görüldüğü sonucuna varılması karşısında başvuran ile akrabalarının, meskenleri ve taşınabilir mallarında bir mülkiyet çıkarına sahip olduğunu kabul etmiştir. AİHM, kaçak yapıyı bağımsız bir mülk olarak kabul etmemekle birlikte başvuranın meskenine yönelik mülkiyet çıkarının AİHS'nin 1 No.'lu Protokolün 1.maddesinin ilk cümlesinin anlamı çerçevesinde önemli bir çıkar ve bir mülk oluşturmaya yetecek doğaya sahip olduğu ve yeterli derecede tanındığı sonucuna varmıştır. Buradan bizim vardığımız sonuca göre, kaçak yapı kişiye mülkiyet hakkı vermemekle birlikte belli şartlarda sahibi, AİHS kapsamında mülkiyet hakkının sağladığı haklardan faydalanma imkânına (mülkiyet çıkarına) sahip olabilmektedir.

Yukarıda sayılan eşyanın unsurları açısından kaçak yapıyı değerlendirdiğimizde, kaçak yapının nesnel bir varlığı olduğundan cismani (maddi) ve üzerinde hâkimiyet kurulmaya elverişli olduğu söylenebilir. Kaçak yapı, kişilik hakkı ile ilgili olmadığı ve kişinin kendi varlığından ayrı olduğu için kişilik dışıdır. Kaçak yapı ölçülebilen, sayılabilen cismani bir bütünlük taşımakla sınırları belirlenebilir bir yapıdır. Dolayısıyla buraya kadar olan tespitler bakımından kaçak yapının eşya olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Burada tartışılması gereken husus, yargı kararlarında sıklıkla ifade edildiği gibi kaçak yapının ekonomik değerinin olup olmadığı, bu yöndeki değerlendirmenin kaçak yapıyı eşya olmaktan çıkarıp çıkarmayacağıdır. Kanaatimizce, önceki bölümlerde alıntılanan kararlarda vurgulanmış olan ekonomik değeri olmama ifadesi yapının niteliğine göre alım-satım imkânının olmadığını anlatmaktadır. Kaçak yapılan bir daireyi daire olarak satma imkânı yasal olarak söz konusu olmayacaktır. Ancak bu dairenin enkaz olarak da olsa bir değeri vardır. Şayet değer, ihtiyaca cevap verme olarak kabul edilecek olursa yapı kaçak da olsa amaca uygun olarak kullanılabilir halde ise ihtiyaca cevap verdiği söylenebilir. Bu nedenle bizce, ekonomik değer açısından da kaçak yapının eşya olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Yargıtay, 27.10.2014 tarihli bir kararında;³⁹¹ davacının, kaçak olarak inşa edilmiş 3.kata ilişkin katkı payı alacağı talebine dayalı açtığı davada, yerel mahkemenin imara aykırı kaçak yapıların yıkılması gerekeceğinden bu yerle ilgili yaratılan ekonomik değerlerin korunmasının söz konusu olamayacağı gerekçesiyle verdiği ret kararını, davanın binanın mevzuata uygun hale getirilmesine ilişkin bir dava olmadığını, eldeki dava bakımından dava konusu dairenin ruhsatsız veya ruhsata aykırı olmasının bir öneminin bulunmadığını belirterek davacının katkı ya da katılma alacağının bulunup bulunmadığının tespiti yönünde inceleme yapılması için bozmuştur. Kanaatimizce, karar, kaçak yapının eşya olma vasfını taşıdığını göstermektedir. Ayrıca devlet halen, elektrik, su, gaz hizmeti verdiği iskânı olmayan kaçak yapılardan bedellerini tahsil etmekte, ruhsatlı veya ruhsatsız ayrımı gözetmeksizin tüm binalardan emlak vergisi tahsil etmektedir.

Kanaatimizce kaçak yapı, AİHM'nin yukarıda alıntılanan kararı da dikkate alınarak, muhdesat olarak "superficies solo cedit" kuralı gereği arzın mülkiyetine tabi yapı olduğu kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay'ın 1.04.2019 tarihli kararında da;³⁹² " (...) bir şeye malik olan onun bütünleyici parçalarına da malik olur. (TMK m. 684/1) Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını da kapsar. Bu mülkiyet kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalak üzere kalıcı yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer. Eşya Hukuku'nda muhdesattan, bir arazi üzerinde kalıcı yapı ve tesisler ile bağ ve bahçe şeklinde dikilen ağaçları anlamak gerekir. Muhdesat, şahsi bir hak olup sahibine arazi mülkiyetinden ayrı bağımsız bir mülkiyet veya sınırlı ayni hak bahşetmez. Taşınmaz üzerindeki kalıcı yapı, ağaç gibi bütünleyici parça niteliğindeki muhdesatların taşınmazın arzından ayrı bir mülkiyetinin varlığından söz edilemez. (...) denilmektedir.

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURLARI

İmar Kanunu m. 32/1 hükmüne göre; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine veya ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılarda projelerine ve ilgili

³⁹¹ Yarg. 15. HD, E.2014/15453 K.2014/19211 T.27.10.2014, ezproxy.mef.edu.tr:3143-Hukuktürk (E.T. 13.11.2020)

³⁹² Yarg. 8.HD, E.2016/2480 K.2019/3492 T.1.04.2019, ezproxy.mef.edu.tr:3143-Hukuktürk (E.T. 13.11.2020)

mevzuatına aykırı yapı yapıldığının herhangi bir şekilde öğrenilmesi durumunda belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilerek yapı mühürlenecek ve inşaat derhal durdurulacaktır. Maddeye göre, kanunun 21. maddesi uyarınca bütün yapılar, genel kural olarak ruhsata tabi olduğundan, bu yapılar için ruhsat alınmaması veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapılması, kanunun 27. maddesi uyarınca ruhsata tabi olmayan maddede özellikleri belirtilen köy yerleşim alanındaki yapılarda ise projelerine ve ilgili mevzuata aykırı yapı yapılması imar mevzuatına aykırılık oluşturacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından imar mevzuatına aykırılığın tespitinde yukarıdaki tanımlara göre üç hususun etkili olduğu söylenebilir. Bunlar; üzerinde inşaat yapılacak arsa, inşaatı yaptıracak olan arsa sahibi ve inşaatın yapılması için alınması gereken izin ve işlemleri kapsayan yasal prosedürler olarak sıralanabilir. Üzerinde inşaat yapılacak arsada nasıl bir yapı yapılabileceğini belirleyen düzenleyici işlemlerin, amacı yerleşme ve yapı düzenini belirlemek olan, uygulama imar planları olduğunu görmüştük. İşte, üzerinde kesin inşaat yasağı olan, tarla vasfında olan ya da sanayi bölgesi olarak belirlenen bir alanda konut veya işyeri amaçlı bir bina yapılmak istenmesi durumunda arsadan kaynaklı bir hukuka aykırılık nedeni karşımıza çıkmaktadır. Bu tür bir engelin olmadığı durumlarda İmar kanunu uyarınca inşaat projelerinin usulüne uygun olarak hazırlanıp, yapı denetim bürolarınca denetimi yapıp ilgili mercilerde tasdikleri yapıldıktan sonra yapı ruhsatı alınmadan inşaat yapılması veya bu ruhsat alınmasına rağmen ruhsat ve eki belgelere göre inşaat yapılmaması, inşaat bittikten sonra ruhsat tarihinden itibaren 5 yıl içinde yapı izin belgesinin alınmaması imar mevzuatına aykırılık oluşturacaktır.

Hukuka aykırılığın tespiti bakımından önemli olan bir diğer unsurda arsa sahibinin yapılaşma hakkının varlığıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından arsa sahibinin sözleşmedeki asli yükümlülüğü arsa payının devri olduğuna göre bu yükümlülüğü yerine getirebilecek yetkinliğe, hukuki statüye sahip olması, bize göre arsanın maliki olması gerekir. Başkasına ait bir arazi üzerinde veya belediye, hazine, özel idarelere, katma bütçeli dairelere ait arazi ve arsalarda veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde kişilerin yapılaşma hakları yoktur.³⁹³ Bu tip yapılar da esasen kaçak yapı olmakla birlikte 775 sayılı Gecekondu

³⁹³ ALTAN/YAVUZ, s. 518-520

Kanunun 2. maddesinde “*Gecekondu*” olarak adlandırılmakta ve 18. maddesi uyarınca, inşa sırasında olsun veya iskân edilmiş bulunsun, hiçbir karar alınmasına lüzum kalmaksızın, belediye veya devlet zabıtası tarafından derhal yıktırılacağı belirtilmektedir.

Aşağıda, kaçak inşaatın aynı zamanda görünüm şekilleri olan hukuka aykırılık unsurlarına, hangi yapıların imar mevzuatına aykırı dolayısıyla kaçak olduğu hususlarına değinilecektir.

1. RUHSATSIZ YAPILAR

İK m. 21 uyarınca istisnalar haricinde bütün yapılar için inşaata başlanmadan önce ruhsat alınması zorunludur. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği m. 54/1’e göre de, Kanun ve bu Yönetmelikle getirilen istisnalar dışında yapı ruhsatı alınmaksızın hiçbir yapının inşasına başlanamaz. İK m. 32’de bu kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapıya başlanması yaptırıma bağlanmıştır. Şu hâlde, İK’e göre belediye veya valiliklerden yukarıdaki mevzuat hükümleri uyarınca, ruhsat alma yükümlülüğüne uyulmaksızın yapılan yapı ruhsatsız, uygulamadaki adıyla, kaçak yapıdır.³⁹⁴ Bir başka ifadeyle, arsa üzerinde idareden yapı izni alınmadan inşaat yapılması halinde ruhsatsız yapıdan bahsedilebilecektir.³⁹⁵

Ruhsatsız yapıdan bahsedebilmek için; inşaatın, kişinin kendi arsa veya arazisi üzerinde yapılıyor olması, yapım işinin basit onarım niteliğinde olmaması, İK m. 27’de belirtilen istisna kapsamında ruhsatsız yapılabilecek yapı niteliğinde bulunmaması, inşaatın yapı niteliğini haiz olması gerekmektedir. İnşaatın imar planına uygun olması, yapı yasağının bulunmaması (Sit alanları, orman alanları, kıyılar, askeri yasak bölgeler, milli parklar, imar planları ile yasaklanmış bölgeler) ve yapılaşma hakkının mevcut olması, şayet ruhsat alma mecburiyeti yerine getirilmemiş ise, yapıyı imara aykırı kaçak yapı olmaktan kurtarmayacaktır. Ancak bu tip yapıların yasal hale getirilebilmesi mümkündür.

³⁹⁴ KALABALIK, Halil KALABALIK, İmar Hukuku Dersleri, (İmar Dersleri) Seçkin Yayınevi, 9. Bası, Ankara Eylül 2019, s. 706

³⁹⁵ ÖNGÖREN, (İmar), s. 245

İnşaata başlarken ruhsat alınmakla birlikte sonradan tadilat gerektiren durumların ortaya çıkması nedeniyle ruhsatın yenilenmemesi, imar planı değişikliği nedeni ya da ruhsat ve eklerine aykırılık nedeniyle ruhsatın idarece veya mahkeme kararıyla iptal edildiği durumlarda yapı ruhsatsız yapı statüsüne geçecektir.³⁹⁶

Keza, İK m. 54/2'e göre, ruhsat tarihinden itibaren 2 yıl içinde inşasına başlanmayan veya 5 yıllık ruhsat süresi içinde tamamlanmayan ve süresi içinde ruhsat yenilemesi yapılmayan yapılar da ruhsatsız yapı olarak değerlendirilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, İK m. 27 ile ilgili olarak, 14.02.2020 tarihinde yapılan değişikliğe kadar, belediye ve mücavir alanlar dışında köylerin köy yerleşik alanlarında, civarında ve mezralarda yapılacak konut, entegre tesis niteliğinde olmayan ve imar planı gerektirmeyen tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar ile köyde oturanların ihtiyaçlarını karşılayacak bakkal, manav, berber, köy fırını, köy kahvesi, köy lokantası, tanıtım ve teşhir büfeleri ve köy halkı tarafından kurulan ve işletilen kooperatiflerin işletme binası gibi yapılar için yapı ruhsatı aranmamakla birlikte etüt ve projelerinin valilikçe incelenmesi ve muhtarlıktan yazılı izin alınması zorunlu idi. Anılı tarihte yapılan değişiklikle muhtarlıktan izin şartı kaldırılmış onun yerine projelerin valilik onayını müteakip muhtarlığa bildirim usulü getirilmiştir. Belirtilen tarihe kadar söz konusu alanlarda yapılacak binalar için muhtarlık izni alınmaması yapıyı imara aykırı hale getirmekteydi. Görüşümüze göre, yapılan düzenlemeyle diğer koşullar (etüt ve projeler için valilik onayı ve yapıların yöresel doku ve mimari özelliklere, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olması) dışında muhtarlıktan izin koşulu kaldırıldığından, artık maddede belirtilen alanlarda yapılacak yapılar için muhtarlık izni bir hukuka aykırılık unsuru olmaktan da çıkmıştır.

2. RUHSAT VE EKLERİNE AYKIRI YAPILAR

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalandıktan sonra yapı ruhsatı alabilmek için (PAİYÖN. m. 55/2) yapı sahipleri veya vekilleri ilgili idareye verecekleri dilekçeyle aplikasyon krokisini, tapu kayıt örneği veya istisnai hallerde tapu kayıt örneği yerine geçen belgeleri ekleyerek, parsele ait imar durum belgesi, yol kotu tutanağı, kanal kotu tutanağı ve uygulama imar planına esas onaylı jeolojik ve jeoteknik etüt raporunun parselin bulunduğu alana esas bölümünü almak üzere

³⁹⁶ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 706

müracaat etmesi, alacakları bu belgelere (PAİYÖN. m. 57); a) Mimari proje: Bu projeye; *“Vaziyet planı, Kat irtifakına ve kat mülkiyetine esas paylaşım tablosu, Bağımsız bölümler ile ortak alanların brüt inşaat alanı, eklentiler ve toplam yapı inşaat alanının yer aldığı metrekare cetveli, Bodrum katlar dahil olmak üzere bütün kat planları, Çatı planı, Kat ve çatı planlarına ilişkin bir tanesi ortak merdivenden geçmek üzere en az iki adet kesit ve yeteri sayıda görünüş, Toprak kazı hesabı, Gerektiğinde sistem kesitleri ve nokta detayları bulunan avan proje ve uygulama projeleri, Otopark, sığınak ve ağaç hesapları, ayrıca ilgili mühendis ve mimarlarca hazırlanan; asansör avan projesi, ısı ve su yalıtım projesi veya raporu, gürültüye karşı korunma proje veya raporu, yerleşme ve yapının özelliğine göre ilgili idarece istenecek peyzaj projesi”* de eklenir. b) Statik proje, c) Mekanik tesisat projesi, d) Elektrik tesisat projesini eklemeleri gerekmektedir.

İdareye sunulan belgeler uygun görüldüğü ve onaylandığı takdirde yapı sahibine, Devlet İstatistik Enstitüsünce hazırlanmış tip formlar üzerine düzenlenen biri asıl olmak üzere 4 nüsha yapı izin belgesi verilir.³⁹⁷ Yapı sahibi, yapısını idareye vermiş olduğu onaylanan ve bu onaylı projelere göre hazırlanan yapı ruhsatı ve eki projesine uygun olarak inşa etmek zorundadır.³⁹⁸ Bu zorunluluğa uyulmadan yapılan yapılar ruhsat ve eklerine aykırı yapılar grubuna girer³⁹⁹ ve bu yapılar da imara aykırı kaçak yapılar olarak adlandırılır. Ruhsata aykırı uygulamalar, odaların kullanım alanı büyüklükleri ve yerlerinde yapılacak değişiklikler gibi yapının iç boyutunda olabileceği gibi röperli kroki ile belirlenen yerinde, taban alanında veya yüksekliğinde yapılacak değişiklikler şeklinde dış boyutunda da olabilir.⁴⁰⁰

3. DİĞER İMAR KURALLARINA AYKIRI YAPILAR

İmar mevzuatı ve yargısal kararlar ışığında öğretilde benimsenen, kanaatimizce aynı zamanda ruhsat ve/veya eklerine de aykırılık da teşkil eden yapılara ilişkin bazı aykırılık türleri şu şekilde belirlenmiştir:

³⁹⁷ YILDIZ, s. 329

³⁹⁸ ZEVKLİLER, s. 268

³⁹⁹ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 706

⁴⁰⁰ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 706

Fen Kurallarına Aykırı Yapılar: Fen kuralları yapı tekniğine ilişkin olup mühendislik bilimi ile ilgilidir.⁴⁰¹ Demir ve kolon ölçüleri gibi statik hesaplamalar, hangi malzemenin nerede hangi ölçüde kullanılması gerektiği gibi hususlar mimar ve inşaat mühendislerince hazırlanan mimari proje kapsamında belirlenen hususlar olup esasen bu gibi teknik plan ve projeler yapı denetim büroları ve idare tarafından incelenip onaylanmaktadır. Her yapı için teknik ölçütler aynı değildir. Yapının büyüklüğüne, yapılış amacına ve zemine göre mühendislik bilimi açısından farklı ölçütler ve teknikler kullanılmaktadır. Fen kuralları olarak adlandırılan, bu kurallara uygun olarak inşa edilmeyen yapılar imar mevzuatına aykırı kaçak yapılarıdır.

Sağlık Kurallarına Aykırı Yapılar: İnşa edilecek yapılar, insanların içinde güvenle ve yapılış amacına uygun şekilde oturmasına veya çalışmasına hizmet etmelidir. Kanalizasyon bağlantısı olmayan ya da olması gerektiği gibi yapılmayan, hiçbir şekilde gün ışığı görmeyen, ışıklığı bulunmayan yapılar bu açıdan sağlık kurallarına aykırı yapılar olarak kabul edilmelidir.⁴⁰² Yapılarda sağlık kurallarına aykırılık saptanırsa kullanım izni verilmez.⁴⁰³

Sağlık yönünden 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununda, İK'nin 4. maddesi kapsamında, Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 01.05.2000 tarih ve 2000/33 sayılı genelgesine göre, özel hüküm niteliğinde olup halen yürürlükte olan ve belediyeler ile vatandaşla hak ve ödevler yükleyen 250-257'nci maddeler arasında düzenlenmiş hükümler bulunmaktadır. Bu hükümlerde; belediyelerin ruhsatı olmadan her nevi mesken ve umuma mahsus binaların inşası yasaklanmakta, bina projesinin belediyeye sunulması gerektiği, umuma mahsus binalar için sağlık heyetinden rapor alınması ve sağlık bakanlığı tarafından belirlenecek şartlara ve diğer kurallara uygunluğunun tespit edilmesi halinde inşaata izin verilebileceği, izin alınmadan veya öngörülen sağlık şartları dikkate alınmadan inşaat yapılması halinde bunun tamamlanmasına, tamamlanmış ise sağlık şartları veya izin işlemi yerine getirilmeden iskân ve kullanımına engel olunacağı, yeni inşa edilerek sahibi tarafından oturma veya kiralama maksadıyla kullanılacak binaların sağlık ve fen yönünden mahsurları olmadığını belediye tarafından tasdik edilmeden iskân ve kiraya verilmesinin yasak olduğu belirtilmekte;

⁴⁰¹ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 707; ERGEN BÖKE, s. 85

⁴⁰² KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 707; ERGEN BÖKE, s. 86

⁴⁰³ ZEVKLİLER, s. 289

belediyenin bu hususlarda kontrol yetki ve ödevlerine, sağlık şartlarına aykırı ve insan hayatına önemli zarar verecek meskenlerin ıslahı, hıfzıssıhha meclislerince verilecek rapor ve bunlara itiraz ile bu kararlara göre verilecek tadilat, ıslahat veya tamirat icra edilmeden, meskenlerin ve can ve sağlık için tehlike oluşturan binaların, kullanılamayacağına, bu tür binaların oluşturduğu tehlikelerin belediyelerce giderileceği ve masrafının da sahibinden tahsil edileceğine yer verilmektedir.

Şehircilik İlkelerine, Planlama Esasları ile Kamu Yararına Estetik ve Trafik Kurallarına Aykırı Yapılar: Mekansal planlar yapım yönetmeliğine göre belirlenen şehircilik ilkeleri, Nazım ve uygulama imar planları ile belirlenen kurallar, plan hiyerarşisi içinde kamu yararı gözetilerek hazırlanır. Planların hazırlanmasında kamu yararının gözetilmemesi ve plan hiyerarşisine uyulmaması hukuka aykırılık oluşturacaktır.⁴⁰⁴ Bu durumdaki planların iptali söz konusu olacağından bu planlara göre verilen ruhsatlar iptal edilebilecek ve yapılar mevzuata aykırı, kaçak duruma düşebilecektir. Diğer yandan İK m. 8/b uyarınca, İlgili idareler, kuracakları mimari estetik komisyonu ile yapıların ve onaylı mimari projelerinin özgün fikir ifade edip etmediğine karar verebilirler. Yönetmeliğin 5/15. maddesine göre de, ilgili idareler; imar planlarında açıklanmamış ve yönetmelikte yer almamış hususlarda, meclis kararı alarak, yapıların estetiği, rengi, çatı ve cephe kaplaması, yöresel malzeme kullanılması ve yöresel mimarinin dikkate alınmasına ilişkin zorunluluk getirmeye yetkili kılınmışlardır. Bu kapsamda mimari estetik komisyon kararına aykırı yapılan yapılar da imar mevzuatına aykırı dolayısıyla kaçak olacaktır.⁴⁰⁵

Yapının, İmar planlarında belirlenen iç ve dış ölçü kurallarına uygun olarak yapılsa bile, estetik kurallara, çevre ve kentin görünümünü bozmayacak şehircilik kurallarına uygun biçimde yapılmış olması gerekir.⁴⁰⁶ Trafik kurallarına uyulmadan yapılan, trafiğin akışını bozan, engelleyen, olumsuz etkileyen yapılar imar hukukuna aykırıdır.⁴⁰⁷ Şehircilik, estetik veya trafik bakımından mahzurlu görülen enkaz veya birikintilerin, gürültü ve duman tevliheden tesislerin hususi mecra, lağım, çukur, kuyu; mağara ve benzerlerinin mahzurlarının giderilmesi ve bunların zuhuruna meydan verilmemesi gerekmektedir. (İK m. 40)

⁴⁰⁴ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 707-708

⁴⁰⁵ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 708

⁴⁰⁶ ZEVKLİLER, s. 289

⁴⁰⁷ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 708

Kat Düzenine Aykırı Yapılar: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde tarafların amacı, KMK'e uygun bağımsız bölüm mülkiyetleri tesis etmektir. Yüklenici sözleşme ile kendisine bırakılan bu bağımsız bölümleri satarak kazanç sağlayacak arsa sahibi ise ihtiyacına göre kullanacak ya da tamamen veya kısmen o da kendisine kalan bölümleri satış, kira vb. yöntemlerle değerlendirecektir. İşte bunun için yapılan binanın KMK'nin getirdiği düzene uygun olması, kat irtifakı ve kat mülkiyetinin tesis edilebilmesi gerekir.

KMK m. 1'e göre, Tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde, o gayrimenkulun maliki veya ortak malikleri tarafından, bu kanun hükümlerine göre, bağımsız mülkiyet hakları kurulabilmekte, yapılmakta olan veya ileride yapılacak olan bir yapıda ise, yapının belirtilen nitelikteki bölümleri üzerinde, yapı tamamlandıktan sonra geçilecek kat mülkiyetine esas olmak üzere, arsa maliki veya arsanın ortak malikleri tarafından, bu kanun hükümlerine göre irtifak hakları kurulabilmektedir. KMK m. 3'e göre, Kat mülkiyeti, arsa payı ve ana gayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyet olup, kat mülkiyeti ve kat irtifakı; bu mülkiyete konu olan ana gayrimenkulün bağımsız bölümlerinden her birinin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleri ile oranlı olarak projesinde tahsis edilen arsa payının ortak mülkiyet esaslarına göre açıkça gösterilmesi suretiyle kurulabilmektedir. KMK m. 15'e göre, Kat malikleri kendilerine ait bağımsız bölümler üzerinde, bu kanunun ilgili hükümleri saklı kalmak şartıyla, TMK'nin maliklere tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahip olmakta, m. 16 uyarınca kat malikleri, ana gayrimenkulün bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine göre malik olmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de amaç, tamamlanmış bir yapıda ortak yerlerle bağlantılı, ayrı ayrı ve başlı başına kullanmaya elverişli, konum, büyüklük ve hesaplanan değerleriyle orantılı arsa payı tahsis edilmiş bağımsız bölüm oluşturmak olduğuna ve yapı ruhsatı almak için de bağımsız bölüm ve ortak alanların projesinde belirlenmiş olması gerektiğine göre,⁴⁰⁸ inşa edilen yapıda bu nitelikleri haiz olmayan, KMK m. 44'de yazılı koşullara aykırı yapılmış, arsa payı tahsis edilmemiş fazla bağımsız bölümün olması veya tahsis edilen arsa payı ile orantılı

⁴⁰⁸ Danıştay 6.D, E.2016/2016 K.2017/8648 T.08.11.2017, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020)

olmayan, olması gerekenden daha büyük ya da küçük inşa edilmiş, gösterilenden farklı konumlarda yapılmış alanların bulunması, kısaca KMK'de belirlenen esaslara aykırı inşa edilen yapı kat düzenine aykırılık teşkil edeceğinden⁴⁰⁹ bu tip yapılar da imara aykırı kaçak yapı olarak nitelenecektir. Görüşümüze göre belirtilen hususlar, bir imar parselinde KMK'e göre inşa edilecek tüm inşaat sözleşmeleri için de geçerlidir.

Taban alanı Kurallarına Aykırı Yapılar: Taban alanı, zemine oturan en dış çeperlerdeki kolonların dış yüzeylerinin en kısa doğru parçalarıyla birleştirilmesiyle belirlenen alan (PAİYÖN. m. 20/1), bir başka ifadeyle, "*yapının parsele oturacak izdüşümünde kaplayacağı azami alan*"⁴¹⁰ dır. Yapının taban alanına aykırı oturması çekme mesafesi, komşu yaklaşma sınırı, kat alanı gibi kural ve ölçülerinde ihlaline neden olacak dolayısıyla ruhsat ve eki projelere aykırılık teşkil edeceğinden yapı ruhsata aykırı kaçak yapı haline gelecektir.⁴¹¹

Komşu Mesafelerine Aykırı Yapılar: Yapıların komşu parsel sınırından uzaklığını belirleyen çekme mesafeleri bulunmaktadır. Bu mesafeler imar planlarıyla belirlenebilmektedir.⁴¹² Öğretide ve imar hukukunda yan bahçe uzaklığı olarak da isimlendirilen komşu mesafeleri, yapının yüksekliği genişliği konut ya da kullanım birimi sayısına bağlıdır. PAİYÖN m. 23 ve PAİY m. 14' de bu husustaki kurallar ve minimum mesafeler yer almaktadır. Burada yer alan kurallara aykırı yapılan yapılarda imar mevzuatına aykırı dolayısıyla kaçak yapılardır.⁴¹³

İmar Yolu ile İlgili Kurallara Aykırı Yapılar: İmar yolları imar planlarında var olan fakat henüz açılmamış yollar olup yapının yapıldığı anda var olup buna aykırı olarak yapının yapılma durumu söz konusu olabileceği gibi imar planında yapılan değişikliklerle sonradan da imar yolu yapıyı imara aykırı hale getirebilmektedir.⁴¹⁴

Ön Cephe hattı ve Bina Derinliğine Aykırı Yapılar: PAİYÖN' nün 4/1-kkk maddesine göre, parselin üzerinde bulunduğu yoldaki cephe parsel cephesidir. Birden

⁴⁰⁹ Halil KALABALIK İmar Barışı, (İmar Barışı) Seçkin Yayınevi, Ankara Kasım 2018, s. 24-25

⁴¹⁰ ERGEN/BÖKE, s. 87

⁴¹¹ ERGEN/BÖKE, s. 87

⁴¹² ERGEN/BÖKE, s. 87

⁴¹³ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 709

⁴¹⁴ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 709-710

fazla yola cepheli parsellerde uygulama imar planında belirtilmemiş ise geniş yol üzerindeki kenar, parsel ön cephesi olup yolların eşit olması halinde ve köşe başı parsellerde dar kenar, parsel ön cephesidir. Parsel derinliği ise, parsel ön cephe hattına arka cephe hattı köşe noktalarından indirilen dik hatların ortalamasıdır. Binaların yola olan mesafesi ön cephe hattına göre belirlenmektedir. İK. m. 12'e göre, imar planlarında gösterilen cephe hattından önde bina yapılamaz.⁴¹⁵ Bina derinliği, binanın ön cephe hattı ile arka cephe hattının en uzak noktası arasındaki ve ön cephe hattına dik olan hattın uzaklığı olup bu konuda PAİYÖN m. 6/3 ve PAİY m. 19'da bina derinliklerine ilişkin oran ve mesafeler belirtilmiştir.⁴¹⁶ Düzenli, sağlıklı ve estetik bir kentleşme için imar planlarıyla belirlenen cephe hattını ve yönetmeliklerde belirlenmiş olan bina derinliğini ihlal eden inşaat, açıkça mevzuata aykırı kaçak yapı haline gelecektir.

Ayrıca, imar planlarındaki bölgeleme ile ilgili esaslara aykırı yapılar, kesin inşaat yasağı olan yerlerdeki yapılar, ve diğer kanunlardaki (2960 sayılı *Boğaziçi Kanunu*, 4562 sayılı *Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu*, 775 sayılı *Gecekondu Kanunu*, 6831 sayılı *Orman Kanunu*, 4342 sayılı *Mera Kanunu*, 2873 sayılı *Milli Parklar Kanunu*, 3621 sayılı *Kıyı Kanunu*, 2863 sayılı *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu*, 2918 sayılı *Trafik Kanunu*) hükümlere aykırı yapılar, yıkılacak derecede tehlike arz eden yapılar, başkasının arsasına tecavüz edilerek yapılan yapılar da imar mevzuatına aykırı yapılar olarak nitelendirilmektedir.

II. KAÇAK YAPININ UYGULAMADAKİ GÖRÜNÜMLERİ

A. İMAR DURUMUNUN OLMAMASI

Nazım İmar Planı esaslarına uygun hazırlanan uygulama imar planları, genel düzenleyici işlem niteliğinde bir plan olup arazi parçalarının kullanım şekli, yerleşim yerlerinin alacağı biçimi göstermektedir. Bu planlara uygun olarak yerel idareler, taşınmaz üzerine inşaat yapacak arsa sahiplerine ya da genellikle vekil olan yüklenicilere, parsellerin kullanım şekli, parsel üzerinde yapılacak yapının uygulamaya yönelik özelliklerini ve kadastral durumun ne olduğunu gösteren imar

⁴¹⁵ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 710; ERGEN/BÖKE, s. 88

⁴¹⁶ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 710; ERGEN/BÖKE, s. 88-89

durum belgesi verirler. Bu belgeye göre, kullanım amacı ve yapılaşmanın koşullarını daha ayrıntılı ve parselle özgü belirleyen birel işlem niteliğindeki yapı izin belgesi (İnşaat ruhsatı) düzenlenir. Şayet arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre, üzerinde inşaat yapılması kararlaştırılan arsa için alınacak imar durumu, sözleşmeye uygun inşaat yapılmasına olanak tanımıyorsa bu arsa için ruhsat verilmesi de söz konusu olmaz. Buna rağmen inşaat yapılması inşaatı kaçak inşaat niteliğine sokacak ve İK'deki yaptırımlar dışında sözleşme ilişkisi bakımından aşağıda açıklanan sonuçlara neden olacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmadan önce, sözleşmeyle üzerinde inşaat yapılması kararlaştırılan parsel veya parseller hakkında bir imar planının bulunmaması, parselasyon planlarının yapılmamış olması, imar yasağının veya kısıtlarının bulunması, sit alanı veya yeşil alan ilan edilmiş olması, kesinleşmiş kamulaştırma kararı bulunması, taşınmazın tarla vasfında olması, sanayi bölgesinde kalması, parsellerin tevhit edilmesine bağlı yapılan sözleşmede imar mevzuatına göre tevhidin mümkün olmaması gibi, sözleşme şartlarına göre inşaat yapılması mümkün olmayan durumlarda, sözleşmenin yapılmasından önce var olan hukuki imkânsızlık durumu söz konusudur. Bu tür durumlar genellikle süreklilik niteliğini taşır ve makul süre içinde giderilebilecek durumda olanlar dışında sözleşmeyi hükümsüz kılar. Böyle bir durumda TBK m. 27/1 (eBK m. 20) uyarınca sözleşme batıl olduğundan⁴¹⁷ taraflar edimlerini yerine getirmekten kaçınabilir ve karşılıklı verdiklerini sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde birbirlerinden geri isteyebilirler. Sözleşme tapuya tescil edilmiş ise terkinin gerekir.⁴¹⁸ Hükümsüz olan bu tür sözleşmelerdeki cezai şartlar da hükümsüz olacaklarından talep edilemezler. Başlangıçta mevcut olan bu imkânsızlık herkes için geçerli ve objektif niteliktedir. Başlangıçtaki imkânsızlık kısmi de olabilir. Ancak sözleşmenin geçersizliğine etki edebilmesi için objektif nitelikte olması gerekir.⁴¹⁹ Kısmi imkânsız olan kısımlar olmadan sözleşmenin hiç

⁴¹⁷ SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 215

⁴¹⁸ Bu konuda, takip ettiğimiz bir davayı uygulamadan (maalesef olumsuz) bir örnek olarak vermek isteriz. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçersizliğinin tespiti, olmadığı taktirde feshi ve tapudaki sözleşme şerhinin terkinin talebiyle açtığımız bir davada mahkeme; müvekkilin arsası rezerv yapı alanında kalmasına, belediyenin ilgili alanda parselasyon yapılmadığı bilgisi vermesine bu hususların keşfen tespit edilmiş olmasına rağmen, esasen sözleşme tarihinden önce var olan objektif imkansızlık hali kanıtlanmış olduğu halde, öncelikli talebimiz olan geçersizliğin tespiti yerine sanki ortada geçerli bir sözleşme varmış gibi sözleşmenin geriye dönük feshine karar vermiştir. (Küçükçekmece 4. Asliye Hukuk Mahkemesi E.2017/278 K.2019/374, T.19.04.2019, Karar istinaf edilmeksizin kesinleşmiştir.)

⁴¹⁹ KÜRŞAT(Makale), s. 9

yapılamayacağı kabul ediliyorsa bu taktirde sözleşmenin tamamı geçersiz kabul edilir.⁴²⁰ Aksi halde, kısmi imkânsızlıkta tarafların kusur durumlarına göre sorumlulukları belirlenir. Yukarıdaki hallerde esasen inşaat ruhsatı alınması mümkün olmamakla birlikte alınmış olsa dahi bunun iptali kaçınılmaz olur. İnşaat ruhsatsız başlanılmış veya iptal edildikten sonra devam edilmiş ise kaçak inşaat konumunda olur.

Konuyu Yargıtay kararlarıyla örneklendirecek olursak;

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 21.10.2019 tarihli bir kararında;⁴²¹ kat karşılığı inşaat sözleşmesinde zemin katta iki adet dükkan inşa edilmesi kararlaştırılmış olmasına rağmen imar durumunun elvermemesi nedeniyle dükkan inşası mümkün olmaması ve bunun yerine üç adet bağımsız bölüm yapılması üzerine, arsa sahibi üzerinde kalan 1 nolu bağımsız bölüm tapusunun iptali ve adına tescili talebiyle yüklenicinin açtığı davada; yerel mahkemenin, bilirkişilerin paylaşım oranına göre yaptıkları hesap neticesi davacıya ait olması gerektiği sonucuna varmaları üzerine rapora uyararak davanın kabulüne dair verdiği kararı; yüklenicinin tacir olup işin ehli olması, başlangıçtaki imar mevzuatına göre yapacağı inşaatın özelliklerini tespit edip projelerini buna göre yapmak zorunda olması, sözleşmede zemin katta dükkan yapılacağı belirtilmesine rağmen yapılmaması nedeniyle davacı yüklenicinin davalı arsa sahibinin bu sebeple oluşan zararlarını, iskân masrafları ile birlikte varsa eksik ve kusurlu işler bedelini de karşılamak zorunda olduğu, mahkemece yapılması gerekenin davacıya iskân ruhsatını alması için süre vermek alınmadığı taktirde, tüm eksik ve kusurlu işler bedeli ile iskân masrafları ve davalı arsa sahibinin dükkan yapılmamasından kaynaklanan zararının bilirkişilerden alınacak ek raporla hesaplattırılıp birlikte ifa suretiyle sonucuna göre karar verilmesi gerekçesiyle bozulmuştur. Yargıtay'ın bu kararda, başlangıçtaki kısmi imkânsızlığa rağmen tamamlanmış olan yapıda, yüklenicinin dükkan teslim etme edimini yerine getirememesinde işin ehli tacir olarak imar durumunu araştırmamış olması nedeniyle yükleniciyi kusurlu bulduğu ve her ne kadar paylaşım hesabına göre dava konusu dairenin yüklenicide kalması sonucu ortaya çıkmış ise de birlikte ifa kuralı gereğince arsa sahibinin zararlarının, iskân ruhsatı alınması ile birlikte diğer eksik ve kusurlu

⁴²⁰ SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 217

⁴²¹ Yarg. 15. HD, E.2019/78 K.2019/4001 T.21.10.2019, ezproxy.mef.edu.tr:3143-Hukuktürk (E.T. 05.10.2020)

işler masraflarının hesaplanması gerektiğine karar vermiştir. Kısmi ifa imkânsızlığında tacirin sorumluluğu bakımından kararın doğru ve önemli bir karar olduğunu değerlendiriyoruz.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 18.12.2015 tarihli bir kararında;⁴²² tapu üzerindeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şerhinin kaldırılması amacıyla arsa sahibi tarafından açılan davada, yerel mahkemenin, davalı yüklenicinin inşaat ruhsatı başvurusunda bulunmamış olması imar durumu nedeniyle edimini yerine getirme imkânının kalmaması gerekçeleriyle tam kusurlu olduğunu kabul ederek temerrüt nedeniyle davanın kabulüne karar vermiş olmasına karşın, sözleşmenin kurulduğu an itibarıyla taşınmazların tarımsal alan içerisinde kaldığını, bu parseller üzerinde inşaat yapılmasına kamu düzeninden olan imar mevzuatının cevaz vermediğini, bu nedenle sözleşmenin hukuken geçerliliğinin bulunmadığını, sözleşme daha kurulurken baştan itibaren geçersiz olduğundan uygulanacak müeyyidenin fesih değil sözleşmenin geçersizliğinin tespiti olduğunu, zira fesih kararının ancak hukuken kurulmuş geçerli bir sözleşme için verilebileceğini vurgulayarak yerel mahkeme kararını bizim de katıldığımız haklı ve değişik gerekçe ile düzelterek onamıştır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 12.12.2019 tarihli bir kararında;⁴²³ Davacı tarafça sözleşme tarihinden önce imar durumunun taşınmaz üzerinde soğuk hava deposu yapılmasına müsait olmadığını bildiğini, buna rağmen sözleşmeyi imzaladığını kabul etmek suretiyle yüklenicinin yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna varmış ve davalı bakanlığın teminat mektubunu nakde çevirmesini haklı bulmuştur. Burada edim yükümlüsü edimin imkânsız olmasında kusursuz da olsa eş söyleyişle objektif imkânsızlık hali söz konusu olsa da, var olduğunu bildiği halde imkânsızlık sebebine rağmen sözleşmeyi imzalamasında kusurlu bulunmuştur. Zira, yüklenici sözleşmeyi imzaladıktan sonra belediyeye imar durumuna göre ruhsat için başvurduğunu ancak ruhsat verilemeyeceğini öğrendiğini, başka bir arazi için yaptığı müracaatta da aynı cevabı aldığını ifade etmiştir. Yargıtay'ın muhtelif kararlarında da belirtildiği üzere basiretli tacir olarak kabul edilen yüklenicinin sözleşme imzalamadan önce yükümlendiği inşaatın imar durumu koşullarını önceden araştırması ve ona göre sözleşmeyi imzalaması gerekir. Ancak kanaatimizce, yüklenici her ne kadar kusurlu

⁴²² Yarg. 23. HD, E.2014/6655 K.2015/8277 T.18.12.2015, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 05.10.2020)

⁴²³ Yarg. 13.HD, E.2016/26239 K.2019/12548 T.12.12.2019, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 05.10.2020)

olsa da sözleşme yukarıdaki emsal kararda ve aşağıda belirtilen kararda olduğu gibi butlan nedeniyle hükümsüz olduğundan sözleşmedeki irat kaydedilmeye ilişkin hüküm de geçersiz olmalı ve taraflar sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde verdiklerini geri isteme hakkına sahip olmalıydı. Bizce Yargıtay'ın aynı yöndeki diğer kararlarıyla çelişen bu kararı açıklanan nedenle hatalıdır.

Nitekim, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 04.10.2017 tarihli kararında;⁴²⁴ taraflarca sözleşme öncesi müşterek olarak bilinen ve sözleşmenin kurulduğu anda dava konusu taşınmaz için objektif imkânsızlık söz konusu olması nedeniyle TBK m. 27 uyarınca hükümsüz olduğu kabul edilen sözleşmede bu sözleşmede yer alan cezai şartın da hükümsüz olacağı gerekçesiyle talep edilemeyeceğine haklı olarak karar vermiştir.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 15.02.2017 tarihli kararında;⁴²⁵ imar planı olmayan bir yerle ilgili olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılamayacağını belirttiikten sonra, somut olayda imar planının sözleşmenin imza tarihinden önce iptal edilmiş olduğunu, sözleşmenin imzalandığı tarihte geçerli bir imar planının bulunmadığını, bu haliyle sözleşmenin konusunun imkânsız olduğunu, TBK m. 27/1 hükmü uyarınca sözleşme batıl olduğundan tarafların karşılıklı olarak verdiklerini geri isteyebileceklerini hükme bağlamıştır. Burada Yargıtay, imkânsızlığın bilinmesi tartışmasına girmeden sözleşme tarihine göre imkânsızlığın mevcut olmasını butlan için yeterli görmüştür. Oysa, ilamdan, anlaşıldığına göre davacının imar planının iptalinden yaklaşık altı ay sonra sözleşmenin imzalanmasından ise iki ay önce imar durumu aldığı iddia edilmiş ve dava tarihinden önce yeni imar planı yürürlüğe girmiştir. Kanaatimizce bu durumda, yeni imar planına göre sözleşmenin ifa imkânının olup olmadığının araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğine karar verilmeliydi.

Nitekim, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 21.09.2017 tarihli kararında;⁴²⁶ İki adet prefabrik depo inşaatı yapılması için yapılan sözleşmede inşaatın iki ay sonra yüklenici tarafından durdurulması ve durdurma tarihinden 9 ay sonra sözleşmenin geçersiz olduğunun tespiti ve teminat mektubunun iadesi ile uğranılan zararların

⁴²⁴ Yarg. 23. HD, E.2015/1990 K.2017/2533 T.04.10.2017, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 05.10.2020)

⁴²⁵ Yarg. 23. HD, E.2015/6532 K.2017/423 T.15.02.2017, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 05.10.2020)

⁴²⁶ Yarg. 15. HD, E.2017/1398 K.2017/3096 T.21.9.2017, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 05.10.2020)

tazmini talepli açılan davada, ihale ve sözleşme tarihi itibarıyla inşaatın yapılacağı yerde imar planının olmadığı ve ruhsatın alınmamış olduğu kabul edilmekle birlikte bunun sözleşmenin butlanına neden olan devamlı imkânsızlık hali olmadığını ve geçici imkânsızlık hali oluşturacağını, imar planının davanın açılmasından sonra yapıp ruhsatın da yine dava tarihinden sonra alındığını da dikkate alarak, geçici imkânsızlık halinde sözleşme mutlak olarak batıl olmadığından imkânsızlığın giderilmesi için makul bir süre geçtikten sonra sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülüp menfi zarar ve tazminatın (teminatın olacak) iadesinin talep edilebileceği belirtilerek davalının iradesine bağlı olmayan belediyenin yapacağı imar düzenlemesi için beklenilmesi gereken (somut olayda gerçekleşen) bekleme süresinin makul süre içinde olduğu bu nedenle yerel mahkemenin verdiği kabul kararının doğru olmadığı sonucuna, kanaatimizce de haklı gerekçelerle, varmıştır.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 18.04.2019 tarihli bir kararında;⁴²⁷ tapudaki şerhin kaldırılması talepli açılan davada, davalının imkânsızlığın geçici olduğu, ortadan kalktığında inşaatın devam edileceğine ilişkin savunmasına karşın, sözleşmenin imzalanmasından itibaren 9 yıl geçmiş olması ve belirsizliğin devam etmesini dikkate alarak davacının sözleşme ile bağlı kalma konusundaki tahammül süresinin dolmuş olduğu ve davacının mülkiyet hakkının belirtilen süre kadar sınırlandırılmayacağı gerekçesiyle yerel mahkemenin verdiği kabul kararını yasaya uygun bularak onamıştır. Elbette bu karara bakarak makul sürenin 9 yıl olabileceğini düşünmemek gerekir. Kanaatimizce ve öğretide de kabul edildiği üzere,⁴²⁸ makul süre her somut olaya göre ayrıca değerlendirilmelidir.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 08.10.2019 tarihli kararında;⁴²⁹ Dava konusu sözleşme her ne kadar imzalandığı tarihte geçersiz ise de, imar çalışmalarının devam ettiğini, her iki tarafın süreçten haberdar olduğunu ve tarafların sözleşmenin geçerli hale gelmesini beklemeleri gerektiğini, imar planı kesinleştikten sonra yüklenicinin makul süre içinde ruhsat alarak çalışmalara başlaması gerektiğini, sözleşmede yapı ruhsatı alınması için bir süre öngörülmediğini, arsa sahibinin imar planı kesinleştikten sonra yüklenicinin temerrüdü söz konusu olacağından bu olmadan yapılan feshin haklı fesih olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmek suretiyle

⁴²⁷ Yarg. 23. HD, E.2016/5192 K.2019/1459 T.18.04.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 05.10.2020)

⁴²⁸ DUMAN (Kusur), s. 40

⁴²⁹ Yarg. 23. HD, E.2016/5538 K.2019/4091 T.08.10.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 05.10.2020)

başlangıçtaki imkânsızlığı ve buna bağlı geçersizliği mutlak olarak değerlendirmemiş taraflarca önceden bilinen imar planı çalışmalarının kesinleşmesinin beklenmesi gerektiğine karar vermiştir. Sözleşmede ruhsat alımı içi bir süre öngörülmediği ve sözleşmenin başlangıcında ifanın mümkün olmadığı taraflarca bilindiği için makul bir süre imar planının kesinleşmesi ve sözleşmeye göre ruhsat alınmasının beklenmesi dürüstlük kuralına da uygun olacağından karar bizce de yerindedir.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 23.10.2019 tarihli bir kararında,⁴³⁰ imkânsızlığın sözleşme özgürlüğünü sınırlayan sebeplerden biri olduğunu belirterek, her ne kadar sözleşmenin imzalandığı sırada edimin ifası imkânsız olsa da sözleşme bir şarta bağlanmışsa, şartın gerçekleşmesi halinde ifa imkânı ortaya çıkarsa, bu durumda imkânsızlıktan ve sözleşmenin geçersiz olduğundan bahsedilemeyeceğini, bu şart gerçekleşene kadar askıda geçersizlik halinin söz konusu olduğunu, şartın gerçekleşmesi halinde sözleşmenin geçerli hale geleceğini ifade etmiştir. (TBK m. 170) Karara konu somut olay, imar durumu nedeniyle sözleşmede kararlaştırılardan daha az m² arsa sahibine verilecek olması nedenine dayalı bir ihtilaf olup Yargıtay, imar durumunun taraflarca bilindiği, sözleşmenin ifasının belediyeden bir kısım yer alınması koşuluna bağlandığı, bu durumun askıda geçersizlik yarattığı gerekçesiyle sözleşmenin tanzim tarihi, davanın açılış tarihi ve belediyeden hisse alınması hususu üzerinde durulup sonucuna göre karar verilmesi gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. Kanaatimizce karar, tarafların mevzuat değişikliğini öngörerek geciktirici şarta bağlı sözleşme imzalayabilecekleri yönündeki öğretideki görüşlerle de paralel olup⁴³¹ Yargıtay'ın taliki şarta bağlı sözleşme imzalanabileceği ve makul süre beklenmesi gerektiği yönündeki diğer kararlarıyla uyumlu ve yerinde bir karar olarak değerlendirilebilir.

