

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT YAPIMINDA ORTAYA ÇIKAN “İLAVE İŞ” VE “İLAVE BAĞIMSIZ BÖLÜM” SORUNU

Köksal KOCAAĞA*

I. GİRİŞ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin, arsasına ait belirli payları yükleniciye devretme, yüklenicinin de bu pay karşılığında arsa üzerinde bağımsız bölümler yapma ve bu bağımsız bölümlerden arsa sahibinin payına ait olan kısmı ona devretme borcu altına girdiği bir sözleşmedir. Sözleşmenin tarafları, arsa sahibi ile yüklenicidir. Taraflardan arsa sahibi, kendisine ait bağımsız bölümlere isabet eden arsa payını kendi üzerinde bırakarak, yükleniciye ait bağımsız bölümlerin arsa paylarını ona devretme; yüklenici ise, arsa üzerinde bina yapma ve bağımsız bölümlerden arsa sahibine ait olanları ona devretme borcu altına girmektedir.¹

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleriyle ilgili olarak uygulamada ortaya çıkan en önemli sorunlardan biri, yüklenicinin ilave işler veya ilave bağımsız bölümler yapmış olması halidir. Yüklenici, inşaatı eksiksiz olarak tamamlayıp, sözleşme uyarınca yerine getirmekle yükümlü olduğu edimleri ifa etmesi yanında, sözleşmede öngörülmeyen bazı ilave işler veya ilave bağımsız bölümler yapmış olabilir. İlave işler veya ilave bağımsız bölümler, yüklenicinin, sözleşme uyarınca ifa etmekle yükümlü olduğu edimler dışındaki işler veya bağımsız bölümlerdir.

* Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

¹ Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Bası, İstanbul 2002, s. 505-506; Erman, Hasan, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 1-2; Uygur, Turgut, *Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Arsa Payı Karşılığı (Kat Karşılığı) İnşaat Sözleşmeleri*, 2. Cilt, Ankara 1998, s. 30 vd. Ayrıca bkz. Y. İBK, 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2 (RG, 20026, s. 30).

Bir sözleşmenin tarafları, ilke olarak o sözleşmede kararlaştırmış oldukları edimleri, kararlaştırdıkları biçimde ifa etmekle yükümlüdürler. Borçlu, ilke olarak borçlandığı edimden başka bir şey ifa edemeyeceği gibi, alacaklı da bunu kabul etmek zorunda değildir. Aynı kural, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Yüklenici, arsa sahibinin rızası bulunmadıkça, sözleşmede öngörülenlerin dışında ilave birtakım işler yapamayacağı gibi, imar durumunun uygun olduğu gerekçesiyle inşaat alanını yatay veya dikey olarak genişletemez. Aksi halde, sözleşmenin ihlali söz konusu olur. Ancak ne var ki uygulamada, yüklenicilerin sözleşmede öngörülmeyen birtakım ilave işler yaptıklarına, özellikle imar durumunun imkan vermesi halinde bağımsız bölümlerin alanlarını genişlettiklerine veya sözleşmede öngörülenden daha fazla sayıda bağımsız bölüm yaptıklarına sıkça rastlanmaktadır.

Bu yazıda, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde öngörülmeyen ilave işler veya ilave bağımsız bölümler yapmış olması halinde, arsa sahibine karşı herhangi bir talepte bulunup bulunamayacağı, bulunabileceği ne tür taleplerde bulunabileceği ve bu taleplerin hukuki dayanakları incelenecektir.

II. İLAVE İŞ

1. İlave iş, yüklenicinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca ifa etmekle yükümlü olduğu edimler dışındaki işlerdir. Başka bir ifadeyle, ilave iş, yüklenicinin sözleşme veya işin niteliği gereği yapmakla yükümlü olmadığı işleri fazladan yapmış olmasıdır.

İlave işler, arsa sahibine veya yükleniciye ait bağımsız bölümlerde yapılmış olabileceği gibi, ortak yerlerde de yapılmış olabilir.

İlave işlerin arsa sahibine ait bağımsız bölümlerde yapılmış olması halinde, yüklenici, bu işler için arsa sahibinden talepte bulunabilir. Buna karşılık, yüklenici, kendisine ait bağımsız bölümlerde yapmış olduğu ilave işlerden dolayı, arsa sahibine karşı kural olarak bir talepte bulunamaz. Ancak, böyle bir durumda, sözleşmenin feshi söz konusu olur ve yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümler ona devredilmezse veya devredilmiş olan arsa payları iptal ve arsa sahibi adına tescil edilirse, yüklenici, kendisine ait bağımsız bölümlerde yap-

mış olduğu ilave işler için arsa sahibinden talepte bulunabilir.²

Ortak yerlerde yapılmış olan ilave işler bakımından, yüklenicinin arsa sahibine karşı bir talep hakkına sahip olup olmadığı meselesine gelince: Yargıtay, bazı kararlarında, ortak yerlerde yapılmış olan ilave işler bakımından, yüklenicinin, arsa sahiplerine ait bağımsız bölümlerin pay toplamı oranında talep hakkına sahip olduğu sonucuna varmış iken;³ bazı kararlarında ise, ilave işler, yükleniciye ait olacak bağımsız bölümlerde de aynı oranda değer artışı meydana getirmişse, yüklenicinin ilave işlerden dolayı bir talep hakkına sahip olmayacağı sonucuna varmıştır.⁴

Belirtmek gerekir ki, ortak yerlerde yapılmış olan ilave işler, ilke olarak hem arsa sahibine hem de yükleniciye isabet eden bağımsız bölümlerin menfaatine olan işlerdir. Yargıtay'ın, ilave işlerin yükleniciye ait olacak bağımsız bölümlerde de aynı oranda değer artışı meydana getirmesi halinde, yüklenicinin ilave işlerden dolayı bir talep hakkı-

² Erman, s. 184, dn. 32; Genç Arıdemir, Arzu, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan "İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler" Sorunu Bakımından Hukuki Durum, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 450.

³ Y. 15. HD, 7.4.1989, E. 1988/3311, K. 1989/1828: "Kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre, inşaatı yüklenen müteahhidin binanın umumi yerlerinden olan merdiven basamaklarını famarit yerine mermer yapması için taraflar arasında bu konuda bir belgenin düzenlenmemiş olmasına ve müteahhidin aynı apartmandaki dairelerinin daha yüksek bedelle satılması amacına yönelik olduğu şeklindeki mahkeme görüşü, hukuken geçerli ve tutarlı sayılamaz. Çünkü, sözleşme dışı yapılmış olsa dahi, fazla iş bedelinin vekâletsiz tasarruf hükümleri gereğince ödetilmesinin istenmesinde yasal bir engel olmadığı gibi, ortak yerlerde yapılmış olmasından dolayı davalının mal varlığında artış meydana getirdiğinden arsa payı oranında sorumlu tutulması gerekir..." (Kostakoğlu, Cengiz.; İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5. Basi, İstanbul 2006, s. 1069).