Yargıtay 23.Hukuk Dairesi 08.11.2013 tarihli bir kararında ise;⁴³² askeri güvenlik bölgesi olması nedeniyle zemin artı bir kat olan imar durumuna rağmen zemin artı iki kat olarak betonarmesi bitmiş bir inşaatın tamamlanması ve ruhsatının alınması için yapılan sözleşmede, sözleşmenin feshi ve davalının inşaatı terk etmesi talepli açılan davada, dava konusu işin TTK m. 12/3 uyarınca ticari iş, yüklenicinin de TTK m. 20/2 uyarınca basiretli iş adamı gibi hareket etmesi gerektiğini, bunun

⁴³⁰ Yarg. 23. HD, E.2016/8242 K.2019/4414 T.23.10.2019, ezproxy.mef.edu.tr:3143-Hukuktürk (E.T. 05.10.2020)

⁴³¹ SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 229; KÜRŞAT, (Makale), s. 10; ÖZ, (İnşaat), s. 27

⁴³² Yarg. 23. HD, E.2013/4843 K.2013/6922 T.08.11.2013, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 05.10.2020)

doğal sonucu olarak sözleşmenin imzalanmasından önce inşaat yapacağı arsayı ve imar durumunu incelediğinin kabulünün zorunlu olduğunu belirttikten sonra, 1984 tarih ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararına atıfla, inşaatın %63,5 seviyesinde olduğu, yüklenicinin ruhsat almak için başvuruda dahi bulunmadığını dikkate alarak yüklenicinin işin ifasında temerrüde düştüğünü kabul etmiştir. Kanaatimizce bu kabul doğru değildir. Zira, sözleşme tarihi itibarıyla edimin ifası mümkün değildir. Zemin artı iki kat olarak inşa edilmiş bir yapının zemin artı bir olarak mevcut imar durumuna aykırı dolayısıyla bina ruhsatsız ve bu anlamda kaçak olduğu için ruhsat alınması imkânsızdır. Bizce, her ne kadar imkânsızlık binanın sadece bir katına ilişkin dolayısıyla kısmi olsa da sözleşmede kararlaştırılan edim dikkate alındığında ortaya çıkan duruma göre sözleşmenin hiç yapılmayacağı söylenebiliyorsa ya da iş sahibi kısmi ifayı kabul etmez ise (TBK m. 27/2, 137/1) bu taktirde sözleşme tamamen geçersiz sayılacaktır. Bu nedenle kısmi ifanın yasal koşullarının bulunup bulunmadığı tüm yönleriyle araştırıldıktan ve iş sahibinin kısmi ifayı kabul edip etmediği tespit edildikten sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken temerrüt hükümlerine göre davanın kabulüne karar verilmesi bizce yerinde olmamıştır.

Örneklenen kararlardan görüleceği üzere Yargıtay muhtelif kararlarında konu ile ilgili olarak çelişkili kararlar verebilmektedir. Öğretide başlangıçta var olan imkânsızlığın sonradan ortadan kalkması halinde sözleşmenin kendiliğinden geçerli hale gelmeyeceği ancak bu geçersizliğin de dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek şekilde ileri sürülemeyeceği⁴³³ ifade edilmiş olmakla, İmar Kanununa eklenen 16.madde ile yapı kayıt belgesi alınması durumuna özgü yaratılan geçici hukuka uygunluk hali dışında, başlangıçtaki objektif imkânsızlık halinde dahi somut olayın özelliklerine göre, imkânsızlığın geçici olması, kaçak inşaatın imar mevzuatına uygun hale getirilebiliyor olması ve bunun için makul sürenin aşılmamış olması, dürüstlük kuralının da imkân vermesi halinde kaçak inşaatı meşrulaştırmaya yönelik genel bir uygulamaya yol açmaması kaydıyla, sınırlı durumlarda, sözleşmeye hayat hakkı tanınmanın uygun olacağını değerlendiriyoruz. Ancak başlangıçta mevcut objektif nitelikteki hukuki imkânsızlık hallerinin çoğu zaman buna çok da müsait olmadığını belirtmeliyiz.

⁴³³ KÜRŞAT, (Makale), s. 10

Yapının inşaat ve iskân ruhsatları alamayacak durumda olması halinde, hukuki imkânsızlık nedeniyle geçersiz olacak sözleşmeden dolayı sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iş/arsa sahibi açısından arsa payının iadesi, yüklenici açısından ise yapının inşa edilmiş olması durumunda enkaz bedeli talep edilebilmesi mümkün olabilecek⁴³⁴ ve her iki taraf da kal talebinde bulunabilecektir.

B. İMAR DURUMUNUN DEĞİŞMESİNİN İNŞAATIN KAÇAK OLMASINA ETKİSİ VE KAZANILMIŞ HAK KAVRAMI

1. İMAR DURUMUNUN OLUMSUZ OLARAK DEĞİŞMESİ

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imar durumu değişikliği olumsuz olabileceği gibi olumlu da olabilir. İmar durumundaki değişiklik mevzuattan kaynaklanabileceği gibi, çoğunlukla imar değişikliği veya revizyon imar planı yapılmasından kaynaklanır. Bir sonraki başlıkta ayrıca inceleyeceğimiz olumlu imar durumu değişikliğinde daha fazla bağımsız bölüm imali veya inşa edilecek yapıda alan büyümesi imkânı sağlandığı halde burada inceleyeceğimiz olumsuz imar durumu değişikliklerinde edim, çoğunlukla kısmen imkânsızlaşarak inşaat yatay ve/veya dikey kapsamda daralmakta ya da tamamen imkânsızlaşarak ifa imkânı kalmamaktadır. Anlaşılacağı üzere buradaki olumlu-olumsuz nitelendirilmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki edimlerin ifa kabiliyeti bakımından değerlendirilmesine göre yapılan bir nitelemedir. Aşağıda olumsuz imar durumu değişikliğinin sözleşmeye ve inşaatın kaçak olmasına etkileri ele alınmıştır.

Kaçak inşaatın önemli görünüşlerinden biri de sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra yapılan imar değişikliği ya da revizyon imar planları veya imar mevzuatında yapılan değişiklikler nedeniyle kimi zaman tamamen kimi zaman da kısmen sözleşmenin ifasının imkânsız hale gelmesidir. Zira sözleşmenin kurulmasından sonra imar planlarının olumsuz olarak değişmesi nedeniyle yeni alınacak imar durumunda örneğin önceden konut alanında kalan bir parselin sonradan ticari alan veya sanayi alanında kalması veya yeşil alan olarak ayrılması ya da kesinleşmiş kamulaştırma işleminin yapılmış olması durumunda objektif ifa imkânsızlığı olacağından ruhsat alınması söz konusu olamayacak veya alınmış olsa

⁴³⁴ ÖZ, (İnşaat), s. 25

bile ruhsatın iptali söz konusu olacağından inşaat imar mevzuatına aykırı eş deyişle kaçak hale gelecektir. Yapılan plan ya da mevzuat değişikliğinin inşaatın yatay ve dikey kapsamını etkilediği durumlarda ise kısmi ifa imkânsızlığı oluşacak bu durumda sözleşme kısmen geçersiz hale gelip ruhsat iptali söz konusu olabileceğinden varsa değişen imar durumuna aykırı imalat nedeniyle inşaat kısmen kaçak duruma düşebilecek, tabi her iki durumda da kazanılmış hak sorunu ortaya çıkabilecektir.

Sonraki imkânsızlığın bir çeşidi olan olumsuz İmar durumu değişikliğinde, sözleşmeye göre inşaat alanında önemli azalma ve kısıtlamalar ortaya çıktığından sözleşmenin de dengeleri değişebilmekte ve değişen bu dengelere göre uygulamada, sıkça, sözleşmenin uyarlanması veya dönme ya da fesih ihtilaf ve talepleri gündeme gelebilmektedir. Bu durumda belirlenmesi gereken husus öncelikle tarafların kusurunun bulunup bulunmadığıdır.

TBK'e göre borçlu, edimini hiç veya gereği gibi yerine getirmedeği takdirde, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Dolayısıyla, ister objektif isterse subjektif olsun, sonraki imkânsızlığın ortaya çıkmasında borçlunun kusuru varsa bundan sorumlu olur. (TBK m. 112, eBK m. 96)⁴³⁵ Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa borç sona erer. Eş deyişle sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan sonraki imkânsızlık (örneğin imar planının değişmesi nedeniyle sözleşmeye konu inşaat yapılamıyorsa) borçluya yüklenemiyorsa borç sona erecektir.⁴³⁶ (TBK m. 136, eBK m. 117)

İnşaat ruhsatı için zamanında ilgili belediyeye başvurmama ve sonrasında İmar planının olumsuz olarak değişmesi nedeniyle sözleşmeye uygun inşaat için ruhsat alamama durumunda yüklenici, edimini zamanında ve gereği gibi yerine getirmedeği için kusurlu sayılır ve bu durumda ifa imkânsızlığından bahsedilemez. Yine, süresinde yapı ruhsatı için ilgili belediyeye başvurulmaması veya uygun olamayan başvuru yapma dışında ruhsat ve eklerine aykırı inşaat yaparak inşaatın

⁴³⁵ ŞÜTÇÜ, (İnşaat), s. 239; ÖNGÖREN, (Makale), s. 1

⁴³⁶ DUMAN, (Kusur), s. 39

durdurulmasına neden olma gibi durumlarda da ifa imkânsızlığından bahsedilemez.⁴³⁷

Buna karşın, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulmasından sonra, imar planında yapılan tadilat sonrası belediyece parsellerin yeşil alana dönüştürülmesi⁴³⁸ dava konusu yeri kapsayan nazım ve uygulama imar planlarındaki değişikliklerin idare mahkemesince iptal edilmiş olması,⁴³⁹ inşaatın sözleşmedeki süresi tamamlanmadan sit bölgesine dahil edilmesi⁴⁴⁰ gibi durumlarda edim, objektif olarak herkes için imkânsızlaşmış olduğundan yükleniciye bir kusur atfı söz konusu olmaz. Bazen, yapılan yasal değişiklikler nedeniyle inşaat, sözleşmede öngörülen kapsamda yapılamaz. Örneğin planlı alanlar imar yönetmeliğinde yapılan değişiklik sonucu inşaat bina yüksekliklerinin düşürülmesi veya plan değişikliği ya da revizyon imar planı ile sözleşmenin imzalanması sırasında alınabilecek inşaat taban alanı hakkının azalması durumunda yapılabilecek inşaatın m² olarak ve çıkacak bağımsız bölüm adedi olarak azalması yüklenici için objektif bir ifa engelidir. Arsa sahibi düşük m² ile yapılacak bağımsız bölüm adet ve/veya m²'sini onaylamadığı takdirde bu durumda borç, TBK m. 136/1 uyarınca sona erer ve TBK m. 136/2 uyarınca taraflar, karşı taraftan aldıklarını sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olur. Henüz ifa edilmemiş olan edimleri de isteme hakkını kaybederler. Arsa sahibinin onayının olduğu durumda yüklenici imar durumuna göre daha az inşaat yapılmasından sorumlu olmaz.⁴⁴¹ İmar planının değişmesi veya mevzuatta yapılan değişiklik nedeniyle inşaatın imar düzenine aykırı hale gelmesi ve inşaatın durdurulması, yeni ruhsat alınmasının istenmesi durumunda bu durum, yüklenici için objektif bir imkânsızlık durumu oluşturur ve inşaatı devam edemeyen yüklenici aykırılık giderilinceye kadar olumsuz değişikliğin sonuçlarından sorumlu tutulmaz.⁴⁴²

Yargıtay HGK, 14.01.2015 tarihli bir kararında;⁴⁴³ belediyenin dar gelirli aileler için konut edindirme projesi kapsamında 150m² yüzölçümlü arsa tahsis

⁴³⁷ ÖNGÖREN, (Makale), 1-2

⁴³⁸ Yarg. 15. HD, 25.4.2002, 2001/5744; [SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 247, dn.90'daki değer kararlar]

⁴³⁹ Yarg. 15. HD, 31.1.2002, 2001/4351,545,YKD.Ekim 2002 s. 1534; [SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 247, dn.91]

⁴⁴⁰ Yarg. 15. HD, 4.7.1989, 199/3232 KOSTAKOĞLU, S. 745; [SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 249, dn.96]

⁴⁴¹ DUMAN, (İnşaat), s. 815

⁴⁴² KARADAŞ, s. 270

⁴⁴³ YHGK, E.2014/8 K.2015/10 T.14.01.2015, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 05.10.2020)

etmesine rağmen sonradan yapmış olduğu imar planı değişikliği sonucu arsa tahsislerini iptal etmesi ile arsa devrinin talep edilmesinin imkânsız hale geldiği ileri sürülerek arsa rayiç değerinin ödenmesi istemli açılan davada; borçlunun, edimin ifasını kendi kusurlu eylemi ile imkânsız hale getirmesinin TBK m. 112 anlamında borca aykırı bir davranış olacağını, bu durumda borçlunun alacaklının uğradığı tüm zararları tazmin etmekle yükümlü olduğunu belirtmiş, somut olayda belediyenin, başlangıçta sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olmasına rağmen belediye tarafından taşınmazın bulunduğu alanda imar değişikliği yapılarak sözleşmenin ifasını kendi kusurlu eylemi ile imkânsız hale getirdiğini tespit etmiş (enflasyon, endeks, maaş, altın ve döviz gibi ekonomik kriterlerin ortalamasının alındığı) denkleştirici adalet ilkesine göre bulunacak zararın gerçek zarar olmayacağını, alacaklının gerçek ve güncel müspet zararını talep edebileceğini vurgulanmıştır.

Yargıtay, 23.01.2020 tarihli bir kararında da;⁴⁴⁴ sözleşmenin imzalanmasından sonra 180 gün içinde ruhsat için başvuru yapılma zorunluluğu olan bir sözleşmede, bu süre geçtikten sonra belediye tarafından revizyon imar planı yapılmış olması ve bu plana göre sözleşmede öngörülen bağımsız bölüm adedinin yarası oranında azalmaya sebep olacak bir inşaatın mümkün olması nedeniyle süresi içinde ruhsat başvurusu yapmayan yüklenici aleyhine açılan davada, yüklenicinin edimin ifası hususunda üzerine düşen edimi yerine getirdiğinin kabulü için, kararlaştırılan bu sürede inşaat ruhsatı alabilmek için başvuru yapmış olması gerektiğine, başvuru yapmasına rağmen ruhsatın verilmemesi, durdurulması gibi durumlarda edim yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılacağına, bunun tespiti için mahkemece, belediye başkanlığına müzekkere yazılarak, sözleşmede kararlaştırılan tarihte (süre içinde olması lazım) başvuru yapılması durumunda inşaat ruhsatının verilir verilmeyeceğinin, bu süre içinde o bölge için ruhsat vermenin durdurulup durdurulmadığının, o bölgede imar revizyonuna başlanılıp başlanılmadığının, o süre içinde başvurusaydı akıbetinin ne olacağı hususlarının sorulmasına karar verilmiştir. Yüksek mahkemenin bu kararla, yüklenicinin sonraki imkânsızlığa kendi kusuru ile sebep olduğuna karar verilmesi için öncelikle objektif imkânsızlığın mevcut olmadığını tespit edilmesi gerektiği düşüncesinde olduğu anlaşılmaktadır. Zira, bizim de katıldığımız bu görüşe göre, borçlu her ne kadar süresi içinde ruhsat alımı

⁴⁴⁴ Yarg. 15HD, E.2019/353 K.2020/205 T.23.1.2020, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 05.10.2020)

için gerekli başvuruyu yapmamış olsa da şayet bu başvuruyu süresi içinde yapmış olsaydı dahi ruhsat alamayacak idi ise bu taktirde objektif imkânsızlık söz konusu olacağından yükleniciyi bu kusurlu davranışından sorumlu tutmak mümkün olamayacaktır.

2. İMAR DURUMU DEĞİŞİKLİĞİNDE KAÇAK İNŞAAT BAKIMINDAN KAZANILMIŞ HAK KAVRAMI

İmar durumu, imar planlarının idarenin tasarrufu neticesinde veya iptal davasına konu olmaları nedeniyle dava neticesinde değişebilmekte ve bu değişikliğe bağlı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında tarafların hakları üzerinde olumlu ya da olumsuz etkiler doğabilmekte, ruhsat iptali nedeniyle inşaat kaçak duruma düşebilmektedir.

Öncelikle kazanılmış (müktesep) hak⁴⁴⁵ kavramı üzerinde durmak gerekir. Kavramın mevzuatta yapılmış bir tanımı bulunmamaktadır. Ancak öğreti ve yargı kararlarında yapılmış tanımların olduğu görülmektedir. Öğretideki bir tanıma göre kazanılmış hak; “*idare tarafından imar planlarında yapılan değişiklikler karşısında, bu değişikliklerden önce yapı izni alıp iyiniyetle yapıya devam eden kişinin imara devam etme hakkı, diğer ifadeyle, taşınmaz sahibinin bir proje hakkında onay aldığı ve bu onay üzerine projenin gerçekleştirilmesi için yapıya başladığı, hatta önemli sayılacak düzeyde buna harcama yaptığı taktirde söz konusu olan haklar*”⁴⁴⁶, Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre;⁴⁴⁷ “*Özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanmasıyla onlar için doğan öznel hakkın korunması; kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş hak*” olarak tanımlanmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin anılı kararlarında aynı zamanda, kazanılmış haktan söz edilebilmesi için, hakkın yeni kanundan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerektiği vurgulanmıştır.

⁴⁴⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Selman ÖZDEMİR, İmar İdare Hukukunda Kazanılmış Hak, (Kazanılmış Hak) Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara Şubat 2019, (Milli Kütüphane, ekaynaklar.mkutup.gov.tr:2199, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=17852>, (E:T.2.10.2020)

⁴⁴⁶ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 212

⁴⁴⁷ AYM Genel Kurul, RG.19.06.2015/29391, E.2014/61 K.2014/166 KT.07.11.2014; AYM Genel Kurul, RG.04.01.2018/30291, E.2016/20 K.2017/145 KT.01.11.2017, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 22.10.2020)

Kazanılmış haktan bahsedebilmek için, kavramın ifadesinden de anlaşılacağı üzere, öncelikle hakkın hukuken kazanılmış olması gerekir. Kazanmanın, hangi süreç içinde ne zaman gerçekleşebileceği meselesi bu noktada önem taşır. İK m. 29 ve PAİYÖN m.54'e göre, istisnalar dışında ruhsat almaksızın hiçbir yapının inşasına başlanamayacak, Ruhsat tarihinden itibaren iki yıl içinde başlanmayan veya 5 yıl içinde tamamlanmayan ve süresi içinde ruhsat yenilemesi yapılmayan yapıların ruhsatları hükümsüz sayılacaktır. Bu durumda ruhsat alınmaksızın yapılan veya ruhsat alınmasına rağmen süresinde inşaatına başlanmayan ya da başlanıp da bitirilmeyen yapılar hukuka aykırı eş değışle kaçak oldukları için imar planı değışikliklerinde hiçbir şekilde kazanılmış hakları söz konusu olmaz. Bu tip yapılar için yeniden ruhsat başvurusunda bulunulması halinde, başvuru tarihinde yürürlükte olan plan ve mevzuat hükümleri geçerli olur.⁴⁴⁸

Yapıya başlama müddeti ruhsat tarihinden itibaren iki yıl olarak öngörüldüğüne ve kazanılmış hakların korunması için inşaat başlanmış olması gerektiği yasa metninde açıkça ifade edildiğine göre, sadece imar durumuna göre yapı ruhsatı alınmış olması inşaat başlanmış olması anlamına gelmez. Bu bakımdan, İnşaat ruhsatının alınmış olması kazanılmış hakkın mevcudiyeti için tek başına yeterli değıildir.⁴⁴⁹ İnşaat başlanılmış olması "temel vizesi" alınması ile mümkün olmaktadır.⁴⁵⁰ Danıştay'ın, kimi kararlarında yapı ruhsatı üzerinde yazan, inşaat başlama tarihini bu noktada dikkate aldığı, ancak bu tarihin genellikle yaklaşık bir tarih olduğu ve temel vizesindeki gibi kesin tespite dayanmadığı için tarihlerin uyuşmaması ve ihtilaf durumunda temel vizesi tarihinin esas alınması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁵¹

İnşaatın ne zaman bitmiş olarak kabul edileceği İK'nin 31. maddesinde açıklanmış bulunmaktadır. Maddeye göre; "*İnşaatın bitme günü, kullanma izninin verildiği tarihtir.*" Buna göre inşaat, yapı kullanma izninin -iskân ruhsatının-verildiği gün bitirilmiş sayılır. Anılı maddeden anlaşılacağı üzere, yapının bitirildiği,

⁴⁴⁸ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 213

⁴⁴⁹ ÖZDEMİR, s. 548; DUMAN, (Ruhsat), s. 166

⁴⁵⁰ ÖZDEMİR, s. 481; Aksi görüş, SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 447, SÜTÇÜ' ye göre, temel üstü vizesinin olmaması yapıya başlanmadığı anlamına gelmez. İşe başlama tarihinin temel üstü ruhsatın alındığı tarih olarak gösterilen sözleşmede, yükleniciye bağlanabilen bir kusur almaksızın söz konusu ruhsatın alınmasının gecikmesi durumunda sürenin hesabında ruhsat tarihinin esas alınması gerekir.

⁴⁵¹ ÖZDEMİR, s. 482

bir izin işlemi ile belgelendirilmiş olmasına bağlı olup bunun dışında iş bitirme tutanağı gibi tutanakların kazanılmış hak bakımından bir geçerliliği olmayacaktır.⁴⁵²

İmar planının değiştiği veya iptal edildiği tarih itibarıyla hukuken korunabilen bir hakkın varlığından, eş söyleyişle kazanılmış haktan söz edilebilir. Şu halde, (Kural olarak) yapının hükümsüzlüğü durumu söz konusu olmadığı takdirde ve yapı, ruhsat ve eklerine uygun yapıldığı sürece anılı süreç içindeki her türlü idari müdahaleler hukuka aykırı olacaktır.

Kazanılmış hakkın mevcudiyeti halinde yüklenici mevcut ruhsat ve eklerine göre inşaatı tamamlayabilir. yüklenici, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapıyı inşa etmesi durumunda sözleşme de bundan etkilenmeyecektir. Aksi halde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ihlal edilmiş olur ve arsa sahibi dönme ya da fesih ile birlikte tazminat talebinde bulunabilir. Yapı kullanma izni alındıktan sonra imar planında yapılan değişiklikler kural olarak yapı ve ruhsatı etkilemez.⁴⁵³

Danıştay'ın 23.10.2018 tarihli bir kararında⁴⁵⁴ kazanılmış haktan yararlanılabilmesi için, Anayasa Mahkemesinin kararında da vurgulandığı üzere, hakkın hukuken geçerli bir şekilde ve tam olarak elde edilmiş olması gerektiği, idari işlemin tesis edildiği tarihte bu idari işleme dayanak olan düzenleyici işlemin de hukuka uygun olması gerektiği vurgulanmış, genel düzenleyici işlemin hukuka aykırı olduğunun yargı kararı ile saptanması durumunda, şayet uygulanan birel işlem (ruhsat veya izin) iptal edilmiş veya bununla ilgili bir dava açılmış ise idarenin ruhsat veya izin iptaline yönelik tesis ettiği işlemde hukuka aykırılık olmayacağı ifade edilmiştir.

Sonuç olarak belirtmeliyiz ki, ayrık durumlar hariç, kural olarak, ruhsatsız başlanılmış ya da ruhsat ve eklerine aykırı devam ettirilmiş, imar mevzuatına uygun olmayan yapılar; emredici nitelikteki kurallara aykırı inşa edilmiş olmakla, hukuken korunan ve fiilen elde edilmiş olacak şekilde kesinleşmiş bir hak mevcut olmadığı için, yeni plan veya mevzuat değişikliğinde arsa sahibi ya da yükleniciye kazanılmış hak sağlamazlar.

⁴⁵² ÖZDEMİR, s. 554

⁴⁵³ AYANOĞLU, s. 199-200

⁴⁵⁴ Danıştay 10.D, E.2016/10592 K.2018/3283 T.23.10.2018, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 22.10.2020)

3. İMAR DURUMUNUN OLUMLU OLARAK DEĞİŞMESİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulmasından önce imar durumunun olmadığı ya da sözleşmedeki ifanın mümkün olmadığı durumlarda bazen mevcut olan objektif imkânsızlığa rağmen sonradan imar planlarında yapılan değişikliklerle ifa, kısmen veya tamamen mümkün hale gelebilir. Bu durumda sözleşme daha önce de ifade edildiği üzere TBK m. 27 uyarınca butlan yaptırımını ile geçersiz olsa da öğretide, taraflardan birinin geçersizliği ileri sürmemesi ve yüklenicinin ifaya devam etmesi halinde dürüstlük kuralının geçersizliği önleyebileceği ifade edilmiştir.⁴⁵⁵

Bir ifa engeli bulunmadığı halde, sözleşmenin kurulmasından sonra imar planında veya mevzuatta meydana gelen değişikliklerle sözleşmede öngörülenden daha fazla bir alanda inşaat yapmak ve/veya daha fazla bağımsız bölüm inşası mümkün hale gelirse, sözleşmenin ve tarafların bundan ne şekilde etkileneceği, eklenecek alan ya da bağımsız bölümlerin yasal olarak inşa edilip edilemeyeceği hukuki sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, sözleşme ile kararlaştırılan inşaatı kural olarak sözleşmede kararlaştırılan kapsam ve koşulda yapmakla yükümlüdür.⁴⁵⁶ Edim borçlusunu yüklenici, sözleşmede kararlaştırılardan başka bir edimi ifa edemeyeceği gibi, alacaklı durumundaki arsa sahibi de sözleşmede kararlaştırılan dışında bir edimi kabule zorlanamaz.⁴⁵⁷ Bazen imar planlarında yapılan değişiklik sonucu, sözleşmede belirlenen alandan daha fazla büyüklükte bir inşaat yapılması, m² olarak alanın büyümesi ve/veya daha fazla adet bağımsız bölüm inşası mümkün hale gelir. Daha çok paylaşım sorunlarına yol açan imar durumundaki olumlu değişiklikler, uygulamada genellikle sözleşmelerde öngörülmekte olduklarından sözleşmeye bağlılık prensibi gereği sorun, sözleşme hükümlerine bakılarak çoğunlukla karşılıklı rıza ile çözülebilmektedir. İhtilaf halinde sözleşme hükümlerinin uygulanacağı kuşkusuzdur.⁴⁵⁸ sözleşme hükümlerinin açık olmaması, boşlukların bulunması durumunda, taraf iradelerinin ve gerçek amacın araştırılması, TBK m. 19'daki kurallara göre sözleşme hükmünün "*taraf iradelerinin*

⁴⁵⁵ ÖZ, (İnşaat), s. 27; KÜRŞAT, (Makale), s. 10; DUMAN, (İnşaat), s. 432

⁴⁵⁶ Halil AKKANAT, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat, (Fazla İnşaat) Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 65

⁴⁵⁷ AVCI, s. 43

⁴⁵⁸ ERMAN, (İnşaat), s. 205; AKKANAT, (Fazla İnşaat), s. 65; KOCAAĞA, (İnşaat), s. 213

amaçladıkları sonuca göre"⁴⁵⁹ bir görüşe göre de yüklenici aleyhine dar⁴⁶⁰ yorumlanması gerekir. Alan büyümesi veya öngörülenden daha fazla bağımsız bölüm inşası sözleşmenin her iki tarafının da lehine bir gelişme olarak karşımıza çıkmasına rağmen sözleşmede hüküm olup olmamasına göre değişik sonuçları olmakla birlikte bazen arsa sahibinin yükleniciye gerekli vekaletnameyi vermemesi bazen de yüklenicinin plan değişikliğinden istifade etmemiş olması, uygulamada daha sık karşılaşıldığı şekliyle yüklenicinin arsa sahibinin onayı olmadan inşaatı yatay veya dikey olarak büyütmesi, alan genişletmesi ve/veya bağımsız bölüm eklemesi çoğunlukla da inşaatı kaçak olarak devam etmesi hukuki ihtilaflara neden olabilmektedir.

İmar durumundaki olumlu değişiklik sözleşmenin kurulmasından sonra yapı izni (inşaat ruhsatı) alınmasından önce veya sonra gerçekleşmiş olabilir. Kural olarak yüklenici sözleşmede kararlaştırılan sayıda ve büyüklükte bağımsız bölüm yapması ve kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmesi gerekir, bunu aşacak şekilde inşaat alanını yatay veya dikey olarak büyütemez. Aksi halde sözleşmeye aykırı davranmış ve ihlal etmiş olur. İmar mevzuatının yatay veya dikey büyümeye elverişli hale gelmesi yükleniciye tek başına hareket etmesi ve tek yanlı kararlar büyüme veya bağımsız bölüm ilavesi yapma hakkı vermez.⁴⁶¹ Yüklenicinin yeni duruma göre inşaat yapabilmesi için arsa sahibinin sözleşmenin tadili suretiyle açık veya yapılan işlemi benimsediğini gösteren davranışlarla örtülü rızasını alması gerekir.⁴⁶²

Şayet sözleşmede fazla inşaat yapılması öngörülmüş ve henüz (istisna kapsamında olan yapılar hariç) İK m. 21 uyarınca ruhsat için müracaat edilmemişse, alınan imar durumuna göre hazırlanacak projelerle birlikte İK m. 22 uyarınca arsa sahibi (pay devri yapılmışsa aynı zamanda yüklenici) veya vekili (arsa sahiplerinden alacağı vekalet ile yüklenici) tarafından yapı ruhsatı için yerel idareye başvurulması gerekir.

⁴⁵⁹ ERMAN, (İnşaat), s. 205; AVCI, s. 44; ARIDEMİR, s. 469; Yorumla ilgili yargı kararlarına paylaşım konusunda değinilecektir.

⁴⁶⁰ SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 774; COŞKUN, s. 470

⁴⁶¹ DUMAN, (İnşaat), s. 820; KOSTAKOĞLU, s. 946

⁴⁶² ARIDEMİR, s. 470; DUMAN(Sözleşme), 66; DUMAN, (İnşaat), s. 820; AVCI, s. 44; AKKANAT(Fazla İnşaat), s. 64-65; KOCAAĞA(İnşaat), s. 214

Şayet ruhsat için bir başvuru yapılmışsa bu takdirde; mevcut projelerin, eklenecek alan veya bağımsız bölümleri gösterecek, teknik özellik, ayrıntı ve hesapları içine alacak şekilde düzeltilmesi ya da yeniden projelerin değişen duruma göre hazırlanması ve bu şekilde ruhsat tadili yapılması gerekir.⁴⁶³

İmar planı veya mevzuat değişikliğine bağlı yeni imar durumu uyarınca inşaat alanında artışa sebep olacak, proje tadilini gerektirecek her ek inşaat veya bağımsız bölüm imali, imar mevzuatındaki yeni duruma ve projelere uygun yapılmış olsa da ruhsat tadili yapılmadıkça, ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı eş deyişle kaçak yapılmış olur. Dolayısıyla, inşaatın başından beri ruhsatsız yapılması halinde kaçak inşaat söz konusu olduğu gibi, ruhsat ve eklerine aykırı ek inşaat yapılması durumunda da kaçak inşaat söz konusu olur.⁴⁶⁴ Bu durumda inşaatın durumu yapı tatil tutanağı ile tespit edilerek yapı mühürlenir ve inşaat durdurulur. İmar mevzuatı ve planlarına aykırılık oluşturmeyen yapı için arsa sahibine 1 aylık süre verilir (bu sürede) yapı yıktırılmaz. Ruhsat alınması durumunda mühür kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilerek inşaatın yasal hale gelmesi sağlanır.⁴⁶⁵ Arsa sahibinin bu başvuruyu yapmaması durumunda yüklenici mahkemeye başvurarak tadilat ruhsatı alabilmek için gerekli iş işlem ve projeleri hazırlatmak üzere mahkemeden izin isteyebilir.⁴⁶⁶

Fazla inşaatın sözleşmede öngörüldüğü ve inşaatın imar kurallarına uygun yapılmış olduğu durumlarda inşaatın ayıplı olduğunu kabul etmek doğru olmayacağı⁴⁶⁷ gibi inşaatın genişletilmesinin süreye etkisi dikkate alınmalı,⁴⁶⁸ sıf ruhsat tadili nedeniyle yaşanacak gecikmelerden de yüklenici sorumlu tutulmamalıdır.

Bu noktada arsa sahibinin gerekli vekaleti vermemesi; fazladan çıkar elde etme çabasında olduğu ya da haklı neden bulunmadığı gibi durumlarda, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur.⁴⁶⁹ Ayrıca, ek bağımsız bölüm hakkı kazanılması durumu,

⁴⁶³ ARIDEMİR, s. 461; DUMAN(Sözleşme), 67

⁴⁶⁴ AVCI, s. 45

⁴⁶⁵ KARADAŞ, s. 272; DUMAN, (İnşaat), s. 823

⁴⁶⁶ AVCI, s. 47

⁴⁶⁷ AKKANAT, s. 74

⁴⁶⁸ Yarg. 15. HD, E.2019/2119 K.2020/662 T.19.02.2020, ezproxy.mef.edu.tr:3143-Hukuktürk (E.T. 30.10.2020)

⁴⁶⁹ ERMAN, (İnşaat), s. 211; ARIDEMİR, s. 461; DUMAN, (Sözleşme), 67; KOCAAĞA, (İnşaat), s. 214

sözleşmede öngörölmüş olmasına rağmen arsa sahibinin bunu gerçekleştirmek adına yapılması gereken proje değişikliğine yanaşmaması sözleşmeye aykırı bir davranış olur.⁴⁷⁰

4. İMAR DURUMUNDA DEĞİŞİKLİK OLMADAN YAPILAN SÖZLEŞMEYE AYKIRI KAÇAK UYGULAMALAR

Uygulamada, arsa sahipleri ve yüklenicilerin anlaşarak imar durumunda herhangi bir değişiklik olmadığı halde, daha fazla bağımsız bölüm veya daha büyük bir inşaata izin verileceği ümidiyle ya da böyle bir ümit olmadığı halde nasıl olsa bir imar affı ya da barışı yasası çıkar ondan yararlanırsınız düşüncesiyle bilerek ruhsat almaksızın veya alınan ruhsat ve eklerine aykırı kaçak inşaat yapabildikleri görölmektedir. Bunun yanında çoğunlukla uygulamada ve yüksek yargı kararlarında sıkça göröldüğü üzere, yükleniciler de, sığınakları bağımsız bölüm yapmak, dikey olarak daha fazla kat çıkmak, balkonları odaya dahil etmek ya da proje harici çıkma veya balkon inşa etmek suretiyle ve benzeri yollarla daha fazla bağımsız bölüm veya alan kazanmak suretiyle haksız ve hukuka aykırı kazanç elde etme yoluna gidebilmektedir.

A. SÖZLEŞME HARİCİ YAPILAN (KAÇAK) BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİN VEYA BÜYÜMELERİNİN İMAR HUKUKUNA UYGUN OLMASI

Yüklenici, sözleşme ile kararlaştırılan şekilde üstlendiği bina inşaatını mevcut imar düzenine göre yapabilme imkânına sahipken gerekli projeleri hazırlamamış veya hazırladığı halde ruhsat alınması için yerel idareye müracaat etmemiş ve dolayısıyla inşaata ruhsat almaksızın kaçak olarak başlamış olabilir. Bu durumun tespiti halinde inşaatın durumu yapı tatil tutanağı ile tespit edilerek yapı mühürlenir ve inşaat durdurulur. İmar mevzuatı ve planlarına aykırılık oluşturmayan yapı için arsa sahibine 1 aylık süre verilir. Verilen süre içinde yapı ruhsata bağlandığı taktirde yasal hale gelir. Aksi halde kaçak inşaat kabul edilerek İmar Kanunu 32 ve 42. maddelerdeki yaptırımların uygulanması söz konusu olur.

⁴⁷⁰ ERMAN, (İnşaat), s. 211; DUMAN, (İnşaat), s. 823

B. RUHSATA UYGUN BAŞLANILMAKLA BERABER SONRADAN RUHSAT VE EKLERİNE AYKIRI UYGULAMALAR YAPILMASI

Yapının inşası için ruhsat alınmış olmasına rağmen inşa aşamasında çoğu zaman projelere uyulmamakta ruhsat eki proje harici uygulama ve eklemeler yapılmaktadır. Ruhsat eki proje dışında yapılan her ilave ve değişiklik ruhsata aykırılık oluşturur ve dolayısıyla inşaat kaçak inşaat olarak kabul edilir. Eklemelerin kaçak yapılması konusunda tarafların anlaşmaları ya da arsa sahibinin zımnî muvafakati, emredici kurallara aykırılık teşkil edeceğinden inşaatı, dolayısıyla hukuka aykırılığı meşrulaştıramaz. Böyle bir mutabakat kaçak yapının yıkımını da engellemez. Arsa sahibi de kaçak eklemeleri kabule zorlanamaz. Uygulamada, projesinde sığınak veya otopark olarak gösterilen alanların bağımsız bölüme çevrilmesi, asma katın tam kat olarak inşa edilmesi, son kat dairenin projesine aykırı bir şekilde dubleks olarak inşa edilmesi veya çatının yükseltilerek daire yapılması, zemin üstü çıkmaların projedekinden daha büyük yapılması veya olmadığı halde konulması, balkonların büyütülmesi veya olmadığı halde yapılması gibi kaçak eklemelerin çoğunlukla arsa sahibinin açık veya zımnî muvafakati olmaksızın kimi zamanda zımnî muvafakat veya harici anlaşma ile yapıldığı görülmektedir.

Kaçak inşaatın imar mevzuatına uygun hale getirilebilmesi imkânı varsa (projeye aykırı çatı dairenin yıkılarak çatının ve bina yüksekliğinin projesine uydurulması, projede olmayan balkonun yıkılması gibi) sözleşmenin ve inşaatın imara uygun kısmının muhafaza edilebilmesi mümkün bulunmaktadır. Bu durumda inşaatın, proje tadilleri yapılmak (aynı zamanda İK m. 42 uyarınca kesilecek cezaları ödenmek) suretiyle yasallaştırılması mümkündür.

Kaçak eklemelerin imar düzenine aykırı olması nedeniyle ruhsata bağlanması mümkün olmadığı durumlarda, eklemelerin yıkılarak binanın, ruhsat ve projesine uygun hale getirilmesi gerekir. Aykırılığın eklemeler kaldırılması halinde dahi düzeltilmesi mümkün olmayacaksa binanın yıktırılması gerekecektir.⁴⁷¹

⁴⁷¹ KARADAŞ, s. 272

Yargıtay, 18.02.2019 tarihli bir kararında⁴⁷² konuya ilişkin olarak; İK'nin 21. maddesi hükmü uyarınca, bazı istisnalar dışında, bütün yapılar için belediye veya valiliklerden yapı ruhsatı alınmasının zorunlu olduğunu, yapı ruhsatının ise, ancak projelerine, imar plânı ve yönetmeliğine göre ve resim ve harçları incelenerek verildiğini, ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak inşa edilen yapılarda ruhsata aykırılık giderilemiyorsa, 3194 Sayılı Kanun'un 32. maddesi hükmü gereğince, ilgili belediye veya valilikçe inşaatın derhal durdurulacağını, yasal hale getirilmesi olanaksız ise veya ruhsat veya eklerine ya da imar mevzuatına aykırılık öncelikle yüklenici tarafından giderilemiyorsa bu hali ile yapılan yapının yıktırılmasına karar verileceğini, anılan Yasa'nın 42. maddesi hükmü gereğince de yapı sahibine ve yükleniciye ceza yaptırımını uygulanacağını, İmar Kanunu'ndaki bu düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin olduğu ve mahkemelerce re' sen gözetilmesi gerektiğini bildirmiştir. Ayrıca aynı kararda; *“Emredici hukuk kurallarını içeren 3194 Sayılı İmar Yasası hükümlerine göre; yapı ile yapıma izin arasında çok sıkı bir ilişki kurulmuştur. Bu bağı daha inşaatın başlamadan alınması zorunlu yapı ruhsatı ile başlamakta ve inşaatın devamı sırasında denetim yolu ile sürmekte ve oturma izni ile de sona ermektedir.”* denilmek suretiyle sürecin her aşamasında imar düzenine uygunluğun arandığını vurgulamıştır.

Yapının tümüyle kaçak yapılmış olması halinde bu yapı yıkılması gereken bir yapı olup, ekonomik değerinden söz edilemez. Yüklenici arsa payı veya iş bedeline hak kazanamayacağı gibi arsa/iş sahibi de yasal olmayan yapının tamamlanmasını veya eksik ya da ayıplı iş bedeli isteyemez. Başka bir anlatımla, tamamen kaçak olan yapılar için bedel istenemeyecektir.

Nitekim Yargıtay 14.03.2019 tarihli başka bir kararında;⁴⁷³ Yasadaki ayırık durumlar hariç her türlü inşaatın, yetkili merciden alınacak ruhsat ve yetkili merciin onayladığı plana uygun yapılması gerekeceği, şayet bir inşaat ruhsatsız başlanmış veya ruhsat olmakla birlikte inşaat ruhsatının eki olan projesine aykırı yapılmışsa o inşaatın “kaçak inşaat” kabul edileceği ve aynı yasanın 32. maddesi uyarınca da yıkıma tabi tutulacağı belirtilmiş, yasalar uyarınca yıkımı zorunlu olan bir yerin ekonomik değer olarak varlığının düşünülmemeyeceği belirtilerek, kaçak binada

⁴⁷² Yarg. 15. HD, E.2018/5584 K.2019/641 T.18.2.2019, ezproxy.mef.edu.tr:2878 Kazancı Mevzuat Bilgi Bankası (E.T.10.04.2020)

⁴⁷³ Yarg. 14.HD, E.2018/3843 K.2019/2353 T.14.3.2019, ezproxy.mef.edu.tr:2878-Kazancı Mevzuat Bilgi Bankası (E.T. 05.10.2020)

bağımsız bölüm satışına konu satış vaadi sözleşmesine dayanılarak açılan tapu iptali ve tescil isteğinin, bu gibi yerler üzerinde kat mülkiyeti veya kat irtifakının kurulamayacağından, reddi gerekeceğine karar vermiştir.

Yargıtay'ın 02.05.2012 tarihli bir kararına göre;⁴⁷⁴ yüklenici, kaçak yapının yıkımını talep edebilir. Anılı karara göre yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olduğu için, kaçak olarak yapıldığı taraflar arasında daha önce görülmüş ve kesinleşmiş olan bir mahkeme kararı ile sabit olan yapının yıkılmasını istemede taraf ehliyeti ve hukuki yararı bulunmaktadır. Yargıtay bu gerekçeyle, yerel mahkemenin, davacıya yetki vermek suretiyle davanın kabulüne karar vermesi gerekirken imara aykırılığı sürdürecektir biçimde reddine karar vermesini bozma nedeni saymıştır. Davacının taraf ehliyeti konusunda şüphe yok ise de hukuki yarar noktasında kararın doğru olmadığını değerlendiriyoruz. Öncelikle taraflar arasında görülmüş bir dava var ve bu davada muhtemelen yüklenicinin önceki davada yıkım konusunda bir savunmada bulunmadığı halde sözleşme feshedilince sonradan (sırf) yıkım talebi ile dava açmış olması bir öç alma, cezalandırma amacı taşıdığı açık olmakla hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır. Yüklenicinin yıkım yerine zararını kısmen de olsa karşılayacak enkaz bedeli talep edebilmesi mümkündür. Ayrıca, kaçak inşaat, esasen emredici nitelikteki İK m. 32 uyarınca idare tarafından zaten yıkılması gereken bir inşaatır. Yıkım görevi, yasa gereği idareye verilmiş yerine getirilmesi zorunlu bir görev ve inşaatın yıkılması kaçınılmaz olduğuna göre, yüklenicinin sırf yıkım talebi ile açtığı davada hukuki yararı olmadığı gibi mahkemenin vereceği ret kararı da idarenin yıkım vazifesini ortadan kaldırmayacağı için hukuka aykırılığı sürdürmeye cevaz vermek anlamına gelmeyecektir. Bu nedenle sırf yıkım talebiyle açılan davanın yerel mahkemece reddi kanaatimizce hukuka uygundur.

Kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmuş bir taşınmaz üzerinde bağımsız bölüm ilavesi ya da KMK m. 44/1'de yazılı eklemeler yapılmak istenmesi halinde maliklerin oy birliği şarttır. Bunun için ayrıca, bütün bağımsız bölümlerine tahsis olunacak arsa paylarının, usulüne göre yeniden ve oybirliğiyle tespit edilmesi, tadilat projesinin yapılması ve yeni bağımsız bölüme tahsis edilen arsa payı üzerinde kat

⁴⁷⁴ Yarg. 15. HD, E.2011/2215 K.2012/2940 T.2.5.2012, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 22.10.2020)

irtifakı kurulması gerekir. Kat irtifakı kurulurken arsa sahibi ve yüklenici dışındaki maliklerin de onaylarının alınması zorunludur.⁴⁷⁵

Ülkemizde en sık karşılaşılan kaçak ekleme görünümleri genellikle yapı kullanım izni alındıktan sonra kat çıkılması, oda eklenmesi, çatıya ilave yaşam alanı yapılması, balkonların odaya dahil edilmesi veya yeni balkon yapılması gibi uygulamalardır. Tamamen ruhsatsız yapılan bu uygulamalar elbette tespit edildiğinde İmar Kanununun 32 ve 42. madde yaptırımlarına maruz kalmakla birlikte uygulamada sıfırdan inşaat uygulamasına göre nispeten daha kolay ve kısa sürede gerçekleştirilen bu tür eklemelerin tespiti yeterince yapılmamakta çoğu kez de siyasi saiklerle yapılmak istenmediği görülmektedir.