⁴ Erman, s. 185-186; Karataş, İzzet, Eser (İnşaat Yapımı) Sözleşmeleri, Ankara 2004, s. 209; Y. 15. HD, 20.9.2001, E. 2001/3562, K. 2001/4006: "Binanın dış görünümü ve ortak yerlerine -çatı, sahanlıklar, dış doğramalar- ilişkin sözleşme dışı iyileştirmeler yüklenicilere kalan bağımsız bölümlerde de artı değer yarattığı halde, bunların arsa sahiplerine ait bağımsız bölümlerde yapılmış gibi fazla iş olarak kabul edilerek hesap yapılması..." (Karataş, s. 209); Y. 15. HD, 7.2.2002, E. 2002/4524, K. 2002/572: "...yüklenicinin dava konusu yaptığı işler sözleşmede yer almadığı halde, sadece arsa sahibi yararına yapılmış olan faydalı ve değer arttırıcı işler değil, sözleşmedeki paylaşım oranına göre her iki tarafın da yararına olan imalatlardır. Sözleşmedeki amacı sağlamaya yönelik yapılan bu imalatlardan sadece arsa sahibi değil, paylaşımındaki oran nispetinde yüklenici de faydalanmış, onun bakımından da yapı değeri artmış olduğundan, bunların bedeli ayrıca istenemez..." (Karataş, s. 210).

na sahip olmayacağı görüşü isabetli değildir. Bu görüş, arsa sahibi ve yükleniciye isabet edecek bağımsız bölümlerin alanlarının, sözleşmede öngörülen miktardan daha geniş yapılması ve bu fazla inşaatın her iki tarafın bağımsız bölümlerinde aynı oranda gerçekleştirilmiş olması hali için doğru ise de, ortak yerlerdeki tüm ilave işler bakımından isabetli değildir. Kanaatimizce ortak yerlerde yapılan ilave işler bakımından bir ayırım yapmak gerekir. Buna göre, ortak yerlerde yapılan ilave işlerin bedeli üzerine inşa olunduğu arsanın değerine eşit ve bu işler sözleşmedeki paylaşım oranında her iki tarafa ait bağımsız bölümlerin ortak kullanımına tahsis edilmişse, bu ilave işten dolayı yüklenicinin talep hakkından söz edilemez. Örneğin, ortak yerlerde her iki tarafa ait bağımsız bölümlerin kullanımı için inşa edilmiş olan otopark veya yüzme havuzu bakımından durum böyledir. Zira böyle bir durumda yüklenici, ortak yerde yapmış olduğu ilave iş üzerinde, bağımsız bölümlerin paylaşımı oranında hak sahibi olur ki, bu da taraflar arasındaki sözleşmenin konusunu oluşturur. Buna karşılık, ortak yerlerde yapılmış olan sözleşme dışı işlerin üzerine inşa edildikleri arsanın değeri, ilave işlerin değerine oranla önem taşıyorsa veya ilave işler sözleşmede öngörülenden daha kaliteli yapılmışsa ve bunlar arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin değerini önemli ölçüde arttırmış ise, ortak yerlerdeki bu ilave işler bakımından yüklenicinin talep hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin, inşa edilecek site için sözleşmede sadece asansörü çalıştıracak ve merdiven dairesini aydınlatacak güçte trafo yapılması kararlaştırıldığı halde, tüm sitenin bağımsız bölümlerinin elektrik ihtiyacını karşılayacak güçte trafo konması; sözleşmede üstü açık park yapılacağı kararlaştırıldığı halde, kapalı otopark inşa edilmiş olması, yüklenicinin bağımsız bölümleri yanında, arsa sahibinin de bağımsız bölümlerinin değerini arttıran işler olup, yüklenici, arsa sahibinden, onun sahip olduğu bağımsız bölüm oranında talep hakkına sahiptir.

2. Yüklenicinin, ilave işlerden dolayı arsa sahibine karşı *hangi hukuki sebebe dayanarak* talepte bulunabileceği, değişik ihtimallere göre incelenmelidir. Ancak, bu ihtimalleri incelemeye geçmeden önce, belirtmek gerekir ki, ilave işler, arsa sahibi ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde öngörülen işlerden olmadığından, yani yapılan ilave işler yüklenici tarafından üstlenilmiş olmadığından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ilave işler bakımından uygulanmaz. Başka bir ifadeyle, yüklenici, yaptığı ilave işlerden dolayı arsa

sahibine karşı ileri sürebileceği taleplerini, arsa sahibiyle arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hükümlerine dayandıramaz.

a. İlave işlerden dolayı yüklenicinin arsa sahibine karşı ileri sürebileceği taleplerin hukuki sebebi konusundaki ihtimallerden biri, ilave işler bakımından *arsa sahibinin rızasıyla sözleşmenin değiştirilmiş olmasıdır*. Gerçekten, ilave işler bakımından arsa sahibinin rızasıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin değiştirilmesi mümkündür. Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satımını veya satış vaadini içermesi nedeniyle, geçerliliği bakımından resmi şekle tabi olduğundan,⁵ değiştirilmesi de resmi şekle tabidir. Zira BK m. 12'ye göre, "*kanunen tahriri olması lazım olan bir akdin tadili dahi tahriri olmak lazımdır*". Buna karşılık, sözleşmeyi tamamlayan ve yan nitelikteki değişiklikler şekle tabi değildir. BK m. 12 hükmü adi yazılı şekil bakımından öngörülmüş ise de, bu hükmün resmi şekle tabi sözleşmeler hakkında da uygulanacağı kabul edilmektedir.⁶ Buna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde öngörülen taraf edimlerinin değiştirilebilmesi için, kanunun aradığı şekil şartının yerine getirilmesi gerekir. Sözleşmenin bu şekilde değiştirilmesi halinde, yüklenici ilave birtakım işleri yapma borcu altına girerken, arsa sahibi de bu işlerin karşılığında gerekli arsa paylarını yükleniciye devretme borcu altına girer. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, arsa sahibinin rızasıyla sözleşmenin değiştirilmiş olması halinde, yüklenicinin arsa sahibine karşı ileri sürebileceği tüm taleplerin hukuki sebebinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi oluşturur ve bu durumda konumuzu oluşturan gerçek anlamda ilave işten söz edilemez.

b. Bir diğer ihtimal, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin sözleşmede öngörülen işler dışında ilave iş yapması halinde, bu ilave işler karşılığında kendisine belirli miktarda bir bedel ödeneceğinin kararlaştırılmış olması halidir. Gerçekten, yüklenici ve arsa sahibi, sözleşme özgürlüğü ilkesine göre, bu yönde bir anlaşma yapabilirler. Böyle bir durumda, taraflar arasında bir "*eser sözleşmesi*" söz konusu olur. Taraflardan yüklenicinin edimi, öngörülen işi yapıp teslim et-

⁵ Erman, s. 15 vd.; Yavuz, s. 512; Aral, Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 7. Bası, Ankara 2007, s. 324. Ayrıca bkz. Karahasan, Mustafa Reşit, *İnşaat, İmar, İhale Hukuku*, C. II, İstanbul 1997, s. 1587 vd. ve orada zikredilen Yargıtay kararları; Uygur, s. 48 vd.

⁶ Bkz. Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 259.

mek iken; arsa sahibinin edimi, arsa payını devretmek olmayıp, yapılan işin karşılığında yükleniciye belirli miktarda bir bedel ödemektir. Bu ihtimalde, ilave işler bakımından taraflar arasında eser sözleşmesi hükümleri (BK m. 355 vd.) uygulanır.

c. Diğer bir ihtimal, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bu konuda herhangi bir hüküm öngörülmemekle beraber, ilave işlerin, arsa sahibinin muvafakatı altında yapılmış olmasıdır. Bu durumda, taraflar arasında var olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yanında, bir de “bedeli önceden kararlaştırılmamış bir eser sözleşmesi” kurulmuş olduğu kabul edilmektedir⁷. Kanunumuz, eser sözleşmesinin geçerliliğini herhangi bir şekil şartına tabi tutmamıştır. Taraflarca önceden kararlaştırılmamışsa, bedel “yapılan işin değerine” ve “yüklenicinin masraflarına” göre belirlenir (BK m. 366).

“İşin değeri” kavramı, yüklenicinin yaptığı iş karşılığı elde edeceği kârı ve o işe düşen genel giderler payını ifade eder. İşin değerinin hesaplanmasında, mesleki kuruluşların asgari ücret tarifeleri, Bayındırlık Bakanlığı’nın birim fiyat listeleri, bunlar yoksa mesleki teamüller göz önünde tutulmalı ve gerektiğinde bir bilirkişiye başvurulmalıdır. İşin değeri, teslimi sırasındaki rayiçlere göre hesaplanmalıdır.⁸

“Yüklenicinin masrafları (giderleri)” kavramı ise, fiilen yapılan harcamalar tutarı olup, eserin (işin) meydana getirilmesi için yüklenicinin kendisinin sağladığı malzeme için yaptığı harcamaları, başvurduğu yardımcı kişilere ve alt yüklenicilere fiilen ödediği ücretleri ve işte kullandığı araç ve gereçler için yaptığı giderleri kapsar. Yüklenicinin kötü niyetle yapmış olduğu objektif bakımdan yararsız giderler ise hesaba katılmaz. Masrafların hesaplanmasında, bunların fiilen yapıldıkları zamandaki tutarlar göz önüne alınır. Bu tutarların, yüklenici tarafından ispatlanması gerekir.⁹

İlave işin yapımından dolayı ortaya çıkan diğer hukuki sorunlar, eser sözleşmesine ilişkin hükümlere göre çözümlenecektir.

⁷ Erman, s. 184; Genç Arıdemir, s. 456.

⁸ Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, 3. Bası, Ankara 1987, s. 299 vd.; Yavuz, s. 486; Y. 15. HD, 6.5.1980, E. 1980/1017, K. 1980/1169 (Aral, s. 375-376).

⁹ Tandoğan, s. 299 vd.; Yavuz, s. 486; Y. 15. HD, 6.5.1980, E. 1980/1017, K. 1980/1169 (Aral, s. 375-376).

d. Başka bir ihtimal ise, yapılan ilave işlerin arsa sahibinin bilgisi dışında gerçekleştirilmiş olması ve böylece taraflar arasında -arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yanında- yukarıda belirtilen şekilde bir eser sözleşmesinin kurulmamış olması halidir. Bu ihtimalde, ilave işlere “vekaletsiz iş görme” hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir.¹⁰ Yargıtay’a göre de, ilave işlerin varlığı halinde, “bunlar için ayrıca bir sözleşme veya ihale yapılmamış olması bedellerinin ödenmesine engel değildir. Bu durumda, BK’nın 413. maddesi hükmü uygulanarak davacının (yüklenicinin) zaruri ve faydalı bulunan bütün masrafları, faizi ve müteahhit kârı ile birlikte davacıya (yükleniciye) ödenmesine karar verilmelidir”.¹¹ Yine Yargıtay’a göre, sözleşme dışı fazla işin bedeli, bu işin yapıldığı tarihteki rayiç fiyatlar üzerinden hesaplanır.¹²

Vekaletsiz iş görme, bir kimsenin (iş görenin), başkasına (iş sahibine) ait bir işi, bu konuda kendisine verilmiş bir yetki olmamakla beraber, iş sahibinin geçerli bir yasaklaması da bulunmayan hallerde, iş sahibinin menfaatine uygun olarak görmesidir. Burada iş görenin, başkasının menfaatine hareket iradesini taşıması veya işin başkasına ait olduğunu bilerek faaliyette bulunması gerekli olmayıp, onun genel olarak bir iş görme iradesine sahip olması, yani iradesinin işin fiili sonucuna yönelmiş olması yeterlidir.¹³

BK m. 413/İ’e göre, iş sahibi, vekaletsiz iş görenin yaptığı ve halin icaplarının yapılmasını haklı gösterdiği tüm zorunlu ve faydalı masrafları ödemekle yükümlüdür. Hükümden de anlaşılacağı üzere, iş sahibi, sadece durumun gereklerinin yapılmasını haklı gösterdiği zorunlu ve yararlı masrafları ödemekle yükümlüdür. İş gören tarafından yapılmadıkları takdirde, iş sahibinin zararlı bir sonuçla karşılaşması kaçınılmaz olan masraflar, zorunlu masraf sayılır. İş sahibinin, kişisel ve malvarlığı değerlerinin arttırılmasına veya korunmasına hizmet eden

¹⁰ Erman, s. 185; Genç Arıdemir, s. 457.

¹¹ Y. 15. HD, 12.2.1987, E. 1986/1841, K.1987/474 (Kostakoğlu, s. 1072).

¹² Y. 15. HD, 28.6.1988, E. 1987/4190, K. 1988/2448: “...Davacı, davalı Belediyeye ait 5 kalem halinde işleri yaptığını ileri sürerek bedellerinin ödetilmesini dava etmiştir. ... Bilirkişiler aracılığı ile yapılan işin metraji saptanmalı, BK’nın 413. maddede belirtilen koşulları içerip içermediği belirlenmeli, faydalı ve zaruri bulunması halinde işin yapıldığı tarihteki rayiçler esas alınarak bedelleri hesap edilmeli ve sonucuna uygun bir karar verilmelidir” (Kostakoğlu, s. 1057).

¹³ Tandoğan, s. 680-681; Yavuz, s. 730.

masraflar ise, yararlı masraflardır.¹⁴ Bu hüküm uyarınca yüklenici, arsa sahibine isabet eden bağımsız bölümlerde yaptığı ilave işler için harcamış olduğu zorunlu ve faydalı masrafları, arsa sahibinden isteyebilir.¹⁵

BK m. 413/III'e göre, vekaletsiz iş gören, halin icabının yapılmasını haklı göstermediği masraflar için, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak, bu masraflar sonucu yaptığı şeyi söküp alabilir. Bu hüküm karşısında, yüklenici, arsa sahibine ait bağımsız bölümlerde yaptığı, ancak masraflarını alamadığı ilave işleri söküp alabilecektir. Ancak, arsa sahibi, ilave işin bedelini ödeyerek, yüklenicinin bu hakkını kullanmasına engel olabilir. Ayrıca, söküp alma hakkı, asıl eşyanın sahibine (arsa sahibine) zarar vermeyecek şekilde kullanılmalıdır. İlave işin sökülmesi bağımsız bölümde zarar veya tahribata yol açacaksa, yüklenici söküp alma hakkını kullanamaz.¹⁶ Yine, ilave işin yapıldığı bağımsız bölümlere ait arsa paylarının arsa sahibi tarafından üçüncü kişilere devredilmesi halinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin nispi niteliği nedeniyle, yüklenici söküp alma hakkını kullanamayacaktır.