III. ÖĞRETİDE VE YARGITAY İÇTİHAATLARINDA KAÇAK YAPI KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. KAÇAK YAPILAR MAHKEMELERCE RESEN DİKKATE ALINIR

Yargıtay, kararlarında, ruhsat alınmadan ya da ruhsat alınsa bile alınan ruhsata uygun yapılmayan, yapılan değişikliklerin yeniden ruhsatlandırılmadığı inşaatları kaçak inşaat olarak nitelemekte, İmar Kanununun emredici hükümlerine aykırı biçimde inşa edilmiş yapıları kaçak yapı olarak değerlendirmekte ve ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı imal edilen, İmar Kanunu m. 32 hükmüne göre yasal hale getirilmesi imkânsız veya süresi içinde yasal hale getirilmemiş olan yapıların yıktırılacağı hususlarının, İmar Kanununun kamu düzenine ilişkin, uyulması zorunlu ve emredici nitelikte olması nedeniyle, mahkemeler ve Yargıtay'ca kendiliğinden dikkate alınacağına hükmetmektedir.⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ ERMAN, (İnşaat), s. 211

⁴⁷⁶ (1) Yarg. 23. HD, E.2012/5310 K.2013/523 T.05.02.2013, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 10.03.2020); (2) Yarg. 15. HD, E.2013/4701 K.2014/354 T.16.01.2014, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 10.03.2020); (3) Yarg. 14.HD, E.2014/349 K.2014/4115 T.27.03.2014, Karartek.com.tr (E.T. 10.03.2020); (4) Yarg. 3.HD, E.2014/1318 K.2014/8880 T.04.06.2014, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 10.03.2020); (5) Yarg. 15. HD, E.2015/11186 K.2015/6603 T.23.12.2015, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 10.03.2020); (6) Yarg. 15. HD, E.2018/1074 K.2018/2079 T.21.05.2018, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 10.03.2020)

B. KAÇAK YAPILARIN KOŞULLARI VARSA YASAL HALE GELMESİ İÇİN ÖNCELİKLE YÜKLENİCİYE YETKİ VE SÜRE VERİLMESİ GEREKİR.

Yapının kaçak olduğunun denetime elverişli bilirkişi raporuyla tespit edilmesi durumunda, mahkemece, ilgili belediyeden yapının imara uygun, eş deyişle yasal hale getirilmesinin mümkün olup olmadığının, mümkün ise ne şekilde getirilebileceğinin sorulması gerekmekte olup alınacak cevaba göre imara uygun hale getirme koşullarının bulunması halinde bu hususta öncelikle yükleniciye süre ve yetki verilmesi gerekir. Yapı yasal hale getirilemiyorsa sözleşmenin feshi ile birlikte bu yapının sadece yıkımı istenebilecektir.⁴⁷⁷ Ruhsat alınmış olmakla birlikte inşaatta ruhsata aykırı şekilde eklemeler yapıldığı durumlarda, çekişme konusu bağımsız bölümün ruhsat verilen kısımlara ilişkin olması halinde bu nitelikteki yer hakkında isteklerin değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁷⁸

Kaçak olarak yapılan yapının imara uygun hale getirilmesi yükümlülüğü öncelikle yükleniciye aittir. Özellikle imara aykırılıkların çok büyük oranda olmadığı durumlarda dönme kararı vermek yerine masrafı kendisine ait olmak üzere aykırılıkların giderilmesi konusunda yükleniciye yetki ve süre verilmesi hakkaniyete uygun olacaktır.⁴⁷⁹ Yargıtay, kararlarında; yüklenicinin yapımını üstlendiği eseri sözleşmeye, teknik ve sanatsal ilkelere, ve amaca uygun olarak imal edip arsa sahibine teslim etme yükümlülüğünde olduğunu, bu yükümlülüğe aykırı olarak kaçak yapı inşa etmesi halinde bu yapıyı imara uygun hale getirme yükümlülüğünün de öncelikle yükleniciye ait olacağını,⁴⁸⁰ sözleşmeyle aksinin kararlaştırılmadığı durumlarda iskan izini alınması yükümlülüğünün iş sahibine ait olduğunu ancak inşaatı imar mevzuatına uygun tamamlama yükümlülüğünün de yüklenicinin edimleri kapsamında olduğunu⁴⁸¹ belirtmektedir.

⁴⁷⁷ Yarg. 23. HD, bkz. yuk, dn.476 (1); Yarg. 23. HD, bkz. yuk, dn.476 (2); Yarg. 23. HD, bkz. yuk, dn.476 (5); Yarg. 15. HD, bkz. yuk, dn.476 (6); Yarg.15.HD, E.2020/638 K.2020/2923 T.09.11.2020, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 30.12.2020); DUMAN, (İnşaat), s. 488

⁴⁷⁸ KARADAŞ, s. 273; Yarg. 15. HD, 2012/5370-2013/883 T.08.02.2013, (KARADAŞ, dn.224, s. 274)

⁴⁷⁹ SÜTÇÜ (İnşaat), s. 518

⁴⁸⁰ Yarg. 15. HD, bkz. yuk, dn.476 (5); Yarg. 15. HD, bkz. yuk, dn.476 (6); Yarg. 15. HD, E.2018/1235 K.2018/4073 T.25.10.2018, ezproxy.mef.edu.tr:2120/-HukukTürk (E.T. 10.03.2020)

⁴⁸¹ Yarg.15.HD, E.2018/2949 K.2019/898 T.4.3.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 30.12.2020)

Yargıtay, 14.06.2017 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararında⁴⁸² ise, sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça yapı ruhsatı alma yükümlülüğünün iş/arsa sahibine ait olduğunu, bu mükellefiyetin yerine getirilmesinin yükleniciden beklenemeyeceğini ancak, basiretli bir iş adamı sıfatını taşıyan ehil bir yüklenicinin de ruhsat ve proje olmaksızın inşaaata başlamaması ve bunu sürdürmemesi gerektiğini, aksi halde ruhsat ve gerekli izinleri almaksızın binayı tamamlamışsa diğer ifade ile ruhsata bağlanmamış inşaat nedeniyle, iş bedeline hak kazanamayacağını ifade etmekte, binanın yasal hale gelmesinin mümkün olduğunun anlaşılması halinde yapı izin belgesi alma işi işsahibine ait olduğundan, öncelikle işsahibine gerekli projeleri hazırlayıp inşaatı ruhsata bağlaması için süre verilmesini öngörmektedir. Uygulamada, belki istisnai durumlar haricinde gerek inşaat gerekse iskân ruhsatı alma işi; her ne kadar yasayla, arsa malikine ait taşınmaz üzerinde bina yapılacak olması dikkate alınarak, arsa sahibine ait bir yükümlülük olarak öngörülmüş ise de, bu yükümlülük, ticari teamül haline gelmiş bir şekilde arsa sahiplerinden alınan vekaletle istinaden yükleniciler tarafından yerine getirilmektedir. Bu nedenle, Yargıtay'ın anılı HGK kararında belirttiği şekilde, *“inşaat ruhsatı alma mükellefiyetin yerine getirilmesinin yükleniciden beklenemeyeceği”* şeklindeki ifade ve *“öncelikle arsa sahibine inşaatı hukuka uygun hale getirmek için süre verilmesi”* şeklindeki ifade; *“basiretli bir iş adamı sıfatını taşıyan ehil bir yüklenicinin de ruhsat ve proje olmaksızın inşaaata başlamaması ve bunu sürdürmemesi”* şeklindeki ifade ile ve Yargıtay'ın önceki kararlarıyla çelişmektedir. Gerçekten, bina inşa etmede bilgi, beceri, sermaye ve ekibe sahip olması gereken yüklenicinin, imar mevzuatına aykırı bina veya bağımsız bölüm yapması durumunda, basiretli tacir olarak yapmış olduğu inşaatın kaçak olduğunu bilmediğini iddia edemeyecek olması karşısında bilfarz, sözleşmede yer almamış veya gerekli vekaletnameyi almamış olsa dahi yine aynı kararda belirtildiği üzere, ruhsat ve proje olmaksızın inşaaata başlamaması ve bunu sürdürmemesi gerektiğinden, inşaatı imara uygun hale getirme yükümlülüğünün de öncelikle yükleniciye ait olması ve bu hususta taraflara süre verilecekse, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine özgü olarak, iş/arsa sahibine değil öncelikle yükleniciye süre verilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

⁴⁸² YHGK, E.2017/503 K.2017/1190 T.14.06.2017, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 10.03.2020)

C. KAÇAK YAPIYA İLİŞKİN KAL DIŞINDAKİ TALEPLER DİNLENMEZ

Yargıtay' ın 14.03.2019 tarihli kararına göre,⁴⁸³ ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapılan bina ya da bağımsız bölümlere arsa payı tanınamayacağı gibi bu tip yapıların, ancak imara uygun yapılarda uygulanması mümkün olan, 24.04.1978 tarihli ve 3/4 sayılı YİBBGK kararından faydalandırılmaları da söz konusu olamaz.

Yasaya uygun hale getirilemeyen kaçak yapıların yıkılması gerektiğinden yaratılmış ekonomik değerleri de olamaz. Bu tip yapılarda hangi hukuksal nedene dayalı olursa olsun kal dışında bir talep dinlenemez. Tarafların sözleşmede bina inşaatının imara aykırı kaçak yapıldığını kabul etmeleri binanın yıkılması engellemez.⁴⁸⁴ Hatta arsa sahibinin kaçak inşaata ses çıkarmaması, kullanmak suretiyle tasarrufta bulunduktan sonra fesih istemesi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmez.⁴⁸⁵ Bu tür bir yapının fiilen uzun süre kullanılmış olması, aykırılıklar giderilip yapı kullanım izni alınmadıkça, aradan geçen zaman nedeniyle ekonomik değerden yoksunluk özelliğini ortadan kaldırmaz.⁴⁸⁶

Esasen kaçak yapının yıkılması işi belediyeye ait bir kolluk vazifesi ve emredici hükümler karşısında yerine getirilmesi gereken zorunlu bir idari görev olmakla birlikte bu görevin yerine getirilmemesi durumunda arsa sahibi veya yüklenicinin kal (yıkım) talepli olarak dava açabilmeleri mümkündür.⁴⁸⁷ Ancak bizce (sadece kal talepli olarak açılan) bu davada hukuki menfaat ve hakkın kötüye kullanılması unsurlarının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.

Ayrıca, yüklenicinin arsa payı devrine hak kazanması, binayı imar mevzuatına, fen ve amacına uygun inşa ve teslim etmesi koşuluna bağlı olduğundan,⁴⁸⁸ kaçak inşa edilen yapı yasal hale getirilmediği sürece ifa ve teslim gerçekleşmiş olmayacaktır.

⁴⁸³ Yarg. 14.HD, E.2018/3483 K.2019/2353 T.14.03.2019, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 10.03.2020); Yarg. 14.HD, bkz. yuk, dn.476 (3)

⁴⁸⁴ Yarg. 14.HD, bkz. yuk, dn.476 (3); Yarg. 3.HD bkz. yuk, dn.476 (4); Yarg. 15. HD, bkz. yuk, dn.476 (5); Yarg. 15. HD, E.2011/1753K.2012/2936 T.02.05.2012, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020); Yarg. 15. HD, E.2011/2215 K.2012/2940 T.02.05.2012, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020);

⁴⁸⁵ Yarg.23.HD, E.2013/3692 K.2013/5707 T.24.09.2013, (E.T. 30.12.2020);

⁴⁸⁶ DUMAN, (İnşaat), s. 500

⁴⁸⁷ SELİMOĞLU, s. 171

⁴⁸⁸ KARADAŞ, s. 275

Bu durumda yüklenicinin bedele hak kazanması mümkün olamayacak, kaçak yapı inşa eden yüklenicinin, imara aykırılığın dolayısıyla yasaları tanımazlığın meşrulaştırılması anlamına gelecek bedele/arsa payına, yapılan iş ve imalatlara ilişkin taleplerinin reddi gerekecektir.⁴⁸⁹

D. KAÇAK YAPIDAKİ EKSİKLER NEDENİYLE BİRLİKTE İFAYA KARAR VERİLEMEZ

Ancak yasal yapılar veya İK m.16' daki değişiklikler de dikkate alınarak yasal hale getirilmesi mümkün olan yapılardaki eksiklik ve kusurlar birlikte ifaya konu olabilir.⁴⁹⁰ Kaçak yapılardaki eksik ve kusurların tamamlanması yapıya yasallık kazandırmak anlamına gelecek ve emredici kurallara aykırılık teşkil edecektir.⁴⁹¹ Bu nedenle kaçak yapılarda birlikte ifaya karar verilmesi mümkün değildir.

E. ARSA SAHİBİNİN KAÇAK YAPI NEDENİYLE MENFİ VEYA MÜSPET ZARARLARINI TALEP HAKKI VARDIR.

Yüklenicinin kaçak inşaat yapması ve bu nedenle sözleşme fesih edilerek binanın yıkılması durumunda arsa sahibi, binanın objektif değeri ile yıkım nedeniyle elde edemediği kira gelirlerini ve sözleşmede kararlaştırılmışsa yüklenicinin inşaatın yapım süresince arsa sahibinin oturacağı ev için ödemeyi kabul ettiği, ödenen kira bedellerini yükleniciden talep edebilecektir.⁴⁹² Ancak, imara aykırı ve yıkılması gereken inşaat nedeniyle arsa sahibinin müterafik kusuru bulunması halinde, arsa sahibi, ayıplı-eksik iş bedeli, gecikme tazminatı ve kal masraflarını talep edemeyecektir.⁴⁹³ Burada imara aykırı kaçak bina inşa edenler bakımından değinilmesi gereken bir husus da sorumluluğun sadece arsa payı karşılığı inşaat bakımından olmadığıdır. Yüklenici inşaatın kaçak yapılmasından dolayı üçüncü taraflara verilecek zararlardan da sorumludur. Yargıtay bir kararında,⁴⁹⁴ komşu parselde yapılan zemin kazı çalışması nedeniyle zarar gören davacılara ait binanın

⁴⁸⁹ Yarg. 12.HD, E.2010/4325 K.2011/6231 T.26.10.2011, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 10.03.2020); Yarg. 15. HD, E.2018/4054 K.2019/60 T. 08.01.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 10.03.2020); Yarg. 15. HD, E.2018/5584 K.2019/641 T.18.02.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 10.03.2020)

⁴⁹⁰ Yarg.15.HD, E.2018/1235 K.2018/4073 T.25.10.2018, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 30.12.2020)

⁴⁹¹ Yarg. 12.HD, E.2010/4325 K.2011/6231 T.26.10.2011, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 10.03.2020)

⁴⁹² Yarg. 15. HD, E.2018/1752 K.2018/2834 T.03.07.2018, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 10.03.2020)

⁴⁹³ COŞKUN, s. 514

⁴⁹⁴ Yarg. 4.HD, E.2010/14418 K.2012/2144 T.15.02.2012, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020)

ruhsatsız, projersiz, yapı yönetmeliğine aykırı kaçak bina oluşunu yasaların kendilerine verdikleri yükümlülükleri yerine getirmedikleri yasalara saygılı vatandaştan beklenen davranışı sergilemedikleri gerekçesiyle binayı yapan davacılar için müterafik kusur olarak değerlendirmiştir.

Gecikme tazminatı konusunda Yargıtay birçok kararında, arsa sahiplerinin, inşaatın imara uygun olan kısımları yönünden gecikme tazminatı talep edebileceğini, fazladan yapılan daire için tazminata hükmedilemeyeceğini, yasaya aykırılıklar giderilmedikçe bu gibi yerler için tescil, teslim, nefaset farkı ve zararların tazmini gibi taleplerin dinlenemeyeceğini ifade etmektedir.⁴⁹⁵ Ancak Yargıtay bir kararında,⁴⁹⁶ yapının ruhsatsız ve projersiz -kaçak- olduğunun ortada olduğunu bu tür yapılarda kamu düzenine ilişkin imar yasasına aykırılık nedeniyle sadece yıkım istenebileceğini, eksik işler, nefaset vs. talepler ileri sürülemezse de sırf sözleşme geçerli olduğundan ve inşaatın süresinde teslim edilmemesinden ötürü gecikme tazminatı “kira kaybı” talep edilebileceğini ifade etmiş, öğretide, sözleşme geçerli olduğunda, ruhsat, proje ve imar mevzuatına aykırı, aykırılıklar giderilemese bile, inşaatın süresinde teslim edilememesinden ötürü gecikme tazminatının istenebileceği, projeye aykırı olarak fazladan yapılan daire için ise gecikme tazminatının istenemeyeceği savunulmuştur.⁴⁹⁷

Yüklenicinin zarardan sorumluluğu binanın yapıldığı tarihteki mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Nitekim YHGK 14.01.2020 tarihli kararında,⁴⁹⁸ 1975 tarihli deprem yönetmeliğine göre 1987 yılında inşaat ve 1992 yılında iskan ruhsatı alınmış bir yapıyla ilgili olarak, 2007 tarihli deprem yönetmeliğine göre inceleme yapılmasını doğru bulmamış, yüklenicinin yapım ve teslimden sonra olası gelişmeleri bilmesi ve öngörmesinin kendisinden beklenemeyeceğini, sorumluluğu arttıran aleyhe hükümlerin yükleniciyi bağlamayacağını, yüklenicinin sorumluluğunun ve özen borcunun binanın yapımı ve teslimi sırasında yürürlükte olan mevzuata göre belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir.

⁴⁹⁵ Yarg. 15. HD, E.2001/1601 K.2001/3598 T.02.07.2001, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020); SELİMOĞLU, s. 306; Yarg. 15. HD, 2004/7758 K.2005/447 02.02.2005, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020); USTA, s. 209

⁴⁹⁶ Yarg. 15. HD, 2001/5904 K.2002/1828 T.15.04.2002, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020); Yarg.23.HD, E.2014/10136 K.2016/2018 T.31.03.2016, (ŞEN/ŞEN, s. 248)

⁴⁹⁷ DUMAN, (İnşaat), s. 591

⁴⁹⁸ YHGK, E.2017/15-254 K.2020/6 T.14.01.2020, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 30.12.2020)

İşin ifası sırasında ya da bitiminde, iş sahibinin talimatıyla veya talimatı olmadan iş sahibinin yararına olarak iş görenin yaptığı iş ve imalatlar, sözleşme dışı iş, fazla imalat, ek (ilave) iş veya imalat olarak kabul edilmektedir.⁴⁹⁹ Ek iş, genellikle ruhsat ve eklerine aykırı olmayan ya da çoğunlukla tadil gerektirmeyen, fazla bağımsız bölüm imali niteliği taşımayan sözleşmede öngörülmemiş, sözleşme kapsamı dışındaki ilave işlerdir. Ancak ek iş bakımından da özellikle alan büyütme, balkon ekleme gibi durumlarda imara aykırılık söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda yüklenici ek işle ilgili imalat bedelini talep edemez.⁵⁰⁰

Esasen mimari projeye aykırılık söz konusu olduğunda bu aynı zamanda sözleşmeye de aykırılık teşkil edeceği için ayıplı ifa niteliğindeki böyle bir durumu kabul zorunluluğu olmayan arasa sahibi bakımından yapılan iş, ek iş olarak kabul edilmez.⁵⁰¹ Ruhsat eki olan mimari projeye aykırılık, ruhsata aykırılık teşkil eder ve ruhsatın iptaline neden olacağı için inşaatın da kaçak olmasına yol açar. Yargıtay'ın bir kararında belirttiği gibi, (asıl olsun, ek iş olsun) yüklenicinin iş bedeline hak kazanabilmesi için yapmış olduğu imalatın imar mevzuatına uygun olması eş değışle kaçak olmaması gerekir.⁵⁰²

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki edim dengelerini, bu arada arsa sahibinin devredeceği arsa payı oranını, değıştirecek ek işlere ilişkin anlaşmaların TBK m. 13 uyarınca resmi şekilde yapılması gerekir.⁵⁰³ Ancak öğretilde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ek işlerin kapsamı belirlenmeden, ek işlerin çıkması halinde bedelinin ödeneceği ifade edilmiş ya da ifa sürecinde arsa sahibi ek işlere muvafakat etmişse bu taktirde taraflar arasında şekle tabi olmayan bir eser sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmektedir.⁵⁰⁴

Görüşümüze göre, kaçak inşaat nedeniyle kesilen idari para cezalarının arsa sahibi tarafından ödenmek zorunda kalınması halinde, bu sözleşme yapılmayacak olsaydı arsa sahibinin katlanmak zorunda olmayacağı bir zarar kalemi olacağı için dönme durumunda menfi zarar kapsamında istenebilecektir.

⁴⁹⁹ Yarg. 15. HD, E.2020/1360 K.2020/1698 T.19.06.2020, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 21.09.2020)

⁵⁰⁰ Yarg. 15. HD, E.2018/4054 K.2019/60 T.08.01.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 21.09.2020)

⁵⁰¹ ARIDEMİR, s. 453-454

⁵⁰² Yarg. 15. HD, E.2018/4054 K.2019/60 T.08.01.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 21.09.2020)

⁵⁰³ ARIDEMİR, s. 455-456; KOCAAĞA, (İnşaat), s. 210

⁵⁰⁴ ARIDEMİR, s. 456; KOCAAĞA, (İnşaat), s. 211; ERMAN (İnşaat), s. 203

F. YAPININ KAÇAK OLMASI HALİNDE ZAMANAŞIMI İŞLEMEZ.

Yargıtay, 28.10.2013 tarihli bir kararında,⁵⁰⁵ zamanaşımı süresinin kural olarak alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacağını, yüklenicinin yapımını üstlendiği inşaatta zamanaşımının işlemeye başlaması için inşaatı sözleşme, ruhsat ve ekleriyle birlikte imara uygun olarak tamamlayıp arsa sahiplerine tüm bağımsız bölümleri teslim etmesi gerektiğini, inşaat yapma borcunu yerine getirmeyen yüklenicinin arsa sahibinden tapu devri isteyemeyeceğini ifade etmiş 26.06.2007 tarihli bir başka kararında⁵⁰⁶ da zamanaşımının başlatılabilmesi için ortada İmar Kanunu'na ve sözleşmeye uygun yasal bir inşaatın tamamlanmasının ve tesliminin şart olduğunu belirtmiştir.

IV. SÖZLEŞMEYE GÖRE FAZLA İMAL EDİLEN BAĞIMSIZ BÖLÜMLER VE PAYLAŞIM SORUNLARI

İmar durumuna, ruhsat ve eki projelere aykırı yapılmış inşaat kaçak inşaatır. Yasalara aykırı inşaata hukuki neticeler bağlanarak kazanımlar tanınması mümkün olmayacağından ruhsatsız inşasına başlanılmış veya ruhsat alınmakla birlikte sonradan ruhsata aykırı hale gelmiş binaların hak ve paylaşım taleplerine konu olması, ancak, bunların yasal hale gelmesi ya da gelebiliyor olmasına bağlıdır.

Yargıtay'ın da muhtelif kararlarında vurguladığı üzere; Ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılmış yapılar için bu tür yapıların imar mevzuatına uygun hale getirilememesi halinde, İK'nin 32. maddesi ile yıkım yaptırımı uygulanır, bu tür yapıların ekonomik değerleri olmaz, bu tür yapılar hakkında tespit, tescil, nefaset farkı, eksik iş bedeli gibi taleplerde bulunulamaz,⁵⁰⁷ mülkiyet iddiasına dayanılmaz, eksik ve ayıplı işler nedenine dayalı iddiaların dinlenme olanağı yoktur, kal ve enkaz bedeli dışında bir talepte bulunmak mümkün değildir.⁵⁰⁸ Bunun

⁵⁰⁵ Yarg.23.HD, E.2013/5303 K.2013/6581 T.28.10.2013, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 30.12.2020)

⁵⁰⁶ Yarg.15.HD, E.2007/1058 K.2007/4334 T.26.06.2007, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 30.12.2020)

⁵⁰⁷ YHGK, E.2009/15-178 K.2009/242 T.03.06.2009, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 22.10.2020)

⁵⁰⁸ YHGK, 1999-15-653 K.1999-965 T.17.11.1999, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 05.10.2020); YHGK, E.2012/1-1133 K.2013/421 T.03.04.2013, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 05.10.2020)

yanında, bu tür yapıların ayınının paylaşılması sonucu bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satışı veya satış vaadine konu olması da mümkün değildir.⁵⁰⁹

Bu nedenle, ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılmış olmakla birlikte yürürlükteki imar mevzuatına veya kazanılmış hak söz konusu olması durumunda ruhsat tarihindeki mevzuata uygun olan ve ruhsata bağlanmış veya bağlanma olanağı olduğu yerel idare tarafından kabul ve bilirkişilerce tespit edilmiş, mahkemece verilen yetki ve makul süre sonunda aykırılıkları giderilmiş yapıların, ruhsata bağlanarak yasal hale getirilmiş olması durumunda hukuki koruması başlayacağından,⁵¹⁰ sorunlarının hukuken çözüme kavuşturulması, hak ve paylaşım taleplerinin dinlenmesi imkânı ancak bu durumda söz konusu olabilir.

Fazla inşaat veya bağımsız bölüm eklenmesinden söz edilebilmesi için öncelikle inşaatın yatay veya dikey olarak büyütüldüğünün tespiti gerekir. Blok sayısının azaltılarak kat sayısının artırılması veya bağımsız bölümlerin alanında değişiklik olmaksızın sayısının artırılması durumunda fazladan bağımsız bölümün varlığından söz edilemez.⁵¹¹ Örneğin bir Yargıtay kararında; her biri 5 kat olmak üzere 10 blokta 104 dairenin inşasının planlandığı inşaatta, tüm dairelerdeki büyümenin eşit ve her biri 8 kat ve 7 blok olarak aynı sayıda dairelerin olduğu inşaat yapılmış olması, paylaşım oranında değişiklik olmaması, artan arsanın yeşil alan olarak ortak alan olması karşısında inşaatta sözleşme dışı fazlalık bulunmadığı sonucuna varılmış,⁵¹² bir başka kararda ise;⁵¹³ 2.bodrum katta 2 daire yapılması gerekirken yüzölçümleri aynı kalarak 4 daire olarak yapılan inşaatta, arsa payı ve daire alan ölçüsünün değişmediği bu nedenle fazla bağımsız bölümün varlığından söz edilemeyeceği, inşaat alanının yüzölçümü aynı kalarak bağımsız bölüm sayısının artmasının fazla bağımsız bölüm inşa edildiği anlamına gelmeyeceği vurgulanmıştır.

Aşağıda, kaçak yapılmış olmakla birlikte imara uygun hale getirilebiliyor olması durumunda, fazla veya kararlaştırılandan daha büyük yapılan inşaata ilişkin paylaşım sorunları üç başlık altında incelenmiştir.

⁵⁰⁹ Yarg. 14.HD, E.2016/897 K.2016/6220 T.24.5.2016, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 22.10.2020)

⁵¹⁰ Yarg. 23. HD, E.2012/5310 K.2013/523 T.05.02.2013, 03.06.2009, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 22.10.2020)

⁵¹¹ COŞKUN, s. 470-471

⁵¹² Yarg. 15. HD, 11.03.2003, 240/1217, [SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 770-771]

⁵¹³ Yarg. 15. HD, 22.01.2001, 2000/4209,356, [SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 771]

A. BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİN SAYICA SÖZLEŞMEDE KARARLAŞTIRILANDAN FAZLA YAPILMIŞ OLMASI

İmar durumundaki değişikliğin sözleşmede kararlaştırılandan daha fazla bağımsız bölüm yapılmasına imkân verdiği ve kaçak yapılmış olmakla birlikte bunun yasal olarak ruhsata bağlanabildiği durumlarda fazla yapılan bağımsız bölüm ya da bölümlerin kime ait olacağı bunların taraflar arasında paylaşımı sorunu bir ihtilaf olarak yargı kararlarına yansıdığı görülmektedir. Sözleşme dışı yapılmış bağımsız bölümlerin paylaşımı konusunda öncelikle, fazla bağımsız bölüm yapılmasının sözleşmede öngörülüp öngörülmediği öngörülmüşse paylaşım konusunda bir belirlenimin yapıp yapılmadığı tespit edilmelidir.

1. TARAFLARIN SÖZLEŞMEDE FAZLA BAĞIMSIZ BÖLÜM İNŞASINI ÖNGÖRMESİ VE PAYLAŞIMLA İLGİLİ HÜKÜM TESİS ETMESİ

Bir sözleşmenin tarafları, emredici kurallara aykırı olmadıkça, sözleşme serbestliği temel prensibine uygun olarak (TBK m. 26) aralarında akdedecekleri sözleşmede ortak iradelerine uygun hükümler sözleşmeye koyabilirler ve bu hükümler tarafları bağlar. Mahkemeler de; emredici hükümlere aykırı olmamak (TBK m. 27) kaydıyla, tarafların kanunu niteliğindeki (Contractus ex conventionem legem accipere dinoscuntur/ tarafların üzerinde mutabık kaldığı hususlar, kanun gibidir) bu bağlayıcı hükümlere; dürüstlük kuralı (TMK m. 2) genel işlem şartları, (TBK m. 20) tüketici hukuku bakımından haksız şart, (TKHK m. 6) ile aşırı ifa güçlüğü (TBK m. 138) gibi somut olayda varlığının iddia edildiği veya denetiminin söz konusu olduğu durumlar dışında uymak, yorumlamak ve sözleşmedeki hükümlere göre karar vermek durumundadır.

Taraflar sözleşmede, mevcut imar durumuna göre belirlenmiş paylaşım oranını benimseyebilecekleri gibi, sözleşme harici yapılması öngörülen fazla bağımsız bölümlerin paylaşımı için ayrı bir paylaşım oranı da benimsemiş olabilirler. Sözleşmeye konulacak bu yöndeki açık düzenleme tarafları bağlayacağından ihtilaf

halinde sözleşmedeki bu hükümlere uyulması ve paylaşımın buna göre yapılması gerekir.⁵¹⁴

Nitekim Yargıtay da 25.09.2019 tarihli bir kararında;⁵¹⁵ sözleşmede paylaşım oranının %50-50 oranında ve inşaat alanında artış olması halinde de aynı oranda bir paylaşımın öngörüldüğü davacı yüklenicinin sözleşmeye göre yapılmadığını iddia ettiği devir işlemi nedeniyle açmış olduğu tapu kaydının iptali ve tescil istemli davada, bilirkişilerce salt m² hesabı baz alınarak hesaplama yapılması doğru bulunmamış, dairelerin konumu ve değeri ile m² hesaplaması yapılması ve sözleşme gereği belirlenen paylaşım oranı üzerinden sonuca gidilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

5.12.2019 tarihli bir başka kararda Yargıtay;⁵¹⁶ infazı kabil olmayacak şekilde arsa payına göre tapu iptal ve tescil kararı verilmesini doğru bulmamış, sözleşmedeki paylaşım oranına göre her bir bağımsız bölüme isabet edecek kat irtifakına esas tapu (arsa) paylarının bilirkişiden alınacak raporla hesaplatılması ve sonucuna göre davanın kabulüne karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Bazen sözleşmede parsel tevhitleri öngörülmekte ve paylaşımlar buna göre düzenlenmekle birlikte bazen de sözleşmeden sonra tevhit işlemi yapılmakta kimi zaman bunlar için ek sözleşmeler düzenlenebildiği gibi kimi zamanda yüklenicinin inisiyatifıyla gerçekleşen bu tür parsel birleştirmeleri ile ilgili paylaşım sorunları çıkabilmektedir.

Yargıtay bir kararında;⁵¹⁷ fazladan elde edilen bağımsız bölümlerde dahil kendilerine isabet eden daireler ve dükkanın adına tescili talebiyle açılan davada, yol artığı olan ve belediyece tarafların sözleşmedeki payları oranında taraflara satıldığı kabul edilen ve yapılan tevhit ile m² si artan taşınmazda, fazla kazanılan bağımsız bölümlerin sözleşmedeki paylaşım oranına göre dağıtılması gerektiğine hükmetmiştir.

⁵¹⁴ ERMAN, (İnşaat), s. 205; AVCI, s. 49; ARDEMİR, s. 468; AKKANAT, s. 66; COŞKUN, s. 470; DUMAN(Sözleşme), s. 67; SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 767

⁵¹⁵ Yarg. 23. HD, E.2016/5031 K.209/3846 T.25.09.2019, ezproxy.mef.edu.tr:3143-Hukuktürk (E.T. 30.10.2020)

⁵¹⁶ Yarg. 15. HD, E.2019/520 K.2019/5020 T.5.12.2019, ezproxy.mef.edu.tr:3143-Hukuktürk (E.T. 30.10.2020)

⁵¹⁷ Yarg. 15. HD, 13.12.1995, 6686/7439; [SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 769-770, dn.364]

30.09.2019 tarihli bir başka kararda ise;⁵¹⁸ yüklenici tarafından asıl davada kendisine devri gereken bağımsız bölümlerin arsa sahibi adına olan kayıtlarının iptali ve adına tescili, karşılık davada da arsa sahibinin fazladan kazanılan bağımsız bölümler nedeniyle tazminat talep ettiği ve yerel mahkemece asıl davanın kabulüne karşı davanın reddine karar verilen davada, kat irtifakı tesis işleminde dava konusu yerlerin arsa sahibi üzerinde bırakılmasına rağmen tevhit işlemi sonrası TBK m. 13'e uygun olarak değiştirilen sözleşmeye itibar ederek, dava konusu edilen bağımsız bölümlerin arsa sahibine bırakıldığına dair bir delil bulunmadığı ve tevhit nedeniyle davacıya ilk sözleşme ile verileden daha fazla bağımsız bölüm verileceğine dair bir sözleşme yapılmadığı gerekçesiyle, değişen bu sözleşme ile davalı arsa sahibine ait olan daire için davanın reddine karar verilmemesi gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Yukarıda örneklenen her iki davada da Yargıtay'ın öncelikle sözleşme hükümleriyle belirlenen paylaşım usulüne itibar ettiği görülmektedir. Ancak Yargıtay 20.11.2019 tarihli bir kararında; fazla bağımsız bölüm imalinin ve buna ilişkin bir paylaşım oranının öngörülmediği anlaşılan sözleşmede, mevcut duruma göre imal edilecek bağımsız bölümler için kabul edilen bir oran olmasına rağmen, davalı kooperatifin komşu parseli satın alması ve yapılan tevhit sonucu 36 bağımsız bölüm yerine tevhit sonrası tadilat ruhsatına bağlı olarak 42 bağımsız bölüm inşa edilmesi üzerine, davacı arsa sahiplerinin sözleşmeye göre alacağı 14 bağımsız bölüm dışında fazladan inşa edilen bağımsız bölümlerin paylaşılmasında; sözleşmedeki oran yerine, davalının satın aldığı tevhit edilen parselin davalıya ait olacağı kabul edilerek, yöredeki emsal kat karşılığı sözleşmelere göre paylaşımın hangi oranda yapılabileceğinin tespiti ile bunun fiilen yapılmış fazla bağımsız bölümlere oranlamasının yapılmasını esas aldığı ve buna göre tapu kayıtlarının tespit edilerek infazı kabil olacak şekilde bunların hangi dairelere karşılık geldiğinin hükümde gösterilmesi gerektiğine karar vermiştir. Burada Yargıtay, fazla imal edilen bağımsız bölümler açısından sözleşmedeki paylaşım oranı yerine yöredeki emsal paylaşım oranının dikkate alınmasını benimserken aynı zamanda, öğretide de benimsendiği üzere,⁵¹⁹ fazladan yapılan bağımsız bölümlerle ilgili uyumsuzluk giderilirken tüm

⁵¹⁸ Yarg. 15. HD, E.2019/2147 K.2019/3688 T. 30.09.2019, ezproxy.mef.edu.tr:3143-Hukuktürk (E.T. 30.10.2020)

⁵¹⁹ SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 767

bağımsız bölümlerin arsa paylarının belirlenmesi gerektiğine de vurgu yaptığı görülmektedir.

2. SÖZLEŞMEDE FAZLA BAĞIMSIZ BÖLÜM YAPILMASI ÖNGÖRÜLMÜŞ OLMAKLA BİRLİKTE PAYLAŞIMA İLİŞKİN HÜKÜM BULUNMAMASI VEYA AÇIK OLMAMASI

Kimi zaman arsa sahibi ve yüklenici, asıl inşaatın paylaşımı konusunda ya bir oran belirlemekte ya da sözleşme eki krokide bir paylaşım çizelgesi yaparak nerede ve hangi dairelerin kime ait olacaklarını belirlemekte, kimi zaman baştan irtifak hakkı tesisi ile arsa payı devri yapmakta ancak fazla inşaat hakkı elde edilmesi halini öngördükleri durumda bu fazla inşaatın ne şekilde paylaşılacağını ya belirlememekte ya da fazla kat çıkılması halinde arsa sahibi talepte bulunmayacaktır veya geri kalan kısımlar yükleniciye ait olacaktır şeklinde açık olmayan yoruma ihtiyaç duyan hükümler sözleşmelere koyabilmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde fazla bağımsız bölüm yapılmasına ilişkin ön kabul, arsa sahibinin açık muvafakatinin var olduğu anlamına gelir. Bu muvafakatin sonradan icazet yoluyla verilmesi de mümkündür.

Sözleşmede paylaşımın ne şekilde yapılacağına ilişkin hüküm bulunmaması veya yeterince açık olmaması durumunda sözleşme hükümlerinin tarafların gerçek amaçlarına uygun olarak yorumlanması gerekir.⁵²⁰ Örneğin 12.12.1990 tarihli ve 30.06.1993 tarihli kararlarında Yargıtay;⁵²¹ sözleşme ile inşaatın zemin hariç dört kattan fazla yapılması durumunda tarafların arsa payı oranında hak sahibi olacağına kararlaştırıldığı, somut olayda projeye uygun olmakla birlikte, sözleşme dışı kazanılan iki bodrum katın yüklenici tarafından üçüncü kişilere satıldığı ve arsa sahibinin bu iki daireden haklarını talep ettiği ve yerel mahkemece ret kararı verilen davada, taraflar arasındaki sözleşmenin öncelikle lafzına ve amacına göre yorumlanması gerektiği, sözleşmenin fazla bağımsız bölümün paylaşımına ilişkin hükmünün yalnız zemin üstündeki kat artışına uygulanacağı şeklindeki yorumun

⁵²⁰ ARIDEMİR, s. 469; DUMAN, (Sözleşme), s. 67

⁵²¹ Yarg. 15. HD, E. 1990/5347 K.1990/5455 T.12.12.1990, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 30.10.2020); Aynı yönde, YHGK, E.1993/164 K.1993/501 T.30.06.1993, ezproxy.mef.edu.tr:3143-Hukuktürk (E.T. 30.10.2020)

tarafların gerçek amacına aykırı düşeceği, esasen sözleşme dışı kazanılan fazla dairelerde yüklenici ve arsa sahiplerinin aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmedeki paylaşım oranında birlikte hak sahibi bulduklarını, arsa sahiplerinin bu hakkından açıkça feragati içeren bir kabulü olmadıkça sözleşmedeki payları oranında hak sahibi olacaklarını vurgulayarak kararı bozmuştur.

Arsa sahibi ve yüklenicinin, imzaladıkları sözleşmede, fazla bağımsız bölüm yapılması durumunda doğacak haklarından feragat etmeleri mümkündür. Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yer alan; *“bunların dışında kalan bağımsız bölümlerin yükleniciye ait olacağı, arsa sahibinin sözleşmede belirtilen yerler haricinde hiçbir şekilde başka bir yer talep etmeyeceği”* şeklindeki ifadelerin arsa sahibi açısından feragat niteliği taşıyabilmesi için, arsa sahibinin inşa edilecek fazla bağımsız bölümlerdeki talep haklarından bütünüyle feragat ettiği, sözleşmede, tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça belirlenebiliyor olmalıdır.⁵²²

Öğretide, fazla bağımsız bölümlerin paylaşımına ilişkin sözleşme hükümlerinin, tecrübe ve teknik bilgiye sahip olduğu kabul edilen yüklenici aleyhine dar yorumlanması gerektiği belirtilerek, fazla bağımsız bölümlerin kendisine ait olmasını isteyen yüklenicinin, arsa sahibinin feragati ile ilgili sözleşme hükmünü çelişkiye ve şüpheye yer vermeyecek şekilde düzenlenmesini sağlaması gerektiği ifade edilmiştir.⁵²³

Yargıtay uygulamasına göre; arsa payı karşılığı İnşaat sözleşmesinde, arsa sahibine ait olan bölümler belirlendikten sonra kalan yerlerin yükleniciye ait olacağı şeklindeki sözleşme hükmünü, o sözleşme ile yapılması kararlaştırılan toplam bağımsız bölüm miktarı ile sınırlı olarak değerlendirmek ve sözleşme kapsamı dışında sonradan ilave bağımsız bölümlerin kazanılması durumunda bunlar açısından sözleşmedeki paylaşım oranına göre ayrıca paylaşım gitmek gerekir.

Nitekim Yargıtay, 13.11.1989 tarihli bir kararında;⁵²⁴ sözleşmede toplam 21 dairesi bir apartman inşa edileceğinin kararlaştırıldığını, arsa sahibine 7 dairenin verilmesi kabul edildiğinden 21 daire ile sınırlı olan inşaat yüklenicinin talebinin

⁵²² COŞKUN, s. 470; AKKANAT, (Fazla İnşaat), s. 67; SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 775; DUMAN, (Sözleşme), s. 69

⁵²³ SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 774; COŞKUN, s. 470

⁵²⁴ Yarg. 15. HD, E.1989/594 K.1989/4768 T.13.11.1989, ezproxy.mef.edu.tr:3143-Hukuktürk (E.T. 30.10.2020); Aynı Yönde, Yarg. 15. HD, 21.12.1995, 6837/7614 [SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 774]

14 bağımsız bölümün kendisine verilmesini istemekten ibaret olacağını, 21 bölümden fazla yapılacak inşaat için sözleşmede bir hüküm yer olmadığını, bu durumda fazla inşaatın sözleşmedeki paylaşım oranı dahilinde paylaşılması gerektiğini ifade ederek aksi yöndeki yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay 1.3.2016 tarihli benzer bir kararında da;⁵²⁵ davacının, fazla imal edilen iki bağımsız bölüm ve tüm bölümlerdeki 5m² alan büyümesi nedeniyle açtığı tazminat davasında, sözleşmede B+Z+3NK olarak toplamda 10 bağımsız bölüm inşa edileceğinin, bunlardan 5,6,7 numaralı bağımsız bölümlerin arsa sahibine ait olacağını, arsa sahibinin sözleşmede belirtilen yerler haricinde hiçbir şekilde başka bir yer talep etmeyeceğinin kararlaştırılmış olduğunu ancak, fiilen 12 bağımsız bölüm imal edildiğinin sabit olduğunu belirleyerek, sözleşmenin (vazgeçmeyle ilgili) anılan hükmünden, sözleşmenin imzalandığı tarihte 10 adet daire yapılacağı, bunlardan 3 tanesini davacının alacağı, imal edilecek bağımsız bölüm sayısı 10 adet olduğu sürece davacının başka bağımsız bölüm talep edemeyeceğinin anlaşılması gerektiği, ifade edilerek aksi yönde verilen yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Yukarıdaki emsal kararlarda olduğu gibi feragatin sözleşmede açıkça belirtilmediği durumlarda fazla bağımsız bölüm açısından paylaşım, taraflar arasında sözleşmedeki paylaşım oranına göre yapılmalıdır.⁵²⁶ Ancak, arsa sahibinin hakkı kesin olarak tespit edilmiş olmadan ve inşaattaki kat ve daire sayısı sınırlandırılmadan kalan dairelerin yükleniciye ait olacağı kabul edilmiş ise fazla bağımsız bölüm yapımından söz edilemeyeceğinden arsa sahibinin fazla bağımsız bölüm için talepte bulunmaya hakkı olamaz.⁵²⁷

Arsa sahibi açısından haktan feragat olarak kabul edilmeyen bir diğer husus vekaletname verilmesidir. Arsa sahibinin fazla bağımsız bölümler nedeniyle yükleniciye proje tadilatı yapma⁵²⁸ ya da satış yetkisini içeren⁵²⁹ vekaletname vermesi onun bu bağımsız bölümler üzerindeki talep haklarından vaz geçtiği anlamına gelmez.

⁵²⁵ 23. HD, E.2015/2760 K.2016/1278 T.01.03.2016, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 30.10.2020)

⁵²⁶ DUMAN, (Sözleşme), s. 69

⁵²⁷ KOSTAKOĞLU, s. 946; ARIDEMİR, s. 469, dn.88

⁵²⁸ SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 776; Yarg. 15. HD, 5.6.1985, 2114/1995; SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 776, dn.410

⁵²⁹ COŞKUN, s. 470; Yarg. 15. HD, 30.12.1986.T.,3425/4592; COŞKUN, s. 470, dn.223

3. FAZLA YAPILACAK BAĞIMSIZ BÖLÜMLERE İLİŞKİN SÖZLEŞMEDE HERHANGİ BİR HÜKÜM BULUNMAMASI

Fazla inşaatın paylaşımına ilişkin sözleşmede bir hüküm bulunmaması durumunda öncelikle, arsa sahibinin açık veya örtülü bir onayının bulunması gerekir. Aksi halde sözleşme ihlal edilmiş sayılır. Zira, fazla inşaat, yüklenicinin teslim borcu yanında arsa sahibinin arsa payı devir borcunu ağırlaştırabilecek dolayısıyla, sözleşmede öngörülen taraf edimlerinin dengesini değiştirebilecektir.⁵³⁰

Ancak, fazla bağımsız bölümün paylaşımına ilişkin bir esas belirlenmemiş dolayısıyla, taraflarca sözleşmeye aksine bir hüküm konulmamış ise taraflar, fazla bağımsız bölüm üzerinde sözleşmedeki (asıl inşaatla ilişkin) paylaşım oranına göre birlikte hak sahibi olurlar.⁵³¹ Sözleşmede belirlenmiş paylaşım, ilke ve ölçüsü,⁵³² arsa payları oranı⁵³³ fazla inşaatın paylaşımında esas alınır. Sözleşmede fazla bağımsız bölüm inşası ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmaması veya bir açıklığın olmaması bu bölümlerin yükleniciye bırakıldığı anlamını taşımaz.⁵³⁴

Yargıtay 12.05.2008 tarihli bir kararında;⁵³⁵ sözleşmede fazla inşaatın paylaşımı şekline ilişkin hüküm bulunmasa dahi fiilen fazladan yapılmış bağımsız bölümlerin olması durumunda bunların sözleşmedeki paylaşım oranında dağıtılması gerektiği yönünde dairenin ilkesi bulunduğunu ifade etmiştir. bu ilkenin devam ettirildiğinin anlaşıldığı 10.09.2019 tarihli başka bir kararda da Yargıtay;⁵³⁶ Sözleşme içeriğinde taşınmazın tamamında kaç daire olacağının aynı zamanda fazla imalat olması halinde bunların kime ait olacağının belirlenmediğini ancak, sözleşmenin eki olan kroki de 18 adet daire yapımı konusunda mutabakata varıldığını, bu dairelerden altısının arsa sahibine ait olacağının kabul edilmiş olması dikkate alınarak sözleşme oranının belirlenebileceğini ve uyuşmazlığın bu orana göre giderilmesi gerektiğine karar vermiştir.

⁵³⁰ ARIDEMİR, s. 470; AVCI, s. 50; DUMAN, (Sözleşme), s. 66-67; KOCAAĞA, (İnşaat), s. 214

⁵³¹ AKKANAT, (Fazla İnşaat), s. 67

⁵³² DUMAN, (Sözleşme), 67; AVCI, s. 51

⁵³³ ARIDEMİR, s. 471

⁵³⁴ DUMAN, (Sözleşme), 67

⁵³⁵ Yarg. 15. HD, E.2007/1440 K.2008/3141 T.12.05.2008, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 30.10.2020)

⁵³⁶ Yarg. 23. HD, E.2016/5967 K.2019/3490 T.10.09.2020, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 30.10.2020)

4. FAZLA YAPILACAK BAĞIMSIZ BÖLÜMLER AÇISINDAN TARAFLARIN TALEPLERİ

Arsa sahibi ve yüklenici kural olarak sözleşme harici fazladan inşa edilen bağımsız bölümlerin tespiti, fiilen teslimi ve arsa paylarının devrini talep edebilirler. Arsa sahibi, daha önce de değinildiği gibi fazla bağımsız bölümlerin imar mevzuatına uygun olmaması, yapının kaçak olması durumunda paylaşımı da söz konusu olmayacağından öncelikle bunların yasal hale getirilmesini talep edebilir.⁵³⁷ Arsa sahiplerinin birden fazla olması durumunda tümüne düşen pay bulduktan sonra her bir arsa sahibi kendi hissesi oranında pay sahibi olabilir.⁵³⁸ Yüklenicinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kendisine ait bağımsız bölümlerin aidiyetinin tespiti ve arsa paylarının verilmesini isteyebilmesi için, sözleşmede yapı kullanma izin belgesinin alınmış olma şartı varsa bu belgenin alınmış olması, yoksa, alınmaya hazır hale getirilmiş olması gerekir.⁵³⁹ Nitekim, Yargıtay'da aynı yönde verdiği 30.06.2020 tarihli bir kararda;⁵⁴⁰ Yüklenicinin, kat karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yapımını üstlendiği inşaatı imar mevzuatına uygun, iskânı alınabilecek şekilde bitirdiğini kanıtlaması, bunun için öncelikle, yapının imar mevzuatına uygun olup olmadığının saptanması, kaçak yapı niteliğinde ise yükleniciye yasal hale getirmesi için süre verilmesi, bundan sonra binadaki tüm bağımsız bölümlerin kat irtifakına esas tapu paylaşımının bilirkişilere hesaplatılarak buna göre taleplerinin değerlendirilerek tespiti gerektiğini açıklamıştır.