3. İlave işlerden dolayı *yükleniciye karşı sorumlu olanlar*, ilave işin yapıldığı zamanda bağımsız bölümlere malik olanlar ile ortak yerlerde yapılan ilave işler bakımından ortak yerler üzerinde hak sahibi olanlardır. Yüklenicinin ilave işlerin bedelini talep hakkı ister eser sözleşmesine ister vekaletsiz iş görmeye dayansın, arsa sahibi kendisine isabet eden bağımsız bölümü üçüncü kişiye devretmişse, taraflar arasındaki ilişkinin nispiyeti nedeniyle, söz konusu talepler üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez. Ancak, arsa sahibi ile bağımsız bölümü devralan üçüncü kişi arasında bu konuda borcun üstlenilmesi sözleşmesi yapılmışsa, yüklenici, ilave iş bedellerini üçüncü kişiden isteyebilir. Ayrıca, bağımsız bölümün üçüncü kişiye devrinden sonra yapılan ilave işler,

¹⁴ Tandoğan, Haluk, *Mukayeseli Hukuk ve Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme*, İstanbul 1957, s. 270.

¹⁵ Y. 15. HD, 5.4.1988, E. 1987/1489, K. 1988/1358: "Yüklenici, iş sahibinden, yararı için yaptığı gerekli ve faydalı bütün giderlerini faizi ile birlikte isteyebilir" (www.hukukturk.com); Y. 15. HD, 23.04.1982, E. 1982/676, K. 1982/955: "Davacının sözleşme dışı olarak inşaatta yapmış olduğu munzam işlerden dolayı vekaleti olmadan başkası hesabına tasarruf hükümlerine yani Borçlar Kanununun 410 ve müteakip maddelerine göre, iş sahibinin menfaati için yapılmış olan bir işte yapan kimşenin hal ve icabına nazaran zaruri veya faydalı bulunan bütün masraflarını faizi ile edaya ve bu kabil taahhütleri ifaya iş sahibinin mecbur olduğu kabul edilmiştir" (www.hukukturk.com).

¹⁶ Genç Arıdemir, s. 458.

üçüncü kişinin farazi iradesine uygun olarak yapılmışsa, yine yüklenici, bağımsız bölümü devralan kişiden ilave işlerin bedelini isteyebilir.

Yüklenicinin, kendisine isabet eden bağımsız bölümleri üçüncü kişiye devretmesi halinde, ilave iş bedellerinin üçüncü kişiden istenip istenemeyeceği ise, yüklenici ile devralan kişi arasındaki sözleşmeye göre çözümlenir.

4. Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamakla beraber, *arsa sahibinin ilave işlere karşı çıkması* halinde, yüklenici, ilave iş bedellerini arsa sahibinden isteyemez. Hatta böyle bir durumda arsa sahibinin, yapılan ilave işler bakımından eski hale getirme talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir.¹⁷ Ancak, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmasa bile, arsa sahibi ilave işin yapımı sırasında buna karşı çıkmamışsa, sonradan eski hale iade talebinde bulunması, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur.

5. Yüklenicinin, sözleşme gereğince yerine getirmekle yükümlü olduğu bir edimi, sözleşmede öngörülme-yen bir biçimde yerine getirmiş olması, ilave iş olmayıp, *ayıplı bir iş* tir. Gerçekten, işin (eserin) sözleşmeyle taahhüt edilen veya dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenen nitelikleri taşımaması, o işin ayıplı olduğu anlamına gelir.¹⁸ Ayıp, teslim edilen işte (eserde), sözleşmede kararlaştırılmış olan niteliklerin veya sözleşmede öngörülen tahsis amacı bakımından gerekli niteliklerin bulunmamasıdır. Yapılan işin ayıplı olması halinde, yüklenici, ayıba karşı tekeffül hükümlerine (BK m. 359 vd.) göre sorumlu olur.

Yüklenicinin, *işi sözleşmeye (projeye) aykırı yapması* halini de ilave işten ayırmak gerekir. Örneğin, projede yer almamasına rağmen, binanın bodrum katındaki dükkana pencere açılması; projeye aykırı olarak bodrumun zemin kata eklenmesi suretiyle dubleks daire yapılması; yine projeye aykırı olarak balkonların doğramayla kapatılarak odalara katılması, ilave iş olmayıp, sözleşmeye aykırılık oluşturan hallerdir. Arsa sahibinden, yüklenicinin sözleşmeye (projeye) aykırı yaptığı işleri kabul etmesi beklenemez.¹⁹ Bu gibi durumlarda arsa sahibi, söz-

¹⁷ Bkz. Genç Arıdemir, s. 459.

¹⁸ Tandoğan, s. 160; Aral, s. 352; Yavuz, s. 474; Erman, s. 109.

¹⁹ Y. 15. HD, 12.3.1980, E. 1980/268, K. 1980/613: "...Eser, iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule zorlanamayacağı oranda kusurlu ve sözleşme

leşmeye (projeye) aykırı yapılan işlerin, proje ve imar durumuna uygun hale getirilmesini isteyebilir.

6. İlave işler bakımından arsa sahibi ile yüklenici arasında *eser sözleşmesinin söz konusu olduğu hallerde, ayıplı ilave işlerden dolayı yüklenici, BK m. 359 gereğince sorumludur. Zira eser sözleşmesine ilişkin hükümler uyarınca yüklenici, edimini ayıpsız olarak yerine getirmekle yükümlüdür.*

Buna karşılık, ilave işler bakımından arsa sahibi ile yüklenici arasında vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı hallerde, yüklenicinin yaptığı ilave işlerde bir ayıp söz konusu ise, yüklenicinin sorumluluğu, Borçlar Kanunu'nun vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerine göre çözümlenecektir. Bu hükümlerden BK m. 410' göre, vekaletsiz iş gören, yaptığı işi, iş sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına uygun yapmak zorundadır. BK m. 411'e göre ise, vekaletsiz iş gören, iş sahibine karşı her türlü kusurdan sorumludur (BK m. 411/I). Vekaletsiz iş gören, kural olarak işin kendisi için bir yarar sağlamadığını ileri sürerek, sorumluluğunun hafifletilmesini isteyemez. Sorumluluğun hafifletilmesi, işin ancak iş sahibinin maruz bulunduğu bir zararı ortadan kaldırmak için yapıldığı hallerde söz konusu olur (BK m. 411/II).

Yine BK m. 411/III'e göre, vekaletsiz iş gören, bilerek veya kusuru yüzünden bilmeyerek, iş sahibinin geçerli bir yasaklamasına rağmen iş görmüşse, kazadan dahi sorumlu olur. Ancak iş gören, müdahalesi olmasaydı bile kazanın meydana geleceğini veya illiyet bağının kesildiğini ispat ederse, sorumlu olmaktan kurtulur.

Görüldüğü üzere, eser sözleşmesinin aksine, vekaletsiz iş görmede, iş görenin ayıba karşı tekeffülden sorumluluğu doğrudan düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, vekaletsiz iş görenin sorumluluğuna ilişkin yukarıda belirtilen hükümler, ilave işler bakımından arsa sahibi ile yüklenici arasında vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı hallerde, yüklenicinin sorumluluğuna da uygulanır.