Fazla bağımsız bölümlerin paylaşımı arsa payı ile aynen yapılabilir ancak, Paylaşımın taraflar arasında fiilen yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Öğretide, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin edim borcu arsa payının devri olduğundan fazla inşaat bakımından da aynı durumun geçerli olacağı, pay devri dışında parasal yükümlülük getirilemeyeceği,⁵⁴¹ taraflardan birinin aynen paylaşım ve teslim talebinde bulunması durumunda bu talep imkânsız olmadıkça karşılanması gerektiği⁵⁴² ileri sürülmüştür. Fazla imal edilen bağımsız bölümlerin

⁵³⁷ AVCI, s. 55

⁵³⁸ SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 767; COŞKUN, s. 470

⁵³⁹ AVCI, s. 53

⁵⁴⁰ Yarg. 15. HD, E.2020/1031 K.2020/1975 T.30.6.2020, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 30.10.2020)

⁵⁴¹ ARIDEMİR, s. 471; KOCAĞA, (İnşaat), s. 214-215; Aksi Yönde, KOSTAKOĞLU, s. 946

⁵⁴² DUMAN(Sözleşme), s. 73

üçüncü kişilere satılmış olması durumunda talep, rayiç değerinin ödenmesine yönelik olabilir.⁵⁴³ Ayrıca arsa sahibi açısından, yükleniciye verilen vekaletle istinaden üçüncü şahıslara satılan sözleşme dışı kazanılmış bağımsız bölümlerin aynen kendisine verilmemesi nedeniyle doğan zararın⁵⁴⁴ ve geç teslim nedeniyle kira kaybının da istenebilmesi de mümkündür.⁵⁴⁵

Fazla bağımsız bölüm imali, imar mevzuatına uygun olmak kaydıyla, sözleşmeyle kararlaştırılan süre açısından ayrı bir mesai gerektireceğinden yükleniciye ek süre talep etme hakkı verir.⁵⁴⁶

B. BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİN SÖZLEŞMEDE BELİRLENENDEN DAHA BÜYÜK VEYA NİTELİĞİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMIŞ OLMASI

Bağımsız bölümlerin büyütülmesi, proje değişikliği ve ruhsat tadili yapılmak suretiyle imar mevzuatına uygun hale getirilmiş olmak kaydıyla, sözleşmede belirlenmiş ya da mimari projede gösterilmiş büyüklüklerin, inşaatın alanının ve kapsamının genişletilmesi, suretiyle gerçekleşir. Aksi kararlaştırılmadıkça ve kural olarak hem arsa sahibi hem de yüklenici yasaya uygun büyüme sonucu oluşan fazla bölümden asıl inşaatın paylaşım oranında hak sahibi olur.⁵⁴⁷

Bu noktada büyümenin hangi alanda gerçekleştiği önem taşımaktadır. Şayet bağımsız bölümlerdeki büyüme, mevzuata uygun şekilde yapılmış ve hem arsa sahibinin hem de yüklenicinin sahip oldukları bağımsız bölümde aynı oranda gerçekleşmiş ise bu taktirde tarafların birbirlerinden talepte bulunmaya hakları yoktur.⁵⁴⁸ Zira bu taktirde, aynı yerden paylaşım oranına göre yararlanma söz konusu olacağından taraflardan birinin diğerine göre sebepsiz zenginleşmesi ve sözleşmede kararlaştırılmış olan yarar dengesinde bir bozulma söz konusu olmaz.⁵⁴⁹ Örneğin arsa sahibine %30 pay verilmesi kararlaştırılmış bir sözleşmede yeniden düzenlenen

⁵⁴³ AKKANAT, (Fazla İnşaat), s. 68; SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 777; ARIDEMİR, s. 472-473; AVCI, s. 53-54; COŞKUN, s. 470

⁵⁴⁴ KOSTAKOĞLU, S. 947; AKKANAT, (Fazla İnşaat), s. 69

⁵⁴⁵ SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 777; Yarg. 23. HD, 6.7.2012, 1910/4710; SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 777; COŞKUN, s. 471

⁵⁴⁶ AVCI, s. 55; ERMAN, (İnşaat), s. 204

⁵⁴⁷ KOSTAKOĞLU, s. 945-946; COŞKUN, s. 476; Yarg. 15. HD, E.2011/1783 K.2012/2938 T.2.5.2012, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 30.10.2020)

⁵⁴⁸ KOSTAKOĞLU, S. 946; ARIDEMİR, s. 467; AVCI, s. 54

⁵⁴⁹ Yarg. 23. HD, E.2015/856 K.2016/2020 T.31.03.2016, , ezproxy.mef.edu.tr:3143-Hukuktürk (E.T. 30.10.2020)

imar çapı uygulaması ile inşaatın büyümesi sonucu, bilirkişi incelemesi ile arsa sahibinin söz konusu büyümeden %30 oranında faydalandırıldığı tespit edildiği davada Yargıtay,⁵⁵⁰ sözleşmedeki oranda arsa sahibinin arsa payının artmış olduğu gerekçesiyle fazla imalat yapıldığı iddiasıyla açılan davanın reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bir başka kararda Yargıtay,⁵⁵¹ büyümenin müteahhit payında da aynen mevcut olduğu, sözleşmedeki oranda taraflara isabet eden dairelere aynen yansıtıldığı, sözleşmedeki paylaşım oranında arsa sahipleri yararına bir değişiklik meydana gelmediği bu sebeple arsa sahiplerine isabet eden dairelerin mesahalarında meydana gelen artış nedeniyle bedel talebine hakkı olmadığı sonucuna varmıştır.

Bağımsız bölümlerdeki büyüme her iki tarafa ait bölümlerde ancak farklı oranlarda gerçekleşmişse, hangi tarafın bağımsız bölümü sözleşmede öngörülenden daha geniş yapılmışsa diğer taraf, bağımsız bölümü daha geniş yapılmış olan taraftan gerçekleşen fazlalık oranında talepte bulunabilir.⁵⁵²

Bağımsız bölümlerdeki büyüme yalnızca yüklenicinin payına düşen bölümlerde meydana gelmişse bu taktirde arsa sahibi, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, yüklenicinin payındaki artan değer üzerinden sözleşmedeki kendi payı oranında talepte bulunabilecektir.⁵⁵³ Bu talep, arsa sahibinin payına tekabül eden değer tazmini şeklinde olabileceği gibi şayet, toplam değer artış bedeli, yükleniciye kalacak bir bağımsız bölümün değerine denk geliyor veya aşılırsa, arsa payı olarak aynen ifa şeklinde de olabilecektir. Öğretideki bir görüşe göre bu durumda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin amacı dikkate alınarak aynen ifa edimine öncelik tanınmalıdır.⁵⁵⁴

Yüklenici, arsa sahibine isabet edecek bağımsız bölümleri sadece arsa sahibi yararına olacak şekilde sözleşmede kararlaştırıldıktan daha büyük yapması, meydana gelen büyümenin imar mevzuatına uygun olması ve sözleşmedeki paylaşım

⁵⁵⁰ Yarg. 15. HD, 13.3.2003, 2002/5087; SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 787

⁵⁵¹ Yarg. 15. HD, 11.3.1991, 991/394-1122; KOSTAKOĞLU, s. 946-947

⁵⁵² KOCAĞA, (İnşaat), s. 213; AVCI, s. 48

⁵⁵³ AVCI, s. 54; SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 788; KOSTAKOĞLU, S. 946; ARIDEMİR, s. 467

⁵⁵⁴ SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 788-789; Aksi Yönde, KOSTAKOĞLU, s. 946

dengeğini bozması durumunda, büyüyen kısmın parasal değeri üzerinden sözleşmedeki paylaşım oranında talepte bulunma hakkına sahiptir.⁵⁵⁵

Yüklenici, kendisine kalacak bağımsız bölümlerin niteliğinde değışiklik yapması durumunda meydana gelecek değer artışının arsa sahibine paylaşım oranında yansıtılması gerekir. Örneğin sözleşmede daire olarak tespit edilmiş bir bağımsız bölümün sonradan dükkan yapılması halinde meydana gelen değer artışından arsa sahibinin sözleşmedeki payı oranında yararlanması gerekir. Ancak sözleşmede yükleniciye bu yönde bir değışiklik hakkı tanınmışsa sözleşme hükmüne uyulması gerekir.⁵⁵⁶

C. ORTAK ALANLARDA BÜYÜME VEYA FAZLADAN İŞ YAPILMIŞ OLMASI

Ortak alanlarda yapılan imalatlardan tüm bağımsız bölüm sahipleri, gerek arsa sahibi gerekse yüklenici sözleşmedeki paylaşım oranında birlikte yararlanacağından buralarda yapılacak fazla imalat nedeniyle tarafların birbirlerinden talepte bulunması mümkün değildir.⁵⁵⁷ Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması sırasında mevcut olmayan sonradan mevzuatın getirdiğı asansör, sığınak, otopark yapılması gibi yasal koşullar nedeniyle yapılmak zorunda kalınan ek imalatların bedeli yüklenici tarafından sözleşmedeki paylaşım oranında talep edilebilir.⁵⁵⁸

V. İMAR AFFI YASALARININ KAÇAK YAPILAŞMAYA ETKİLERİ

Bize göre, kaçak yapılaşmanın bir sonucu olan imar afları; çıkarılan af yasasına bağılı olarak, yürürlükteki mevzuata, özellikle imar düzenine aykırı bir şekilde yapılmış, yasal olmayan, kaçak statüsündeki binalardan, kapsam içine girenlerin yine yasada belirtilen koşulların gerçekleştirilmesi halinde yasal statüye kavuşmasına ve devletin bu statüdeki binalara tanıdığı hakları kullanmasına imkân sağlayan genel

⁵⁵⁵ KOSTAKOĞLU, S. 946; AVCI, s. 48

⁵⁵⁶ SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 791-792; COŞKUN, s. 477

⁵⁵⁷ SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 793,798; COŞKUN, s. 482; Yarg. 15. HD, E.2009/3571 K.2009/4415 T.16.07.2009, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 30.10.2020); Yarg. 23. HD, E.2014/3676 K.2015/1475 T.09.03.2015, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 30.10.2020); Yarg. 23. HD, E.2016/2988 K.2016/3042 T.11.05.2016, ezproxy.mef.edu.tr:3143-Hukuktürk (E.T. 30.10.2020)

⁵⁵⁸ COŞKUN, s. 482; SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 799; Yarg. 15. HD, 25.1.2008, 2007/145,406; COŞKUN, s. 484; SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 799, dn.470

düzenleyici işlem niteliğindeki yasal düzenlemelerdir. Öğretide imar affı, “yürürlükte olan kurallara uyulmayarak belli bir zaman zarfına kadar meydana getirilen yapılaşmanın, durum ve konum itibarıyla yasada belirtilen koşullara uygun olanlarının bağışlanması ve korunması” olarak tanımlanmıştır.⁵⁵⁹ Devlet (siyasal iktidar) af yasalarıyla, alamadığı vergi ve harçları da kazanma imkânını elde ederek bir anlamda, belirli bir tarihle sınırlı olarak, hukuka aykırılığı ve buna neden olan yapı sahibini bağışlamaktadır.⁵⁶⁰ İmar affından söz edebilmek için; yürürlükteki kurallara uymadan yapılan bir yapının (imara aykırılık halinin) varlığı, yapının yasaca belirlenmiş zaman dilimi içinde inşa edilmiş veya ediliyor olması, yasada belirlenen yararlanma koşulları varsa bu koşulları taşıması ve yapının mevcut (veya ıslah/tamir edilmiş) haliyle affedilmiş/bağışlanmış ve/veya korunuyor⁵⁶¹ olması gerekir.

İmar afların kaynağının gecekondulaşma sorunu olduğu söylenebilir. Ülkemizde ağırlıklı olarak kentlerde kendini daha çok gösteren ve kaçak yapılaşmanın sembol ismi haline gelen gecekondulaşma; tarımsal alanların, üretimin ve tarımdan geçim koşullarının azalması, nüfusun ve barınma ihtiyaçlarının artması, sanayileşme, köyden kente göç gibi olgulara dayalı, ülkenin ekonomik, sosyolojik ve politik koşullarının yarattığı bir sorun olarak plansız, düzensiz, sağlıksız ve çarpık bir yapılaşma şeklinde, genel kabul gördüğü üzere ikinci dünya savaşı sonrası⁵⁶² artan bir oranda ülke gündemine girmiştir. Ortaya çıkan yasa dışı çarpık yapılar, onca alt bileşeni olan sorunlara rağmen siyaset ve seçim⁵⁶³ malzemesi yapılarak 1948 yılından sonra 2000’li yılların başlarına kadar çıkarılan 17 adet gecekondu ve imar affı⁵⁶⁴ yasasıyla hukukileştirilmiştir. Böylece, AİHM ve AYM içtihatlarına da dayanak olan, kanunların uygulanmayacağı noktasında toplumda, haklı olmasa da fiili bir beklenti yerleştirilmiştir. Bu nedenle çıkarılan imar affı yasaları, çözüm olmaktan çok sorunun derinleşmesinin de müsebbibi olmuş, af yasaları daha çok arsa

⁵⁵⁹ Hüseyin Melih ÇAKIR, Yapı Kayıt Belgesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5 S. 2, 2018, 15-92, s. 17

⁵⁶⁰ S. Evinç TORLAK, Gecekondulaşmanın Gelişimi İmar Afları ve Islah İmar Planları, Çağdaş Yerel Yönetimler, C.12, S. 1 Ocak 2003, s. 64-73, s. 66-67

⁵⁶¹ ÇAKIR, 16-17

⁵⁶² TORLAK, s. 64; KÖKTÜRK, s. 54; Fatma Neval GENÇ, Gecekonduyla Mücadeleden Kentsel Dönüşüme Türkiye’de Kentleşme Politikaları, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.1 S. 1, s. 15-30, s. 16; Mustafa KAYA, Gecekondu Sorunu ve Gecekondu Kanunu, TBDD, C.1, S. 6, Eylül 1989, s. 860-891, s. 860 (Jürix.com.tr, E.T.14.11.2020)

⁵⁶³ Seçim tarihleriyle çıkan af yasalarının karşılaştırılmasına ilişkin bkz. KÖKTÜRK, s. 55 Çizelge 3

⁵⁶⁴ KÖKTÜRK, s. 54, Yasaların ayrıntıları için bkz. KÖKRÜRK, s. 55 Çizelge 2

spekülatörlerinin, rantiyecilerin, işi gecekondula ticaretine⁵⁶⁵ dönüştürmesine neden olmuştur.

İmar affi yasalarından en önemlilerinden biri halen yürürlükte olan 20.07.1996 tarih ve 775 sayılı Gecekondula Kanunudur. (GK)⁵⁶⁶ Kanunun amacı, gecekonduların ıslahı, tasfiyesi ve yeniden gecekondula yapılmasının önlenmesidir. Gecekondula: İmar ve yapı işlerini düzenleyen mevzuata ve genel hükümlere bağılı kalmaksızın, kendisine ait olmayan arazi ve arsalar üzerinde, sahibinin rızası alınmadan yapılan izinsiz yapılardır. Öğretide gecekondula; ekonomik geliri imar görmüş bir arsa satın almaya, evini imar hükümleri gereğince yapmaya müsait olmayan kimselerde, derme-çatma, yapı tekniğinden habersiz ve tehlike arz edecek biçimde, sağıık şartlarına aykırı olarak kanun ve encümen kararlarından kurtulmak için alelacele inşa edilen yapılar,⁵⁶⁷ şeklinde nitelendirilmiş, Yargıtay ise, 27.04.1976 tarihli bir kararda⁵⁶⁸ gecekondula ifadesini, *“gece karanlığından yararlanmak suretiyle yasaya aykırı olarak vücuda getirilen yapılar için kullanılan bir sözcük”* olarak değerlendirmiş ve gecekondula; *“(...) bir projeye dayanmadan ve yapı işlerini denetlemekle görevli resmi mercilerden izin alınmadan, yapanın keyif ve arzusuna ve çok kez elverişli olmayan bir ekonomik gücün sınırlı ve yetersiz olan maddi olanaklarına bağılı kalınmak suretiyle gelişigüzel meydana getirilen bir yapı (...)”* olarak tanımlamıştır.

Gecekondula kanunu sınırlı alanlarda imar düzenine aykırı olarak inşa edilmiş kaçak yapılar için bir af ve şartları taşıması halinde sahibine bu gecekondulanın aynı haliyle veya değiştirilerek korunması, gerekiyorsa tamir ve ıslahı halinde maliki olma imkânı getirmiştir. Bu koşullar, deprem güvenliği olmayan çarpık ve sağııksız yapıların yasal hale gelmesine neden olmuş, her ne kadar 18. madde ile yürürlük tarihinden sonra yapılacak gecekonduların yıkılması öngörülmüş ise de bu yapıların yıkılmadığı ya da yıkılmadığı yargı kararlarına yansıyan örneklerle sabit olmuştur.

Af yasalarından önemli bir tanesi de halen yürürlükte olan 2981 sayılı İmar ve Gecekondula Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı

⁵⁶⁵ (F. Neval) GENÇ, s. 16-17

⁵⁶⁶ GK, RG, 30.07.1966/12362, KT. 20.07.1966, KN.775

⁵⁶⁷ KAYA, s. 864

⁵⁶⁸ Yarg. 1.HD, E.1976/3428 K.1976/4442 T.27.04.1976, , ezproxy.mef.edu.tr:3143-Hukuktürk (E.T. 13.11.2020)

İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanundur.⁵⁶⁹ Kanunun amacı, imar ve gecekondulu mevzuatına aykırı olarak inşa edilmiş ve inşa halindeki bütün yapılar hakkında uygulanacak işlemleri düzenlemek ve bu işlemlere dair müracaat, tespit, değerlendirme, uygulama ve duyuru esaslarını ve ilgili diğer hususları belirlemek olarak açıklanmıştır. (2981 Sayılı Kanun m. 1)

30.04.2019 tarihli YHGK kararına göre;⁵⁷⁰ kanun, büyük şehirlere göç ederek kamu arazilerine kaçak gecekondulu inşa eden dar gelirli kişilerin korunmaları, başka bir deyişle sosyal amaçlı bir projenin gerçekleştirilmesi amacıyla yönelik olarak çıkarılmış olup bu kanunda yazılanlar dışındaki kişilerin İmar Affı Kanununa dayanarak istemde bulunma olanakları yoktur. Anılı kararda, Arsa veya arazilerin üzerine yapılmış gecekonduların arsa bedelinin ilgili kuruluşa peşin veya en geç 4 yıl içinde on iki eşit taksitle ödeneceği, gecekondulu sahiplerine en fazla 400 m² arsa tahsis edilebileceği, arsa veya araziler üzerinde, gecekondulu sahiplerince yapılmış yapılar tespit edildikten sonra, kayıt maliki kamu kuruluşunca bu yerin hak sahibine tahsis edileceği ve bu tahsisin yapıldığı tapu sicilinin beyanlar hanesinde gösterilerek ilgisine "*Tapu Tahsis Belgesi*" verileceği belirtilmektedir. Bu belge mülkiyet belgesi olmayıp yalnızca fiili kullanmayı belirleyen ve ilgisine aksi sabit oluncaya kadar kişisel hak sağlayan bir zilyetlik belgesidir. Kanaatimizce, Kanunun Yürürlüğe girdiği 1984 yılından sonra karşılaşılan ve yargı kararlarına yansıyan hukuki sorunlar ve bugüne kadar gecekondulu ve kaçak inşaat sorunlarının çözülmemiş olması kanunun istenilen amacı gerçekleştirmediğinin bir kanıtıdır.

Her ne kadar imar barışı yasası olarak tanıtılmış, kanun metninde amaç olarak belirtilmiş ve uygulamaya konulmuş olsa da hukuki niteliği açısından imar affı mı yoksa barışı mı olduğu konusunda tartışmalar bulunan, Yargıtay'ın aşağıda açıklanan kararı ile bunun imar affı olmadığı yönünde görüş açıkladığı, bizce imar affı niteliğinden ayrılmayı gerektiren bir özelliği olmayan, Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun⁵⁷¹ ile (m. 16) 3194 sayılı İmar Kanununa eklenen geçici 16. madde, bize göre yeni bir imar affı olarak hukuk düzenimize girmiştir.

⁵⁶⁹ bkz, Konu ile ilgili olarak 1.Bölüm "*arsa sahipleri*" ile ilgili kısımda tapu tahsis belgesi ile ilgili açıklamalar.

⁵⁷⁰ YHGK, E.2017/1752 K.2019/499 T.30.04.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 24.01.2020)

⁵⁷¹ RG, 18.05.2018/30425, KT.11.5.2018, KN.7143

Maddenin ilk fıkrasında amaç, Afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması ve imar barışının sağlanması olarak açıklanmıştır. Aynı fıkraya göre, yasa maddesinden istifade edebilecek olan yapılar, 31.12.2017 tarihinden önce yapılmış (ruhsatsız veya ruhsata aykırı olan ve/veya İmar Kanununun 32 ve 42. maddelerine göre idari yaptırım uygulanmasını gerektiren) yapılardır. Bu yapıların sahiplerinin 31.10.2018 Tarihine kadar (15.06.2019 tarihine uzatılmıştır) başvurmaları ve 31.12.2018 tarihine kadar da (31.12.2019 tarihine kadar uzatılmıştır) kayıt bedelini ödemiş olması gerekmektedir. Kanun belirli alanlardaki yapıları kapsam dışında bırakmıştır. Bu alanlar; “2960 sayılı Boğaziçi Kanunu’nda tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesi içinde ekli kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alan ile İstanbul tarihi yarımada içinde ekli kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanlar ve ayrıca 19/6/2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde belirlenmiş Tarihi Alan” dır. Bunun dışında, “Üçüncü kişilere ait özel mülkiyete konu taşınmazlarda bulunan yapılar ile Hazineye ait sosyal donatı için tahsisli araziler üzerinde bulunan yapılar” da kanun maddesi ile getirilen haklardan yararlanamayacaktır. İlgili madde fıkrasında, Yapı Kayıt Belgesinin, yapının kullanım amacına yönelik olduğu ve talep halinde ilgili mevzuatta tanımlanan ait olduğu abone grubu dikkate alınarak geçici olarak su, elektrik ve doğalgaz bağlanabileceği, Yapı Kayıt Belgesi verilen yapılarla ilgili bu Kanun ve 2960 sayılı Kanun uyarınca alınmış yıkım kararları ile tahsil edilemeyen⁵⁷² idari para cezalarının iptal edileceği belirtilmiştir. Bunun yanında, Yapı ruhsatı alıp da yapı kullanma izin belgesi almamış veya yapı ruhsatı bulunmayan yapılarda, Yapı Kayıt Belgesi ile maliklerin tamamının muvafakatinin bulunması ve imar planlarında umumi hizmet alanlarına denk gelen alanların terk edilmesi halinde yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesis edilebilecektir. Yapı kayıt belgesine konu taşınmazın hazine adına kayıtlı taşınmaz üzerine yapılmış olması halinde, süresi içinde yapı kayıt belgesi bedeli ödenmiş olmak kaydıyla, hazineye ait

⁵⁷² Kanundaki “Tahsil Edilemeyen” ibaresinin Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz yoluyla iptali istenmiş ancak AYM, söz konusu iptal istemini, “kuralın kentsel dönüşümün finansmanı için kaynak elde etmeye ve yargı ve belediyelerin iş yükünü azaltmaya yönelik meşru bir amaç taşıdığı, iptalinin doğuracağı hukuki sonuçların bu amaçla örtüşmediği ve kuralın geçici niteliği gözönünde bulundurulduğunda tahsil edilemeyen ve tahsil edilen idari para cezaları arasında yapılan ayırımın makul ve nesnel bir temele dayandığı ve ölçülü olduğu sonucuna ulaşılmıştır.” gerekçesiyle reddetmiştir. [RG. 25.12.2020/31345, AYM, E.2019/7 K.2020/57 T.15.10.2020, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 25.12.2020)]

yer bakanlığa devredilecek ve bakanlık bu yeri yapı sahibine veya kanuni ya da akdi halefine rayiç değeri üzerinden satabilecektir. Şayet söz konusu yer için 2981 sayılı yasaya göre tapu tahsis belgesi alınmış ve bu belgeye esas arsa bedeli ödenmiş ise yapı kayıt belgesi için ayrıca bir bedel alınmaması kabul edilmiştir. Yapı Kayıt Belgesi alınan yapıların belediyelere ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olması halinde, Yapı Kayıt Belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin talepleri üzerine bedeli ilgili belediyesine ödenmek kaydıyla taşınmazların rayiç bedel üzerinden belediyelerce doğrudan satılması kabul edilmiştir.

Görüleceği üzere, İmar Kanununa getirilen geçici 16. madde ile; ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak inşa edilmiş maddede belirlenmiş zaman dilimi içinde yapılmış⁵⁷³ maddede belirlenmiş koşulları taşıyan yapılar için; hazine ve belediyeye ait arazilerde mülkiyeti edinme imkânı sağlanmış olması, ruhsatsız ve ruhsata aykırı yapılara elektrik, su, gaz gibi kamu hizmetlerinin sağlanması TCK m. 184'e göre suç olmasına karşın yasal düzenleme ile bu yapılara anılı hizmetlerin sağlanacak olması, maliklerin tamamının muvafakatinin bulunması halinde kat mülkiyeti tesis imkânının tanınması, yıkım kararları ile tahsil edilemeyen idari para cezalarının iptal ediliyor olması nedenleriyle ve bize göre çok açık bir af ve koruma getirilmiş olmaktadır. Maddenin 10. fıkrasındaki, *“Yapı Kayıt Belgesi, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerlidir. Yapı Kayıt Belgesi düzenlenen yapıların yenilenmesi durumunda yürürlükte olan imar mevzuatı hükümleri uygulanır”* hükmü mülkiyet tesis eden düzenleme karşısında bizce geçicilik vasfını yitirir. Bize göre, geçici dahi olsa idarenin kolluk yetkisi ile haiz olduğu idari yaptırım olanaklarını kullanmaktan vazgeçiyor olması başlı başına bir af niteliği taşır. Kaldı ki, barış iki tarafın iradesiyle yapılan bir işlemdir. Burada idare, tek taraflı irade ile haiz olduğu kamu gücünü kullanmaktan vazgeçmektedir. Ayrıca maddeye ait gerekçede imar barışından bahsedilmemekte olup, *“Afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız, ruhsat ve eklerine aykırı veya imar*

⁵⁷³ Katıldığımız görüşe göre, [Çelik Ahmet ÇELİK, İmar Affı Kanununun (2018) Değerlendirilmesi, (İmar Affı) Bursa Barosu Dergisi, C.42, S. 105, Eylül 2018 s. 56-75 (Jürix.com.tr), s. 59-60] “yapılmış” ifadesi “yapımı tamamlanmış” şeklinde olmalı idi. Ancak Yapı Kayıt Belgesi verilmesine ilişkin Tebliğ’de (RG, 6.6.2018/30443) belgenin 31.12.2017 tarihine kadar yapılmış inşaatlar için verileceği inşaatın bitmemiş kısımlarının olması halinde bitmiş kısımları için ilave inşaat ihdas etmemek kaydı ile yapı kayıt belgesi verilebileceği ifade edilmektedir.; Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Tebliğ m. 4: *Yapı Kayıt Belgesi 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapılar için verilir.* m. 6/6: *İnşaat halindeki yapılarda 31/12/2017 tarihi itibari ile bitmiş olan kısımlar için ilave inşaat alanı ihdas etmemek şartı ile Yapı Kayıt Belgesi verilir ve Yapı Kayıt Belgesi verilen kısımların eksik inşaat işleri tamamlanabilir.*

mevzuatına aykırı yapıların kayıt altına alınması ile dönüşüm projelerine finans sağlanarak dönüşümün daha hızlı ve etkin yapılması amacı”nın ifade edildiği görülmektedir. Kanaatimizce, yapı kayıt belgesinin başvuru sonucu veriliyor ve başvurmayanların durumuna etki etmiyor olması da sonucu değiştirmez. Aynı statüdeki herkese af sonucu doğuracak hukuki imkânın tanınıyor olması af niteliği için bizce yeterlidir.

Yargıtay ise, 23.05.2019 tarihli kararında,⁵⁷⁴

“(…) Madde, bir bütün olarak gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde, imara aykırı yapılarla ilgili bu belgenin başvuru sonucu verilmesiyle, yukarıda mülkiyet hakkının kişiye sağladığı haklardan niteliği ile ilgili kullanma hakkı konusunda, yapının kullanılması ile ilgili maliklere bir yetki verildiği, yapının kullanımı ve zilyetliği hususunda idari bir statü sağlandığı anlaşılmaktadır. Yapı kayıt belgesi verilmekle sağlanan bu statü, imar mevzuatına aykırı olması nedeniyle korunmayan ve aslında yıkılması gereken bir yapının kullanılması konusunda, yapı malikine idare tarafından bir koruma sağlamaktadır. İmara aykırı yapıyı imara uygun yasal bir statü getirmemekle birlikte, yapı sahibine binanın kullanımı konusunda olanak sağlamaktadır. (...) (...) geçici 16. maddenin 10. fıkrasında yapı kayıt belgesinin, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerli olduğu, yapı kayıt belgesi düzenlenen yapıların yenilenmesi durumunda yürürlükte olan imar mevzuatı hükümleri uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Bu hüküm özellikle yapı kayıt belgesinin, yapının kullanılmasına ilişkin geçici bir statü sağladığı, yapının bu statü ile imara aykırı olmasına karşın idare tarafından kullanılmasına izin verildiği, ancak yenilenmesi durumunda yürürlükte olan imar mevzuatı hükümlerinin uygulanmasını öngörmekle imar affi olarak değerlendirilemeyeceğini açıkça ortaya koymaktadır. (...)”

şeklindeki açıklamalarıyla, Yapı Kayıt Belgesinin, sahibine kullanma konusunda bir koruma ve geçici statü sağladığını, imar affi olarak nitelendirilemeyeceğini kabul etmiş bulunmaktadır. Bu görüşe katılmadığımızı yukarıda açıklamıştık.

Anılı karar bakımından değinilmesi gereken bir husus da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından yüklenicinin yapı kayıt belgesi alıp alamayacağına

⁵⁷⁴ Yarg. 15. HD, E.2018/5361 K.2019/2479 T.23.05.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 24.01.2020)

alması halinde sonucuna ilişkin kararda yapılan değerlendirmedir. Karara göre; Yüklenici tarafından edimin ifasına başlanmadan veya edim ifa edilmeden taşınmazda hisse devri yapılması veya taşınmazın tüm olarak devredilmesinde, yüklenicinin malik olma durumunu öne sürerek yapı kayıt belgesi alması ve buna göre ifa yükümlülüğünü yerine getirdiğini ileri sürmesi ayrı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Yargıtay bu hususta eleştiri ve çekincelerimiz bulunmakla birlikte istikrar kazanmış kararı uyarınca, avans tapu uygulamasını esas alarak, yüklenicinin, kendisine devredilen hisseye dayanarak yapı kayıt belgesi almasını ve buna dayanarak sözleşmeyle kararlaştırılan edimini ifadan kaçınmasını veya yapı kayıt belgesinin alınması ile sağlanan statüden yararlanarak ediminin ifa durumunun değerlendirilmesini talep etmesini kabul edilemez bulmaktadır. Bu hususta, geçici 16. maddenin 9. bendinde de, üçüncü kişilere ait özel mülkiyete konu taşınmazlarda bu madde hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiş olmasına vurgu yapılarak, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereğince hisse devrinde de hukuki teslim ve aynî hak devri gerçekleşmediğinden, üçüncü kişi olarak değerlendirilebilecek olan yüklenicinin başvurusuna değer verilmesi ve sözleşmeyle kararlaştırılan edimlerin ifası nezdinde değerlendirmeye alınmasının mümkün olmayacağı kararda ifade edilmiştir. Kararın avans tapu uygulaması esasına göre doğru bir karar olduğunu değerlendiriyoruz.

İmar affi niteliğinde olmasa da bu konuda değinilmesi gereken yasal düzenlemelerden biri ve kaçak yapılaşmanın önlenmesine imkân sağlayan adımların belki de en önemlisi, 2012 yılında çıkarılmış olan Kentsel Dönüşüm Kanunu olarak da bilinen 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanundur. 775 ve 2981 sayılı yasaların aksine, bu yasa ile mevcut kaçak yapılaşmanın olduğu haliyle hukukileştirilmesi değil, sağlıklı, düzensiz, güvensiz hiçbir mühendislik hizmeti almamış binalar yerine devletin de mali desteği ve özel sektörün de teşvik edildiği bir sistemle imar mevzuatına uygun depreme dayanıklı binaların yapılması ve yerleşim alanlarının oluşturulması hedeflenmiştir. Dolayısıyla sadece inşa edilmiş değil inşa edilecek bina ve yerleşim alanlarına ilişkin düzenlemeler içermesi nedeniyle kanunun kentsel dönüşüm kanunu olarak kamuoyunda isimlendirilmesi haklı ve doğru bir nitelemedir. Kentsel dönüşümün; kentsel sorunlara, bir bölgenin ekonomik, fiziksel, sosyal ve çevresel koşullarına kalıcı çözüm üretmek hedefiyle kapsamlı bir planlama ve eylem kararlılığı içinde, kamu otoritesinin zorlaması ile birlikte aynı zamanda finansal desteğini de alarak

özel sektör ve yerel yönetimlerin birlikte yürüteceği bir süreç ve ortak güç birliği kullanılarak ⁵⁷⁵ yapılabileceği dikkate alındığında 6306 sayılı yasa, eleştirilen hükümleri bulunmakla birlikte bizce doğru yönde atılmış uygulama ile daha da geliştirilebilecek bir yasadır.

Kanunun amacı 1. maddesinde; afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemesi olarak açıklanmıştır. Kanun, özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından geniş uygulama alanı bulmuştur. Zira, uygulamada sıkça karşılaşıldığı şekliyle, yükleniciler ve bina sahipleri aralarında anlaşarak bilhassa 1999 öncesi yapılmış binalar bakımından riskli yapıların tespitini yaptırmakta bu binaların yıkılarak imar düzenine fen ve inşaat mühendisliği kurallarına göre depreme dayanıklı, kat mülkiyetli, iskân izni olan yapılar yapılmasını sağlamaktadır. Bu süreçte bina malikleri ile yüklenici arasında yapılan sözleşme niteliği gereği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olmaktadır. Parsel bazında olan ve vatandaşın kendi arasında gerçekleşen bu dönüşüm uygulaması, idare tarafından gerekli görülmesi halinde riskli alan ve rezerv alanı uygulamalarıyla devlet eliyle de yapılabilmektedir

6306 sayılı yasaya ilişkin özellikle 04.07.2019 tarihli 7181 sayılı kanunla getirilen değişiklikler, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde karşılaşılan kimi ihtilaflara çözüm getirmiş gibi gözükmemektedir. Bu değişikliklerin dolaylı olarak kaçak inşaatın yapılmasının engellenmesine de katkı sunabileceğini değerlendirmekteyiz. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle taşınmazın yükleniciye devredildiği durumlarda yapım işine başlanmasından itibaren 6 aylık süre içinde olmak kaydıyla kat irtifakı kurulana kadar malzeme ve işçilik alacakları hariç üçüncü kişilere olan borçlardan dolayı haciz ve tedbirlerin uygulanmayacak olması yüklenicinin inşaatı bitirme noktasında elini güçlendirecek bu nedenle yaşanan geç teslim ve temerrüt sorunlarına bir açıdan çözüm olabilecektir. Diğer yandan sözleşmenin sona erdirilmesi ile ilgili olarak yaşanan dönme ve fesih sorunlarına özellikle zamansal olarak katkı sunabileceğini düşündüğümüz mahkeme

⁵⁷⁵ Gürsel ÖNGÖREN, Kentsel Dönüşüm Hukuku, (Kentsel Dönüşüm) <http://www.ongoren.av.tr/wp-content/uploads/2014/12/Kentsel-donusum-hukuku-14-haziran-2017.pdf> (E.T.27.05.2018), s. 18-19

dışı sona erdirmeye imkânının getirilmiş olması arsa sahiplerinin yüklenicinin inşaatı terk etmesi nedeniyle yaşadıkları sıkıntılara en azından kentsel dönüşüm kapsamında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından çözüm olabileceğini değerlendirmekteyiz. Bu konuda yapılan değişiklikle, arsa maliklerinin oy birliği ile anlaşması veya 2/3 çoğunlukta karar alması ve karara katılmayanların hisselerinin satılması tarihinden itibaren yüklenicinin 1 yıl içinde yapım işine başlamamış veya en az altı aydır projenin bitmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla işe devam etmiyor olması halinde arsa maliklerinin 2/3 oy çoğunluğu ile alacağı karar üzerine mahkeme kararına ihtiyaç olmadan idarenin yapacağı tespit ve yükleniciye gönderilecek 30 gün içinde işe başlaması veya devam etmesi aksi halde sözleşmenin fesih edileceği ihtarıyla sözleşme sona erdirilebilecektir. Bir başka önemli değişiklik ise yüklenicilerin payına düşen bağımsız birimlerin satışının inşaatın ilerleme seviyesine göre olması ve arsa sahiplerinin tamamının onayı olmadığı takdirde, bu payın %10 altında olacak şekilde satış yapılabilmesidir. Bu sayede inşaatın tamamlanma seviyeleri de kontrol ediliyor olacak, inşaatın ruhsat ve eklerine uygun ilerlemesi sağlanacak, tapu ve belediye arasındaki koordinasyonla bağımsız bölümlerin satışı denetim altına alınmış olacaktır. Satışa izin işlemi nedeniyle inşaatın ilerleme seviyesi kontrol edileceğinden kaçak eklemelerin olması da bu sayede engellenmiş olacaktır. Elbette bütün bu sayılan olumlu hususların gerçekleşmesi uygulayıcıların yasayı gerektiği gibi tavizsiz kararlı bir şekilde tam olarak uygulama iradesini göstermesi halinde mümkün olabilecektir. Aksi halde İmar kanunu ve hatta ceza kanununda da idari ve cezai yaptırımlar olmasına rağmen kaçak inşaatın devam ediyor olması gerçeğinde olduğu gibi kanunla getirilen imkân ve prosedürlerin tam anlamıyla uygulanmaması halinde olumlu bir değişimi beklemek fazlasıyla iyi niyetli bir yaklaşım olacaktır.

İmar aflarının kaçak yapılaşmaya etkileri konusunda sonuç olarak ifade etmeliyiz ki, Bugüne kadar çıkarılan imar aflarının gecekondulaşma ve kaçak yapının önüne geçtiğine dair biz bilimsel bir çalışmaya rastlamadık. Oysa, öğretilerde ifade edildiği ve bizim de katıldığımız görüşe göre, ülkemizin önemli bir bölümünün deprem kuşağında olduğu bilimsel çevrelerce ifade edildiği halde çıkarılan af yasalarıyla, *“bir yerin jeolojik/jeoteknik etütleri yapılmadan yerleşime uygunluk kararı verilemeyeceği göz ardı edilmekte düzenli, sağlıklı bir çevrede yerleşme ortamını öngören bir planlama anlayışı çerçevesinde arazi kullanılış kararları verilmesi yerine, gecekonduların işgal ettikleri fiili durumu değiştirmeden koruyan*

ve işgali yasallaştıran bir yaklaşım benimsenmesi,” ⁵⁷⁶ kanaatimizce sorun oluşturmaktadır. Yaşanılan 1999 Gölçük ve Düzce depremleri, 2011 Van depremi, 2020 Ocak ayında yaşanan Elâzığ – Malatya depremi, son olarak 30 Ekim 2020 tarihinde İzmir’i etkileyen deprem ve diğerleri, gerekli etütler ve kontroller yapılmadan imar mevzuatına aykırı yapılmış kaçak binalara göz yumulmasının, ruhsat verilmesinin acı sonuçları olduğunu bizlere göstermektedir.

⁵⁷⁶ KÖKTÜRK, s. 57

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA İMAR HUKUKUNA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

I. İMAR HUKUKUNA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

A. İMAR HUKUKU KAVRAMI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin temel hukuki dayanağı kamu düzeni niteliğini haiz emredici nitelikteki İmar Kanunu ve imar düzenini oluşturan diğer imar mevzuatı hükümleridir. Sözleşme konusu parselde sözleşmede öngörüldüğü şekilde inşai faaliyet yapılıp yapılamayacağı ne şekilde ve nasıl yapılacağı gibi taraflar ve herkes için bağlayıcı hükümler imar düzenini çerçeveleyen mevzuat içinde yer alır. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ve kaçak inşaatın, imar düzenine ilişkin kavram ve konulara değinmeden açıklanması, konunun anlaşılması bakımından mümkün olmayacağı düşüncesiyle aşağıda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından imar hukukuna ilişkin kavram ve buna bağlı süreçlere değinilecektir.

“İmar” kelimesi, Arapça “ümran” kelimesinden gelmekte olup yalın ifadeyle bayındırlık,⁵⁷⁷ bayındır kılma, şenlendirme,⁵⁷⁸ onarma, geliştirme⁵⁷⁹ anlamına gelmektedir. Genel anlamda imar; geliştirme, yaşam koşullarına elverişli hale

⁵⁷⁷ TDK, sozluk.gov.tr (E.T. 01.03.2020)

⁵⁷⁸ Ferruh YILDIZ, İmar Bilgisi, Nobel Yayıncılık, 11. Basım, Ekim, s. 157

⁵⁷⁹ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 39

getirme anlamlarında kullanılmakta olup hukuki anlamda yerleşim yerlerinin düzene sokulması anlamını taşır.⁵⁸⁰

İmar hukuku ise, “*Yerleşimlerin biçim ve fonksiyon itibariyle düzenlenerek iktisadi, sosyal, kültürel, toplumsal ve doğal şartlarla uyumlandırılması; insanların ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarının karşılanması ve daha iyi bir yaşam düzeyine ulaşmaları için tasarım, kaynak sağlama ve kullanma, donatım, alt yapı, yapım vb. çalışmalarının çıkardığı ilişkileri düzenleyen bir hukuk dalı.*”⁵⁸¹ olarak tanımlanmış, başka bir tanımda, “*Yerleşim yerlerinin mevcut ve gelecekteki fiziksel, sosyal ve ekonomik yönlerden gelişmesini, kalkınmasını ve korunmasını sağlayan hedef, amaç ve politikaları belirleyen hukuk kurallarının bütünü*”,⁵⁸² diğer bir tanımda ise imar hukuku (düzeni); “*Bir taşınmaz üzerine, yapılacak resmi ve özel nitelikli değişik çeşitte ve değişik amaçlara özgülenecek yapıların, çeşidine ve amacına göre hangi özellikleri taşıması gerektiğini düzenleyen kuralların tümünün oluşturduğu bir bütün*”⁵⁸³ olarak ifade edilmiştir.

İmar hukukunun konusunu imar mevzuatı oluşturur.⁵⁸⁴ İmar hukuku, yasa, yönetmelik, genelge, Cumhurbaşkanlığı kararı, yerel yönetimlerin düzenleyici işlemleri⁵⁸⁵ vb. genel düzenleyici işlemlerle oluşup yargı kararlarıyla şekillenir ve başta planlama olmak üzere, bölgeleme, parselleme, yapı izin ve denetimi gibi konularda toplumun ve bireylerin, mülkiyet ve mesleki temel haklarının çerçevesini çizen etkiler oluşturur.⁵⁸⁶

Yargıtay 15. HD’ nin 23.05.2019 tarihli kararına göre,⁵⁸⁷ İmar hukuku, kentleşme, yapılaşma, planlama konularında düzenleme içermekte ve kamu yararı ile bireylerin yararı konusunda, karşılıklı çıkar ve sınırlamaya dayanan, bir denge sağlamaktadır. İmar hukuku, kamusal yönüyle, kişi ile idare arasındaki ilişkileri

⁵⁸⁰ AYDEMİR, s. 44

⁵⁸¹ Gürsel ÖNGÖREN, Yargı Kararları Işığında İmar Hukuku, (İmar), s. 11, www.ongoren.av.tr/wp-content/uploads/2017/10/yargi-kararlari-isiginda-imar-hukuku-09-10-2017.pdf. (Erişim; 13.08.2018)

⁵⁸² KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 39

⁵⁸³ ZEVLİLER, s. 164; İlker Hasan DUMAN, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralı (Dürüstlük Kuralı) Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara Mayıs 2016, s. 51

⁵⁸⁴ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 39

⁵⁸⁵ “*Düzenleyici işlemler (Genel Düzenleyici İşlemler, Kural İşlemler, Genel İşlemler), soyut, genel, herkese yönelik, muhatabı önceden kesin olarak bilinmeyen ve uygulanmakla sona ermeyen, sürekli işlemlerdir.* (Ender Ethem ATAY, İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara Ekim 2018, s. 261)

⁵⁸⁶ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 39-40; ÖNGÖREN, (İmar), s. 15-16

⁵⁸⁷ Yarg. 15. HD, E.2018/5361 K.2019/2479 T.23.05.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 01.03.2020)

düzenlerken, özel hukuk yönüyle de kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemekte, bu nedenle de karma bir hukuk dalı olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

İmar hukukunun temel yasası İmar Kanunu'dur.⁵⁸⁸ Kanunun amacı 1. maddesinde, *“Yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak”* olarak belirtilmiştir. Bu yönüyle İmar Kanununun; yerleşim yerinin, bilime (plan ve fen'e), kamu sağlığı ve düzenine (sağlık ve çevre şartlarına) uygun bir şekilde oluşmasını sağlayarak toplumsal menfaati sağlamayı ve bir düzen kurmayı hedeflediği söylenebilir. Bu anlamda çalışma konumuz bakımından kaçak yapının, bu düzene aykırı olmuş bir yapı olduğunu yeri gelmişken belirtmeliyiz.

Kanunun 2. maddesinde, *“Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak planlar ile inşa edilecek resmi ve özel bütün yapılar bu Kanun hükümlerine tabidir”* denilmek suretiyle kanunun uygulama alanı belirtilmiştir. Ancak, aynı yasanın 4. maddesinde, *“2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, bu Kanunun ilgili maddelerine uyulmak kaydı ile 2960 sayılı İstanbul Boğaziçi Kanunu ve 3030 sayılı Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun ile diğer özel kanunlar ile belirlenen veya belirlenecek olan yerlerde, bu Kanunun özel kanunlara aykırı olmayan hükümleri uygulanır.”* denilmek suretiyle ikinci madde belirtilen alanlar dışında da uygulama alanı bulabilecektir.

⁵⁸⁸ Bu kanunun alt yapısı, Osmanlı döneminde; ilmühaber, (1839), Ebniye [Sözlük anlamı: Binalar, yapılar, luggat.com.tr (E.T.15.03.2019)] Nizamnamesi ve Beyannamesi (1848-1849) Turuk [Sözlük anlamı: tarikler, yollar, usuller, luggat.com.tr (E.T.15.03.2019)] ve Ebniye Nizamnameleri (Yollar ve Yapılar tüzüğü, 1863) ve 1882 yılında çıkan Ebniye Kanunudur.[Mehmet SEYİTDANLIOĞLU, Bir Belge Yerel Yönetimler (V): Turuk ve Ebniye Nizamnamesi ve Getirdikleri, s. 67-81, <http://www.docplayer.biz.tr> (E.T.24.04.2020); Koray ÖZCAN, Tanzimatın Kent Reformları: Türk İmar Sisteminin Kuruluş Sürecinde Erken Planlama Deneyimleri (1839-1908), Osmanlı Bilimi Araştırmaları VII/2 2006 Adnan Adıvar Özel Sayısı, s. 149-180, <http://www.pdf.semanticscholar.org> (E.T. 24.04.2020); İlhan TEKELİ, Türkiye'de Kent Planlaması Düşüncesinin Gelişimi, <http://www.planlama.org/index.php/arartrmalar/makaleler/44-tuerkiyede-kent-planlamas-dueencesinin-geliimi> (E.T.30.08.2019)] Bundan sonraki imar düzenine ilişkin ilk yasal düzenlemenin; sağlığın korunmasına ilişkin olarak meskenler ve umuma mahsus binalar, bunların inşası, iskânı, kullanımı, kiraya verilmesi, meskenlerin haiz olacağı sağlık şartlarına dair düzenlemeler içeren ve sağlığın korunması alanında İK m. 4'e göre özel kanun niteliğinde olup halen yürürlükte bulunan ve 24.04.1930 tarih ve 1489 sayılı resmi gazetede yayımlanmış olan 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıha Kanunu yanında asıl olarak, 21.06.1933 tarih ve 2433 sayılı resmi gazetede yayımlanan 2290 sayılı Belediye Yapı ve Yollar Kanunu olduğu söylenebilir. Ebniye kanununun bazı hükümleri ile 2290 sayılı kanun, kapsamlı ve çağdaş manada bir imar kanunu olarak nitelenebilecek 16.07.1956 tarih ve 9359 sayılı resmî gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6785 sayılı İmar kanunu ile birlikte (m. 60) yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kanun da yürürlükteki 3194 sayılı kanunun 43. Maddesi ile yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır.

B. İMAR PLANLARI KAVRAMI

İmar hukukunun kaynakları açısından kaçak yapıyı belirleyen en önemli kurallar, imar planları ve özellikle uygulama imar planıdır. İmar Planı; “*halihazır haritalar üzerinde çizilen ve arazi parçalarının kullanılış biçimlerini ve başlıca bölge tiplerini, başka bir deyimle, şehir ve kasabanın gelecekte alacağı biçimi gösteren plan*”⁵⁸⁹ olarak tanımlanmıştır.

İmar Kanununun 6. maddesine göre; Mekânsal planlar, kapsadıkları alan ve amaçları açısından Mekânsal Strateji Planlarına uygun olarak; “Çevre Düzeni Planları” ve “İmar Planları” kademelerinden oluşmaktadır. İmar planları ise nazım imar planı ve uygulama imar planı olarak ayrılmaktadır.

İmar Planlarının öncelikli amacının, ülkenin genel kalkınma politikalarına uygun mekânsal düzenlemeleri yapmak olduğu belirtilmekte ve bu politikaların uygulama aracı olduğu ifade edilmektedir.⁵⁹⁰

Uygulama İmar Planı; “*Tasdikli halihazır haritalar üzerine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak nazım imar planı esaslarına göre çizilen ve çeşitli bölgelerin yapı adalarını, bunların yoğunluk ve düzenini, yolları ve uygulama için gerekli imar uygulama programlarına esas olacak uygulama etaplarını ve diğer bilgileri ayrıntıları ile gösteren plandır.*” (İK m. 5/2) Uygulama İmar Planı, 1/1000 ölçekte düzenlenir ve raporuyla bir bütündür. Uygulama İmar Planının amacı, yerleşme ve yapı düzenini belirlemek olarak ifade edilmiştir.⁵⁹¹

C. YAPI VE BİNA KAVRAMLARI

Kaçak inşaatın anlaşılabilmesi için hangi inşaatın ve eklemelerin kaçak olarak niteleneceğinin ve bunlara ilişkin özelliklerin bilinmesi gerekir. Aşağıda İK açısından yapı ve bina kavramlarına değinilecektir.

Öğretide bir görüşe göre, “*insanların ve hayvanların barınmasına, girip çıkmalarına ya da öteki gereksinimlerini gidermelerine yarayan ve yapay (sun”i),*

⁵⁸⁹ Sadık ARTUKMAÇ, Türk İmar Hukuku, Turhan Kitabevi, 5. Baskı, Ankara 1979, s. 208

⁵⁹⁰ Tamer UTKUCU/Elif ÇAĞLAYAN, Rant İmar İtibar On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul Haziran 2018, s. 7-8

⁵⁹¹ YILDIZ, s. 124

çevreleri duvar ve benzeri şeylerle çevrilerek ortaya çıkarılan üstü az ya da çok örtülü olan, toprağa bağlı mekân parçasına yapı"⁵⁹² denileceği ifade edilmiştir. Kent bilim terimi olarak ise yapı; *"duvarlar ya da sütunlar üstüne oturtulmuş bir çatısı bulunan, insanların hayvanların ve malların barınması ya da başka ihtiyaçları karşılamaları amacıyla yapılmış bir mimarlık ürünü"*⁵⁹³ olarak, başka bir tanımda ise, *"tekniğin yardımıyla ve insan eliyle, yer altında ve yer üstünde sürekli kalmak üzere yapılan ve toprağa sıkıca bağlı bulunan tüm inşaat ve imalatlar"* olarak tanımlanmıştır.

Yapı ve bina kavramları inşaat ve dolayısıyla imar hukukunun temel kavramlarından. Çalışma konumuza esas teşkil eden "yapı" nın İK'nin 5. maddesinde; *"karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yer altı ve yer üstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler"*, aynı maddede "bina" nın ise; *"kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar"* şeklinde tanımlandığı görülmektedir.

Öğretide binalar, kendi başına kullanılabilen bir veya daha fazla bölümlü iç ve dış duvarlarla çevrilmiş çatıyla örülmüş temelden çatıya kadar uzanan konut, tarımsal, endüstriyel, sınai, kültürel, dini, idari ve ulaştırma amacıyla tasarlanmış yapılar olarak da nitelendirilmiştir.⁵⁹⁴

Her iki kavramın da özel hukuk düzenleyici işlemlerinde yapılmış açık tanımları bulunmamaktadır. Borçlar hukuku açısından yapı, *"insanların içine girmesine elverişli bir şekilde sahip ve insanların, hayvanların ve eşyaların bakım ve korunmalarına tahsis edilmiş, toprağa bağlı, onun altında ve üstünde kapalı alanı olan özel bir inşa eseri"*⁵⁹⁵ olarak tanımlanabileceği ifade edilmiştir. TBK m. 69-70'de yapı malikinin sorumluluğu ile ilgili olarak, "bina ve diğer yapı eserlerinin" şeklinde bir ayırımı giderek her iki kavram arasında bir fark olduğu kabul edilmiş ve

⁵⁹² ZEVKLİLER, s. 139

⁵⁹³ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 499

⁵⁹⁴ Ömer KÖROĞLU, İmar Hukukunda Yapı Kavramı ve Temel Yapı Belgeleri, Oniki Levha Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul Mayıs 2017, s. 9; M. Lamih ÇELİK/Cüneyd ALTIPARMAK, 101 Soruda İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu ve İmar Barışı, Seçkin Yayınları, 3. Baskı Ankara Haziran 2018, s. 50

⁵⁹⁵ ERGEN/BÖKE, s. 24

her iki eser türünün malikine aynı sorumluluk yüklenmiş olmakla birlikte herhangi bir tanım veya niteleme getirilmemiştir.

İK'deki yapı tanımı bina kavramını da içine almakta olup daha geniş bir kavramdır.⁵⁹⁶ Zira, yapı kavramı içinde bina olarak nitelendirilemeyecek tesisler de bulunmaktadır. Örneğin üstü örtülü olmayan temel, duvar gibi binanın her bir kısmı ile fabrika bacası, yol ve benzeri tesisler bina olarak nitelendirilemese de yapı olarak kabul edilmektedir.⁵⁹⁷

D. YAPI DENETİMİ KAVRAMI

Devlet otoritesi, kamu adına imar planlarıyla, iş, konut ve çevre koşullarını, yerleşim ve yapı özelliklerini, sosyal, kültürel ve ekonomik boyutlarıyla planlarken, bu planlamada yer alan asıl unsur olan yapının kamu sağlığı ve güvenliği açısından, gelişen teknolojiye uyum sağlayarak bilimsel tekniklere uygun olarak yapılmasını sağlayacak gerekli her türlü tedbiri almak zorundadır. Bu noktada sadece kural koymak yeterli olmamakta konulan kuralla uyulup uyulmadığını denetlemek, uyulmasını sağlamak da en az o kuralla eşdeğer bir şekilde önem taşımaktadır. Konumuz açısından bakıldığında Modestinus' un yasanın güçleri arasında saydığı cezalandırma fonksiyonunun uygulanabilmesi için, kuralla aykırılığın saptanması ve ondan önce de kuralla uyumun en başından itibaren gerçekleşmesi için caydırıcı önlem ve denetimlerin gerçekleştirilmesi gerekir. Kanaatimizce belli bir davranışa uyma veya yapma ya da yapmama şeklindeki kuralın "*Regula Iuris*" olabilmesi için kural -denetim- yaptırım ilişkisinin tam ve doğru olarak kurulması ve etkin bir şekilde uygulanması gerekir. Kural, ne kadar mükemmel olursa olsun, ona uyma konusunda bilinçli bir toplum ve sorumluluk makamında onu uygulama konusunda keskin bir kararlılığa sahip uygulayıcılar olmadıkça bir işe yaramayacaktır. Uygulamada, her ne kadar yapı denetim firmaları inşaatın yüklenicisi ile sözleşme imzalayamamakta ise de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tüm masraflar yükleniciye ait olduğundan, yüklenicinin arsa sahibinden kendisi dışında biri adına aldığı vekaletnameyle, bu sorun da aşılmakta ve çoğunlukla, yapı denetim firmasının

⁵⁹⁶ KÖROĞLU, s. 5; Taner AYANOĞLU, Yapı Hukukunun Genel Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul Nisan 2014, s. 4; Yasin SEZER/Emre KALKAN/Emre ŞAHİN, İmar Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara Ekim 2017, s. 137

⁵⁹⁷ AYANOĞLU, s. 4-5; ERGEN/BÖKE, s. 25

ücretinin yüklenici tarafından ödeniyor olması nedeniyle yasadaki cezai yaptırımlara rağmen denetim konusunda soru işaretlerinin oluşmasının, bu fiili durum karşısında, engellenemediği görülmektedir.

Yapı denetimi konusunda bu kurala uyulmadığı, YDHK' nin genel gerekçesindeki; “(...) bugüne kadar yapı denetimi konusunda olumlu bir gelişme sağlanamamış, aksine hızlı nüfus artışı ve göçler, denetimsiz şehirleşme ve sanayileşme, yoğun kaçak yapılaşma ve sık sık başvurulmuş imar afları ülkemizdeki deprem ve diğer afet risklerini her geçen gün daha da artırmıştır. 17 Ağustos ve 12 Kasım 1999 tarihlerinde yaşanan depremler sonrasında meydana gelen can ve mal kayıpları, denetimsiz yerleşme ve yapılaşmaların yol açabilecekleri zararları bütün açıklığı ile yeniden gözler önüne sermiştir (...) (...) 3194 sayılı Kanunda yapım işlerinde rol alan teknik uygulama sorumlusunun (fenni mesul); yapı projelerini ve uygulamalarını denetlemekle sorumlu olan belediyeler ve valiliklerin; uygulamayı hiç denetleyemediklerini bütün çıplaklığı ile ortaya koymuştur. (...)” şeklindeki, itiraf niteliğindeki ifadelerden anlaşılmaktadır.

YDHK öncesi, proje denetimini yerel yönetimlere, yapı denetimini “fenni mesul” adıyla mimar ve mühendisler veren sistemin, 1999 Ağustos ve Kasım depremleri sonrası başarılı olamadığının anlaşılması⁵⁹⁸ üzerine yeni bir yasal düzenleme yapma gereği duyulmuştur.

Yapı denetimi, öğretilerde bir tanımda, “imarla ilgili kamu haklarının korunmasına ilişkin imar mevzuatına ve imar planına uygun olarak, yapı yapılması, değiştirilmesi, yıkılması, kullanımı, kullanım değişikliği ve korunması hakkında gerekli tedbirlerin ilgili kişi ya da kurumlarca alınması”⁵⁹⁹ başka bir tanımda ise “Yapı denetiminin özü, deprem, heyelan, toprak kayması, çığ düşmesi, sel gibi doğal afetlerden kaynaklanan yapı hasarlarının önlenmesi ve en aza indirilmesi ile birlikte, yapının varlığının, insan sağlığını ve yaşamını güvence altına alacak şekilde sürdürülmesi ve toplum düzeninin sağlanması.”⁶⁰⁰ olarak ifade edilmiştir.

⁵⁹⁸ İlker Hasan DUMAN, 100 Soruda Yapı Denetimi, (Yapı Denetimi) Seçkin Yayınları, İkinci Baskı, Ankara Nisan 2018, s. 19-20

⁵⁹⁹ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 639

⁶⁰⁰ DUMAN, (Yapı Denetimi), s. 22

Yapı denetimi, imar düzeninin korunması amacına yönelik bir kolluk faaliyeti olarak nitelendirilmiştir. Yapı izni ve yapı kullanma izni, İK’de öngörülen yapı denetim aşamaları olarak görülmekte ise de bu ikisi arasındaki sürecin de denetlenmesi gerekmektedir. Yapı denetimi, bu süreci de denetim kapsamına alarak, etkin bir müdahalenin gerçekleşmesine⁶⁰¹ dolayısıyla yapıların mevzuata, bilime, ruhsat ve eklerine uygun inşa edilmesine olanak sağlar. Yapı denetiminin etkin ve tavizsiz bir şekilde uygulanması durumunda, kaçak inşaat bakımından önleyici unsur olacağı kuşkusuzdur.

Kanımızca inşaatın bina olarak nitelenmesi için İK. m. 5’teki tanıma uygun kullanım koşullarının oluşmuş olması gerekir. Dolayısıyla, insanların içine girip yerleşmesine uygun olmayan, yapıyı çevrenin olumsuz etkilerinden izole edecek şekilde kapı, pencere gibi unsurları takılmamış, kaba inşaat halinde olan bu haliyle insan, hayvan ve eşyaların korunmasına hizmet etmeyen inşa halindeki yapıların, maddedeki tanıma açıkça aykırı olacağı için, bina olarak nitelenmesi mümkün değildir.

II. YAPI RUHSATIYESİ (YAPI İZİN BELGESİ – İNŞAAT RUHSATI)

İK m.21’e göre, kanunda belirtilen ayrıksı durumlar dışında tüm inşai yapı faaliyetleri için ilgili idareden, yapı inşasına izin veren bir belge olan inşaat ruhsatı alınması gerekmektedir. Bu belgenin alınmamış olması veya alınan ruhsata aykırı inşaat yapılması yapının kaçak olarak nitelenmesine neden olur. Aşağıda kaçak inşaatın varlığı bakımından çok önemli bir belge olan yapı izin belgesine ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

A. RUHSAT TERİMİ, AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Sözlük anlamıyla ruhsat, izin, müsaade,⁶⁰² genişlik kolaylık⁶⁰³ anlamlarına gelmektedir. Ruhsatiye sözcüğü ise, “Bir izin belgesi gerektiği durumlarda iznin verilmesi dolayısıyla alınan para”⁶⁰⁴ olarak sözlükte ifade edilmekte olup bu anlamıyla “ruhsatiye” sözcüğünün İK’deki kullanımının doğru ve yerinde olmadığını

⁶⁰¹ AYANOĞLU, s. 330

⁶⁰² TDK, sozluk.gov.tr (E.T. 01.03.2020)

⁶⁰³ www.luggat.com (E.T. 01.03.2020)

⁶⁰⁴ TDK, sozluk.gov.tr (E.T. 01.03.2020)

değerlendirmekteyiz. İmar hukuku açısından ruhsat, öğretide; yapılması yasal olarak izne bağlı bir yapının yapılabilmesi için yetkili idareden alınması gerekli belge,⁶⁰⁵ normal koşullarda herkesin yapmasına izin verilmeyen, ancak koşulları taşıyan kişilerin, mevzuatta yer alan zorunlulukların gereğini yerine getirmesi durumunda kullanabilecekleri bir hak olarak ortaya çıkan, koşullara bağlanmış bu hakkın kullanılabilceğini ifade eden izin,⁶⁰⁶ “İnşaat veya tamiratın veya ilavenin belediye sınırları içerisinde veya mücavir sahalarda yapılmasına izin veren bir belge,”⁶⁰⁷ Yargıtay kararlarında; yeni bir yapı yapılmasına veya mevcut bir yapının esaslı onarım ve tadilatı ve ilavesine, yetkili makamlar tarafından verilen izin, olarak tanımlanmış bu izin için verilen belgeye de uygulama da inşaat ruhsatı denilmiştir.⁶⁰⁸

Anayasanın 35. maddesine göre, Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz. Yapı yapma, yapılaşma hakkı da mülkiyet hakkına bağlı ve onun gereği olan bir haktır.⁶⁰⁹ Ancak, temel hak ve özgürlükler kapsamında olan bu hak, Anayasanın 13. maddesine göre, Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve kanunla sınırlanabilecektir. Bu çerçevede, yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla (İK m. 1) getirilmiş olan İmar Kanunu; Anayasanın anılan maddeleri ve yine Anayasanın 56. maddesinde yer alan, “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir.” ve 57. maddesindeki, “Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler.” hükümleri uyarınca, devlet, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun, sağlıklı, güvenli, kaliteli ve ekonomik yaşam çevrelerini oluşturmak için kurallar belirlemek ve bu kurallara uyulmasını sağlama ödevi kapsamında, mülkiyet hakkının kullanımına kanunla sınırlama ve düzenlemeler getirmektedir. Bu sınırlama ve düzenlemelerde kamu yararı

⁶⁰⁵ ERGEN/BÖKE, s. 121

⁶⁰⁶ ÖNGÖREN, (İmar), s. 217

⁶⁰⁷ ARTUKMAÇ, s. 12

⁶⁰⁸ Yarg. 14.HD, E.2016/897 K.2016/6220 T.24.5.2016, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 10.03.2020); Yarg. 4.CD, E.2014/42022 K.2015/1389 T. 15.01.2015, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 01.03.2020)

⁶⁰⁹ AYANOĞLU, s. 38-39

bulunduğu kabul edilir.⁶¹⁰ Yapılaşmanın idarenin iznine bağlı olması ve bunun denetlenmesi, kamu yararının gerçekleştirilmesi, çarpık kentleşmenin getireceği kamusal tehlikelerin önlenmesi bakımından idare için bir ödev, kolluk niteliği ağır basan bir görev⁶¹¹ arazi üzerinde inşaat yapmak isteyen yapı sahipleri için yerine getirilmesi gereken bir zorunluluk ve aynı zamanda sorumluluktur.

Öğretideki bir görüşe göre yapım işinin ruhsata bağlanmasının amacı, inşaatın imar ve yol istikamet planları esas ve amaçlarına uygun olmasını, teknik ve sağlık şartlarını haiz bulunmasını sağlamak,⁶¹² diğer bir görüşe göre de, yapının imar mevzuatına ve imar planlarında yer alan fen, sağlık ve çevre koşullarına uygunluğunu daha inşaat başlamadan önce denetlemektir.⁶¹³ Ayrıca, inşaat yapım sürecinin bir takım çevresel riskleri de beraberinde getirdiği değerlendirildiğinde ruhsat işleminin bu riskleri de kontrol altına alma amacına hizmet ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ruhsat alma işinin kanunla düzenlenmesinin amacının da, ruhsat alma zorunluluğunun mülkiyet hakkı üzerinde oluşturmuş olduğu ağır baskıyı dengelemek⁶¹⁴ ve aynı zamanda mülkiyete ilişkin sınırlamanın kanunla yapılması yönündeki anayasal zorunluluğu yerine getirmek olduğu söylenebilir.

Hukuki nitelik açısından izin işlemi; düzenleyici işlem niteliğinde olan uygulama imar planlarına göre ancak belli bir taşınmaza ve kişiye özel verilen bireysel (birel) nitelikli⁶¹⁵ ve aynı zamanda kişiyi önceden belirlenmiş kurallara bağlı olarak taşınmazın hukuki statüsünü değiştirdiği, kişilik dışı bir hukuki duruma soktuğu için maddi açıdan şart-koşul işlem⁶¹⁶ niteliğinde⁶¹⁷ bir idari işlemdir. Yapı sahibi bakımından ise, yapı yapma hakkı tanıdığı için yararlandırıcı, yapıyı ruhsat ve eklerine yapma zorunluluğu bakımından yükümlendirici niteliktedir.⁶¹⁸

⁶¹⁰ RG (Yayınlanmamış), AYM, E.2016/6635 K.2019/ T.04.04.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 01.03.2020)

⁶¹¹ DUMAN, (Ruhsat), s. 23-24; KÖROĞLU, s. 263 (Yazar, ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli bir kamu görevi olduğunu ifade etmektedir.)

⁶¹² ARTUKMAÇ, s. 12

⁶¹³ AYANOĞLU, s. 72-73

⁶¹⁴ ÖNGÖREN, (Yapılaşma), s. 1

⁶¹⁵ KÖROĞLU, s. 218; ÖNGÖREN, (Yapılaşma), s. 3-4

⁶¹⁶ Şart/koşul işlem; Belli bir kuralın kişiye, nesneye veya olaya uygulanmasını sağlayan, gerçek anlamda yeni bir hukuksal durum yaratmayan, oluşturulan hukuksal ilişkinin içeriği önceden çıkarılan hukuk kurallarıyla belirlenmiş olan, işlemi yapan ya da işlemde etkilenenlerin işlemin içeriğini belirleme hak ve yetkilerinin olmadığı, kişiyi belli bir statüye sokan, o statüde devamını sağlayan ya da statüden çıkaran bireysel (birel) işlemlere denir. (ATAY, s. 262)

⁶¹⁷ ERGEN/BÖKE, s. 121; KÖROĞLU, s. 219

⁶¹⁸ KÖROĞLU, s. 220

İK m. 21'e göre, 26. maddede belirtilen istisna dışında belediye veya valiliklerden yapı ruhsatı (inşaat/yapı ruhsatı – ruhsat – yapı izni) alınması zorunludur. Aynı kanunun 2. maddesi uyarınca, “Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak planlar ile inşa edilecek resmi ve özel bütün yapılar bu Kanun hükümlerine tabi” olduğundan, istisna haricinde kural olarak tüm yapılar için ruhsat alınması zorunludur. *Ruhsat alınmış yapılarda herhangi bir değişiklik yapılması da yeniden ruhsat alınmasına bağlıdır.* (İK m. 21/2) Ancak, “*derz, iç ve dış sıva, boya, badana, oluk, dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisat tamirleri ile çatı onarımı ve kiremit aktarılması*” gibi basit onarımlar ile “*yönetmeliğe uygun olarak mahallin hususiyetine göre belediyelerce hazırlanacak imar yönetmeliklerinde belirtilecek taşıyıcı unsuru etkilemeyen diğer tadilatlar ve tamiratlar*” için ruhsat alınması gerekmemektedir. (İK m. 21/3)

B. YAPI RUHSATI VE İMAR PLANI İLİŞKİSİ

İmar planı bulunan alanlarda yapı ruhsatının dayanağını imar planları oluşturur.⁶¹⁹ Birel işlem niteliğinde olan yapı ruhsatı, genel düzenleyici işlem niteliğinde olan imar planlarının uygulama işlemi olduğundan bu planlara uygun olarak düzenlenmek zorundadır.⁶²⁰ İdare tarafından düzenlenecek ruhsat: imar planı bulunan alanlarda; uygulama imar planıyla, plan, fen, sağlık ve sürdürülebilir çevre şartlarına uygun yapı ve yapılaşma ile projelendirmeye ve denetime ilişkin usul ve esasları belirlemeyi amaçlayan PAİYÖN⁶²¹ hükümlerine, imar planı bulunmayan ancak, yapılaşma etkinliklerinin söz konusu olduğu belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan alanlarda; yapılaşmaların fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamayı amaçlayan Plansız Alanlar İmar Yönetmeliğine⁶²² uygun olmalıdır.⁶²³ 17.11.1999 tarihli YHGK kararında⁶²⁴ da belirtildiği gibi, yapılaşmanın plan, sağlık ve çevre şartlarına uygun gelişmesini amaçlayan İK; fen ve uygunluk kavramı ile insanların içerisinde güvenle oturacağı bir yapının ortaya

⁶¹⁹ KÖROĞLU, s. 228

⁶²⁰ ERGEN/BÖKE, s. 124

⁶²¹ Yön, RG, 03.07.2017/30113, KT: 03.07.2017

⁶²² PAİY, RG. 02.11.1985/18916, KT.:02.11. 1985

⁶²³ KÖROĞLU, s. 225

⁶²⁴ YHGK, E.1999/15-653 K.1999/965 T.17.11.1999, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 10.03.2020)

çıkmasını arzu etmekte, o yüzden inşaatla başlamadan işi denetime almak istemektedir. 08.01.2019 tarihli kararda Yargıtay,⁶²⁵ Yapı ruhsatının ancak, projelerine, imar planı ve yönetmeliğine göre resim ve hesapları incelenerek verilebileceğini belirtmiştir. Bu nedenle, imar mevzuatında yapı ile ruhsat (izin) arasında sıkı bir bağ kurulmuş olup⁶²⁶ bu bağ, inşaatla başlamadan alınması zorunlu yapı ruhsatı ile başlamakta ve inşaatın devamı sırasında denetim ile devam etmekte ve oturma izni (iskân ruhsatı) ile sona ermektedir. Bu süreçte meydana gelecek kopukluk yapıyı kaçak hale getirecektir.

Yapı sahiplerinin, inşaat yaptırmak istedikleri arsası ile ilgili olarak öncelikle, bağlı bulunduğu belediyeden imar durumunu öğrenmeleri gerekir. Başvuru üzerine alınacak imar durum belgesi; imar parselinin kullanım şekli, yapının özellikleri ve uygulamaya esas olacak diğer özellikleri ve kadastral durumu ihtiva eden,⁶²⁷ imar parselinin durumunu belirten çaplı bir belgedir.⁶²⁸ Ruhsat ise, imar durum belgesine göre, kullanım amacı ve yapılaşma koşullarını, daha ayrıntılı içerikle, parselle özgü olarak sübjektif nitelikteki bilgi ve öznel kararlar ile somutlaştırır.⁶²⁹

C. PLANLI ALANLARDA YAPI RUHSATI

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ruhsat alınması için inşai faaliyetin yapı niteliğinde olması gerekir. Bu nitelikte olmayan inşai faaliyetler için ruhsat alma zorunluluğu yoktur. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 54/1. maddesine göre, Kanun ve bu Yönetmelikle getirilen istisnalar dışında yapı ruhsatı alınmaksızın hiçbir yapının inşasına başlanması mümkün değildir.

Yine aynı yönetmeliğe göre, yürürlükte olan bir imar planı bulunmayan (PAİYÖN. m. 55/16), uygulama imar planı olmayan (PAİYÖN. m. 5/1) alanlarda yapı ruhsatı düzenlenemeyecek, bir parselin bulunduğu imar adasına ait parselasyon planı yapıp belediye encümenince kabul edilip tapuya tescil edilmeden o adadaki herhangi bir parselde yapı ruhsatı verilemeyecek (PAİYÖN. m. 5/12), parsel büyüklükleri hakkındaki hükümlere uymayan arsalarda, yeni veya ilave yapı ruhsatı

⁶²⁵ Yarg. 15. HD, E.2018/4054 K.2019/60 T. 08.01.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 10.03.2020)

⁶²⁶ ZEVKLİLER, s. 207

⁶²⁷ ÖNGÖREN, (İmar), s. 192

⁶²⁸ ARTUKMAÇ, s. 12

⁶²⁹ KÖROĞLU, s. 226

düzenlenemeyecektir. (PAİYÖN. m. 6/5) Parsel malik veya maliklerinin ruhsat ve eki onaylı projelere muvafakatlerinin alınması gerekir. Aksi halde bu muvafakat alınmaksızın yapı ruhsatı düzenlenemeyecek, onaylı projelerde tadilat yapılamayacaktır. (PAİYÖN. m. 55/8)

İK m. 21/3'e göre, derz, iç ve dış sıva, boya, badana, oluk, dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisat tamirleri ile çatı onarımı ve kiremit aktarılması ve yönetmeliğe uygun olarak mahallin hususiyetine göre belediyelerce hazırlanacak imar yönetmeliklerinde belirtilecek taşıyıcı unsuru etkilemeyen diğer tadilatlar ve tamiratlar ise ruhsata tabi değildir. Bu kapsamda olmak üzere, Korkuluk, Pergola, Çardak (Kameriye), baca, saçak, bölme duvar, bahçe duvarı, duvar kaplamaları gibi bazı yapıların gerekli koşulları taşıması halinde (PAİYÖN. m. 59/1), Danıştay'a göre de, tel örgü, çıkma olmayan ve yapının taşıyıcı unsurlarını etkilemeyen balkonlar, aynı kişiye ait iki dairenin birleştirilmesi gibi bazı uygulamaların, yine, PAİYÖN. m. 63'e göre yapı ruhsatı alınan parsellerde yapılacak şantiye binalarının, ruhsat gerektirmediği ifade edilmiştir.⁶³⁰ Ayrıca, 2981 sayılı Kanununun 2. maddesi uyarınca koşulları taşıyan taşınmazlar için belirlenen şartların yerine getirilmesi durumunda ruhsata bağlanma ve yapı izni verilme⁶³¹ ve İK' nin geçici 16/6. maddesi uyarınca da yapı kayıt belgesi alınması koşulların sağlanması halinde yapı kullanım izni aranmaksızın kat mülkiyeti tesisi imkânı getirilmiştir.⁶³²

Yapı ruhsatı almak için ilgili idareye (belediye, valilik -valilik adına Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü-) yapı sahipleri veya vekillerinin başvurması gerekmektedir. (İK m. 22/1; PAİYÖN. m. 55/2 ve 57/1) Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ruhsat alma yükümlülüğü, asıl sorumluluk arsa sahibinde olmakla birlikte, uygulamada ve Yargıtay kararlarında öncelikle yükleniciye aittir. Zira, 14.06.2017 tarihli YHGK kararında da ifade edildiği üzere⁶³³ basiretli ve ehil bir iş adamı olarak yüklenicinin ruhsat ve proje olmaksızın inşaata başlamaması ve bunu sürdürmemesi gerekir, başka bir Yargıtay kararına göre de⁶³⁴ yüklenici inşaatı, sözleşmesine, imar planına, tasdikli plan ve projesine, ruhsatına, uygun şekilde tamamlayıp arsa sahibine

⁶³⁰ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 566

⁶³¹ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 569

⁶³² KALABALIK, (İmar Barışı), s. 112

⁶³³ YHGK, E.2017/503 K.2017/1190 T.14.6.2017, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 10.03.2020)

⁶³⁴ Yarg. 12.HD, E.2010/4325 K.2011/6231 T.26.12.2011 (avtuncay.com/kararlar/Yargıtay-kararlari) (E.T. 09.09.2018)

teslim etme borcu altında olduğundan ancak bu şekilde inşaat yaptığı takdirde bedele hak kazanacaktır, aksi halde iş bedeline hak kazanamaz. İmara aykırı inşa edilmiş yapının imara uygun hale getirilmesi yükümlülüğü de öncelikle anılı kararlarda ve diğer bazı kararlarda⁶³⁵ belirtildiği üzere yükleniciye aittir. Bu nedenle basiretli ehil bir tacir olan yüklenici, sahip olduğu bilgi, tecrübe ve ekip ile birlikte yukarıda belirtilen teslim borcu kapsamında iş/arsa sahibinden gerekli vekaletnameyi alarak İK m. 22 ve yönetmelik hükümleri uyarınca yapı sahibi adına yapı iznini (inşaat ruhsatı) almak zorundadır. Arsa sahibinin bu vekaletnameyi vermemesi halinde genel hükümlere uygun temerrüt hükümlerinin işletilmesi söz konusu olacaktır. İK m. 42/son hükmü uyarınca, ruhsat başvurusunda bulunacak yüklenicinin geçerli (Aynı maddede belirtilen nedenlerle belirlenen süre için belgenin iptal edilmemiş olması gerekir.) yetki belgesini haiz olması gerektiği hususunu ayrıca belirtmeliyiz. Aksi halde yeki belgesiz yüklenici tarafından inşaatla başlanması durumunda bir şekilde alınmış olan ruhsat iptal edilecek ve yapı mühürlenecektir.

İK'de ruhsat verilme süresi, belediye ve valiliklere yapılacak müracaat tarihinden itibaren 30 gün olarak belirlenmiş, incelemede eksikliklerin bulunması halinde müracaat tarihinden itibaren 15 gün içinde bu eksikliklerin yazılı olarak bildirileceği bu eksiklikler giderildikten sonra yapılacak müracaat tarihinden itibaren de 15 gün içinde ruhsatın verileceği hüküm altına alınmıştır. (İK m. 22/3-4)

İK m. 29'a göre; yapıya başlama müddeti ruhsat tarihinden itibaren iki yıldır. Bu süre içinde yapıya başlanmadığı veya yapıya başlanıp da her ne sebeple olursa olsun, başlama süresiyle birlikte beş yıl içinde bitirilmediği takdirde verilen ruhsat hükümsüz sayılacak, bu durumda yeniden ruhsat alınması zorunlu olacaktır. İlgili maddeye göre ayrıca, başlanmış inşaatlarda müktesep haklar saklıdır. Ruhsat yenilenmesi ve plan tadili sırasında ayrıca harç alınmaz. Burada, ruhsat iptalini gerektirmemekle birlikte, 7181 sayılı Kanununun 24. maddesi ile 6306 sayılı yasanın 6. maddesine getirilen ilave 14. maddesindeki, *"bu kanuna tabi gayrimenkul satış vaadi veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin 1 yıl içinde yeni yapının yapım işine başlamamış olması veya en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor olmasının ilgililerin muvafakati olmaksızın sözleşmenin resen feshedilmiş sayılacağı"*

⁶³⁵ Yarg. 15. HD, E.2018/1074 K.2018/2079 T.21.05.2018 (Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 10.03.2020); Yarg. 15. HD, 2018/5584 K.2019/641 T.18.02.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 10.03.2020)

hükümünün hatırdâ tutulmasının, iki ve beş yıllık ruhsat süreleri açısından faydalı olacağını değerlendirmekteyiz.

İK'de, kamu yapı ve tesisleri ile ilgili olarak bazı muafiyetlerin getirildiği görülmektedir. İK m. 26'da; Kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılacak veya yaptırılacak yapılara, imar planlarında o maksada tahsis edilmiş olmak, plan ve mevzuata aykırı olmamak üzere mimari, statik, tesisat ve her türlü fenni mesuliyeti bu kamu kurum ve kuruluşlarınca üstlenilmesi ve mülkiyetin belgelenmesi kaydıyla avan projeye göre ruhsat verileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu maddenin her iki fıkrasında ruhsat işleminden beri kılınma, bir muafiyet söz konusu değildir. Her iki fıkrada da ruhsat alınacağı ancak bazı belgelerin aranmayacağı ifade edilmektedir. Oysa kanununun 21. maddesinde 26. maddede belirtilen istisna haricinde tüm yapılar için ruhsat alınmasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir. Açıklandığı üzere 26. maddede ise kamu kurumlarına ruhsat için bir istisna getirilmediği sadece kolaylık sağlandığı görülmektedir. Öğretide de değinilen bu hususta, bizim de katıldığımız görüşe göre,⁶³⁶ 21. maddede belirtilen atfın aslında 27. maddeye ilişkin olması gerektiği ifade edilmiştir.

D. PLANSIZ ALANLARDA YAPI RUHSATI

Plansız alanlarda yapı ruhsatı, İmar Kanunu ve Plansız Alan İmar Yönetmeliği hükümleri dikkate alınarak verilir. Yönetmelik, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan ve planı bulunmayan alanlardaki yapılaşmaların fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamayı amaçlamaktadır. Uygulama alanı; Planı bulunmayan ve/veya son nüfus sayımına göre nüfusu 10 000 in altında olan belediyelerin yerleşik alan sınırları içi, belediye ve mücavir alan sınırları içindeki köy ve mezraların yerleşik alanları, belediye ve mücavir alan sınırları dışında planı bulunmayan köy ve mezraların yerleşik alanları ve civarı, belediye ve mücavir alan sınırları içinde veya dışında imar planı ve yerleşik alan sınırları dışında kalan iskân dışı alanlardır. (PAİY, m. 2)

Bu alanlarda da, yeni inşaat ilave ve esaslı tadil işlerinde, yapı sahipleri veya kanuni vekillerince yapı ruhsatı alınması gerekmektedir. (PAİY, m. 36/1) Aynı

⁶³⁶ AYANOĞLU, s. 78 (dn.40'ta belirtilen yazarlar)

maddenin devamında ruhsat için istenen belgeler belirtilmiştir. Planlı alanlarda olduğu gibi burada da kamu kuruluşları için avan projeye göre ve 36. maddede sayılan belgeler aranmaksızın ruhsat alma kolaylığı getirilmiştir. (PAİY, m. 37/1-2)

Derz, iç ve dış sıva, badana, boya, oluk, dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik, sıhhi tesisat, korkuluk, paratoner, pergola ve benzerlerinin tamirleri ile bölme duvarı, bahçe duvarı, baca ve saçak ve benzeri elemanlarının tamiri ve yoldan görünmeyen küçük ve basit kümes yapılması gibi adi tamirler ruhsata tabi değildir. (PAİY, m. 41)

Planlı alanlarda olduğu gibi plansız alanlarda da köyde yerleşik kişiler için konut, tarım ve hayvancılık amaçlı yapılara ruhsat muafiyeti getirilmiştir. Buna göre, köy ve mezraların yerleşik alanlarında ve civarında sadece köy nüfusuna kayıtlı ve köyde sürekli oturanlarca yapılacak konut, tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar ile müştemilat binaları yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznine tabi değildir. Ancak, yapı projelerinin fen ve sağlık kurallarına uygun olduğuna dair valilik görüşü alınmasından sonra, muhtarlıkça izin verilmesi ve bu izne uygun olarak yapının yapılması şartı aranmaktadır. İnşa edilen yapının fen ve sağlık kurallarına uygunluğu, İK m. 30'a göre valiliklerce belirlenecektir. (PAİY, m. 57/1-2)

Ancak yönetmelikte geçen muhtarlıktan izin şartı, konunun düzenlendiği İK m. 27'de değişiklik yapan ve 20.02.2020 tarihli resmi gazetede yayınlanmış olan 7221 sayılı kanunun 8. maddesi ile kaldırılmış yerine bildirim koşulu getirilmiştir. Ancak, PAİY 57/1'deki muhtarlık izni ifadesi bu çalışmanın yapıldığı tarih itibarıyla bir değişikliğe uğramamıştır. Yönetmeliğin kanuna aykırı olamayacağı açık olduğuna göre yönetmelikte geçen muhtarlık izni ile ilgili ifadenin uygulanma alanı ve geçerliliği kanaatimizce olmayacaktır.

Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği hükmüne göre, iskân dışı alanlarda yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni, yapının niteliğine göre "Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin" Yapı Ruhsat İşleri başlıklı bölümünde yer alan hükümlere uygun olarak ilgili idarece verilecek ayrıca, bu bölümde bulunmayan yapılaşmaya ilişkin hususlarda ise Yönetmeliğin dördüncü bölüm hükümlerine uyulması gerekecektir.⁶³⁷ (PAİY, m. 64)

⁶³⁷ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 549

III. YAPI KULLANMA İZİNİ (YAPI KULLANMA İZİN BELGESİ - İSKÂN RUHSATI)

Yapı kullanma izin belgesi inşaatın mevzuata uygun olarak tamamlandığını ve yapının iskân edilebilir olduğunu gösteren bir belgedir. Ruhsat ve eklerine aykırı yapılan kaçak inşaat sahipleri bu belgeyi alamazlar. Aşağıda inşaatın kaçak olmadan tamamlanabilmesi için belgenin özelliklerine, hukuka uygun olarak alınabilmesi için gerekli koşullara ve sonuçlarına değineceğiz.

A. TANIM VE HUKUKİ NİTELİĞİ

En yalın bir tanımlama ile yapı kullanma izini; *“bir yapının ruhsat ve eklerine uygun olarak yapıldığını ve tamamlandığını tespit eden bir belge”*⁶³⁸ olarak tanımlanmış olup, Başka bir tanımda, *“İK m. 30’a göre, Belediye sınırları ve mücavir alanlar için belediyeden diğer yapılar için ise valilikten alınan, tamamlanmış yapıların kullanıma açılmasına izin veren belge”*⁶³⁹ diğer bir tanımda, *“İmar Kanunu kapsamındaki yapıların imar mevzuatı ve bu kanun hükümlerine uygun şekilde tamamlanması üzerine, yapı sahibinin, proje müellifinin, yapı yüklenicisinin, şantiye şefinin, yapı denetim kuruluşu yetkilisinin yapılan yapının fen, sanat ve yürürlükteki mevzuata uygun olarak yapıldığına dair imzalarının alınması suretiyle, standardına uygun olarak ilgili idarece düzenlenen ve yapının kullanılmasına izin verildiğini gösteren belge”*⁶⁴⁰ olarak tanımlanmaktadır.

Yapı kullanma izni; alınmış imar durum belgesine göre, üzerinde inşai faaliyet yürütülen taşınmaza ait özgün koşullar dikkate alınarak, önceden belirlenmiş kurallara bağlı olarak tamamlanan yapı için yeni bir hukuki durum yaratan birel,⁶⁴¹ objektif kişilik dışı yeni bir hukuki duruma sokan, geniş anlamda sübjektif,⁶⁴² bir idari işlem niteliğindedir. Hukuki etki açısından; yeni bir hukuki durum yaratılmadığı, tamamlanmış yapının mevcut durumunun tespit edildiği ve idare tarafında yürütülmediği için hem inşai hem de beyan edici işlem niteliğinde olup

⁶³⁸ AYANOĞLU, s. 310

⁶³⁹ SEZER/KALKAN/ŞAHİN, s. 152

⁶⁴⁰ İlker Hasan DUMAN, 40 Soruda Yapı Kullanma İzni, Seçkin yayınları, 1. Baskı, Ankara Ağustos 2016, s. 15

⁶⁴¹ KÖROĞLU, s. 294

⁶⁴² KÖROĞLU, s. 294; DUMAN (İskân), s. 21

hukuki etkisini, sadece tesis edildiği anda meydana getirmemekte, bir kez alınmakla tükenmemekte ve yapı yıkılıncaya kadar devam ettirmektedir.⁶⁴³

İmar Kanunu uyarınca, yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren belediye, valilik bürolarından; 27'nci maddeye göre ruhsata tabi olmayan yapıların tamamen veya kısmen kullanılabilmesi için ise ilgili belediye ve valilikten izin alınması zorunludur. (İK. m. 30)

İdare açısından yapı kullanma izni verme, “denetim ve kontrol işlevi nedeniyle idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan asli ve sürekli bir kamu hizmeti niteliğindedir.”⁶⁴⁴ Yapı izin belgesi ile yapının, ruhsat ve eklerine, fen ve sağlık kurallarına uygun olarak tamamının veya kısmen kullanılması mümkün olan kısımlarının tamamlanıp tamamlanmadığı, fenni mesuller veya yapı denetim kuruluşlarınca ruhsat ve eki projelere fen ve sağlık kurallarına uygun yapıp yapılmadığı rapora bağlanmak suretiyle tespit edilmekte ve yapının kullanılmasına idarece izin verilmektedir. (PAİYÖN. m. 64/1) Yapı kullanma İzin belgesi yapının kullanım şeklini ve amacını belirleyen bir belge değildir. Bu nedenle kullanım amacının sonradan değiştirilmesi yeni bir yapı kullanım izin belgesi alınmasını gerektirmeyecektir.⁶⁴⁵ Ancak, öğretide aksi görüş de savunulmaktadır.⁶⁴⁶

B. YAPI KULLANMA İZİNİ VERİLME KOŞULLARI

1. TAMAMLANMIŞ BİR YAPI BULUNMALIDIR

Yapı kullanım izninin verilebilmesi için, yapının ruhsat ve eklerine göre tamamlanmış olması gereklidir. Esasen idare de bu hususu ayrıca bir başvuru aranmaksızın denetlemek zorundadır. (İK m. 30, PAİYÖN. m. 64/3) Dolayısıyla yapı kullanma izninin dayanağı ruhsat ve ekleridir.⁶⁴⁷

⁶⁴³ DUMAN (İskân), s. 21

⁶⁴⁴ KÖROĞLU, s. 295; DUMAN (İskân), s. 20

⁶⁴⁵ AYANOĞLU s. 322

⁶⁴⁶ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 712; İLGEZDİ, s. 95; Yazarlar, her yapının bir yapılış amacı olduğunu, kullanma izninin de bu amaçla verildiğini, örneğin konut olarak kullanılan bir yapıya ancak içinde oturma amacıyla kullanma izni verilebileceğini, herhangi bir yapının kullanma izni alındıktan sonra amacına aykırı olarak kullanılması halinde o yapının imar hukukuna aykırı yapı statüsüne gereğini ileri sürmektedir.