şartlarına muhalif olursa iş sahibi yapıtı kabulden imtina edebileceği gibi kusurlu yükleniciden zarar ve ziyan da isteyebilir..." (www.hukukturk.com).

III. İLAVE BAĞIMSIZ BÖLÜM

1. İnşaatın yapımı sırasında, imar durumunda meydana gelen değişiklik nedeniyle, binaya ilave bağımsız bölüm yapma veya bağımsız bölümleri genişletme imkanı ortaya çıkabilir. Burada yüklenici, yapılması kararlaştırılan bağımsız bölümler dışında başka bölümler inşa etmekte ve/veya bağımsız bölümleri, sözleşmede öngörülenden daha geniş yapmaktadır. Böyle bir durumda, yapılan fazla kısmın, arsa sahibi veya yüklenici arasında nasıl paylaşılacağı sorunu ortaya çıkar.

2. *Bağımsız bölümlerin sözleşmede öngörülenden daha geniş yapılması halinde, ortaya çıkan bu fazlalığın paylaşılması sorunu, söz konusu fazlalığın, arsa sahibi veya yükleniciden hangisine ait bağımsız bölümlerde gerçekleştirilmiş olduğuna göre çözümlenecektir. Sadece arsa sahibine ait bağımsız bölümler sözleşmede öngörülen miktardan daha geniş yapılmışsa, yüklenici, sözleşmedeki paylaşım oranına göre arsa sahibinden talepte bulunabilir. Aynı şekilde, sadece yükleniciye ait bağımsız bölümlerin sözleşmede kararlaştırılan ölçüden daha geniş yapılması halinde, arsa sahibi, yükleniciye karşı, sözleşmedeki paylaşım oranında talep hakkına sahiptir.*²⁰

Aynı talep hakkı, genişlemenin her iki tarafa ait bağımsız bölümlerde, farklı oranda gerçekleşmesi halinde de söz konusudur. Bu durumda, hangi tarafın bağımsız bölümü sözleşmede öngörülenden daha geniş yapılmışsa, diğer taraf, bağımsız bölümü daha geniş yapmış olan taraftan, bu fazlalık oranında talepte bulunabilir. Buna karşılık, her iki tarafın bağımsız bölümleri aynı oranda genişlemişse, taraflar, birbirlerinden talepte bulunamazlar. Yargıtay da aynı görüştedir: *"...proje dışı genişletilen inşaatın arsa sahiplerine verilen dairelerdeki büyüme miktarı, müteahhit payına düşen dairelerde de aynen mevcut olmakla, sözleşmedeki paylaşım oranında arsa sahipleri yararına bir değişiklik meydana gelmediğinden, diğer bir ifade ile, inşaat alanındaki büyüme taraflara isabet eden dairelere aynen yansımış ve bu suretle sözleşmedeki oran için paylaşılmış olmakla, davalı ve mukabil davacı yüklenicinin, inşaatın ve dolayısıyla arsa sahiplerine isabet eden dairelerin mesahalarının büyümesinden dolayı bir bedel talebine haklı bulunduğu kabul edilemez"*.²¹

²⁰ Akkanat, Halil, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat, *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Ankara 2006, s. 69; Kostakoğlu, s. 1181; Genç Arıdemir, s. 467.

²¹ Y. 15. HD, 11.03.1991, E. 1991/394, K. 1991/1122 (Kostakoğlu, s. 1198). Y. 15. HD, 15.10.2003, E. 2003/4424, K. 2003/4772: "...İnşaatın büyütülmesi proje dışı genişle-

3.a. İlave bağımsız bölüm yapılması halinde, bunların hangi esasa tabi olacağı, taraflarca önceden sözleşmede açık bir biçimde kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda, ilave bağımsız bölümler konusunda sözleşme hükümlerinin uygulanacağı kuşkusuzdur.²² Yargıtay'a göre de, "kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu inşaatta, sözleşme dışı yapılan fazla dairelerin, sözleşmede kararlaştırılan orana göre taraflara paylaştırılması gerekir".²³ Taraflar, ilave bağımsız bölümlerin paylaşımı konusunda, diğer bağımsız bölümlerin paylaşımındaki oranı esas alabilecekleri gibi, başka bir oran da kararlaştırabilirler.

b. İlave bağımsız bölümlerin hangi esasa tabi olacağı konusunda, sözleşmede herhangi bir hüküm öngörülmemiş de olabilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ilave bağımsız bölüm yapılmasında, arsa sahibinin açık veya zımni muvafakatinin bulunması gerekmekte olup, onun muvafakati olmaksızın ilave bağımsız bölüm yapan yüklenici, sözleşmeyi ihlal etmiş sayılır.²⁴ Zira ilave bağımsız bölüm yapılması halinde, arsa sahibi, bu ilave bağımsız bölümlerin arsa paylarını yükleniciye devredecektir; bu ise, yüklenicinin borcu yanında, arsa sahibinin de kural olarak borcunu ağırlaştırır. Oysa sözleşmede kararlaştırılmış olan edimin kapsamının, yüklenicinin tek taraflı iradesiyle değiştirilmesi-

tilmesi, arsa sahibi yahut sahipleri ile yükleniciye verilen bağımsız bölümlere aynı oranda yansımış ise yüklenicinin fazla iş yaptığı kabul edilemez ve bu sebeple de ilave iş bedeli isteyemez... (Kostakoğlu, s. 1055).

²² Erman, s. 187; Y. 15. HD, 13.4.1989, 2993/1911: "...Davacı yapımını üstlendiği inşaatın 2. bodrum katta yapılan, keşifle 2 numaralı bağımsız bölüm olduğu anlaşılan dairenin kendisine bırakıldığını ileri sürerek bağımsız bölümün kendi adına tespiti ile tesciline karar verilmesini istemiştir. Gerçekten... ek sözleşmenin 4. maddesinde davacının yapacağı tadilat projesi ile 3. bodrum inşaatını yapacağını, böylece 2. bodrumda doğacak boş sahada inşa edeceği yeni daireyi bağımsız bölüm olarak tadilat projesine göre ikmal edeceği, bu ek daireye diğer dairelerden hisse vermek suretiyle adına tahsis edileceği yazılıdır. Sözleşmenin bu hükmü davalı arsa sahiplerini bağlayıcı niteliktedir. Nitekim davaya konu edilen bağımsız bölüm irtifaklandırılmış ve tapuya bağımsız bölüm şeklinde tescil edilmiştir..." (Yasa Dergisi, 1990, S. 2, s. 255-256); Y. 15. HD, 24.1.1996, 7011/312: "...Sonradan gerçekleştirilen proje değişikliği ile bağımsız bölüm adedinin arttırıldığı anlaşılmaktadır. Böyle bir durumu önceden öngören taraflar, sözleşmelerinin 9. maddesindeki ilave inşaat halinde objektif kıstaslar dairesinde ve yeni inşaat ruhsat tarihine göre yeni bir süre belirlemeyi kabul etmişlerdir... Gecikme tazminatının hesabında, ilave işlerin nazara alınarak yeni bir teslim tarihinin belirlenmesi gerekmektedir..." (YKD, 1996, S. 8, s. 1266-1267).

²³ Y. 15. HD, 30.03.1992, E. 1991/4665, K. 1992/1622 (Kostakoğlu, s. 1186).