⁶⁴⁷ AYANOĞLU, s. 318; KÖROĞLU, s. 297

Yapının, kısmen kullanılması mümkün olan kısımlarına yapı kullanma izni düzenlenebilmesi için, bu bölümlere hizmet veren ortak kullanım alanlarının tamamlanmış ve kullanılabilir olması ve yapıda mevzuata aykırılığın bulunmaması şarttır. (İK m. 30/1, PAİYÖN. m. 64/1) Tamamlanmamış bir yapı için yapı kullanma izni verilemez.⁶⁴⁸

2. YAPININ KULLANILMASINDA FEN BAKIMINDAN BİR SAKINCA BULUNMADIĞININ TESPİT EDİLMİŞ OLMASI GEREKİR

Yapının ve fen ve sağlık kurallarına göre kullanılabilir olması gereklidir. Yapının fiilen bitirilmiş olması hukuki sürecin tamamlandığı anlamına gelmeyecektir. Sürecin tamamlanması için yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğunun, kullanılmasında fen bakımından bir sakınca bulunmadığının idarece tespit edilmiş olması gerekir.⁶⁴⁹

Fen bakımında sakınca bulunmadığı şeklindeki ibarenin genel nitelikte olduğu, yapının kullanılmaya elverişli olup olmadığının dikkate alınması gereken ölçüt olduğu, bunun için yapının tekniğine uygun yapılması yanında, çevre, yaşam, çalışma ve sağlık açısından amaca uygun olması gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁵⁰

3. YAPI RUHSATI SÜRESİ İÇİNDE YAPI KULLANIM İZİN BELGESİ ALINMIŞ OLMALIDIR

Yönetmeliğe göre, yapı kullanma izninin verildiği tarih, yapının tamamlandığı tarih olup 5 yıllık ruhsat süresi içinde yapı kullanma izninin düzenlenmesi gerekmektedir.⁶⁵¹ Aksi halde, 54. maddeye yapılan yollama ile (PAİYÖN. m. 54/2, “*Ruhsat tarihinden itibaren 2 yıl içinde inşasına başlanmayan veya 5 yıllık ruhsat süresi içinde tamamlanmayan ve süresi içinde ruhsat yenilemesi yapılmayan yapılar, ruhsatsız yapı olarak değerlendirilir.*”; İK m. 29/1) bu süre içinde tamamlanmayan

⁶⁴⁸ DUMAN (İskân), s. 42; AYANOĞLU, s. 318

⁶⁴⁹ KÖROĞLU, s. 299; DUMAN (İskân), s. 40

⁶⁵⁰ AYDEMİR, s. 84

⁶⁵¹ DUMAN (İskân), s. 91

ya da süresi içinde ruhsat yenilemesi yapılmayan yapılar ruhsatsız yapı olarak nitelenecektir. (PAİYÖN. m. 64/6)

Nitekim Danıştay bir kararında, İK m. 29 uyarınca, her ne sebeple olursa olsun başlama müddeti ile birlikte 5 yıl içinde bitirilmeyen yapıların ruhsatlarının hükümsüz kalacağı, 30. maddeye göre yapının kullanılabilmesi için izin alınması gerektiği, 31. maddeye göre inşaatın bitme gününün kullanma izninin verildiği tarih olduğu hükümlerinden hareketle, anılan süre içinde yapı kullanma izni alınmadığı gerekçesiyle mevcut ruhsatın hükümsüz kaldığına, yapı kullanma izninin alınabilmesi için ise yeniden yapı ruhsatı alınması gerektiğine hükmetmiştir.⁶⁵²

4. MAL SAHİBİ VEYA VEKİLİNİN BAŞVURUSU BULUNMALIDIR

İK ve Yönetmelikte yapı kullanım izni için mal sahibinin müracaatı aranmaktadır. Şayet mal sahibi söz konusu müracaat için yüklenici veya bir üçüncü kişiye bu başvurunun yapılabilmesi için vekaletname vermiş ise elbette vekil de mal sahibi adına başvuru yapabilecektir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde özellikle anahtar teslim sözleşmelerde uygulamada genellikle yüklenici arsa sahibinden aldığı vekaletname ile bu başvuruyu yapmaktadır.⁶⁵³

Başvuru inşaat ruhsatını veren Belediye veya Valiliğe yapılmalıdır. İK m. 30'a göre, inşaat ruhsatı veren belediye, valilik bürolarından izin alınması gerektiğinden başvurunun da bu makamlara yapılması gerekir. (PAİYÖN. m. 64/1)

5. DİĞER ŞARTLAR

Binaların Gürültüye Karşı Korunması Hakkında Yönetmeliğin⁶⁵⁴ 5/2. maddesi uyarınca, bu Yönetmelikte öngörülen esaslara göre imalat yapılmadığının tespiti hâlinde, bu eksiklikler giderilinceye kadar binaya yapı kullanma izin belgesi verilmez.

⁶⁵² Danıştay 6.D, E.2015/11666K.2019/233 T.15.01.2019, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 10.03.2020)

⁶⁵³ DUMAN (İskân), s. 76

⁶⁵⁴ RG, 31.05.2017/30082

26.5.1981 tarih ve 2644 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun⁶⁵⁵ 80/f maddesi uyarınca yapı kullanma izni harcının ödenmiş olması gerekmektedir.⁶⁵⁶ Taşınmazın tapu kaydı üzerinde Cins Değişikliği yapılmış olmalıdır.

C. YAPI KULLANMA İZİN BELGESİNİN DÜZENLENMESİ VE SONUÇLARI

Yetkili idare, başvuru sonrası talep edilen belgeleri inceler, yapının ruhsat ve eklerine, fen ve sağlık kurallarına uygun olarak tamamlanıp tamamlanmadığını mahallinde yapacağı kontrol ile belirledikten sonra (PAİYÖN. m. 64/3) yapıyı mevzuata uygun bulması halinde 30 gün içinde yapı kullanma izin belgesini düzenlemesi gerekir. Eksiklik tespit edilmesi halinde bunların tamamlanarak mevzuata uygun hale getirilmesi istenir. Eksikliklerin tamamlanması halinde aynı süreç izlenerek yapı kullanma izin belgesi düzenlenip yapı kullanma izni verilir.⁶⁵⁷ (PAİYÖN. m. 64/4) Saptanan eksikliklerin giderilmesinin mümkün görülmemesi⁶⁵⁸ veya giderilmemesi halinde yapı kullanma izin belgesi talebi reddedilecektir.

Yapı kullanma izni verilmeyen ya da alınmayan yapılar, izin alınıncaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden yararlanamazlar. Ancak, kullanma izni alan bağımsız bölümler bu hizmetlerden yararlanabilecektir. (İK m. 31, PAİYÖN. m. 64/7) Fakat kanuna eklenen bir geçici madde⁶⁵⁹ ile bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar, (12/10/2004 tarihinden önce yapılmış olan yapılar hariç) ruhsatı alınmış ve buna göre yapılmış kullanma izni verilmeyen ya da alınmamış yapılara yol, elektrik, su, telefon, kanalizasyon, doğal gaz gibi alt yapı hizmetlerinden birinin veya birkaçının götürüldüğünün belgelenmesi halinde, ilgili yönetmelikler doğrultusunda fenni gereklerin yerine getirilmiş olması ve bu maddenin yayımı tarihinden itibaren başvurulması üzerine, kullanma izni alınıncaya kadar ilgili mevzuatta tanımlanan ait olduğu abone grubu dikkate alınarak geçici olarak su ve/veya elektrik bağlanabilecek ancak bu kazanılmış hak sayılmayacaktır.⁶⁶⁰

⁶⁵⁵ RG. 29.05.1981/17354, KT. 26.5.1981, KN. 2644

⁶⁵⁶ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 585

⁶⁵⁷ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 587; KÖROĞLU, s. 300-301

⁶⁵⁸ KÖROĞLU, s. 301

⁶⁵⁹ RG, 26.07.2008/26948, KN.5784/25

⁶⁶⁰ AYDEMİR, s. 85-86

İK m. 30'a göre verilecek izin yapı sahibini kanuna, ruhsat ve eklerine riayetsizlikten doğacak mesuliyetten kurtarmayacağı gibi her türlü vergi, resim ve harç ödeme mükellefiyetinden de kurtarmayacaktır. Bu çerçevede mevzuata aykırı olarak verilen yapı kullanma izinlerinin de yargı kararı ile iptalleri söz konusu olabilecektir.

D. PLANSIZ ALANLARDA YAPI KULLANMA İZİNİ

İK m. 27'de, her ne kadar yapı ruhsatından bahsedilmekte, yapı kullanma izni ifadesi geçmemekte ise de yapı ruhsatının aranmadığı bir yerde yapı kullanım iznini aramanın anlamsız olacağı ileri sürülmüştür.⁶⁶¹

IV. KAÇAK İNŞAT UYGULAMALARININ SONUCU OLARAK İMAR YAPTIRIMLARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi dahil inşaat sözleşme ve uygulamalarında kaçak inşaatın tespit edilmesi durumunda bir takım idari ve cezai yaptırımlar söz konusu olmaktadır. Bu yaptırımların önemli bir kısmı, İmar mevzuatına ilişkin aykırılıkların düzenlendiği İmar Kanununun 32 ve 42. Maddelerinde belirtilmiştir. Ancak, bunlarla sınırlı değildir. 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, 775 sayılı Gecekondular Kanunu, 3621 sayılı Kıyı Kanunu, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıha Kanunu gibi kanunlarda yıkım, hapis ve para cezaları söz konusudur. İmar mevzuatına aykırı olarak 08.03.1984 tarihine kadar inşa edilmiş yapılar için bu tarihte yürürlüğe girmiş olan 2981 sayılı kanun hükümleri uygulanacaktır.⁶⁶²

A. İDARİ YAPTIRIMLAR

İdari yaptırımlar, idarenin; egemenliği kullanan yürütme erkinin bir uzantısı olarak, bir mahkeme kararı veya makam ya da merciin izin ya da icazeti olmaksızın, önceden belirlenmiş objektif kurallara göre, idare hukukuna özgün usullerle ve doğrudan doğruya tesis ettiği, emredici nitelikte⁶⁶³ kamu düzenini koruma amacına

⁶⁶¹ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 591

⁶⁶² KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 712

⁶⁶³ Selman ÖZDEMİR, İmar Para Cezaları Özelinde İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması, Türk İdare Dergisi, S. 473 Aralık 2011, s. 116-117, tid.gov.tr (E.T. 31.03.2020)

yönelik olarak uygulanan idari işlemlerdir.⁶⁶⁴ İmar düzeninin korunmasını, bozulan düzenin ise yeniden inşasını sağlayan yaptırımlar temel olarak cezalandırma ve kamu düzeninin korunmasını amaçlamakta⁶⁶⁵ ve bu yaptırımlar, yasaklama, kapatma, geri alma, iptal, mülkiyetin kamuya geçirilmesi, ruhsat veya izin vermeme, yıkma, para cezası gibi çeşitli görünümde olabilmektedir.⁶⁶⁶ Aşağıda, kaçak inşaatın tespiti ve tespit sonrası İK bakımından uygulanacak idari yaptırımlara özel olarak değineceğiz.

1. TESPİT - YAPI TATİL TUTANAĞI MÜHÜRLEME VE DURDURMA

Bu konuda yapılması gereken işlemler İK m. 32’de açıklanmıştır. Maddenin birinci fıkrasında yazılı usule göre; ruhsat alınmadan yapıya başlanması veya ruhsat ve eklerine veya ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılarda projelerine ve ilgili mevzuata aykırı yapı yapıldığının ilgili idarece tespit edilmesi, fenni mesulce tespit ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu durumun öğrenilmesi üzerine belediye veya valilikçe o andaki inşaat durumu tespit edilecek ve yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulacaktır.

İK m. 32’e, 7221 sayılı kanunun 10. maddesi ile getirilen ek cümle uyarınca yapının mühürlenmesi ve inşaatın durdurulması üzerine idare, en geç 7 gün içinde ilgili tapu müdürlüğüne yapacağı yazılı bildirim ile tapu kaydının beyanlar hanesine kaydedilmek üzere yapının imar mevzuatına aykırı olduğuna dair bilgiyi vermek zorundadır. Bu bilgi, aynı idare tarafından aykırılığın giderildiğine dair tapu müdürlüğüne bildirilmedikçe beyanlar hanesinden kaldırılamayacaktır. İK m. 32’de değişiklik yapan kanunun 10. maddesinin gerekçesinde, hükmün getiriliş amacı; ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapılmasının önüne geçmek ve iyi niyetli üçüncü kişileri korumak olarak açıklanmıştır.

Şu durumda, İK m. 32/1 hükmü uyarınca tespit, mühürleme ve durdurma yaptırımına tabi tutulan yapılar; Ruhsat alınmadan inşasına başlanan ruhsatsız yapılar, ruhsat alınmış olmakla birlikte ruhsat ve eklerine aykırı inşa edilen veya

⁶⁶⁴ AYANOĞLU, s. 433

⁶⁶⁵ Şenol COŞKUN/Fatma KURŞUN, Cezaların şahsiliği ilkesi bakımından İmar Kanununun 42. Maddesinde Belirtilen “Yapı Sahibi” Kavramı, TAAD Y.5, S. 18, s. 516, <https://yayin.taa.gov.tr/dergiler/taad/taad18.pdf>, (E.T.02.04.2020)

⁶⁶⁶ ÖZDEMİR, s. 116

edilmekte olan yapılar ve ruhsat alınması gerekmemele birlikte projelerine ve ilgili mevzuata aykırı inşa edilen yapılar olarak üç grupta sıralanabilecektir. Aykırılık idarece rutin denetimde veya fenni mesulün ya da üçüncü şahsın ihbarıyla öğrenilmiş olabilir. Bu açıdan idarenin aykırılığı nasıl öğrendiğinin bir önemi yoktur.

Durdurma ve mühürleme işleminin yasal dayanağı, öncül işlemi olan yapı tatil zaptı (tutanağı)dır. Yapı tatil tutanağı: Herhangi bir şekilde ruhsat alınmadan yapıya başlanılarak kaçak inşaat yapıldığı ya da ruhsatlı yapılarda ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı tespit edildiği takdirde, ilgili idaresince yetkilendirilmiş teknik elemanlarca, yapının o andaki durumu ile birlikte aykırılıkları resim, kroki ve yazı ile belirtilen ve inşai faaliyete devam edilemeyeceğini gösteren onaylı belgeyi ifade etmektedir. (PAİYÖN. 4/1-ssss)

Yapı tatil tutanağı;⁶⁶⁷ Danıştay'a göre,⁶⁶⁸ "3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca düzenlenen ve bir yapının ruhsatsız ya da ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapıldığını tespit eden, düzenlendiği tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapının ruhsata uygun hale getirilerek veya ruhsat alınarak yapının imar mevzuatına uygun hale getirilmesini sağlayan idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemdir." Öğretiye göre, ruhsatlı yapıdaki ruhsata aykırılığın ne olduğu hususuna açıklık getiren bir işlemdir.⁶⁶⁹ Mülkiyet hakkının kamusal sınırlarını çizerek müeyyidelendiren⁶⁷⁰ bir belge olarak tutanakta inşaatın durdurulma nedeni, ruhsata aykırılıklar net ve açık bir şekilde gösterilmiş olması gerekir.⁶⁷¹ Bu belge (Yapı tatil/tespit tutanağı), özellikle ruhsat ve eklerine aykırı yapılaşma bakımından

⁶⁶⁷ Öğretide, her ne kadar İK' de bir ayırım yapılmamış olsa da yapının tamamlanmış olup olmamasına göre düzenlenecek tutanağın isimlendirilmesinde bir ayırım yapılabileceği ve henüz tamamlanmamış devam etmekte olan bir inşaat için durdurma söz konusu olabileceğinden bu durumdaki yapılar için düzenlenecek tutanağın "Yapı Tatil Tutanağı" olarak isimlendirilebileceği, bitmiş, inşaat süreci tamamlanmış yapı için durdurulacak bir inşaattan söz edilemeyeceği için "tatil" değil ancak "tespit" işlemi yapılabileceğinden bu tip yapılar için düzenlenecek tutanağın "Yapı Tespit Tutanağı" olarak isimlendirilmesinin doğru olacağı ifade edilmiştir. (Sercan Coşkun KULAK, İmar Kanununun 32. ve 42. Maddeleri Kapsamında Yıkım ve Para Cezası, GÜHFD, C.16, Y.12, S. 4, s. 268, <http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php> (E.T.04.05.2020)

⁶⁶⁸ Danıştay 6.D, E.2005/1641 K.2005/5523 T.16.11.2005 Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 04.05.2020)

⁶⁶⁹ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 715

⁶⁷⁰ Bilgehan YEŞİLOVA, Tebligat Hukuku Açısından İmar Kanunu'nun 32. Maddesinde Düzenlenen (Özel) Tebligat Hükümünün Değerlendirilmesi, Yaşar Ün. HFD, Aydın Zevkliler'e Armağan, C. III, Y.2013, s. 3115, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/28-Bilgehan-YE%C5%9E%C4%B0LOVA.pdf> (E.T.18.03.2020)

⁶⁷¹ Suat ŞİMŞEK/İlhami HAZAR, Açıklamalı – İçtihatlı ve Örnek Dilekçelerle İmar Davaları Rehberi, Seçkin Yayınları, İkinci baskı, Ankara Ocak 2019, (Milli Kütüphane, mktup.gov.tr/tr/Sayfalar/E-Veri-Tabanlari/default.aspx), <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=20991>, (E.T. 24.05.2020). s. 980; YEŞİLOVA, s. 3115

inşai faaliyetin ulaştığı seviyenin tespiti, kazanılmış hak kurumunun işletilmesi açısından önemli olup⁶⁷² Danıştay'a göre de, yapı tatil tutanağının; yıkımdan önce düzenlenmiş olması, somut ve ayrıntılı olarak düzenlenmesi, mevcut ruhsata göre kazanılmış hakların korunması açısından yapının hangi aşamada bulunduğunu tespit ediyor olması gerekmektedir.⁶⁷³ Mümkün olması halinde tespitin görsel verilerle desteklenmesi gerekir.⁶⁷⁴

Mühürleme ve durdurma işleminin amacının, yapı sahibini aykırılıkları gidermeye zorlamak⁶⁷⁵ ve uyarmak⁶⁷⁶ olduğu ifade edilmiştir. Bu açıdan mühürleme işlemi, yıkım işlemi için bir ön şart olduğu gibi başlıbaşına da bir yaptırım olarak kabul edilir.⁶⁷⁷ Ancak mühürleme (ve tutanak) işleminin gerekçeli olması ve işlemi yapacak ekibin içinde bir fen (teknik) elamanının⁶⁷⁸ bulunması gerekir.⁶⁷⁹ Ruhsat ve mevzuata aykırılıkların tespit edildiği, yapı tatil tutanağı da, yapı sahibinin aykırılıkları görmesi ve yapısını hukuka uygun hale getirmesi açısından bir uyarı niteliğindedir. Bu uyarı üzerine yapı sahibi, tutanağın yapı yerine asıldığı tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak (tutanağı düzenleyen ve) mühürleme işlemini yapan belediyeden veya valilikten mührün kaldırılmasını isteme hakkına sahiptir. (İK m. 32/3) Yapılacak inceleme sonunda ruhsata aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygun olduğunun anlaşılması halinde işlemi yapan belediye veya valilikçe mühür kaldırılarak inşaatın devamına izin verilir. (İK m. 32/4)

⁶⁷² ÖNGÖREN, (İmar) s. 248

⁶⁷³ DİDDK, E.2004/2530 K.2005/1121 T.05.05.2005, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 30.04.2020); SEZER/KALKAN/ŞAHİN, s. 158 (dn.147,148,149 ve 150 de anılı kararlar)

⁶⁷⁴ Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Hukuki Müzakere Toplantıları 30 Mayıs-02 Haziran 2013-İSTANBUL (HSYK 2013 Raporu), s. 1, docplayer.biz.tr/4840635-Hâkimler-ve-savcılar-yüksek.kurulu.html (E.T. 01.05.2020)

⁶⁷⁵ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 713

⁶⁷⁶ SEZER/KALKAN/ŞAHİN, s. 157; ERGEN/BÖKE, s. 286

⁶⁷⁷ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 714; SEZER/KALKAN/ŞAHİN, s. 159

⁶⁷⁸ Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği m. 4/z de yer alan tanıma göre Fen adamları: *Yapı, elektrik tesisatı, sıhhi tesisat ve ısıtma, makina, harita kadastro ve benzeri alanlarda mesleki ve teknik öğrenim veren, en az lise dengi okullardan mezun olmuş veya lise mezunu olup, bir öğretim yılı süreyle bakanlıkların açmış olduğu kursları başarıyla tamamlamış olanlar ile 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Mesleki Eğitimi Kanununa göre ustalık belgesine sahip olan elemanları*” ifade etmektedir.

⁶⁷⁹ ERGEN/BÖKE, s. 287-288

Yapı tatil (durdurma) tutanağının, kural olarak, ruhsatı düzenlemeye yetkili idare tarafından ve bu idarenin yetkili teknik elamanlarınca düzenlenmesi gerekir.⁶⁸⁰ Tutanağın sadece zabıta memurlarından oluşacak bir ekiple düzenlenmesi uygun değildir.⁶⁸¹ Danıştay bir kararında, fen adamı niteliğinde olmayan zabıta memurlarının düzenlediği yapı durdurma tutanağını hukuka aykırı bularak iptal etmiştir.⁶⁸² Dolayısıyla, yetkisiz idare veya yetkili idare tarafından düzenlenmekle birlikte yetkili olmayan organ ve/veya görevlilerince⁶⁸³ düzenlenecek tutanaklar yetki yönünden hukuka aykırı olacaktır.

Yapı Tatil tutanağı ayrıca, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından da düzenlenebilir. Zira, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 67. maddesinin 3. fıkrasında, Bakanlığın yapı ruhsatı alınarak inşa edilen yapıları ve bu yapılarda kullanılan yapı malzemelerini standartlara uygunluk bakımından denetlemeye yetkili olduğu, 4. fıkrasında, Bakanlıkça yapılan denetim sonucunda ruhsat ve eklerine aykırı olduğu veya standartlara aykırı yapı malzemesi kullanıldığı tespit olunan yapıların Kanunun 32. maddesi kapsamında işlem tesis edilmek üzere ve süre verilerek ilgili idareye bildirileceği, beşinci fıkrasında, İlgili idarelerce, verilen süre içinde yapı tatil tutanağının tanzim edilmemesi ve yapının mühürlenmesi veya Kanunda belirtilen süre içinde yapının mevzuata uygun hale getirilmemesi durumunda ise Bakanlığın mevzuata aykırı yapılar hakkında Kanunun 32. maddesine göre işlem tesis etmek suretiyle, yapı tatil tutanağı tanzim etmeye, mühürlemeye, yıkım kararı almaya ve yıkımın valiliklerce gerçekleştirilmesini sağlamaya, ilgililer hakkında Kanunun 42. maddesine göre idari yaptırım kararı vermeye ve idari müeyyideleri uygulamaya yetkili olduğu ifade edilmektedir. Yapı tatil tutanağı tanzimi, mühürleme ve yıkım kararı gibi konularda rapor denetleme ve rapor düzenleme görevleri, Bakanlığın merkez ve taşra teşkilatlarında görevli denetçi belgesini haiz personel tarafından ifa edilir.⁶⁸⁴

⁶⁸⁰ ŞİMŞEK/HAZAR, s. 966; HSYK 2013 Raporu, s. 1, Bu raporda yer alan görüşe göre, yapı tatil tutanağının iki veya daha fazla kişi tarafından düzenlenmesi durumunda bunlardan en az birinin teknik eleman unvanında olması gerekir.; KULAK, s. 265, Yazara göre, tutanağı düzenleyecek personelin kim olacağına mevzuatta yer verilmemiş olmakla birlikte, kanunun genel sistematiği ve yapılan tespitlerin karakteri açısından bu tespitlerin ilgili idare fen memurlarınca yapılması gerekir.

⁶⁸¹ ERGEN/BÖKE, s. 288

⁶⁸² Danıştay 6.D, E.1972/2522 K.1973/1704 T.25.04.1973 [Suat ŞİMŞEK, Yapı Tutanağı (Zaptı) Nedir? Kimler Yapı Durdurma Tutanağı Düzenleyebilir? <https://gayrimenkulmevzuati.com>.] (E.T. 19.04.2020)

⁶⁸³ ŞİMŞEK/HAZAR, s. 966

⁶⁸⁴ ÖNGÖREN (İmar), s. 249

Benzer düzenlemenin 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 11/3. maddesinde de yer aldığını söylemek mümkündür. Anılı yasanın 11/1. maddesinde yer alan denetim yetkisi kapsamında, Büyükşehir belediyesi tarafından belirlenen ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılar, gerekli işlem yapılmak üzere ilgili belediyeye bildirilecek, belirlenen imara aykırı uygulama, ilgili belediye tarafından üç ay içinde giderilmediği takdirde, büyükşehir belediyesi 3194 sayılı İmar Kanununun 32 ve 42. maddelerinde belirtilen yetkilerini kullanabilecektir.⁶⁸⁵ Büyükşehir belediyesinin bu yetkisinin ruhsatsız ve ruhsata aykırı yapılar için olduğu ruhsatı alınmış ve ruhsat ve eklerine uygun inşa edilmekte olan yapılar için durdurma kararı veremeyeceği,⁶⁸⁶ bunun yanında, 5216 sayılı Yasanın 11. maddesi hükmü uyarınca ilçe belediyesine bildirilerek aykırılığın giderilmesi için ilgili belediyeye üç ayı geçmemek üzere süre verilmesi gerektiği ve bu süre zarfında bahse konu aykırılığın giderilmediği tespit edilmeden Büyükşehir belediyesinin doğrudan İmar Kanununun 32 ve 42. maddelerine göre işlem tesis edemeyeceği,⁶⁸⁷ Danıştay kararlarında yer almaktadır.

Yapı tatil (Durdurma) tutanağı düzenlenmeden (aykırılığın ne olduğu hususuna açıklık getiren bir tespit işlemi yapılmadan) ve bu tespitin tebliği suretiyle davacı uyarılmadan, yapısını mevzuata uygun hale getirme imkânı tanınmadan yapılacak her türlü işlem hukuka aykırı olacaktır. Nitekim Danıştay bir kararında bu gerekçelerle, fen işleri müdürlüğü yazısı ile ruhsat ve yapı kullanma izin belgesinin iptalini hukuka aykırı bulunmuştur.⁶⁸⁸

Yapı tatil tutanağında, yapı tatil zaptının yapı üzerine asıldığına ve bir nüshasının muhtara bırakıldığına, ilişkin bir ifadenin yer alması gerekmektedir.⁶⁸⁹

⁶⁸⁵ ÖNGÖREN, (İmar), s. 252

⁶⁸⁶ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 714; Danıştay 6.D, E.1988/2225 K.1989/720 T.29.03.1989, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 13.03.2020); Danıştay 6.D, E.1990/2033 K.1991/2083 T.22.10.1991, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 13.03.2020)

⁶⁸⁷ Danıştay 14.D, E.2015/4247 K.2018/2703 T.16.04.2018, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 03.05.2020)

⁶⁸⁸ Danıştay 6.D, E.2002/3582 K.2004/394 T.23.01.2004, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020)

⁶⁸⁹ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 715 ve dn.32 de anılı karar; ŞİMŞEK/HAZAR, s. 980; HSYK 2013 Raporu, s. 1; Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin ekinde yapı tatil zaptı örneği yer almakta olup EK.7'de Form 16 olarak yayınlanan bu örnekte tutanağın, "3194 sayılı İmar Kanununun 32. maddesi uyarınca bir nüshası yapı yerine asılmak, bir nüshası da muhtarlığa iletilmek, bir nüshası da İdarede kalmak üzere (3) nüsha olarak" düzenlendiği belirtilmektedir. Formda süre verilmesine ilişkin bir husus yoktur. Ayrıca yine formda, Anayasanın 40/2. maddesi uyarınca "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmüne uygun olarak herhangi bir kanun yolu, merci ve sürenin belirtilmediği görülmektedir.

Durdurma işlemi yapı tatil zaptının (tutanağının) yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılacaktır. Ayrıca, bu tutanağın bir suretinin muhtara bırakılması ve 7221 sayılı Kanununun 10. maddesi ile eklenen cümle uyarınca, bir nüshasının da Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğüne gönderilmesi gerekmektedir.

Danıştay 13.03.2019 tarihli bir kararında,⁶⁹⁰ yapı tatil tutanağının yapı yerine asılma zorunluluğunun, ilgililerin söz konusu imar mevzuatına aykırılıktan haberdar olmasını ve bu aykırılığın en çok bir ay içinde giderilmesini sağlama amacını taşıdığını, ilgilinin haberdar edilmesinin idarenin başka bir eylemi ile gerçekleştirilmesi halinde bu amacın (yasada yer alan tutanağın yapı yerine asılma şartının) yerine getirilmiş olacağını kabul etmektedir. 2013 tarihli HSYK Hukuki Müzakere toplantısı sonucu düzenlenen rapordan da Danıştay'ın; yapı tatil tutanağının düzenlenmiş olmakla birlikte yapı yerine asılmamış ve yapı sahibine imzalatılmamış olması durumunda, posta ile tebliğ edilmesi veya yapı sahibinin bu tutanaktan haberdar olması durumunda tebliğ edilmiş sayılacağı görüşünde olduğu anlaşılmaktadır.⁶⁹¹

Öğretide, zaptın bir örneğinin muhtara bırakılmamış olması tebliği geçersiz kılmayacağı kabul edilmiştir.⁶⁹² Nitekim Danıştay da kararlarında da⁶⁹³ tebligatın yapıya asılmakla yapılmış sayılacağı, tutanağın muhtara bırakılmasının asli unsur olmadığı, yapı tatil tutanağının bir nüshasının muhtara bırakılmamasının tebligatı sakatlamayacağı kabul edilmektedir. Bu durumda aynı sonucun, 32. maddeye 20.02.2020 tarihinde eklenen cümle ile tutanağın Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğüne gönderilmemesi bakımından da geçerli olacağını kabul edilmesi gerekecektir.

Kanaatimizce, İK m. 32'deki düzenlemeye göre, yapı tatil tutanağının tebliği için tebliğ anında yapı yerinde yapı sahibi veya başka birinin olması şart değildir.⁶⁹⁴

⁶⁹⁰ Danıştay 14.D, E.2018/5736 K.2019/1948 T.13.03.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020)

⁶⁹¹ HSYK 2013 Raporu, s. 2

⁶⁹² KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 715

⁶⁹³ Danıştay 14.D, E.2018/5736 K.2019/1948 T.13.03.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020); Danıştay 14.D, E.2012/6461 K.2013/2939 T.17.04.2013; [ÖNGÖREN, (İmar), s. 248-249]

⁶⁹⁴ 2960 sayılı Boğaziçi İmar Kanunu kapsamında kalan alanlarda, kazı izni verildiği günden itibaren, imara aykırılıkları ve uygulamaları tespit, kontrol, tutanak tanzimi ve mühürleme işlemi, Boğaziçi İmar Müdürlüğü'nün sorumluluğuna verilmiş olup (m. 11/1) ikinci fıkrada tutanağın tanzimi sırasında mal sahibi veya müteahhit veya fenni mesulün bulunması esastır denildikten sonra, bunların bulunmaması halinde çalışan herhangi bir kişinin bulunmasının yeterli olacağı belirtilmiştir. Belirtilen kişilerden birinin tutanağın tanzimi sırasında bulunması şekil açısından bizce zorunludur. 12. maddesinin 3. fıkrasında ise kullanım izni verilen yapıların denetiminde bu kez, "*Tutanak tanziminde mal sahibi veya yönetici veya kiracının bulunması esastır.*" denilmektedir. Bu durumda, kullanılan

İnşaatta çalışan kişilere tebligat yapılmak istenmesi durumunda bu kişilerin 11.2.1959 tarih ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu⁶⁹⁵ hükümlerine göre tebligatı almaya yetkili olup olmadığının araştırılması gereklidir.⁶⁹⁶ Yasa koyucu yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla tebliğin yapılmış sayılacağını kabul etmiştir. Danıştay yukarıda anılan 13.03.2019 tarihli kararında ayrıca,⁶⁹⁷ söz konusu tutanağın yapı yerine asıldığına ilişkin bilgi ve belge bulunmasa da mahallinde düzenlendiği ve inşaat çalışanına tebliğ edildiğinin anlaşılmasını ve davacıların dosyadaki bir belgeden, encümen kararından haberdar olduğunun anlaşılmasını, kanunun aradığı haberdar edilme zorunluluğunun yerine getirildiği şeklinde değerlendirmiştir. Bizce bu karar hukuka uygun bir karar değildir. Danıştay, yasada öngörülen şekli bir zorunluluğu amaçsal yorumla idare lehine yorumlayarak idare hukukunun şekilcilik ilkesine aykırı ve lafzı aşan bir sonuca ulaşmıştır. Zira yasada tebliğin, Danıştay'a göre haberdar edilme eyleminin, (Ki, bizce tebliğ haberdar etmenin ötesinde bir anlam ifade eder) yapı tatil zaptının yapı yerine asılması suretiyle yapılacağı/sağlanacağı açıkça belirtilmektedir. Öğrenebilme imkânı için de tebliğ için bir zorunluluk olmamak üzere ayrıca bir suretinin muhtara bırakılmasını öngörmektedir. Öğretide Yapı yerine asma ve muhtara bırakma işlemlerinin birbirini ikame edici nitelikte olduğu bunlardan birinin yerine getirilmesinin yeterli olacağı ifade edilmekte ise de⁶⁹⁸ biz, Roma Hukukunun önemli ilkesi "*A verbis legis non est recedendum*" kuralından hareketle kanunun lafzından açıkça uzaklaşılmasının doğru olmayacağını düşünüyoruz. Tutanağın yapı yerine asılması eylemi yasada öngörülen şekli bir zorunluluktur ve bunun yerine getirildiğinin kanıtlanması gerekir. Bu eylemin yapıldığını ispat yükümlülüğü bizce idarede olup bu ispatında bugünkü teknolojik imkânlarla idare tarafından yapılması hiç de zor bir durum değildir. Öğretide de ifade edildiği üzere tespit anındaki ruhsata aykırılık ve yapının o andaki durumu,⁶⁹⁹ ve dolayısıyla zaptın asılma eylemi fotoğraf ve kamera ile pekâlâ kayıt

yapıda; bu kanun kapsamında tanzim edilecek yapı tatil tutanaklarında tutanağın tanzimi sırasında anılı kişilerden birinin olması zorunludur. Aksi, şekil açısından tutanağı hukuka aykırı hale getirecektir. Her iki metinde, belirtilen kişiler için "bulunması" dendiğinden, tebliğ edilmiş olmasının şekil açısından zorunlu olmadığını, ancak tebliğ edilmesinin uygun olacağını edilememe, imzadan imtina gibi durumların tutanağa dercedilmesi gerektiğini bunun tutanak mümzilerinin görevlerini yasaya uygun yerine getirmiş olduğunu ispat bakımından da gerekli olacağını değerlendirmekteyiz.

⁶⁹⁵ RG. 19.2.1959/10139, KT. 11.2.1959, KN. 7201

⁶⁹⁶ SEZER/KALKAN/ŞAHİN, s. 158

⁶⁹⁷ Danıştay 14.D, E.2018/5736 K.2019/1948 T.13.03.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020)

⁶⁹⁸ Danıştay 6.D, E.1991/2069 K.1992/2139 T.12.05.1992, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020); E.2004/4906 K.2006/5387 T.20.11.2006, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020)

⁶⁹⁹ SEZER/KALKAN/ŞAHİN, s. 158

altına alınabilir. Günümüzde pek çok belediyenin insansız hava araçlarıyla söz konusu tespitleri (belgeleme işlemi) yaptıkları bilinmektedir. Bu nedenle bizce yapı tatil zaptının yapı yerinde herhangi bir çalışana tebliğ edilmesi veya yapı sahibinin bir şekilde (anlı kararda olduğu gibi encümen kararıyla) yapı tatil tutanağından haberdar olması tutanağın yapı yerine asılması şeklindeki yasanın açık hükmünün yerine getirildiği anlamına gelmeyecektir.

Ancak biz, durdurma işleminin yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılacağı şeklindeki hükmün; *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”* diyen Anayasanın 36. maddesine, *“İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.”* diyen Anayasanın 125/3. maddesine, dava açma sürelerinin idari uyumsuzluklarda yazılı bildirim yapıldığı tarihte başlayacağını öngören 6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)⁷⁰⁰ m. 7/2-a hükmüne, AİHS'nin 6. maddesi ile Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 14. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırı olduğunu değerlendirmekteyiz. Zira söz konusu idari işlem, mevcut uygulamalara göre, idari yaptırım kapsamında idarenin herhangi bir yargı kararı olmaksızın kamu gücünün verdiği yasal yetkiyle resen tesis ettiği subjektif durumlar gözönünde bulundurularak uyguladığı, birel-özel nitelikte idari bir işlemdir. Danıştay 12. Dairesinin bir kararında da belirtildiği üzere, Bireysel (Birel) idari işlemlerin hukuki sonuç doğurabilmesi için ilgisine tebliğ edilmiş olması zorunludur.⁷⁰¹ Bu açıdan maddede geçen “sayılacağı” şeklindeki ifadenin bu zorunluluğu yerine getirmediği, Anayasanın 125/3 hükmü ve idare hukukunda tebligatların yazılı yapılması usulü karşısında, hukuki açıdan sakat bir ifade olduğunu vurgulamak isteriz. Yukarıda belirtilen Anayasa hükmü ve uluslararası metinler karşısında tebliğ zorunluluğu varken bu zorunlulukla korunmak istenen yasal korunma, dava açma ve adil yargılanma gibi insan haklarını, bireyin idarenin işlemi karşısında hak arama özgürlüğünü, etkisiz kılacak, ruhsatının iptaline yıkım ve para cezası ile maddi açıdan zarara uğramasına temel teşkil edecek şekilde ve hiç gereği yokken 7201 sayılı tebligat kanununda öngörülen tebliğ usullerinden ayrılması; bizce anılı yasal

⁷⁰⁰ İYUK, RG. 20.1.1982/17580, KT. 6.1.1982, KN. 2577

⁷⁰¹ Danıştay 12.D, E.2011/762 K.2015/863 T.10.03.2020, ezproxy.mef.edu.tr:2116-Lexpera (E.T. 18.03.2020)

düzenlemelerle birlikte, Anayasanın 13 üncü maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının “*Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” şeklindeki hükmüne aykırılık teşkil eder ve mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale oluştur. Kanaatimizce “yapı tatil zaptı”, yapının mevzuata aykırılığını belirleyen bir tespit işlemi olmakla beraber yukarıda değinildiği gibi bağımsız niteliği olan bir idari yaptırım işlemidir. Bu açıdan bir hazırlık işlemi sayılamaz bu nedenle, “*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*” şeklindeki Anayasanın 40/2. maddesi hükmü de gözetilerek 125/3. maddesi uyarınca zaptın ilgisine 7201 sayılı kanun hükümlerine göre tebliğ edilmesi gerekir. Oysa İK m. 32 yazılı tebliği öngörmediği gibi aleyhine iptal davası açılması imkânı tanınan Planlı alanlar imar yönetmeliğinin eki olan EK-7 Form-16 da yer alan yapı tatil tutanağında, tutanak aleyhine hangi kanunun yolları ve mercilerine başvurulacağı ve sürelerle ilişkin bir bilginin yer almadığı görülmektedir. Diğer yandan “sayılır” şeklindeki bir ifade bizce ancak, ilgilinin bilinen ve mernis adresine yazılı tebligat yapıldıktan sonra 7201 sayılı kanunun 21/2 hükmü uyarınca kullanılabilecek bir ifadedir.

Öğretide de benzer şekilde maddedeki tebliğ usulünün sakıncalarına değinilmiş ve hukuka aykırılığın tespit ve önlenmesi ile tespit üzerine alınan kararların muhatabın haberdar edilmesini birbirinden ayırmak gerektiği, idari faaliyetin konusu yapı olmakla birlikte hak ve yükümlülüklerin kişi üzerinde doğduğu, dolayısıyla haktan istifade edecek ve yükümlü olacak kişinin aleyhine tesis edilen işlemde tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta haberdar edilmesi gerektiği, söz konusu tebligat usulünün, mühür bozma suçunun işlenebilmesi, yıkım kararı ve idari yargıda iptal davası açabilmek bakımından önem taşıdığı, tebligatın, hukuki işlemin muhatabına yazı ve ilan yoluyla belgelenmesi olmakla birlikte idare hukukundaki yazılılık ilkesi gereği tebliğ zorunluluğuna, belirlenen usulün ilan olarak da kabul edilemeyeceği gerçeğine rağmen açıklandığı şekilde asılma faaliyetinin hiç gerçekleşmemiş olması ihtimaline ve muhtarlığa bırakılmamış olmasının da bir yaptırımının bulunmaması karşısında, bu tebligat usulünün, Anayasanın 11/1, 13,

35/1-2, 36/1, 40/1-2, 125/1-3, İYUK 7/2, AİHS (İHAS) 6. madde hükümlerine aykırı olacağı ifade edilmiştir.⁷⁰²

Bu hususta konu itiraz norm denetimi ve 32. maddedeki tebliğ usulünün anayasanın 36 ve 125. maddelerine aykırı olduğu savıyla, Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş ve Anayasa Mahkemesi 27.12.2018 tarihli kararında⁷⁰³; İtiraz konusu kuralla, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasından haberi olmayan ilgililerin durdurma kararına karşı idari yollara başvurusu ve dava açmalarının fiilen mümkün olmayacağını ve bunun hak arama hürriyetine yapılmış bir sınırlama olduğunun açık olduğunu kabul etmekle birlikte, anlaşılmaz ve bu kabule aykırı düşecek şekilde; anılan kuralla işleme karşı başvuru hakkının ortadan kaldırılmadığını, tebligat usulü bakımından farklı bir usulün öngörüldüğünü, bu kuralla hak arama hürriyeti ve mülkiyet hakkının özüne dokunulmadığını, şehirlerin imar planlarına uygun şekilde gelişerek kişilerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamasını sağlamak amacıyla, ruhsatsız ve ruhsata aykırı olarak inşa edildiği tespit edilen yapıya ilişkin hukuka aykırılığın bir an önce sona erdirilmesini teminen, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılması hakkındaki kuralın ulaşılmak istenen amaç yönünden gerekli ve elverişli olmadığını söyleyemeyeceğini, şahsen bildirim zorunluluğunun getirilmesinin bir an önce hukuka aykırılığın giderilmesi imkânını zedeleyeceğini, ruhsat iptali, yıkım kararları ve idari para cezalarının ilgililerine şahsen tebliği gerekeceğinden bunlara karşı açılacak davalarda bu kararın dayanağı olacak olan yapı tatil zaptının da öncelikle inceleneceğini, aykırılığın tespit edilmesi halinde verilecek kararın tüm hukuki sonuçların ortadan kaldırılmasını sağlayacağını, bu hususlar gözetildiğinde kuralın hak arama hürriyetine ve mülkiyete yönelik ölçüsüz bir sınırlama olmadığını belirterek, kuralın Anayasanın 13,35,36 ve 125. maddelerine aykırı olmadığına karar vermiş ve başvuruyu iki üyenin karşı oyuna karşı oy çokluğuyla reddetmiştir. Bu kararla AYM, hak arama hürriyeti ve mülkiyet hakkına yönelik bir sınırlama olarak gördüğü tebliğ usulünü, temel insan hakları olan bu özgürlükleri hiçe sayarak hukuki açıdan yetersiz bir gerekçeyle Anayasaya uygun bulmuştur. Oysa, bu kararla, durdurma ve mühürleme kararından haberi olmayan ilgilinin yapısını bir ay içinde hukuka uygun hale getirme imkânı

702 YEŞİLOVA, s. 3117-3162; Aynı yönde ve bu makalenin ilgili kısmının bir özeti için bkz. İLGEZDİ (Yıkım), s. 149-151

703 RG, 08.03.2019/30708, E.2018/62 K.2018/117 T.27.12.2018, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020)

elinden alınmakta, maddi zararlarının artmasına yol açılmakta ve işlem aleyhine yargı yoluna başvurma imkânı varken bu imkânı kullanması engellenmekte İdare hukukunun temel kural ve ilkeleri ve bu konudaki kararlar yok farz edilmektedir.

Bu nedenle, de lege feranda olarak; yapı tatil tutanağının düzenlendiği tarih itibarıyla yapının mühürlenerek inşaatın derhal durdurulması ile birlikte yapı yerine asılması ancak dava ve bir aylık süre açısından tutanağın bir örneğinin bir idari karar ekinde yapı sahibi ve yüklenici için 7201 sayılı tebligat kanunu hükümlerine uygun olarak, ayrıca, yükleniciler için tüzel kişi olmaları durumunda kayıtlı elektronik posta adresine yapı sahibi ya da sahipleri için ise idareye elektronik posta adresi bildirmiş olmaları halinde buraya veya e-devlet uygulamasında bildirilmiş olması halinde buraya bildirilmiş olan e-posta adreslerine yapılacağı düzenlenmesi ve tutanak formunda da tutanak aleyhine hangi kanunun yolları ve mercilerine başvurulacağı ve sürelerle ilişkin bir bilginin yer alması veya İK m. 39 da öngörülen tebliğ sisteminin burada da benimsenmesinin uygun çözümler olacağını değerlendiriyoruz.

Yapı tatil zaptı esas itibarıyla öğretide de ifade edildiği üzere, yapılaşmaları itibarıyla asıl işlemin hazırlayıcısı niteliğinde bir ön işlem olarak görülebilirse de⁷⁰⁴ idarenin kamu gücü otoritesini ortaya koyduğu, tek yanlı işlemi ile başkaca bir işleme ihtiyaç olmaksızın hukuki etkisini doğuran ve bu hali ile kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem⁷⁰⁵ niteliğinde olduğu için söz konusu idari işlem aleyhine idari yargıda iptal davası açılabilmesi mümkündür. Yapı tatil zaptı ve mühürleme işlemine karşı bu zaptın yapıya asıldığı tarihten itibaren 60 gün içinde iptal davası açılması gerekir.⁷⁰⁶

2. YIKIM

İK m. 32'e göre, ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak bina yapmak yıkım kararının hukuki sebebini teşkil edecektir.⁷⁰⁷ Yapılan bina (yapı) mühürlenerek

⁷⁰⁴ A. Kürşat ERSÖZ, Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı, GÜHFD, C.19, Y.2015, S. 3, s. 112

⁷⁰⁵ Danıştay 6.D, E.2005/1641 K.2005/5523 T.16.11.2005 Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 04.05.2020)

⁷⁰⁶ ERGEN/BÖKE, s. 301; KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 716; Suat ŞİMŞEK, İnşaat Durdurma ve Yıkım İşlemlerine Karşı Açılacak İptal Davasının Ön Koşulları, <https://gayrimenkulmevzuati.com/insaat-durdurma-ve-yikim-islemlerine-karsi-acilacak-iptal-davasinin-on-kosullari>, (E.T. 19.04.2020)

⁷⁰⁷ ŞİMŞEK/HAZAR, s. 968

inşaatın durdurulmasından itibaren, yapı sahibine ruhsat almak veya yapısını ruhsata uygun hale getirmek için bir ayı geçmemek koşulu ile süre verilmesi durumunda bu sürenin⁷⁰⁸; herhangi bir süre verilmemesi halinde ise tespit tarihinden itibaren bir aylık sürenin sonunda, ruhsat alınmayan veya ruhsatına uygun hale getirilmeyen yapılara ilişkin yıkım kararı, yapı, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ise belediye encümeni⁷⁰⁹ veya bu sınırlar dışında ise il idare kurulu (il encümeni⁷¹⁰) tarafından alınabilecektir.⁷¹¹ Bunlar dışında, İmar Kanununa göre idare olarak, Belediye başkanı, belediye meclisi vali ya da başka bir kurulun yıkım kararı verme yetkileri bulunmamaktadır. Aksi halde işlem yetki yönünden hukuka aykırı olur.⁷¹² Encümenlerin yıkım kararlarının, delillere dayanması, gerekçeli olması, kararlarda, aykırılıkların belirtilmesi ve aykırılıkların kanunun hangi maddesini ihlal ettiğinin açıklanması gerekir.⁷¹³ 2960 sayılı yasaya tabi yapılar bakımından yıkım kararı, Boğaziçi İmar İdare Heyeti tarafından verilmektedir.⁷¹⁴

İmar Kanunu dışında da örneğin, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, 775 Sayılı Gecekondu Kanunu, 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun, 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu,

⁷⁰⁸ Öğretide, söz konusu 1 aylık sürenin kanun hükmü ile tanınan bir süre olduğu için bu sürenin kısaltılmasının mümkün olmadığı dolayısıyla 1 aydan daha az bir süre verilemeyeceği de savunulmaktadır. (AYANOĞLU, s. 409)

⁷⁰⁹ Belediye encümeni; 5393 sayılı Belediye Kanununun 33 üncü maddesine göre, “a) İl belediyelerinde ve nüfusu 100.000’in üzerindeki belediyelerde, belediye meclisinin her yıl kendi üyeleri arasından bir yıl için gizli oyla seçeceği üç üye, mali hizmetler birim amiri ve belediye başkanının birim amirleri arasından bir yıl için seçeceği iki üye olmak üzere yedi kişiden, b) Diğer belediyelerde, belediye meclisinin her yıl kendi üyeleri arasından bir yıl için gizli oyla seçeceği iki üye, mali hizmetler birim amiri ve belediye başkanının birim amirleri arasından bir yıl için seçeceği bir üye olmak üzere beş kişiden, Oluşur” 34 üncü maddeye göre görevleri arasında “e) Kanunlarda öngörülen cezaları vermek.” bulunmaktadır. KN.5393, (RG, 13.07.2005/25874, KT. 3.7.2005)

⁷¹⁰ İl encümeni, 5302 sayılı Kanununun 25. maddesine göre, “İl encümeni valinin başkanlığında, genel sekreter ile il genel meclisinin her yıl kendi üyeleri arasından seçeceği üç üye ve valinin her yıl birim amirleri arasından seçeceği iki üyeden oluşur.”; Öğretide, İK.m32’deki il idare kurulu ifadesinin 5302 sayılı yasada belediye sınırları dışında imar konusunda yetkili idarenin il özel idaresi olarak belirlenmesi, aynı kanununun 70. maddesi ile İK’nin bu kanuna aykırı hükümlerinin kaldırılmış olması ve İK m. 42 ‘deki 2009 değişikliği sonrası para cezası uygulayacak yetkili idarenin “idare encümeni” olarak düzenlenmesi karşısında, İK m. 32’de yer alan “il idare kurulu” ifadesinin “il encümeni” olarak kabul edilmesi gerekeceği ifade edilmiştir. İLGEZDİ (Yıkım), s. 131; AYANOĞLU, S. 424; KULAK, s. 254; Danıştay 6.D, E.2007/6159 K.2008/533 T.29.1.2008; KULAK, s. 255)

⁷¹¹ Danıştay 14.D, E.2015/3775 K.2018/5554 T.20.09.2018, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020)

⁷¹² ERSÖZ, s. 255-256

⁷¹³ ARTUKMAÇ, s. 139

⁷¹⁴ 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu uyarınca, bu kanunun uygulama alanında kalan yapılar için yıkım kararı almak Boğaziçi İmar İdare Heyetinin görevleri arasında bulunmaktadır. (m. 8/2-f) Yıkıma ilişkin usul 13. maddenin ikinci fıkrasında açıklanmış olup buna göre maddede sayılan yapılar hakkında İmar İdare Heyetinin kararı ve Boğaziçi İmar Müdürünün yazılı emri üzerine ilgili yapılar yıkılabilecek veya yıktırılacaktır. (m. 13/1)

2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 4562 Sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu gibi kanunlarda imar, ruhsat ve bunlara aykırılıklar ile bazılarında yıkıma ilişkin hükümler bulunmakta olup yıkım kararları, belediye, valilik ve Bakanlık uhdelerinde bırakılmaktadır.⁷¹⁵ Bu kanunların bir kısmı çalışma konumuzun dışında oldukları için burada isimlerini belirtmekle yetinmiş olacağız.

Yukarıda yapı tatil zaptının düzenlenmesi konusunda Bakanlık ve Büyükşehir belediyesinin yetkilerine ilişkin açıklamalarımızın yıkım konusunda da aynen geçerli olduğunu tekrardan kaçınarak vurgulamak isteriz. Yıkım konusunda Bakanlığa ayrıca, İK m. 32/5'e 7221 sayılı kanunun 10. maddesi ile getirilen bir ek hükümlerle, Yapı tatil tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir ay içinde yapı sahibi tarafından yapının ruhsata uygun hale getirilmediğinin veya ruhsat alınmadığının ilgili idaresince tespit edilmesine rağmen iki ay içinde hakkında yıkım kararı alınmayan yapılar ile hakkında yıkım kararı alınmış olmasına rağmen altı ay içinde ilgili idaresince yıkılmayan yapıların, yıkım maliyetleri döner sermaye işletmesi gelirlerinden karşılanmak üzere Bakanlıkça yıktırılabilmesi yönünde yetki verilmiştir.

Yıkım kararının alınabilmesi için bu işlemin öncül unsuru olan yapı tatil tutanağının düzenlenmiş olması gerekir. Bu tutanak düzenlenmeden alınacak yıkım kararı, inşaat ve yapı kullanım izin belgelerinin iptaline ilişkin kararlar mevzuata aykırılık teşkil edecek⁷¹⁶ ve işlemi biçim yönünden sakatlayacaktır.

Danıştay'a göre gerek yapı tatil tutanağında gerekse sonradan idare tarafından yapı sahibine ayrıca süre verilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Şayet süre verilmiş ise bu süre bir ayı geçemez.⁷¹⁷ Uygulamada ve yönetmelik eki forma göre yapı tatil zaptında süre belirtilmediğinden, verilmesi halinde belediye başkanlığı veya valilikçe (ayrıca ve bizce yazılı olarak) bildirilmesi gerekir.⁷¹⁸ Bir aylık süre üst sınır olup olayın niteliğine ve aykırılığın durumuna göre bir aydan daha az süre

⁷¹⁵ Örneğin 4562 sayılı yasa ve uygulama yönetmeliğinde yıkımın, "Bakanlığın talimatı üzerine valilik veya kaymakamlık tarafından" yapılacağı belirtilmektedir. (RG, 15.04.2000/24021, 4562/m. 4, Uygulama Yönetmeliği, RG, 02.02.2019/30674, m. 44)

⁷¹⁶ ŞİMŞEK/HAZAR, s. 978

⁷¹⁷ Danıştay 14.D, E.2018/5736 K.2019/1948 T.13.03.2019, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020); Danıştay 14.D, E.2015/3775 K.2018/5554 T.20.09.2018, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020); HSYK 2013 Raporu, s. 2

⁷¹⁸ ERGEN/BÖKE, s. 291

verilmesi mümkündür.⁷¹⁹ Danıştay bir kararında,⁷²⁰ yapı tatil tutanağında belirtilen yapının hukuka aykırılığının, yapının ruhsata uygun hale getirilmesi veya kaldırılması için davacıya herhangi bir süre verilmediği durumda, zaptın düzenlendiği tarihten itibaren 1 aylık süre beklenmeksizin yıkıma yönelik idarece tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görmeyerek yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Bir aylık süre içinde yapı sahibinin, binası ruhsatsız ise ruhsat alması, alınmış bir ruhsat var ise tespit edilen aykırılıkları gidermesi halinde ilgili idareye başvurarak mührün kaldırılmasını istemesi gerekir. İdare yapacağı kontrolde yapının mevzuata uygun hale geldiğini ruhsatının mevcut ve yapının da bu ruhsatla uyumlu bir durumda olduğunu tespit etmesi halinde mührü kaldırarak ve yapı kaldığı yerden inşa edilmeye devam edilebilecektir. Elbette YDHK kapsamında olan yapılar için yapı denetim kuruluşunun olumlu görüş bildirmiş olması gerekir. Ancak söz konusu 1 aylık süre içinde tespit edilen aykırılıkların giderilemeyeceğinin belirlenmesi durumunda idare, bu süreyi beklemeden mevcut ruhsatı iptal ederek yapının yıkılması yönünde karar alabilecektir. (İK m. 32/6) Örneğin, imar yoluna tecavüzlü yapı, park alanında kalan taşınmaz üzerine yapılan yapı için ruhsat verilebilmesi söz konusu olmadığından bu tip yapılar için süre verilmeksizin yıkım kararı alınmasında hukuka aykırılık olmadığı ifade edilmiştir.⁷²¹ Kanaatimizce, ruhsata bağlanması kesin olarak mümkün olmayan yapılar haricinde, bir aylık süre içinde aykırılıkların giderilemeyeceği veya ruhsat alınamayacağı yönünde bir tespit bulunmadığı takdirde 1 aylık süre beklenmeden alınacak yıkım kararı, şekil yönünden hukuka aykırı olacaktır.⁷²²

Bir aylık süre içinde yapının hukuka uyum hale getirilememesi veya getirilemeyeceğinin tespit edilmesi üzerine varsa mevcut ruhsat iptal edilerek belediye encümeni veya il idare kurulunun kararını müteakip belediye veya valilik tarafından yapı yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir. Aksi halde yukarıda

⁷¹⁹ ERGEN/BÖKE, s. 292; KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 716; DUMAN, (İnşaat), s. 493

⁷²⁰ Danıştay 14.D, E.2015/3775 K.2018/5554 T.20.09.2018, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020)

⁷²¹ ŞİMŞEK/HAZAR, s. 990

⁷²² KULAK, s. 275 Yazar, bu hususta, 1 aylık süre beklenmeksizin yıkım yönünde alınmış encümen kararına karşı açılan davada, ilgilinin dava açılınca kadar aykırılıkların giderilmesi için idareye başvurmadığı gerekçesiyle kararı hukuka uygun bulan Danıştay içtihadına hak vererek, 1 aylık süre içinde aykırılığı giderme amacı olmadığı açık olan bu durumda sırf anılı süre geçmeden karar alınmasının hukuka aykırı olmayacağını ileri sürmüştür. (Danıştay 6.D, E.1992/358 K.1993/956 T.10.03.1993; KULAK, s. 275, dn.73) Oysa bizce şekil, idare hukukunda öncelikle uyulması gereken bir kural olup kararda değinilen husus, şeklin gözdardı edilmesini gerektirecek makbul bir sebep değildir.

değindiği üzere söz konusu yapılar, maliyetleri döner sermaye işletmesi gelirlerinden karşılanarak Bakanlıkça yıkılabilecek veya yıktırılacaktır. Yıkımın Bakanlıkça gerçekleştirilmesi halinde, Bakanlık yıkımın maliyetini %100 fazlasıyla idareden tahsil edecek bu şekilde tahsilin mümkün olmaması halinde de tahsilat, idarenin 5779 sayılı kanun gereğince aktarılan gelirlerinden kesinti yapılmak suretiyle gerçekleştirilecektir. Yapılacak tahsilat Bakanlığın döner sermaye işletmesi hesabına aktarılacaktır. Bizce, yıkım kararı almak için olmasa bile uygulamak için, 7226 sayılı yasanın 39. maddesiyle imar kanununa eklenen İK m. 42/2ç hükmü uyarınca yapı sahibine idari para cezasının tebliği tarihinden itibaren 1 aylık yapıyı mevzuata uygun hale getirmek için süre tanındığından bu sürenin beklenmesi gerekir.

Yıkım kararının alınma süresi konusunda kanunda açıkça öngörölmüş bir süre 20.02.2020 tarihli değişiklik öncesine kadar bulunmamaktaydı ancak, 7221 sayılı kanunun 10. maddesi ile 5. fıkraya getirilen hüküm uyarınca, yapı tatil tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir ay içinde yapı sahibi tarafından yapının ruhsata uygun hale getirilmediğinin veya ruhsat alınmadığının ilgili idaresince tespit edilmesine rağmen iki ay içinde hakkında yıkım kararı alınmayan yapılar, Bakanlıkça yıktırılacağından, söz konusu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten sonra artık yıkım kararlarının yapı tatil tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren iki ay içinde alınması gerektiği söylenebilir. Ancak kanaatimizce, yasada yıkım kararlarının alınması noktasında idareye açık bir süre verilmediği için anılı süre geçtikten sonra alınacak yıkım kararlarının hukuka aykırı olduğu iddia edilemeyecektir.

Ruhsat alınmaksızın inşasına başlanmış olmakla birlikte, yapının yürürlükteki imar hukukuna ve imar planına uygun olması halinde sadece ruhsatsız olduğu için yıkımına karar verilemez. Yapının ruhsata bağlanmasının mümkün olması halinde yapı sahibine 1 aylık süre verilerek yasaya uygun biçimde ruhsat alması sağlanır. Ancak alınacak harçlar cezalı surette tahsil edilerek mühürleme işlemi kaldırılır ve inşaatın devamına müsaade edilir.⁷²³ Yapının ruhsatı olmadığı ve aynı zamanda imar mevzuatına aykırı olduğu saptanırsa, bu taktirde yapının mevzuata uygun hale getirilip getirilemeyeceğine bakılacaktır. Aykırılıkların binanın taşıyıcı unsurlarına

⁷²³ ERGEN/BÖKE, s. 288; KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 720; İLGEZDİ (Yıkım), s. 97; ZEVLİLİLER, s. 262; ŞİMŞEK/HAZAR, s. 985-986

zarar gelmeden düzeltilme imkânı varsa idarece (fen adamınca⁷²⁴) belirlenecek yeterli süre içinde aykırılıkların giderilmesi için yapı sahibine süre verilir.⁷²⁵ Bu süre içinde istenilen düzeltmeler yapılır gerekli belgeler ibraz edilir harçlar cezalı olarak ödenir ise yapının devamına izin verilir. Yapının ruhsata bağlanmasına olanak yoksa bu taktirde yapı sahibine süre de verilmeyecek ve idarece yıkım kararı alınması gerekecektir.⁷²⁶ Yapının durdurulmasından sonra yapı sahibine tanınacak süre en çok bir ay olup bu süre üst sınırdır ve verilecek süre aykırılığın durumuna göre değişebilecektir. Ruhsatsız olarak inşa edilen ve ruhsata bağlanması mümkün iken tebligata rağmen aykırılıkları giderilmeyen ve yasal süresi içinde ruhsata kavuşturulmayan yapının yıkılması kararı verilir.⁷²⁷ Ancak yapılacak kontrolde yapı sahibinin aykırılıkların giderilmesi yönünde çalışmalar yaptığı fakat süre sona ermesine rağmen henüz bu çalışmaların tamamlanmadığının anlaşıldığı durumlarda yıkım kararının alınmasının idarenin taktirinde olduğu, bu gibi durumlarda yıkım kararının alınmamasının uygun olacağı, aykırılığın giderilmesi dışında yapılacak her türlü inşai faaliyetin ise 2 No.lu yapı tatil tutanağının düzenlenmesini gerektirdiği ifade edilmiştir.⁷²⁸ Yıkım kararları yapının, hukuka aykırılıkları ne olduğunu düzenleyen, teknik olarak kapsam şekil ve sınırları belirlenmiş belgede (yapı tatil tutanağı) belirtilen hukuka aykırı kısımları için verilebilir.⁷²⁹

Görüşümüze göre, plansız alanlarda ruhsata tabi olmadan inşa edilecek yapıların valilik onayı ve muhtarlığa bildirim olmaksızın veya projesine aykırı yapılması durumunda, bu tür yapılar hakkında durdurma ve mühürleme işlemi yapılması konusunda İK m. 32/1 de açık hüküm varken, yıkıma ilişkin İK m. 32/5’de yalnızca ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapı ifadesinin yer aldığı, birinci fıkrada açıkça ifade edilen “*veya ruhsat alınmadan yapılacak yapılarda*” ifadesinin 5. fıkrada tekrarlanmadığı, dolayısıyla bu yapılar için maddede yıkım konusunda açık bir hükmün bulunmadığı görülmektedir. Bununla birlikte, yargı kararlarında, ruhsat alınmadan yapılacak yapılar için mevzuata aykırı inşaatın tespiti ve bu tespite

⁷²⁴ ZEVKLİLER, s. 264

⁷²⁵ ZEVKLİLER, s. 264; KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 720; İLGEZDİ (Yıkım), s. 97

⁷²⁶ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 720; ERGEN/BÖKE, s. 291; Aksi yönde KULAK, s. 275 “*Yapı tatil tutanağı ile yapı sahibine tanınan 1 aylık süre beklenmeden yapının yıkımı hakkında karar verilmesinin işlemi şekil yönünden sakatlayacağı kuşkusuzdur*”

⁷²⁷ ERGEN/BÖKE, s. 298

⁷²⁸ İLGEZDİ (Yıkım), s. 102-103; Aksi yönde KULAK, s. 275

⁷²⁹ İLGEZDİ (Yıkım), s. 149 (dn.45, Danıştay, 6.D, 2012/4617 2014/5177)

rağmen aykırılığın giderilmemesi halinde yıkım kararı alınabileceği kabul edilmektedir.

Konu ile ilgili yasal düzenlemelere baktığımızda; İK m. 27'e göre, Belediye ve mücavir alanlar dışında köylerin köy yerleşik alanlarında, civarında ve mezralarda yapılacak; konut, entegre tesis niteliğinde olmayan ve imar planı gerektirmeyen tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar, köyde oturanların ihtiyaçlarını karşılayacak bakkal, manav, berber, köy fırını, köy kahvesi, köy lokantası, tanıtım ve teşhir büfeleri ve köy halkı tarafından kurulan ve işletilen kooperatiflerin işletme binası gibi yapılar, için yapı ruhsatı aranmayacaktır. Ancak, etüt ve projelerin valilik onayını müteakip muhtarlığa bildirim ve bu yapıların yöresel doku ve mimari özelliklere, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olması zorunlu bulunmaktadır. Bu fıkrada belirtilen projelerin, valilik onayı ve muhtarlığa bildirim şartı sağlanmadan veya projesine aykırı yapı yapıldığının muhtarca tespiti ya da öğrenilmesi halinde durum, muhtar tarafından ivedilikle valiliğe bildirilecektir.⁷³⁰ Köy yerleşik alan sınırları dışında kalan ve entegre tesis niteliğinde olmayan ve imar planı gerektirmeyen tarım ve hayvancılık amaçlı yapıların yapı ruhsatı alınarak inşa edilmesi zorunludur.

Maddeye göre, ruhsat aranmadan yapılacak yapılarda, *“projelerin, valilik onayı ve muhtarlığa bildirim şartı sağlanmadan veya projesine aykırı yapı yapıldığının muhtarca tespiti ya da öğrenilmesi halinde”* yapılacak iş, durumun valiliğe bildirilmesinden ibarettir. Burada özel bir yaptırım veya İK m. 32'ye yollama söz konusu değildir.

PAİY 57/1'e göre de Köy ve mezraların yerleşik alanlarında ve civarında sadece köy nüfusuna kayıtlı ve köyde sürekli oturanlarca yapılacak konut, tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar ile müstemilat binaları yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznine tabi değildir. Ancak, yapı projelerinin fen ve sağlık kurallarına uygun olduğuna dair valilik görüşü alınmasından sonra, muhtarlıkça izin verilmesi ve bu izne uygun olarak yapının yapılması şarttır şeklinde bir düzenleme bulunmakta ise de muhtarlık izninin kanunda bildirim olarak değiştirildiğine daha önce değinmiştik.

⁷³⁰ Danıştay 6. Dairesi bir kararında, *“3194 sayılı Yasanın 27.maddesi kapsamında kalan ve ruhsata tabi olmayan dava konusu yapının fen ve sağlık kurallarına uygun olmadığı yolunda bir tespite dayanmadan sadece bu konuda valilik görüşü alınmamış olması nedeniyle tesis edilen dava konusu işlemden hukuka uyarlık bulunmadığı”* gerekçesiyle yıkım konusunda verilen ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Danıştay 6.D, E.2004/8298 K.2006/6107 T.13.12.2006, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020)

Yönetmeliğe göre, plansız alanlarda İnşa edilen yapının fen ve sağlık kurallarına uygunluğu İK'nin 30. maddesine göre valiliklerce belirlenecektir. Burada da özel bir yaptırım veya İK m. 32'ye yollama söz konusu değildir

PAİY m. 58'de ise, 57. maddede sayılanlar dışında kalan yapılar ile köy nüfusuna kayıtlı olmayan, köyde sürekli oturmayanlar ve köy nüfusuna kayıtlı olmakla birlikte köyde sürekli oturmayanlar tarafından yapılacak tüm yapıların yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznine tabi olduğu açıklanmış, bu madde kapsamındaki yapı ruhsatı ve yapı kullanma izninin valiliklerce düzenleneceği belirtilmiştir. Bu kapsamda kalan yapılarda ruhsat, proje, fenni mesuliyet ve sürveyanlık hizmetleri hakkında 3030 sayılı Kanun⁷³¹ kapsamında kalan Belediyeler Tip İmar Yönetmeliğinde⁷³² Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin ilgili hükümlerine uyulacağı açıklanarak, maddede, 57. maddede belirtilen ruhsatsız yapılabilecek yapılara ilişkin ayrıksı durumlar açıklamış, ruhsat, proje ve diğer hizmetler konusunda Büyükşehir Belediyesi Kanunu ve Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğine yollama yapılmıştır.

Görülebileceği üzere yukarıda irdelenen metinlerde ruhsat alınmadan yapılacak yapılar için yıkıma yönelik bir ifade veya 32/5'e bir yollama bulunmamaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bizce, İK m. 32'ye göre, yalnızca açıkça ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan binaların yıktırılacağı ifade edildiğinden, İK m. 27 ve PAİY m. 57 ve 58'de, ruhsat alınması gereken yapılar hariç, ruhsatsız yapılabileceği belirtilen yapıların İK m. 32/5'te öngörülen yıkım yaptırımına muhatap olamaması gerekir. Öğreti de bir görüş, yapı sayılmayan ve İK m. 44/1a maddesi kapsamında kalan yapılar yanında 27. maddede sayılan koşulları sağlayan yapılar için 32. madde hükmünün uygulanamayacağını dile getirmiştir.⁷³³ Danıştay ise vermiş olduğu bir kararda,⁷³⁴ davacının yapısının ruhsatsız olarak %90 seviyesinde inşa edildiğinin tespit edildiği ruhsat alınması için verilen sürede aykırılıkların giderilmemesi halinde yapının yıkılmasına ve para cezası uygulanmasına dair idarece tesis edilen işlem aleyhine davanın açıldığını belirledikten sonra davaya konu yerinin köy yerleşik alanı ve civarında kaldığının

⁷³¹ 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 31. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁷³² 03.07.2017/30113 sayılı Resmi Gazetede yayımlanıp 01.10.2017 tarihinde yürürlüğe giren, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 70. maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır.

⁷³³ KULAK, s. 264

⁷³⁴ Danıştay 14.D, E.2015/5277 K.2018/5768 T.27.09.2018, Sinerji mevzuat.com.tr (E.T. 18.03.2020)

sabit olduğunu, uygulama ve imar planının olmadığını, İK m. 27 ve PAİY m. 57 hükümlerine göre yapı ruhsatı aranmamakla birlikte 27. maddede sayılan şartları taşımadığını belirlemiş ve köy yerleşik alanında ve civarında, yapı projelerinin fen ve sağlık kurallarına uygun olduğuna dair valilik görüşü ve muhtarlık izni alınmaksızın inşa edilen dava konusu yapının 3194 sayılı imar Kanununun 32, maddesi uyarınca ruhsat alınması için bir aylık süre verilmesine, aksi halde yıkımına ilişkin idare kararını hukuka uygun bulmuştur. Kararın gerekçesine bakıldığında “yapı projelerinin fen ve sağlık kurallarına uygun olduğuna dair valilik görüşü ve muhtarlık izni alınmaması” idare kararı için hukuka uygunluk nedeni olarak gösterilmiştir.

Bizce bu gerekçe ruhsat alınmadan yapılabilecek yapının ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılar için öngörülmuş bir yaptırım olan yıkım yaptırımı kapsamına alınması için yeterli bir neden değildir. Kanun koyucunun bu tür yapılar için dileyseydi aynı yaptırımı açıkça ifade etmek suretiyle öngörebileceğini düşünmekteyiz. Yıkım, ağır bir yaptırım şeklidir. Kanun koyucu, köy yerleşim alanlarında yapılacak maddede belirtilen yapılar için yapı izin tedbirini uygulamayarak bu yapıları yıkım yaptırımı dışında bırakmak istemiş olabilir. Muhtarlık izninin kaldırılmış olması da bu düşüncüyü kuvvetlendirmektedir. Ancak şunu da belirtmemiz gerekir ki, de lege feranda olarak biz de, ruhsata tabi olmayan yapıların projesine, fen, sağlık ve estetik kurallara aykırı yapılması ve bu yapıların süresi içinde aykırılıklarının giderilmemesi halinde yıkım yaptırımına tabi olması gerektiğini düşünüyoruz. Zira, ülkemizin çok büyük bir kesiminin deprem riski altında olması, düzenli, sağlıklı ve estetik yapılaşma konusunda toplum nezdinde oluşmuş bilinçlenme, artık köy yerleşim alanlarında da gelişmiş güzel yapılmış sağlıklı, çirkin ve tehlike oluşturabilecek yapıların önüne geçilmesini zaruri kılmaktadır. Bunun için de denetim ve uyulmadığı takdirde ultima ratio olarak yıkım yaptırımının uygulanmasında kamusal yarar olduğunu düşünmekteyiz. Ancak bunun, sınırları zorlayan amaçsal yorumla değil, yasa metninde yapılacak düzenleme ile gerçekleştirilmesinin hukuksal açıdan daha doğru olacağını değerlendiriyoruz.

İK m. 32/5 birinci cümlede, “*ruhsata aykırı veya ruhsatsız bina*” ifadesi kullanılmakta ve yıkım, konusunda “binaların” yıkılmasına karar verilebileceği belirtilmekte ise de burada “yapı” terimi yerine “bina” teriminin kullanılmasının, maddenin bütünü değerlendirildiğinde; bilinçli bir tercih olmadığı, önceki fıkralarda yapı terimini kullanan kanun koyucunun bina niteliğinde olmayan yapılar için ayrıksı

bir tutum belirlemede hukuki yarar ve kamu yararı bulunmadığı, aksi düşüncenin ratio legis de uygun olamayacağı, bu cümlede yapı yerine bina teriminin kullanılmasının, yasa koyucunun terminolojiyi özensiz kullanmasının bir sonucu olduğu, kabul edilmelidir. Nitekim öğretide, yıkım konusunda yapı-bina ayrımına gidilmesini gerekli kılacak hiçbir unsur bulunmadığı bina niteliğinde olmayan yapıların da yıkım yaptırımının konusu olabileceği kabul edilmiştir.⁷³⁵ 7221 sayılı kanunun 10. maddesi ile 14.02.2020 tarihinde bu fıkraya getirilen ek cümlede, Bakanlığın yıkım konusundaki yetkileri düzenlenirken “bina” terimi değil “yapı” terimi kullanılmakla bina olmayan yapıların yıkım işleminin konusu olamayacağı şeklindeki bir düşünce ortadan kaldırılmış olmaktadır.

Öğretide ifade edilen görüşe göre, maddede belirtilen yapı sahibinden, yapıda fiilen ve hukuken tasarrufta bulunanın anlaşılması gerekir. Zira yapıyı hukuka uygun hale getirecek olan aynı zamanda sözleşme ile hukuka uygun teslimi yükümlenmiş olan yüklenicidir. Arsa sahibi, sözleşme uyarınca kendisine ait bağımsız bölümler teslim edilene kadar sadece arsa sahibidir.⁷³⁶ Bu nedenle bize göre de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşa edilen yapılarda, İK m. 32’deki tebliğin muhatabı yüklenici olmalıdır. Öğretide, yıkım kararının yapı sahibi adına alınması gerektiği, üzerinde yapı olan taşınmaz malikinin yanı sıra yapıyı inşa eden kişinin de yapı sahibi olarak kabulü suretiyle işlem tesisinin mümkün olduğu,⁷³⁷ yapı sahibi ifadesinden ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapan kişi veya kişilerin anlaşılması gerektiği,⁷³⁸ Yıkım işleminin aykırılık kimin tarafından yapılırsa yapılsın yapı adına tesis edilmesi gerektiği bu durumda ruhsat ve eklerine aykırı yapılarda ruhsat sahibi ruhsatsız yapılarda ise taşınmaz sahibinin muhatap alınması gerektiği, hisseli taşınmazlarda yapıyı yapanın belli olmaması halinde tüm hissedarların sorumlu olacakları, hukuka aykırı yapıyı yapan kişinin ölmüş olması halinde mirasçıları adına yıkım kararının alınabileceği⁷³⁹ ileri sürülmüştür.

Hukuki niteliği açısından yıkım işleminin, yapının fiziksel ve ekonomik varlığını ortadan kaldırmaya yönelik⁷⁴⁰ idari bir karar,⁷⁴¹ koruyucu, önleyici ve

⁷³⁵ AYANOĞLU, s. 427; İLGEZDİ (Yıkım), s. 125

⁷³⁶ SÜTÇÜ, (İnşaat), s. 586

⁷³⁷ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 717

⁷³⁸ İLGEZDİ (Yıkım), s. 147

⁷³⁹ KULAK, s. 276; DUMAN, (İnşaat), s. 492

⁷⁴⁰ AYANOĞLU, s. 423; KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 717

⁷⁴¹ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 718

giderici etkisiyle kamu düzeninin sağlayan, uygulanması idare için yasal zorunluluk ve ihmali halinde kamu görevlileri için suç unsuru olabilecek, kamusal bir görev⁷⁴² niteliğinde idari işleme bağlı idarenin bir kolluk faaliyeti⁷⁴³ olduğu ifade edilebilir. Yargıtay, kararlarında,⁷⁴⁴ yıkım kararını uygulamayan belediye görevlilerinin bu eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu ifade ederek idare açısından yıkımın yerine getirilmesi zorunlu bir görev olduğunu vurgulamış olmaktadır.

Yıkım konusunda, yapı kullanma iznine aykırı olarak kullanılan yapı için yıkım kararı verilemeyeceğini ifade etmek isteriz. Örneğin konut olarak yapılan yapının işyeri olarak kullanılması nedeniyle yıkım kararı verilemeyecektir.⁷⁴⁵ Kısmen yıkılacak binalar ve ruhsatsız yapılar hariç yıkım kararı alınmadan önce inşaat ruhsatının, yapı kullanma izni bulunan yapılarda yapının ruhsata aykırı kısımlarının yıkılabilmesi için yapı kullanma izninin iptal edilmiş olması gerekir.⁷⁴⁶ Ayrıca, 7143 sayılı Kanunun 16. maddesi ile 3194 sayılı Kanuna eklenen geçici 16. madde uyarınca, 31.12.2017 tarihinden önce yapılmış ruhsatsız ve ruhsat ve eklerine aykırı yapılmış yapılar için 31.10.2018⁷⁴⁷ tarihine kadar başvurulması ve 31.12.2018 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde bu kanun uyarınca alınmış yıkım kararları ile tahsil edilmeyen para cezaları iptal edilecektir. Kanunun lafzına bakıldığında sadece kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla alınmış yıkım kararlarının iptal edileceği anlaşılrsa da öğretide yapı kayıt belgesi alınmış yapılarda bu belgenin alındığı tarihten sonra yıkım kararlarının alınamayacağı ifade edilmektedir.⁷⁴⁸

Yıkım kararının yapı tatil tutanağının aksine ilgisine tebliği gerekir. Bu tebliğin yapılmaması ya da usulsüz yapılması yıkım kararını biçim yönünden sakatlar ve hukuka aykırı hale getirir.⁷⁴⁹ İlgili idare encümenince alınan yıkım kararlarının

⁷⁴² AYANOĞLU, s. 422

⁷⁴³ KULAK, s. 252

⁷⁴⁴ Yarg. 4.CD, E.2007/12854 K.2008/16679 T.15.09.2008, (SEZER/KALKAN/ŞAHİN, s. 164 Dn.156); Yarg. 5.CD, E.2013/16537 K.206/2048 T.25.02.2016, ezproxy.mef.edu.tr:2878-Kazancı Mevzuat Bilgi Bankası (E.T. 10.04.2020)

⁷⁴⁵ AYANOĞLU, s. 403 ve dn.161-164 de yer alan kararlar.

⁷⁴⁶ ŞİMŞEK/HAZAR, s. 991-992

⁷⁴⁷ Cumhurbaşkanlığı kararıyla 15.6.2019 tarihine kadar yapı kayıt belgesi almak üzere başvurular için kararda yazılı şartlarda ödeme süresi 31.12.2019 tarihine kadar uzatılmıştır. (RG, 01.7.2019/30818, karar sayısı 1267)

⁷⁴⁸ ŞİMŞEK/HAZAR, s. 977

⁷⁴⁹ DUMAN, (İnşaat), s. 493

İYUK m. 7/2a uyarınca ilgisine tebliği tarihinden itibaren yasada bu hususta ayrı bir süre öngörülmediği için aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca 60 gün içinde idari yargıda iptal davası açılabilir.⁷⁵⁰ İYUK m. 11 uyarınca itiraz niteliğinde idari başvuru yapılması durumunda işlemeye başlamış olan süre durur. İdarenin, talebin reddi yönünde karar vermesi durumunda bu kararın tebliği, herhangi bir karar vermemesi halinde başvuru tarihinden sonra geçecek 60 günlük süre sonunda talep reddedilmiş sayılacağından bu sürenin dolmasıyla duran dava açma süresi işlemeye başlayacaktır.

İdari eylem niteliğindeki yıkım faaliyetinden dolayı hakları ihlal edilenler idare aleyhine tam yargı davası da açabilirler ancak bunun için öncelikle yıkımın yazılı bildirimini veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden beş yıl içinde idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri ve bu suretle bir ön karar almaları gerekir. İsteklerin idarece kısmen veya tamamen (ya da zımnen) reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden veya 60 gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihinden itibaren dava açma süresi içinde tam yargı davası açılabilir.⁷⁵¹ (İYUK m. 13)

İYUK m. 34'e uyarınca yetkili mahkeme, İmar, kamulaştırma, yıkım, işgal, tahsis, ruhsat ve iskân gibi taşınmaz mallarla ilgili mevzuatın uygulanmasında veya bunlara bağlı her türlü haklara veya kamu mallarına ilişkin idari davalarda yetkili mahkeme, taşınmaz malların bulunduğu yer idare mahkemesi olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla idarenin yıkım kararlarına karşı taşınmazın bulunduğu yerin bağlı olduğu idare mahkemesi yetkili mahkeme olacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus sadece yapı tatil tutanağına karşı dava açılmasının yeterli olmadığıdır. Yukarıda değinilen 27.12.2018 tarihli kararında Anayasa mahkemesi, encümen kararına karşı dava açılması ve kararın iptali durumunda, encümen kararının, yapı tatil tutanağı dahil tüm sonuçlarının ortadan kalkmasını sağlayacağını belirtmektedir. Encümen kararının tebliğinden sonra bu karar aleyhine dava açılmayıp sadece yapı tatil tutanağı (uygulama işlemi) aleyhine dava açılması durumunda, karar uyarınca tesis edilen işlemin hukuka aykırı olmayacağı, encümen kararı tebliğ edilmeden uygulama işlemi tebliğ edilmiş ve

⁷⁵⁰ KALABALIK, (İmar Dersleri), s. 733; Danıştay 6D, E:2003/2824 K:2004/68836.T. 22.12.2004 ŞİMŞEK (İptal Davası); DUMAN, (İnşaat), s. 495

⁷⁵¹ DUMAN, (İnşaat), s. 495

encümen kararının iptali istenilmeden sadece uygulama işleminin iptali dava edilmiş ise encümen kararının hukukilik denetimi gibi uygulama işleminin incelenemeyeceği ifade edilmiştir.⁷⁵²

3. İMAR PARA CEZALARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ve diğer inşaat sözleşmeleri bakımından imara aykırı kaçak uygulamalar yapıldığında mühürleme işleminden sonra karşılaşılabilecek idari yaptırımlar arasında imar para cezaları başta gelmektedir. İmar Kanununun 42. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan imar para cezaları; idari yaptırım olma niteliği itibarıyla kamu gücüne dayanan, tek taraflı, icrai olma gibi genel idari işlem özellikleri yanında,⁷⁵³ idare tarafından, herhangi bir yargı kararına veya bir makamın izin ya da icazetine ihtiyaç olmaksızın maddede öngörülen idari nitelikteki esas ve usule göre, yasayı ihlal eden muhatapların cezalandırılması ve imar düzenin ve dolayısıyla kamu düzeninin korunması ve sağlanması için idarenin resen tesis ettiği ve uyguladığı,⁷⁵⁴ sınırları yasal düzenleme ile belirlenmiş subjektif durumlar gözönünde bulundurularak kararlaştırılan birel-özel nitelikte⁷⁵⁵ idari işlemlerdir. İdari işlem olmaları nedeniyle ceza hukuku anlamında ceza yaptırımı niteliği taşımazlar.⁷⁵⁶

İmar Para cezalarının verilmesinde imar mevzuatına aykırılık teşkil eden fiil ve hallerin eş deyişle, maddi olguların dayanaklarının, ilgili idarece tespit edilmesi, fenni mesulce tespit ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu durumun öğrenilmesi üzerine 42. maddenin birinci fıkrasına göre tespit tarihinden itibaren on iş günü içinde ilgili idare encümenince; sorumlular hakkında üstlenilen her bir sorumluluk için cezaların ayrı ayrı kesilmiş olması, ikinci fıkranın (ç) bendine göre idari işlemin tebliğ edilmiş olması, dayanakların tespit ya da yapı tatil tutanağında gösterilmesi, cezaların; yapının mülkiyet durumuna, bulunduğu alanın özelliğine, durumuna, niteliğine ve sınıfına, yerleşme ve çevreye etkisine can ve mal emniyetini tehdit edip etmediğine ve aykırılığın büyüklüğüne göre bin Türk lirasından az olmamak üzere kesilmesi, işlemin biçimsel unsuru bakımından gereklidir.

⁷⁵² HSYK 2013 Raporu, s. 3

⁷⁵³ SEZER/KALKAN/ŞAHİN, s. 164

⁷⁵⁴ ÖZDEMİR, s. 116-117; COŞKUN/KURŞUN, s. 517-519

⁷⁵⁵ İlhan ÖZAY, Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, s. 144

⁷⁵⁶ SEZER/KALKAN/ŞAHİN, s. 165

B. CEZAI YAPTIRIMLAR

Arsa payı karşılığı İnşaat Sözleşmesi ve diğer inşaat sözleşmelerinde kaçak uygulamaların yapılması yalnızca idari müeyyideler ve para cezaları ile yaptırıma bağlanmamış bunun yanında, kamu ve çevre düzenin bozulmasına, insan sağlığının olumsuz etkilenmesine neden olan eylem, yani kaçak inşaat, aynı zamanda suç işlemeye yönelinmesini engelleyecek caydırıcı bir etkiye sahip olması için muhtelif kanunlarda hürriyeti bağlayıcı ceza ile de müeyyidelendirilmiştir.

Cezai yaptırımlar bakımından İmar mevzuatına aykırı inşaat yapma eylemi, yukarıda sayılan durdurma, mühürleme, yıkma, meslekten men gibi idari yaptırımlar dışında Türk Ceza Kanunu açısından suç sayılmış ve 184. maddedeki düzenlemeyle bu maddede yazılı eylemler bakımından cürüm kabul edilerek hürriyeti bağlayıcı ceza ile müeyyidelendirilmiştir. Bu madde kapsamına girmeyen eylemlerin ise imar kabahati olmaya devam edeceği ifade edilmiştir.⁷⁵⁷

TCK açısından oluşabilecek diğer suçların; Yapı sahipleri bakımından; İmara aykırı binanın mühürlenmesi halinde bu mührü kaldırma veya konuluş amacına aykırı hareket etmesi halini düzenleyen TCK m. 203 de yer alan mühür bozma suçu, kamu görevlileri açısından; TCK m. 257 de yer alan görevi kötüye kullanma/İhmal suçu, TCK m. 279'da yer alan suçu bildirmeme suçu olduğu söylenebilir.

Bunun dışında 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu'nun⁷⁵⁸ 18. maddesinde yer alan suç tipleri ile 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun⁷⁵⁹ 65. maddesinde düzenlenen suç tipleri kaçak yapı bakımından sıkça uygulama alanı bulan cezai yaptırımlardır.

⁷⁵⁷ Mahmut KAPLAN, İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara Nisan 2018, s. 71

⁷⁵⁸ RG, 22.11.1983/18229, KT.18.11.1983

⁷⁵⁹ KvTVKK RG, 23.07.1983/18113, KT.21.07.1983

SONUÇ

1- Kişiler, maliki oldukları taşınmaz üzerinde, mülkiyetin sağladığı kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma şeklinde özetlenen en geniş yetkileri kullanma hakkını haiz olmakla birlikte bu hakkın kullanımı, Anayasanın 35. maddesi uyarınca kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilmektedir. Kamu yararı amacıyla yapılan sınırlamaların en önemli görünüşlerinden biri de İmar Kanunu ve bağlı mevzuat diğer bir ifadeyle imar düzenidir.

2- Bir taşınmaz üzerinde yapılacak yapıların, bu taşınmaz üzerindeki yapıların özelliklerini belirleyen kurallar bütünü olan, imar düzenine uygun olarak yapılması gerekir. Aksi halde mevzuatın belirlediği kurallara aykırı olarak yapılan yapılar uygulamadaki adıyla kaçak olarak nitelenmekte ve imar düzenince belirlenen idari ve cezai yaptırımlara maruz kalmaktadır.

3- Çalışmamızın konusu olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ikinci dünya savaşı sonrasında hızla artan ülke nüfusu, sanayileşme, buna bağlı tarım alanlarının ve üretimin azalması, köyden kente göç, kentlerdeki yapılaşmaya uygun arsa sayısının azlığı ve pahalılığı gibi olgularla plansız kentleşmeyi beraberinde kaçak yapılaşmanın bir görünümü olan gecekondulaşma ile birlikte bir arsa üzerinde çok katlı birden fazla malikli yapıların yapılmaya başlanması, özellikle 1965 sonrasında KMK'nin çıkmasıyla birlikte ülkemize özgü koşulların doğurduğu bir sözleşme türü olarak yaygınlaşmış, 6306 sayılı kentsel dönüşüm yasası ile de uygulaması inşaat sözleşmelerinin en yaygın türü olarak hukuk düzenimizde çok daha sık karşılaşılabilecek hale gelmiştir.

4- İmar Kanunu ile belirlenmiş kurallar kamu düzenine ilişkin ve emredici nitelikte olmakla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin düzenlenmesi ve sonuçları itibarıyla da dikkate alınması gereken kurallardır. Bu açıdan imar düzenine ilişkin kurullarla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, birbirini etkileyen bir ilişki içinde kaçak eklemeler sorununun iki saçı ayağı konumundadır.

5- Bu ayaklardan hukuki niteliği itibarıyla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; parası olmayan veya bu konuda yeterli imkân ve kabiliyeti bulunmayan

arsa sahibiyle, parası olup inşaat konusunda tecrübe ve bilgisi bulunan yüklenicilerin bir araya gelmesi neticesinde, arsa sahibinin para olarak bir bedel ödmeden mülkiyetindeki arsanın bir kısım paylarını bedel yerine geçmek üzere yükleniciye devretmek istemesi, yüklenicinin de arsa sahibinin arsası üzerinde kendi finansmanı ile inşa edeceği binada KMK uyarınca oluşturulacak bağımsız bölümlerden kararlaştırılan miktarını arsa sahibine teslim etmeyi kabul etmesi ile oluşan, taşınmaz pay devrini içermesi nedeniyle geçerliliği resmi şekle bağlı olan, karşılıklı taahhütleri içermesi nedeniyle tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik), satım sözleşmesinin de unsurlarını taşımakla birlikte eser sözleşmesinin bir çeşidi olarak değerlendirilen, iki tipli karma yapılı, kural olarak ani edimli kabul edilmekle birlikte sürekli edime ilişkin unsurları ihtiva etmesi nedeniyle TMK m. 2 çerçevesinde ani (geçici)-sürekli karmaşığı edim niteliği taşıdığı kabul edilen bir sözleşmedir.

6- Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi ya da sahipleri sözleşmeyle; yükleniciye verdiği vekaletnameyle, teknik ve uzmanlık isteyen proje çizimleri, ruhsat işlemleri, inşaat malzemesi temini, inşaatı yapacak teknik personel ve uzman temini gibi çoğunlukla anlamadığı işlere karışmamakta, hukuki ve maddi ayıptan arı, üzerinde inşaat yapmaya elverişli, sahibi olduğu arsa üzerindeki bir kısım arsa payına karşılık, yükleniciden yapı kullanım izni alınmış ya da alınmaya hazır bitmiş bağımsız bölümlerin teslimini istemekte böylece arsasındaki devredeceği paylarına karşılık yüklenici ile anlaştığı paylaşım oranında kendisine ait olacak bağımsız bölümlere her hangi bir maliyete katlanmaksızın sahip olmaktadır. Yüklenici ise; arsa sahip ya da sahiplerinin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle (TBK m. 471/1) yapmak durumunda olduğu, esasen inşaat işini meslek edinmiş gerçek veya tüzel kişi olarak sahip olduğu bürokratik, teknik ve işletmesel tecrübe, (TBK m. 471/2) uzman personel ve teknik malzeme (TBK m. 471/4) ve aksi kararlaştırılabilmekle birlikte uygulamada gerçekleştiği üzere çoğunlukla tarafların seçtiği yüklenici tarafından temin edilen malzemeyle. (TBK m. 472), şahsen veya kendi yönetimi altında (TBK m. 471/3) sözleşmede kararlaştırılacak usulde zamanında işe başlayıp sürdüreceği (TBK m. 473), fiziki ve hukuki olarak önceden incelediği (TBK m. 471/2), üzerinde inşaat yapacağı arsa için ayrıca bir maliyete katlanmaksızın arsa sahibine ya da sahiplerine sözleşmede kararlaştırıldığı şekle göre yapı kullanma izni alınmış (anahtar teslim anlaşılmışsa) ya da alınmaya hazır, sözleşme ve ekleri ile ruhsat ve eklerine uygun olarak, ifa iradesiyle arsa sahibinin fiili egemenliğine geçecek şekilde teslim edeceği bağımsız bölümler (Eser – TBK m.

470) karşılığında üçüncü şahıslara satmak suretiyle ticari kazanç elde edebileceği arsa payını haiz bağımsız bölüm niteliğinde taşınmaz mülk elde etmektedir.

7- Yüklenici, inşa ettiği binada olabilecek maddi, hukuki veya ekonomik hata ve eksiklikler nedeniyle sözleşme ile taahhüt edilen niteliklerin bulunmaması binanın gerekli bilimsel koşulları taşımaması halinde arsa sahibine karşı tekeffül hükümleri (TBK m. 473/2, 474-478) uyarınca sorumludur. Yüklenicinin ruhsat ve eklerine aykırı olarak kaçak eklemeler yapması, arsa sahibinin yasal olarak taşınmazdan bir bütün olarak yararlanmasını engelleyeceğinden ifanın veya imalatın ayıplı olmasına ve yüklenicinin sorumluluğuna neden olur.

8- Arsa payı karşılığı İnşaat sözleşmesi, tarafların sözleşmedeki edimlerine sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde uymaları halinde, ifa ile sona erer. Bunun dışında sözleşme, TBK m. 473/1 de belirtilen; yüklenicinin bütün tahminlere göre işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşıldığı durum olarak zikredilmiş neden ve TBK m. 117, 123-126 hükümlerine göre temerrüde dayalı nedenlerle geriye etkili olarak “Dönme” suretiyle veya ileriye etkili olarak “fesih” suretiyle sona erdirilebilir. Bu sona erme nedenleri yanında özel sona erme nedenleri olarak; Yaklaşık bedelin aşılması (TBK m. 482), eserin yok olması (TBK m. 483), Tam tazminat karşılığı arsa sahibinin feshi (TBK m. 484), İş sahibi yüzünden beklenmedik bir olay nedeniyle ifanın imkânsızlaşması (TBK m. 485) ve yüklenicinin kişisel özellikleri dikkate alınarak sözleşmenin yapılması durumunda yüklenicinin ölümü veya yeteneklerini kaybetmesi diğer sona erme nedenleri olarak kanunda düzenlenmiştir.

9- Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından imar mevzuatına aykırılığın tespitinde yukarıdaki tanımlara göre üç hususun etkili olduğu söylenebilir. Bunlar; üzerinde inşaat yapılacak arsa, inşaatı yaptıracak olan arsa sahibi ve inşaatın yapılması için alınması gereken izin ve işlemleri kapsayan yasal prosedürler olarak sıralanabilir. Kaçak inşaat esas itibarıyla bir imara aykırılık sorunudur ve bazı özellik ve sonuçları bulunmaktadır. Öğreti ve Yargısal kararlarda benimsendiği üzere, kaçak yapıların yasal hale gelme koşulları araştırılmalı ve yasal hale gelme imkânı olanlar için öncelikle yükleniciye süre ve yetki verilerek yasal hale getirilmesi sağlanmalıdır. Bu gerçekleşmediği takdirde, eş değışle yasal hale getirilmemiş veya getirilme imkânı olmayan yapılar için İmar Kanunu m. 32 de öngörülen yıkım işlemi mutlaka ve

kararlılıkla uygulanmalıdır. Kaçak yapıların ekonomik değeri olmayacağı ve kal dışında bedele ve arsa payına ilişkin taleplerin dinlenemeyeceği, birlikte ifaya karar verilemeyeceği, zamanaşımı sürelerinin işlemeyeceği müstakar yargısal kararlar olarak içtihatlarda yerini almıştır. Ancak Yargıtay'ın, yapı kaçak da olsa, zilyetliğe dayanan el atmanın önlenmesi talepleriyle, sırf sözleşmeye aykırılık nedeniyle gecikme tazminatı ve kira taleplerinin kabul edilebileceği yönünde kararları da mevcuttur. Öğretide de bu görüşün benimsendiği görülmekte ayrıca projeye aykırı olarak fazladan yapılan yapı için kira tazminatının istenemeyeceği de savunulmaktadır.

10- Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin imzalanması sırasında, üzerinde inşaat yapılacak arsanın imar planının bulunmaması, parselasyon planlarının yapılmamış olması, imar yasağı veya kısıtlarının bulunması, sit alanı, yeşil alan veya kamulaştırma kararının bulunması gibi durumlarda inşaat yapılamayacağı için hukuki imkânsızlık durumu söz konusu olur. Böyle bir durumda sözleşme, objektif nitelikteki bu imkânsızlık nedeniyle, TBK m. 27/1 uyarınca batıl olduğundan taraflar henüz ifa etmedikleri edimleri ifa etmekten kaçınabilecekleri gibi ifa edilmiş edimleri sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri isteyebilirler. Objektif imkânsızlığın kısmi olabilmesi de mümkündür. Başlangıçtaki imkânsızlığın sonradan ortadan kalktığı durumlarda sözleşmenin kendiliğinden geçerli hale gelmeyeceği ancak bunun dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülmesinin de mümkün olmadığı kabul edilmiştir. Objektif imkânsızlık sözleşmenin kurulmasından sonra da meydana gelebilir. Özellikle imar planlarında yapılacak olumsuz değişiklikler nedeniyle sonradan imar parseli üzerinde inşaat yapılması hukuken imkânsızlaşmış olabilir. Şayet bu durum borçluya yüklenemiyorsa, diğer ifade ile borcun imkânsızlaşmasında borçlunun bir kusuru yoksa TBK m. 136 uyarınca borç sona erer. Ancak yüklenicinin zamanında inşaat ruhsatı almaması durumunda edim gereği gibi yerine getirilmemiş olacağından borç imkânsızlaşsa dahi borçlunun sorumlu olacağı kabul edilmiştir.

11- İmar planlarının idarenin tasarrufu neticesinde değişmesi ya da dava nedeniyle iptali arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların hak ve borçlarına etki edebilmektedir. Bu etki yapılması planlanan inşaatın özelliklerine kat sayısına, kat adedine, yatay ve dikey kapsamına olumlu ya da olumsuz şekilde olabilir. Olumsuz olması durumunda hak kayıpları söz konusu olacağından kazanılmış hak sorunu gündeme gelecektir. Kazanılmış hakkın söz konusu olabilmesi için

yürürlükteki kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş bir hak söz konusu olmalıdır. Kural olarak, ruhsatsız başlanılmış ya da ruhsat ve eklerine aykırı devam ettirilmiş, imar mevzuatına uygun olmayan yapılar; emredici nitelikteki kurallara aykırı inşa edilmiş olmakla, hukuken korunan ve fiilen elde edilmiş olacak şekilde kesinleşmiş bir hak mevcut olmadığı için, yeni plan veya mevzuat değişikliğinde arsa sahibi ya da yükleniciye kazanılmış hak sağlamazlar

12- Sözleşmede imar planı değişikliği ve buna bağlı fazla inşaat veya bağımsız bölüm yapılmasının öngörüldüğü durumlarda ahde vefa ilkesi gereği bu hükümlere uyulması tabiidir. Böyle bir öngörü olmadan sözleşmenin kurulmasından sonra imar planında veya mevzuatta meydana gelen değişikliklerle sözleşmede öngörülenden daha fazla bir alanda inşaat yapmak ve/veya daha fazla bağımsız bölüm inşası mümkün hale gelmiş veya sözleşmede var olan hükmün açık olmadığı durumlar olabilir. Bu durumlarda henüz ruhsat başvurusu yapılmamışsa projeler değişen duruma göre hazırlanmak suretiyle başvuru yapılabilir, yapılmışsa tadil için yeni bir başvuru yapılması gerekir. Aksi halde inşaat, yeni imar durumuna uygun olarak yapılmış olsa bile ruhsat alınmış olması ya da olmaması fark etmeksizin kaçak inşaat konumunda olur ve İK 32 ve 42. madde yaptırımlarına tabi olur. Ancak ruhsat veya tadil ruhsatı alınmak suretiyle inşaatın yasal hale gelmesi mümkündür. Ruhsata bağlanması mümkün olmayan eklemelerin bulunması halinde bunların yıkılması gerekir. Aykırılığın eklemelerin kaldırılması halinde dahi giderilememesi halinde binanın yıkılması zorunludur.

13- Tarafların imar durumunun imkân vermesi halinde fazla inşaat veya bağımsız bölüm yapılmasını sözleşmede öngördükleri veya böyle bir öngörü olmamakla birlikte fiili olarak fazla inşaat veya bağımsız bölüm yapılmış olması durumunda bu fazla bölümlerin paylaşımına konu olabilmesi için ruhsata aykırılıkların giderilmiş ve inşaatın yasal hale gelmiş olması gerekir. Ancak bu durumda hak ve paylaşım talepleri dinlenebilir. Sözleşmede fazla bağımsız bölüm veya alanların paylaşımı ile ilgili bir hüküm varsa sözleşmeye bağlılık kuralı gereği buna uyulur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde fazla bağımsız bölümlerin paylaşımı konusunda bir hüküm bulunmaması durumunda öncelikle arsa sahibinin fazla bağımsız bölüm yapımına açık ya da örülü muvafakatinin olması gerekir. Sözleşmede fazla bağımsız bölüm ya da alanların paylaşımı konusunda bir hüküm bulunmaması ya da mevcut hükmün paylaşım konusunda genel ve net olmayan

ifadeler içermesi durumunda Yargıtay, müstakar kararlarında, yüklenici ve arsa sahibinin aksi kararlaştırılmadıkça sözleşmede kararlaştırılan paylaşım oranında hak sahibi olacakları, öncelikle sözleşme hükümlerinin tarafların gerçek amaçlarına göre yorumlanması, arsa sahibi açısından feragat niteliğindeki hükümlerin tereddüte yer vermeyecek açıklıkta belirlenebiliyor olması, kalan yerlerin yükleniciye ait olacağı şeklindeki hükmün sözleşmedeki toplam bağımsız bölüm miktarıyla sınırlı olarak değerlendirilmesi görüşündedir. Yüklenicinin paylaşım talebinde bulunabilmesi için, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapı kullanma izin belgesinin alınması veya anahtar teslim şartı hükmü ihtiva etmesi durumunda yapı kullanma izin belgesinin alınması, aksi halde alınmaya hazır hale getirilmiş olması gerekir.

14- Kaçak yapı veya bağımsız bölüm tapuya tescil edilemeyeceği için taşınmaz mülkiyetinin konusu olması mümkün değildir. Arza bağlı olması ve özüne zarar vermeden taşınabilmesi mümkün olmadığı için bir bütün olarak taşınır eşya olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Ancak, AİHM ve AYM kararları değerlendirildiğinde; sahibi açısından bir mülkiyet çıkarına sahip olması, nesnel bir varlığı olması, üzerinde hâkimiyet kurulmasının mümkün olması, sınırları belirlenebilir bir yapı olması, enkaz niteliğinde de olsa ekonomik değerinin ve bir ihtiyaca cevap verebilme niteliğinin olması karşısında kaçak yapının eşya olarak kabulü gerekir. Ayrıca, Yargıtay'ın boşanma davasında kaçak yapıyı katkı ya da katılma alacağı bakımından değerlendirmeye dahil etmesi, el atmanın önlenmesi davasında talebin dinlenmesi, emlak vergisi açısından verginin konusunu teşkil etmesi birlikte değerlendirildiğinde, üst arza tabidir kuralı gereğince, kaçak yapının arazi mülkiyetine dahil bir eşya olduğunu söylemek mümkün olacaktır.

15- Kaçak eklemeler sorununun diğer bir ayağı da; kamu yararı ile bireylerin yararı arasında karşılıklı çıkar ve sınırlamaya dayanan denge oluşturmak suretiyle, kentleşme, yapılaşma ve planlama konularında içerdiği düzenlemelerle, yer yüzündeki arazi parçaları üzerinde yerleşim ve üretim alanlarının mevcut ve gelecekteki konum, yerleşim ve gelişmelerini fiziksel, sosyal, kültürel ve ekonomik açılardan planlayıp uygulanmasını sağlamak suretiyle insan sağlığının korunmasının sağlanması ve kamu düzeninin tesisi amaçlanan, İmar Kanunu başta olmak üzere, Anayasa, Boğaziçi Kanunu, Gecekondu Kanunu, İmar affi kanunları, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Köy Kanunu vs. kanun ve yönetmeliklerle kararname, imar

plan ve yönetmelikleri, yargı kararları ve öğretici görüşlerinin içinde yer aldığı İmar hukuku diğer ifadelerle imar düzeni ya da imar mevzuatıdır.

16- Çevrenin ve dolayısıyla insan sağlığının korunması ve kamu düzeninin tesisi için imar planlarının yapılması gerekir. İmar planı, kısaca yerleşim yerlerinin gelecekte alacakları biçimi gösteren planlardır. Kaçak eklemeler bakımından imar durumuna esas alınan plan uygulama imar planlarıdır. İmar planları hukuki açıdan düzenleyici nitelikte idari işlemler olarak kabul edilir. Her türlü imar ve yapı faaliyetlerinde imar plan ve programlarına uygun davranılması, her türlü yapı için (istisna hükmü hariç) idareden izin alınması ve alınan izne uygun olarak yapıların inşa edilmesi gerekir.

17- Bina ve yapı kavramları imar hukukunun temel kavramları arasında yer alır. İmar Kanununun 5. maddesinde yapı, bina kavramını da içine alan bir üst kavram olarak ele alınmıştır. Dolayısıyla her bina aynı zamanda yapı sayılırken her yapı bina olarak kabul edilmemiştir. Bir yapının bina olarak kabul edilebilmesi için ise, kendi başına kullanılabilmesi, üstü örtülü olması, insanların ve hayvanların içine girip barınma ve korunmasına yaraması gerekir. Bu nitelendirme dikkate alındığında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusunun bina olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

18- Her ne kadar mülkiyet hakkının sağladığı geniş yetkilerle arsa sahibi; maliki olduğu arsa üzerinde yapılaşma hakkına sahip ise de bu hakkın kullanılması anayasa çerçevesinde kanunla sınırlanabileceğinden, arsası üzerinde KMK' e uygun bağımsız bölümleri ihtiva eden bina inşa ettirebilmek için, imar kanunu ve imar planlarına göre belirlenen imar durumuna göre alacağı yapı izni (inşaat ruhsatı) ile sözleşmeye uygun bina inşa ettirebilir. Dolayısıyla yapı izninin dayanağını imar planları oluşturur.

19- Ruhsat alınması için inşaatın yapılacağı yerin durumuna göre bağlı olduğu belediye veya valiliğe yapı sahiplerinin başvurusu gerekir. Uygulamada bu işlem arsa sahibinin verdiği vekaletname ile yüklenici tarafından gerçekleştirilmektedir. Ruhsat ve eklerine, parsel malik ya da maliklerinin muvafakatının alınması zorunludur. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 5/1, 5/12, 6/5 ve 55/16. maddelerinde hangi alanlarda inşa edilecek yapılar için inşaat ruhsatı düzenlenemeyeceği açıklanmıştır. Ruhsatın, şayet bir eksiği yoksa, başvuru makam tarafından başvuru tarihinden itibaren 30 gün içinde düzenlenmesi gerekir.

Ruhsat tarihinden itibaren iki yıl içinde yapıya başlanmaz veya başlanıp da her ne sebeple olursa olsun 5 yıl içinde bitirilmezse verilen ruhsat hükümsüz kalır. Yapı izni, birel, aynı zamanda şart-koşul işlem niteliğinde idari bir işlemdir. Bu açıdan yapı ruhsatı, İdari Yargılama Usulü kanununda belirtilen usuller çerçevesinde yargısal denetime tabidir.

20- Tamamlanmış bir yapının hukuken iskân edilebilir olması için yapı kullanma izin belgesinin bilinen adıyla iskân ruhsatının alınmış olması gerekir. İK m. 31'e göre de inşaatın bitme günü kullanma izninin verildiği tarihtir. Yapı kullanma izin belgesinin alınabilmesi için; mal sahibi veya vekilinin başvurusu bulunmalı, tamamlanmış bir yapı olmalı, yapının kullanılmasının fen bakımından bir sakıncası olmadığı tespit edilmiş olması ve İK' nin 29. maddesinde belirlenen süreler içinde yapı kullanım izin belgesinin alınmış olması gerekir. Yetkili idarenin yapacağı denetim ve tespit neticesinde yapının mevzuata uygunluğunun tespiti halinde 30 gün içinde izin belgesinin düzenlenmesi gerekir.

21- Belediye veya valiliklerden ruhsat alma yükümlülüğüne uyulmaksızın yapılan yapılmış veya ruhsatı hükümsüz hale gelmiş ya da iptal edilmiş yapı ruhsatsız eş değişle kaçak yapıdır. Ruhsatsız yapıdan bahsedebilmek için; inşaatın, kişinin kendi arsa veya arazisi üzerinde yapılıyor olması, yapım işinin basit onarım niteliğinde olmaması, İK m. 27'de belirtilen istisna kapsamında ruhsatsız yapılabilecek yapı niteliğinde bulunmaması, inşaatın yapı niteliğini haiz olması gerekmektedir. İnşaatın imar planına uygun olması, yapı yasağının bulunmaması ve yapılaşma hakkının mevcut olması, şayet ruhsat alma mecburiyeti yerine getirilmemiş ise, yapıyı imara aykırı, kaçak yapı olmaktan kurtarmaz. Ancak bu tip yapıların yasal hale getirilebilmesi mümkündür. Fen ve sağlık kurallarıyla şehircilik ilkelerine, kat düzenine, taban alanı kurallarına, komşu mesafesine, imar yolu kurallarına, ön cephe hattına ve bina derinliğine aykırı yapılar, imar kurallarına aykırı yapılar olup bunlar da yapının kaçak olarak nitelenmesine neden olur.

22- Kaçak inşaat uygulamalarında İmar Kanunu ve diğer kanunlarda iki tür yaptırım öngörülmektedir. Bunlar, idari yaptırımlar ve cezai yaptırımlardır. İdari yaptırımlar; tespit ve yapı tatil tutanaklarıyla, mühürleme, durdurma, yıkım ve para cezası ile ruhsat ve yapı kullanma izninin verilmemesi, kamu hizmetlerinden yararlandırmama, yapı ruhsatı, yapı kullanma izni ve işyeri açma izinlerinin iptali

olarak sıralanabilir. Bu yaptırımlar, İK' nin 32 ve 42. maddelerinde düzenlenmiştir. Yapı Tatil Tutanağı; yetkili idare (belediye veya valilik) ya da (koşulların oluşması halinde) Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından ve onların yetkili teknik elemanlarınca düzenlenen, inşaatın o andaki durumuyla birlikte ruhsatsız olduğunu veya ruhsat ve eklerine aykırılıkları, resim, yazı ve kroki ile tespit eden onaylı bir belgedir. Mühürleme işlemi yapının inşasının devamını engellemek ve yapı sahibini aykırılıkları gidermeye zorlamak amacıyla hem bir ön koşul hem de başlı başına bir yaptırım olarak kabul edilir. Yıkım; inşaatın mühürlenerek durdurulmasından itibaren, süre verilmesi halinde bu sürenin, süre verilmemesi durumunda en çok 1 ay içinde ruhsat alınmaması veya yapının ruhsat ve eklerine uygun hale getirilmemesi durumunda belediye veya il encümeni tarafından (veya koşulları oluştuğunda Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca) alınan, yapının fiziksel ve ekonomik varlığını ortadan kaldırmaya yönelik, idarenin kolluk faaliyeti kapsamında aldığı idari kararlar uygulanan ve yapının kısmen veya tamamen kaçak olmasına göre kısmen veya tamamen yıkılmasını öngören birel nitelikli idari bir işlemdir. Yıkım kararının yapı tatil tutanağının aksine ilgisine tebliği gerekir. İmar para cezaları da kaçak uygulamaların tespitinden sonra İmar Kanununun 42'nci maddesi uyarınca idarenin tek taraflı aldığı kararlar uyguladığı birel-özel nitelikli idari işlemdir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapılan yapıların kaçak olması durumunda hürriyeti bağlayıcı cezaların uygulanması bakımından; TCK m. 184 de imar kirliliğine neden olma, TCK m. 203'te mühür bozma, kamu görevlileri açısından m. 257,259 ile diğer kanunlar yönünden özellikle 2960 sayılı yasanın 18. ve 2863 sayılı yasanın 65. maddeleri uygulama alanı bulabilmektedir.

23- Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ülkemize özgü ekonomik sorunlara karşı toplumun geliştirdiği bir çözüm şeklidir ve kanaatimizce pratik aynı zamanda faydalıdır. Ancak yasa koyucunun toplumdaki gelişmeyi yeterince takip edememiş olması yasal düzenlemelerin toplumsal gelişmelerin gerisine düşmesine neden olmuştur. 2012 yılında TBK düzenlenirken inşaat sektöründeki hızlı değişim ve gelişim dikkate alınmamıştır. 6306 sayılı yasa ile kentsel dönüşüm alanında yapılan düzenlemenin bu alandaki sorunların çözümü için yeterli görülmesi muhtemel olmakla birlikte, bu kanunun kendine özgü yapısı ile tüm inşaat ihtilaflarına çözüm olabilmesi söz konusu olamaz. Kaldı ki, 6306 sayılı yasa da kendi çözümleri bakımından pek çok eleştiriye uğramıştır. Bu nedenle; çalışmamızda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin değinilen hukuki ihtilaflar ve öğreti

görüşlerinden anlaşılacağı üzere kanaatimizce; KMK'nin çıkarılmasından bu yana geçen 55 senelik süre zarfında özellikle 6306 sayılı yasanın uygulamaya girmesiyle çok daha sık karşılaştığımız inşaat sözleşmelerindeki sorunlara, terzinin diktiği elbise, ressamın yaptığı tablo nedeniyle çıkacak hukuki ihtilaflarla aynı potada, çözüm bulmanın zor olduğu ve ortaya çıkan sorunlara öğreti ve Yargıtay içtihatlarıyla yön verildiği görüldüğünden, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi dahil tüm inşaat sözleşmesi türlerinin bir arada değerlendirileceği mevzuatın bir araya getirilerek öğreti ve yüksek yargı kararları ışığında Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Sınai Mülkiyet Kanunu gibi ayrı bir kanuni düzenlemeye gidilmesinin veya en azından TBK'de ayrı bir sözleşme tipi olarak düzenlenmesinin uygulamayı doğrudan ve ekonomiyi dolaylı olarak olumlu etkileyeceği düşüncesindeyiz. Ayrıca kanaatimizce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri sadece avukatlarca düzenlenebilmeli ve sözleşmeye belediyeden alınacak imar durum belgesinin eklenmesi zorunlu tutulmalıdır. Bununla birlikte veya sözleşme ve eklerinin bu imar durum belgesine uygun olduğunun teknik personel tarafından noter işlemi öncesi ayrı bir belge ile onaylanması bu belgenin ve tapu suretinin de noter işlemine eklenmesi uygulamada karşılaşılan birçok sorunun ve kısmen kaçak eklemelerin önüne geçebilmesi bakımından uygun olacağı görüşündeyiz.

24- Kanaatimizce, yapılacak düzenleme ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı ruhsat taleplerinde sözleşmenin ibrazı yeterli olmalı ve sözleşmedeki koşullara uygun olmak kaydıyla ruhsat başvurusu tamamen yüklenicinin sorumluluğunda olmak kaydıyla vekaletname ayrıca aranmaksızın kabul edilmeli ve böylece amacı sadece arsası üzerinde bağımsız bölüm edinmek olan arsa sahipleri için ruhsat işlemine bağlı her türlü sorumluluk ortadan kaldırılmalı sorumluluk, işi ticari olarak inşaat yapmak olan yükleniciye bırakılmalıdır.

25- Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kaçak eklemeler sorunu esasında bizce, ülkenin ekonomik, sosyokültürel ve siyasi irade sorunudur. Aslında mevzuatımızda kaçak yapılaşmayı önleyen, yasaklayan ve cezalandıran mevzuat hükümleri vardır. Ancak, toplumuzdaki ve yerel ve merkezi otoritelerdeki zihniyet düzelmeden, kurallara uyma bilinci yerleşmeden ve haksız çıkar elde etme imkanları ortadan kaldırılmadan sorunun tam olarak düzeleceğini beklemek hata olacaktır. İmar affi yasalarının kaçak yapı ve çarpık kentleşme sorununu çözmede etkili olmadığı açıkça ortaya çıkmıştır. Öneriyıldız-Türkiye ve Özel ve diğerleri-Türkiye

davalarında ve AYM nezdinde görülen kimi bireysel başvuru davalarında görüldüğü üzere, harekete geçmesi gereken kamu otoritelerinin zamanında veya hiç harekete geçmemesi, kolluk yetkilerini kullanmamaları nedeniyle meydana gelen zararlardan devletin sorumlu tutulduğu görülmektedir. Oysa bu konuda kamunun elinde yeterli yasal güç vardır ancak siyasi iktidar, yerel yöneticiler ve yetkisi olan diğer kamu otoriteleri yetkilerini zamanında ve etkili bir şekilde kullanmamakta, yargı sistemi de hantal yapısı içinde sorumluları tespit ve cezalandırma konusunda yeterli bir görev icra edememektedir. Daha önce de vurguladığımız gibi en mükemmel kanunu dahi çıkarsanız kötü uygulamacıların elinde faydasız olacaktır. Bu nedenle bizce, öncelikle ülkenin ve vatandaşın ekonomik refahı sağlanmalı, toplumda ve siyasi otoritelerde zihniyet değişimi için eğitim başta olmak üzere gerekli tedbir ve uygulamalar derhal yapılmalı, inşaat hukuku bir bütün olarak ele alınıp toparlanmalı, cezaların caydırıcılığı arttırılmalı, yargının hantallığı sona erdirilmeli ve toplumun adalete olan bozulan güveni yeniden tesis edilmelidir.

26- Ülkemizde özellikle ikinci dünya savaşı sonra ekonomik sorunlar, sanayileşme, köyden kente göç gibi olgularla artan şehir nüfusları, yaratılan rant ekonomisi beraberinde gecekondulaşma ve kaçak yapılaşmayı getirmiş bu da sağlıksız, çarpık bir kentleşmeyle birlikte birçok alt sorunun oluşmasına ve siyasetin de katkısıyla, tıpkı bir kanser hücresinin yayılması gibi genişleyerek ve çoğalarak yaygınlaşmasına neden olmuştur. Sorunun çözümü için doğrudan veya dolaylı imar affi kanunları çıkarılmış ve her defasında belirli tarihe kadar yapılmış yapıların yasal statüye kavuşturulması sağlanmıştır. 1948'den bu yana çıkarılan 775 sayılı Gecekondu Kanunu ve 2981 sayılı kanun dahil onlarca imar affi kanunu ve son olarak İmar Kanunu'na eklenen geçici 16'ncı madde ile imar barışı olarak tanımlanan yasa çıkarılmış olması sorunun bu kanunlarla çözülemediğinin de açık bir kanıtı olmaktadır. Bu konuda sorunun giderilmesine yönelik çözüm odaklı en doğru adım bizce 6306 sayılı "*Kentsel Dönüşüm Yasası*" olarak bilinen kanundur. Eleştirilebilecek ve uygulama ile geliştirilecek yönleri olsa da kanun sadece mevcut tüm yapılar için değil aynı zamanda inşa edilecek yapılar içinde düzenleme getirmekte bizce sağlıklı planlı ve düzenli kentleşmenin önünü açmaktadır.

27- Gecekondulaşma ve kaçak yapılaşmanın önlenmesi için gerekli mevzuat yürürlükte mevcut olmakla birlikte buna rağmen en azından yasal düzenlemeler bakımından bu sorunun önüne geçilemediği görülmektedir. Her ne kadar İmar

Kanunu uyarınca, mekânsal, bölgesel ve uygulama imar planlarıyla kentleşme açısından geniş bir planlama yasal olarak yapılmakta ise de özellikle yerel idarelerce bu planlara uyulmadığı ve parsel bazında yapılan kamu yararı yerine ilgili parsel sahibinin yararının öncelendiği uygulamaların olduğu bilinmektedir. Kanaatimizce, İnşaatın denetiminde görev ve yetkisi olan yapı denetim sorumluları, yerel yönetim ve bakanlık yetkilileri dahil tüm sorumlu şahıslar için cezalar arttırılmalı ve bunların da denetimi işler bir sisteme bağlanmalıdır. Arsa sahibi ve özellikle tacir sıfatları dikkate alındığında yükleniciler için imar yaptırımlarının cezaları idare ve ceza hukuku yönleriyle arttırılmalı, TCK ve diğer kanunlar bakımından paraya çevirme ve erteleme imkânları kaldırılmalıdır. Cebinde biraz parası olan herkes yüklenici olarak inşaat işi üstlenememeli, yüklenici olmak eğitim sonucu alınacak izin belgesine bağlanmalıdır. İmar planları sık değiştirilen planlar olmamalıdır. Parsel bazında yapılacak değişiklikler birden fazla aşamada denetime ve onaya tabi olmalı bu konuda 7181 sayılı kanunla Temmuz 2019 ve 7221 sayılı kanunla Şubat 2020 tarihlerinde gerçekleştirilen değişikliklerle; uygulama imar planına uygun olarak öncelikle parselasyon planı yapılmasını zorunlu kılan gerçekleştirilen parsel bazında nüfusu, yapı yoğunluğunu, kat adedini bina yüksekliğini arttıran imar planı değişikliğini engelleyen, arsa sahibi, yüklenici ve fenni mesullere uygulanan para cezalarını arttıran hükümler kararlılıkla uygulanmalıdır. İmar planları belli bir kişi ya da grubun çıkarına göre değil toplum yararına ve tüm idari işlemlerde olduğu gibi kamu yararı gözetilerek yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Şahin: Roma Borçlar Hukuku, Sayram Yayınları, 9.Baskı, Konya Aralık 2018.
- AKİPEK,
Jale/AKINTÜRK,
Turgut/ATEŞ, Derya: Eşya Hukuku, Beta Yayınları, 2.Baskı, İstanbul Eylül 2018.
- AKKANAT, Halil: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat, (Fazla İnşaat) Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 63-76.
- AKKANAT, Halil: Tapu Tahsis Belgesinden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar, (Tapu Tahsis) Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 233-250.
- AKSOY DURSUN, Sanem: Eşya Kavramı, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2012.
- AKYOL, Şener: Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, (Çelişki Yasağı) Vedat Kitapçılık, 1.bası, İstanbul Ocak 2007.
- AKYOL, Şener: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (Borçlar) 1.fasikül, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984.
- ARAL,
Fahrettin/AYRANCI,
Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, 11.Baskı, Ankara 2015.
- ARTUKMAÇ, Sadık: Türk İmar Hukuku, Turhan Kitabevi, 5.Baskı, Ankara 1979.
- ATAMULU, İsmail: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- ATLAN, Hülya/YAVUZ
Elif: Bir Yargıtay Kararı Işığında; İmara Aykırı (Kaçak) Yapının Mal Rejiminin Tasfiyesinde Katılma Alacağına Konu Olması Sorunu, DEÜHFD. Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, Özel Sayı-2017, s. 513-533
<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/14-HULYA-ATLAN-ELIF-YAVUZ.pdf> (E.T. 30.12.2019).
- ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara Ekim 2018.
- AVCI, Ali: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşme Harici Yapılan Bağımsız Bölümlerin Hukuki Durumu, Terazi Hukuk Dergisi, C.10 S. 111, Kasım 2015, s. 42-57, www.jurix.com.tr/article/4186 (E.T. 24.06.2018).
- AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II Mülkiyet, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Eylül 2020.
- AYANOĞLU, Taner: Yapı Hukukunun Genel Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul Nisan 2014.
- AYAR BİRKİN, Zeynep: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara Mayıs 2019.
- AYDEMİR, Efrail: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Üçüncü Baskı, Ankara Haziran 2016.

- AYDOĞDU, Murat/
KAHVECİ, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara Kasım 2019.
- BÜYÜKAY, Yusuf: Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2019.
- COŞKUN, Mahmut: İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, Seçkin Yayınları, Birinci Baskı, Ankara Haziran 2017.
- COŞKUN,
Şeno/KURŞUN, Fatma: Cezaların şahsiliği ilkesi bakımından İmar Kanununun 42'nci Maddesinde Belirtilen "Yapı Sahibi" Kavramı, TAAD ,Y.5, S. 18.
- ÇABRİ, Sezer: Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri, (Konut sektöründe Tüketici Uygulamaları, Editörler, Hakan Tokbaş & Ali Suphi Kurşun) Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları Külliyyatı 2.Cilt, Aristo Yayınevi, 1.Bası, İstanbul Haziran 2016, s. 67-133.
- ÇAKIR, Hüseyin Melih: Yapı Kayıt Belgesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5 S. 2, 2018, 15-92.
- ÇAĞLAYAN,
Elif/UTKUCU, Tamer: Rant İmar İtibarı, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul Haziran 2018.
- ÇELİK, Ahmet Çelik: Eser Sözleşmesi (Yapım, Bakım, Onarım ve Yüklenim Sözleşmeleri) www.tazminathukuku.com s. 2-29 (E.T. 28.03.2019).
- ÇELİK, M.
Lamih/ALTIPARMAK,
Cüneyd: 101 Soruda İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu ve İmar Barışı, Seçkin Yayınları, 3.Baskı, İstanbul Haziran 2018.
- DEMİR, Mustafa Duhan: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Seçkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara Mart 2017.
- Docplayer Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Hukuki Müzakere Toplantıları 30 Mayıs-02 Haziran 2013 (HSYK 2013 Raporu) , docplayer.biz.tr/4840635-Hâkimler-ve-savcilar-yüksek.kurulu.html (E.T. 01.05.2020).
- DURAK, Yasemin: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İÜHFD C.1 Y. 2015, s. 207-221.
- DUMAN, İlker Hasan: İnşaat Hukuku. (İnşaat) Seçkin Yayınları, 8.Baskı, Ankara, Mayıs 2016.
- DUMAN, İlker Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenir, (Sözleşme) Seçkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara, Haziran 2017.
- DUMAN, İlker Hasan: İnşaat Davalarında İspat, (İspat) Seçkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara, Temmuz 2017.
- DUMAN, İlker Hasan: 100 Soruda Yapı Ruhsatı, (Ruhsat) Seçkin Yayınları, Ankara, Ağustos 2016.
- DUMAN, İlker Hasan: 40 Soruda Yapı Kullanma İzni, (İskân) Seçkin yayınları, 1.Baskı, Ankara Ağustos 2016.
- DUMAN, İlker Hasan: 100 Soruda Yapı Denetimi, (Yapı Denetimi) Seçkin Yayınları, İkinci Baskı, Ankara Nisan 2018.

- DUMAN, İlker Hasan: İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralı (Dürüstlük Kuralı) Seçkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara Mayıs 2016.
- DUMAN, İlker Hasan: İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Kusur, (Kusur) Seçkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara, Mayıs 2016.
- EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, (Mülkiyet) Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Borçlar) Yetkin Yayınları, 8.baskı, Ankara 2020.
- ERGEN, Cafer/BÖKE, Veli: Kaçak Yapı, Seçkin Yayınevi, 2.Baskı, İstanbul Kasım 2006.
- ERMAN, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, (İnşaat) Der Yayınları, İstanbul Ekim 2010.
- ERMAN, Hasan: Eşya Hukuku Dersleri, (Eşya) Der Yayınları, 7.Basım, İstanbul 2017.
- ERSÖZ, A. Kürşat: Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı, GÜHFD, C.19, Y.2015, S. 3, s. 103-149.
- ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- GENÇ ARIDEMİR, Arzu: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler sorunu Bakımından Hukuki Durum, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı Ankara Haziran 2004.
- GENÇ, Fatma Neval: Gecekonduyla Mücadeleden Kentsel Dönüşüme Türkiye’de Kentleşme Politikaları, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.1 S. 1, s. 15-30.
- GÖKYAYLA, Emre: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 14.baskı, Bursa Ağustos 2017.
- GÜNAY, Erhan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar Rehberi, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara Ocak 2015.
- GÜR, Mustafa: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara Nisan 2017.
- HATEMİ/GÖKYAYLA: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, 4.Baskı, İstanbul Eylül 2017.
- İLGEZDİ, Ali Rıza: 100 Soruda Tapu Tahsis Belgesi, Seçkin Yayınları, (Tapu Tahsis) 4.Baskı, Ankara Eylül 2017.
- İLGEZDİ, Ali Rıza: İmar Hukukunda Yıkım ve İmar Para Cezaları, (Yıkım) Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara Mayıs 2019.

- İNAL, Emrehan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında İnşaat Sözleşmelerinin Sözleşmeye Taraf Olmayan Üçüncü Kişilere Etkisi, (Üçüncü Kişiler) (İnşaat Hukuku ve Uygulaması, Editörler Emrehan İnal/Başak Baysal) Oniki Levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul Kasım 2017, s. 371-393.
- İNAL, Emrehan: Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması, (Haksız Yapı) dergipark.org.tr/en/download/artide-file/97710, s. 245-275, (E.T.26.11.2019).
- KALABALIK, Halil: İmar Hukuku Dersleri, (İmar Dersleri) Seçkin Yayınevi, 9.Baskı, Ankara Eylül 2019.
- KALABALIK, Halil: İmar Barışı, (İmar Barışı) Seçkin Yayınevi, Ankara Kasım 2018.
- KAPLAN, Mahmut: İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara Nisan 2018.
- KARADAŞ, İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit: Mülkiyet Hukuku, İstanbul Matbaası 1975.
- KARAGÖZ, Havva: Hukuk Kuralı (Regula Iuris Kavramı), Oniki levha Yayınları, 1.bakı, İstanbul Temmuz 2010.
- KARTAL, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993.
- KAŞAK, Fahri Erdem: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, Oniki levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul Ocak 2019.
- KAYA, Mustafa: Gecekondu Sorunu ve Gecekondu Kanunu, TBBD, C.1, S. 6, Eylül 1989, s. 860-891, (Jürix.com. tr, E.T.14.11.2020).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, 1.Bası, Eylül 2019.
- KIRMIZI, Mustafa: Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, Mayıs 2018.
- KOCAAĞA, Köksal: İnşaat Sözleşmesi, (İnşaat) Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- KOCAAĞA, Köksal: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan İlave İş ve İlave Bağımsız Bölüm Sorunu, (Makale) TBB Dergisi, S. 85, 2009 s. 86-104.
- KOSTAKOĞLU, Cengiz: İċtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Beta Yayınları, 10.Baskı, İstanbul Eylül 2017.
- KÖROĞLU, Ömer: İmar Hukukunda Yapı Kavramı ve Temel Yapı Belgeleri, Oniki Levha Yayınevi, 1.Baskı, İstanbul Mayıs 2017.
- KÖKTÜRK, Erdal: Türkiye’de Gecekondu ve İmar Affı Üzerine Bir İnceleme, www.uvt.ulakbim. gov.tr, Jeodezi, Jeoinformasyon ve Arazi Yönetimi 2003/88, s. 49-65 (Erişim:24.06.2018).

- KULAK, Sercan Coşkun: İmar Kanununun 32. ve 42. Maddeleri Kapsamında Yıkım ve Para Cezası, GÜHFD, C.16, Y.12, S. 4, s. 249-289 <http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php> (E.T.04.05.2020).
- KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2. Baskı, Ankara 2013.
- KURT, Ekrem: Kat İrtifakı Kurulması Sona Ermesi ve Kat Mülkiyetine Geçiş, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, 1.Baskı, İstanbul Nisan 2013, s. 785-806.
- KURT, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- KÜRŞAT, Zekeriya: İnşaat Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul Mart 2017.
- KÜRŞAT, Zekeriya: İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri, (Makale) <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/36996342> (Erişim; 24.05.2020).
- NOMER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 17.Baskı, İstanbul Nisan 2020.
- OĞUZMAN, M. Kemal/
SELİÇİ, Özer /
OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe
:
OĞUZMAN, M.
Kemal/ÖZ, M. Turgut: Eşya Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul Ekim 2017.
- Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 18. Bası, İstanbul Ekim 2020.
- ORTA Elif: İmar Hukukunda Plan Hiyerarşisi ve Planların Çatışması, İÜSBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005 (E.T.15.03.2019).
- ÖNGÖREN, Gürsel: İnşaat Hukuku, (İnşaat) www.ongoren.av.tr/wp-content/uploads/2017/02/Insaat-hukuku-02-02-2017.pdf. (E.T.13.08.2018).
- ÖNGÖREN, Gürsel: Yargı Kararları Işığında İmar Hukuku, (İmar) www.ongoren.av.tr/wp-content/uploads/2017/10/yargi-kararlari-isiginda-imar-hukuku-09-10-2017.pdf. (E.T.13.08.2018).
- ÖNGÖREN, Gürsel: İnşaat Sözleşmelerinde İmar Durumu Alınamaması veya İnşaatın İdarece Durdurulması Halinde Müteahhidin Arsa Sahibine Karşı Sorumluluğu ve Bu Durumun İnşaat Sözleşmesine Etkisi, (Makale) www.ongoren.av.tr (E.T. 27.05.2018).
- ÖNGÖREN, Gürsel: Kentsel Dönüşüm Hukuku, (Kentsel Dönüşüm) <http://www.ongoren.av.tr/wp-content/uploads/2014/12/Kentsel-donusum-hukuku-14-haziran-2017.pdf> (E.T. 27.05.2018).
- ÖNGÖREN, Gürsel: Hukuka Uygun Yapılaşma Hukuka Aykırı Yapılaşma ve Sonuçları, (Yapılaşma) www.ongoren.av.tr (E.T. 27.05.2018).
- ÖZ, M. Turgut: İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi, (Makale-Tüketici) (Konut sektöründe Tüketici Uygulamaları, Editörler, Hakan Tokbaş & Ali Suphi Kurşun) Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları Külliyyatı 2.Cilt, Aristo Yayınevi, 1.Bası, İstanbul Haziran 2016, s. 203-229.

- ÖZ, M. Turgut: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şerhi ve Kat İrtifakı, (Makale-İnşaat) (İnşaat Hukuku ve Uygulaması, Editörler Emrehan İnal/Başak Baysal) Oniki Levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul Kasım 2017, s. 441-469.
- ÖZ, M. Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, (İnşaat) 3. Bası İstanbul 2016.
- ÖZAY, İl Han: Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986.
- ÖZCAN, Koray: Tanzimatın Kent Reformları: Türk İmar Sisteminin Kuruluş Sürecinde Erken Planlama Deneyimleri (1839-1908), Osmanlı Bilimi Araştırmaları VII/2 2006 Adnan Adıvar Özel Sayısı, s. 149-180, <http://www.pdf.semanticscholar.org>. (E.T. 24.04.2020).
- ÖZEKES, Muhammet: Sorular Şemalar Örneklerle Temel Hukuk Bilgisi, Oniki levha Yayınları, 10.baskı, İstanbul Eylül 2019.
- ÖZLÜK, Serdal: Girişimciler İçin İnşaat, Seçkin Yayınevi, İkinci Baskı, Ankara Mart 2017.
- ÖZDEMİR, Selman: İmar Para Cezaları Özelinde İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması, Türk İdare Dergisi, S. 473 Aralık 2011, tid.gov.tr (E.T. 31.03.2020).
- ÖZDEMİR, Selman: İmar İdare Hukukunda Kazanılmış Hak, (Kazanılmış Hak) Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara Şubat 2019,(Milli Kütüphane, ekaynaklar.mkutup.gov.tr:2199, <https://ws1.turcademy.com/www/webviewer.php?doc=17852>, E:T.2.10.2020).
- ÖZMEN, Etem Saba/KARAMAN AKÇURA, Tuba: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları, İstanbul Barosu C. 87, S. 2013/1,s. 47-50.
- ÖZMEN, Etem Saba/HAMAMCIOĞLU, Gülşah Vardar: Kat İrtifakı, (Kat İrtifakı) On iki Levha Yayıncılık, 3.Baskı, İstanbul Eylül 2017.
- RADO, Türkan: Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, 1987.
- REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 11.Bası İstanbul Haziran 1997.
- RUHİ, Canan/RUHİ, Ahmet Cemal: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, Seçkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara Nisan 2019.
- SANRI ARSLAN, Peren: Arsa Payı Düzeltme Davası, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara Mayıs 2018.
- SELİMOĞLU, Yaşar Engin: Eser Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, 4.Baskı, Ankara Haziran 2017.
- SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Oniki Levha Yayınları, 4.Baskı, İstanbul Ocak 2019.
- SEYİTDANLIOĞLU, Mehmet: Bir Belge Yerel Yönetimler (V):Turuk ve Ebniye Nizamnamesi ve Getirdikleri, s. 67-81, <http://www.docplayer.biz.tr> (E.T.24.04.2020).
- SEZER, Yasin/KALKAN, Emre/ŞAHİN, Emre: İmar Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara Ekim 2017.

- SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN,
Özlem: Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Seçkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara Eylül 2016.
- SÜTÇÜ, Nezih: Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, (İnşaat) Seçkin Yayınları, 5.Baskı, Ankara Ocak 2016.
- SÜTÇÜ, Nezih: Kamulaştırma Hukukunda Arsa-Arazi Ayırımı, (Makale) Bursa Barosu Dergisi, C.42, S. 103, Mart 2018 s. 49-57 (Jurix.com. tr) (E.T.13.01.2020).
- ŞAHİN, Turan: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Seçkin Yayınevi, Ankara Mart 2012.
- ŞİMŞEK, Suat/HAZAR,
İlhami: Açıklamalı – İçtihatlı ve Örnek Dilekçelerle İmar Davaları Rehberi, Seçkin Yayınları, İkinci baskı, Ankara Ocak 2019, (Milli Kütüphane, mkutup.gov.tr/tr/Sayfalar/E-Veri-Tabanlari/default.aspx), <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=20991>, (E.T. 24.05.2020).
- ŞİMŞEK, Suat: Suat ŞİMŞEK, Yapı Tutanağı (Zaptı) Nedir? Kimler Yapı Durdurma Tutanağı Düzenleyebilir? <https://gayrimenkulmevzuati.com/yapi-durdurma-tutanagi-zapti-nedir-kimler-yapi-durdurma-tutanagi-duzenleyebilir/>. (E.T. 19.04.2020).
- ŞİMŞEK, Suat: İnşaat Durdurma ve Yıkım İşlemlerine Karşı Açılacak İptal Davasının Ön Koşulları, (İptal Davası) <https://gayrimenkulmevzuati.com/insaat-durdurma-ve-yikim-islemlerine-karsi-acilacak-iptal-davasinin-on-kosullari> (İptal Davası) (E.T. 19.04.2020)
- ŞEN, Mustafa Serhat/ŞEN,
Mustafa Kamil: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Gecikme Tazminatı ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Kira Tazminatı, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara Nisan 2017.
- TEKELİ, İlhan: Türkiye'de Kent Planlaması Düşüncesinin Gelişimi, <http://www.planlama.org/index.php/aratrmalar/makaleler/44-tuerkiyede-kent-planlamas-ducuenesinin-geliimi> (E.T.30.08.2019).
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (Borçlar), Evrim Dağıtım, 5. Bası, C.1/1, İstanbul 1988.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (İstisna), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sevinç Matbaası, C.2, Ankara 1977.
- TOPUZ, Murat: Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Seçkin Yayın evi, 1.Baskı, Ankara Şubat 2020.
- TORLAK, S. Evinç: Gecekondulaşmanın Gelişimi İmar Afları ve Islah İmar Planları, Çağdaş Yerel Yönetimler, C.12, S. 1 Ocak 2003, s. 64-73.
- TUHR, Andreas Von: Borçlar Hukuku (Çev. Cevat Edege) Yargıtay Yayınları, Olgaç Matbaası, Ankara 1983.
- UMUR, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, Beta Yayınları, 3.Baskı, İstanbul Kasım 1999.
- USTA, Oğuz: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara Temmuz 2017.

- UYGUR, Turgut: Açıklamalı İctihatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Adalet Matbaacılık, Ankara 1993.
- YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınları, 14. Baskı, İstanbul 2016.
- YEŞİLOVA, Bilgehan: Tebligat Hukuku Açısından İmar Kanunu'nun 32. Maddesinde Düzenlenen (Özel) Tebligat Hükümünün Değerlendirilmesi, Yaşar Ün. HFD, Aydın Zevkliler'e Armağan, C. III, 2013, s. 3099-3166, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/28-Bilgehan-YE%C5%9E%C4%B0LOVA.pdf> (E.T.18.03.2020).
- YILDIRIM, Abdulkerim: Türk Borçlar Hukuku, Monopol Yayınları, Eylül 2018.
- YILDIZ, Ferruh: İmar Bilgisi, Nobel Yayıncılık, 11.Basım, Ekim 2018.
- ZEVKLİLER, Aydın/
GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, 17.Bası, Ankara Eylül 2017.
- ZEVKLİLER, Aydın: Taşınmaz Malikinin Yetkileri açısından İmar Kurallarına Aykırı Zarar Verici İnşaat, Ankara 1982.

ÖZGEÇMİŞ

yılında doğmuştur. İlköğrenimini Gaziosmanpaşa Havuzbaşı ilkokulunda, orta öğrenimini Eyüp Rami orta okulunda, Lise öğrenimini Gaziosmanpaşa Plevne lisesinde olmak üzere İstanbul'da tamamladı. 1987 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine girdi, 1991 yılında mezun oldu. Avukatlık stajı sonrası yedek subay olarak askerlik hizmetini tamamlayarak 1994 yılında şirket avukatı olarak avukatlık mesleğine başladı. Bilahare bir hukuk bürosunda çalıştıktan sonra serbest avukat olarak avukatlık hizmetine devam etti. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, KMK ile ilgili meslek içi eğitim kurslarına katıldı. Halen İstanbul/Beyoğlu'nda serbest avukat olarak çalışmaktadır. Evli ve biri kız biri erkek iki çocuk sahibidir.

ONAY

İlhan TEMEL tarafından hazırlanan “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Kaçak Eklemeler Sorunu” başlıklı bu çalışma yapılan savunma sınavı sonucunda (oybirliği/oy çokluğu) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri

1) (Başkan)

2) (Danışman)

3)

Savunma Tarihi

.....

.....

Enstitü Müdürü