²⁴ Kostakoğlu, s. 1181; Genç Arıdemir, s. 470.

ni, arsa sahibi kabul etmek zorunda değildir. Ancak, arsa sahibi, yapılan ilave bağımsız bölüme yapım aşamasında itiraz etmemişse, bu fazla inşaata icazet vermiş sayılır; sonradan, arsa sahibinin, yüklenicinin sözleşmeye aykırı davrandığını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur.²⁵

c. İlave bağımsız bölümlerin hangi esasa tabi olacağı konusunda sözleşmede herhangi bir hüküm bulunmadığı ve arsa sahibinin bu fazla inşaata icazet vermiş sayıldığı durumda, taraflar, fazla kısımların nasıl paylaşılacağı konusunda anlaşabilirler. Bu konuda bir anlaşmaya varamamaları halinde, yapılan ilave bağımsız bölümün, sözleşmedeki arsa payları oranında yüklenici ile arsa sahibine ait olacağı kabul edilmektedir.²⁶ Yargıtay da, inşaat kapsamının yüklenici tarafından genişletilmesi halinde, bu fazlalığın nasıl paylaşılacağı kararlaştırılmamışsa, sözleşmede öngörülen genel paylaşım oranının, fazla kısmın paylaşımında da uygulanacağı görüşündedir.²⁷ Fazla kısımların paylaşımında, yüklenicinin bu kısımlar için yapmış olduğu giderler dikate alınmaz.

d. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle karşılaşıldığı üzere, sözleşmede yer alan “geri kalan kısımlar yükleniciye ait olacaktır” şeklindeki bir ifadeden, belirli bölümler dışında, yapılacak tüm ilave inşaatın yükleniciye verilmek istendiği sonucuna varılabilmesi için, arsa sahibinin, yapılacak fazla inşaatla ilgili hakkından bütünüyle feragat etmiş olduğunun sözleşmeden açıkça anlaşılması gerekir. Bu sonucun sözleşmeden açıkça anlaşılamadığı hallerde, yapılan faz-

²⁵ Kostakoğlu, s. 1181.

²⁶ Erman, s. 188; Genç Arıdemir, s. 471; Akkanat, s. 73 vd.

²⁷ Y. 15. HD, 30.12.1986, E. 1986/3425, K. 1986/4592: “Taraflar arasında akdedilen kat karşılığı inşaat yapımını öngören sözleşmede kararlaştırılan sayıdan fazla yapılan kat ve bu katlardaki fazla bölümlerin, aksine hüküm bulunmadıkça, sözleşmedeki oran dahilinde taraflar arasında taksim edilmesi gerekmektedir...” (Kostakoğlu, s. 1209-1210); Y. 15. HD, 16.10.1995, E. 1995/2985, K. 1995/5641: “Sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı sürece sözleşme dışı kazanılan bağımsız bölümler yanlar arasında sözleşmede kabul edilen oranda paylaşılır. Dava konusu bağımsız bölüm önceden kapıcı dairesi olarak düşünülüp, daha sonra kapıcı dairesi bahçeye yapılmış, bu daireye arsa payı ayrılarak kazanılmıştır. Diğer anlatımla, ortak yer olarak tasarlanmış iken bağımsız bölüm haline dönüştürülmüştür. O halde sözleşmedeki paylaşım oranı dahilinde davacı yüklenici burada pay sahibidir” (YKD 1996, S. 7, s. 1092-1093).

la inşaat, sözleşmedeki paylaşım oranlarına göre her iki taraf arasında paylaştırılır.²⁸

e. Sözleşmede ilave bağımsız bölümle ilgili hüküm yer almakla beraber, bu hüküm açık olmayabilir. Bu durumda, sözleşme hükmünün yorumlanması ve tarafların gerçek iradelerinin araştırılması gerekir. Örneğin, sözleşmede yer alan, “binaya ilave kat çıkma imkanı doğarsa...” şeklindeki bir hükmün, projede sonradan yapılan değişiklik sonucu binanın başlangıçta ortak yer olarak ayrılan bodrum katının bağımsız bölüm şekline dönüştürülmesi veya ikinci bir bodrum kat yapılması halinde de uygulanması, tarafların ortak iradelerinin gereği olup; söz konusu hükmün, binanın yalnız üstüne yapılacak ilave katları kapsadığı söylenemez.²⁹ Yine örneğin, sözleşmede inşaatın bir zemin ve dört kat olarak inşa edileceği, bunlardan iki katın arsa sahibine, diğer bağımsız bölümlerin ise yükleniciye ait olacağı ve sözleşmenin 5. maddesine göre, inşaatın zemin hariç dört kattan fazla yapılması halinde,

²⁸ Y. 15. HD, 13.11.1989, E. 1989/594, K. 10894768: “... Sözleşmenin 3. maddesinde, arsa sahiplerine düşecek bağımsız bölümler belirtildikten sonra, bunların dışında kalan tüm bağımsız bölümlerin müteahhide ait olacağı yazılıdır. 4. maddesinde ise, “yapılacak apartman yukarıdaki ifadeye göre 21 daire olarak inşa edilecektir” hükmüne yer verilmiştir. Görülüyor ki 3. madde hükmü ile yükleniciye bırakılan bağımsız bölümler, apartmanın 21 daire olarak inşa edilmiş olması ile sınırlıdır. Diğer bir deyişle, davacı yüklenici ancak arsa sahiplerine aidiyeti kararlaştırılan 7 adet bağımsız bölüm dışındaki 14 bağımsız bölümün kendisine verilmesini isteyebilecektir. Sözleşmede inşaatın 21 bölümden yapılması halinde bu fazlanın ne suretle paylaşılacağı hususunda bir açıklık yoktur. Böyle olunca, 21 bağımsız bölümden fazla yapılacak inşaatın sözleşmenin 3 ve 4. maddelerinde yer alan oranı dahilinde arsa sahipleriyle yüklenici arasında paylaşılması, yani kendi payları arsa paylı olarak tümünün adına tescili gerekmektedir...” (Kostakoğlu, s. 1203).

²⁹ Bkz. Erman, s. 187; Y. 15. HD, 12.12.1990, E. 1990/5347, K. 1990/5455: “... Davalı yüklenicinin, zemin ve üzerinde dört kat olarak yapacağı inşaatın iki katının arsa sahiplerine ve diğer kalan bağımsız bölümlerin de müteahhide ait olacağı kararlaştırılmış ve sözleşmenin 5. maddesinde ise, inşaatın zemin hariç dört kattan fazla yapıldığı takdirde, arsa sahibi yapılacak olan kısımlardan gayrimenkuldeki hissesi nispetinde hak sahibi olacaktır hükmü yer almıştır... Yüklenici tarafından zemin altındaki iki katı da ihtiva eder şekilde çizdirilen ve 27.5.1987 tarihinde onaylanan projeye göre, yapılan inşaatın sözleşme dışı kazanılan iki bodrum katın müteahhitçe haricen üçüncü kişilere satıldığı anlaşılmaktadır... Sözleşme anında projesi henüz çizilmemiş olan inşaatın 1 zemin ve 4 normal kat halinde yapılması düşünüldükçe, bağımsız bölümlerin sözleşmedeki gibi paylaşımları kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin 5. maddesindeki hükmün, yalnız zemin üstündeki kat artışında uygulanacağı ve zemin altında kazanılacak bodrum katları kapsamayacağı şeklinde yorumlamak, tarafların gerçek amaçlarına aykırı düşer...” (YKD, 1991, S. 6, s. 910-911).

arsa sahibinin, yapılacak kısımlarda taşınmazdaki payı oranında hak sahibi olacağı kararlaştırılmış olsun. Yüklenicinin, katlar üzerinde değil de, zeminde ilave bağımsız bölüm yapması durumunda, sözleşme hükmünün nasıl yorumlanacağı önem taşır. Gerçekten, sözleşme hükmünün lafzi yorumuna göre, zemin katta yapılacak ilave bağımsız bölümler, hükmün kapsamı dışında kalır ve arsa sahibi bu bağımsız bölümler üzerinde hak talep edemez. Ancak, bu yorum, tarafların gerçek amacına aykırıdır.³⁰

4. Arsa sahibi veya yüklenici, ilave bağımsız bölüm yapıldığı veya bağımsız bölümlerin alanının genişletildiği hallerde, sözleşmede aksi öngörülmemişse, kendi paylarına düşen fazlalığın bedelini değil, bu fazla kısımlara isabet eden arsa paylarını isteyebilir. Yüklenicinin, ilke olarak, ilave bağımsız bölümün arsa sahibine ait olacak kısmı için, vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak, arsa sahibinden ayrıca bedel istemesi mümkün değildir. Zira taraflar arasındaki sözleşme, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olup, inşa edilen bağımsız bölümlerin karşılığı, belirli bir miktar para değil, yükleniciye ait olacağı öngörülen bağımsız bölümlere isabet eden arsa payının ona devredilmesidir. Ancak, taraflar sözleşmede, fazla kısımların arsa payları yerine, bunların bedelinin istenebileceğini kararlaştırabilirler.

Bu sonuç, arsa paylarının başlangıçta yükleniciye devredildiği veya inşaattaki aşamaya göre kısım kısım devredileceği haller bakımından söz konusu olduğu gibi, inşaatın tamamlanmasından sonra devredileceği kararlaştırılan haller bakımından da söz konusudur. Ancak, ilave bağımsız bölümün üçüncü kişiye devredildiği hallerde, bu sonucun uygun olmayacağı; zira bağımsız bölümleri devralan üçüncü kişilerin, sözleşmenin tarafı olmamaları nedeniyle, sözleşme şartlarının onlar için uygulanamayacağı; böyle bir durumda, hak sahibine sözleşme gereğince düşecek arsa payı oranında bağımsız bölümlerin rayiç değeri esas alınarak hesaplanacak bir bedel ödenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.³¹

5. Aynı şekilde, sözleşmede öngörülen büyüklükte bir inşaatın yapılmasına imar durumunun imkan vermediği hallerde, imara aykırı inşaat yapılamayacağından, *alanı küçülen veya bağımsız bölüm sayısı aza-*

³⁰ Genç Arıdemir, s. 369-370. Aynı görüşte bkz. Y. 15. HD, 12.12.1990, E. 1990/5347, K. 1990/5455 (Kostakoğlu, s. 1199).

³¹ Bkz. Akkanat, s. 70; Genç Arıdemir, s. 472-473.

lan inşaatta, arsa sahibinin payında meydana gelen eksiklikten yüklenici sorumlu tutulamaz. Böyle bir durumda taraflar, azalan bağımsız bölümleri, sözleşmedeki paylaşım oranına göre yüklenirler.³²

6. İlave bağımsız bölümlerin, ilgili belediyeden ruhsat almak ve imar durumuna uygun gerekli proje değişikliği yapılmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerekir; aksi halde, *kaçak inşaat* durumu söz konusu olur.³³ Zira İmar Kanunu'na göre, bazı istisnalar hariç, her türlü bina yapımı yerel idarelerden ruhsat alınmasına bağlı olduğu gibi, ruhsat alınmış inşaatlarda herhangi bir değişiklik yapılması da yeniden ruhsat alınmasına bağlıdır (İmar Kanunu m. 21). Asıl inşaat için ruhsat alınmaması, yani inşaatın başından beri ruhsatsız yapılması halinde kaçak inşaat söz konusu olduğu gibi, inşaatta ruhsat ve eklerine aykırı değişiklikler yapılması halinde de kaçak inşaat söz konusu olur.

Ruhsat alma yetkisi, ilke olarak arsa malikine aittir (İmar Kanunu m. 22). Ancak, arsa paylarının yükleniciye başlangıçta devredildiği hallerde, ruhsat alma yetkisi, yükleniciye ait olur. Arsa sahibi, ruhsat işlemlerini kendisi takip edebileceği gibi, bu konuda herhangi bir kimseye veya yükleniciye yetki de verebilir.

Sözleşmede, imar durumunun ilave bağımsız bölüm yapmaya elverişli olması halinde *arsa sahibinin proje değişikliği için gerekli işlemi yapması öngörülmüşse*, arsa sahibinin bundan kaçınması sözleşmeye aykırılık oluşturur. Sözleşmede bu yönde açık bir hüküm bulunmamakla beraber, ilave bağımsız bölüm yapılması halinde bunun taraflar arasında nasıl paylaşılacağına ilişkin bir hüküm varsa, bu durumda da imar durumunun elverişli olması halinde, ilave bağımsız bölüm yapımı konusunda arsa sahibinin proje değişikliği için gerekli onayı vermesi gerekir. Diğer taraftan, sözleşmede ilave bağımsız bölüm yapımına ilişkin hiçbir hüküm bulunmasa bile, imar durumu elverişli olmasına rağmen, yüklenicinin gerekli vekaleti haiz olmaması nedeniyle istenen proje değişikliğini arsa sahibinin yapmaması ya da bu konuda yükleniciye vekalet vermemesi dürüstlük kurallarına aykırılık

³² Erman, s. 189; Y. 15. HD, 15.12.1988, 1736/4360: "Kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre yapımı öngörülen inşaatın kat adedinin imar durumunda daha az kata müsaait olması halinde, eksilen kat adedi sözleşmedeki kat adedine göre tarafların paylaşımından düşülür." (Erman, s. 189, dn. 41).

³³ Bkz. Kalabalık, Halil, *İmar Hukuku Dersleri (Planlama, Yapı, Arsa, Koruma)*, Ankara 2003, s. 245 vd.

oluşturabilir. Ancak, arsa sahibinin bu konuda haklı sayılabilecek bir menfaati varsa, dürüstlük kurallarına aykırılıktan söz edilemez.³⁴ Örneğin, aynı parsel üzerine önde 4 kat, arkada 5 kat iki blok yapımı söz konusu iken, öndeki blokta da 5. kat için imar izni verilmişse, kendisine arkadaki bloğun 5. katında daire isabet eden arsa sahibi, öndeki deniz manzarasının kapanmaması ve dairenin değer kaybetmemesi için bu muvafakati vermeyebilir. Bu durumda, ön blokta yapılacak 5. katın, arsa sahibine daha fazla yarar sağlayacak olması da sonucu değiştirmez.³⁵ Buna karşılık, ilave bağımsız bölümün yapılmaması konusunda arsa sahibinin hiçbir haklı menfaati yoksa veya arsa sahibi muvafakat vermek için fazladan birtakım çıkarlar peşinde ise, dürüstlük kurallarına aykırılık söz konusu olabilir. Örneğin, binanın en üst katı kendisine ait olacak arsa sahibinin, yapılacak ilave kata yerleşecek kişilerin gürültü yapabilecekleri düşüncesiyle muvafakat vermekten kaçınması halinde, haklı menfaatin varlığından söz edilemez.³⁶

7. İlave bağımsız bölümün ruhsat alınmadan (kaçak) inşa edilmesi *imar mevzuatına ve imar planlarına aykırılık oluşturmuyorsa*, arsa sahibine, gerekli işlemleri tamamlayarak yapı izni alması için bir aylık süre verilir (İmar Kanunu m. 32/III); bu durumda yapı yıktırılamaz.³⁷ Buna karşılık, kaçak yapı *imar mevzuatına ve imar planlarına aykırılık oluşturmuyorsa*, bunun düzeltilebilir nitelikte olup olmadığına göre hareket edilir. Kaçak yapı düzeltilebilir nitelikteyse ve gerekli düzeltmeler yapıp aykırılıklar giderilmişse, yapının sahibine gerekli izin verilir (İmar Kanunu m. 32/IV). Kaçak yapı düzeltilebilir nitelikte değilse, ruhsatsız yapı, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir (İmar Kanunu m. 32/son).³⁸

İmar kurallarına aykırı inşa edilen ve iskan ruhsatı verilmesi imkanı bulunmayan inşaatın ayıplı olduğu kabul edilmektedir. Arsa sahibinin, yükleniciden sözleşme konusu inşaatı imar kurallarına uygun olarak yapmasını beklemekte haklı ve hukuken korunmaya değer bir

³⁴ Erman, s. 191; Genç Arıdemir, s. 461.

³⁵ Örnek için bkz. Erman, s. 191.

³⁶ Erman, s. 191.

³⁷ Kalabalık, s. 250; Dan. 6. D, 21.05.1998, E. 1997/3446, K. 1998/2776 (Genç Arıdemir, s. 462).

³⁸ Geniş bilgi için bkz. Kalabalık, s. 250 vd.

menfaati vardır. Yüklenici, sözleşmenin uzman tarafı olarak, imar hukuku kurallarını bilmek ve inşaatı bu kurallara uygun olarak yapmakla yükümlüdür.³⁹ Kaçak inşaat halinde arsa sahibi, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde, ilave bağımsız bölümlerin yıkılarak, binanın imar kurallarına ve projesine uygun hale getirilmesini yükleniciden isteyebilir. Arsa sahibinin kaçak yapıya göz yummuş olması, ruhsatsız yapının yıkılmasına engel değildir. Bir binanın veya kat ya da bağımsız bölümün kaçak yapılması, kamu düzenine aykırılık oluşturur⁴⁰ ve böyle bir durumda ifanın varlığından söz edilemez. Belediye Encümenleri tarafından verilmiş olan yıkım kararlarının yetkili idareler tarafından yerine getirilmemiş olması da, arsa sahibine (veya yükleniciye) bir hak sağlamaz. Zira hukukun yıkılmasını öngördüğü bir inşaat üzerinde, tarafların korunmaya değer haklarının varlığından söz edilemez. Bu itibarla, kaçak veya ruhsata aykırı bina veya bağımsız bölümler bakımından, arsa sahibi eksik ve ayıplı işler bedeli, yüklenici ise fazla işler bedeli talep edemeyeceği gibi; bu yerlerle ilgili olarak tescil⁴¹ veya mülkiyetin tespiti⁴² davaları da açılmaz. Bu gibi durumlarda, arsa sahibi yıkım dışında sadece gecikmeden dolayı gecikme cezası talep edebilir.⁴³

³⁹ Bkz. Akkanat, s. 72.

⁴⁰ Y. 15. HD, 08.10.2001, E. 2001/1996, K. 2001/4384: “Her türlü inşaat yerel idarelerce verilecek izne bağlıdır ve izinsiz (kaçak) inşaat yıktırılır. Bu husus kamu düzeni ile ilgili olup, mahkemelerce kendiliğinden göz önünde bulundurulur” (www.hukuktürk.com).

⁴¹ Y. 15. HD, 02.07.2001, E. 2001/1601, K. 2001/3598: “Ruhsatsız veya ruhsata aykırı binalar, tadilat projeleri ile yasal hale gelmedikçe bu yerlerle ilgili olarak tescil, teslim, nesafet farkı ve zararların tazmini gibi talepler dinlenemez. Sadece taahhüt edilen ruhsata uygun bina tesliminin gecikmesi nedeniyle gecikilen aylar için kira kaybı istenebilir” (www.hukuktürk.com).

⁴² Buna karşılık Yargıtay, fiili durumu tespit etmek ve durumu yasalastırmamak kaydıyla, “binadaki hangi bağımsız bölümlerin kimlere isabet ettiği ve davacının tescilini istediği dairelerin paylaşımında bir ihtilaf yoksa o dairelerin sözleşme ve fiili durum icabı davacıya ait olduğunun tespitine karar” verilmesi gerektiğine karar vermiştir. Y. 15. HD, 17.06.1999, E. 1999/1027, K. 1999/2599 (Genç Arıdemir, s. 463, dn. 70).

⁴³ Erman, s. 190; Y. 15. HD, 29.12.1999, E. 1999/4511, K. 1999/5021: “İmar Kanunu hükümleri, kamu düzeniyle ilgili olup emredici niteliktedirler. Bu nedenle mahkemelerce re’sen göz önünde bulundurulurlar. Arsa sahibi, ruhsatsız olarak inşaatı başlamanı yükleniciden isteyemez ve onu zorlayamaz. Yüklenici de ruhsatsız olarak inşaatı başlayamaz. İnşaatın kaçak yapılması halinde, ifa var denemez. Kaçak veya ruhsata aykırı bina veya bölümlerin yasalar nazarında ekonomik değerleri yoktur. Yerel idarelerin, encümenlerin yıkım kararlarına rağmen, bu karar-

Kaçak yapı, ilave kat veya ilave bağımsız bölüm şeklinde değil de, bağımsız bölümlerin ebatlarının projeden daha büyük yapılması biçiminde gerçekleştirilmişse, bu fazla kısımların yıkılması, ana yapının da zarar görmesine neden olabilir. Bu durumda yapılması gereken, öncelikle bir proje değişikliği yaparak, yapı için gerekli izni almaktır. Ancak, projeye aykırı yapılan fazla inşaat, aynı zamanda imar planına aykırılık da oluşturuyorsa, proje değişikliği yeterli olmaz. Bu durumda, kaçak yapının yıktırılarak, arsa sahibinin zararlarının tazminine karar verilmesinin uygun olacağı ileri sürülmektedir.⁴⁴

Projesine uygun olarak tamamlanan ve *kat mülkiyeti kurulan* bir binada, sonradan bağımsız bölüm olarak arsa payı ayrılmamış bir eklenti yapılması veya ortak yerin bağımsız bölüm haline getirilmesi istenen hallerde, yapılması gereken işlemlerin neler olduğuna da değinmekte yarar vardır. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 44. maddesine göre, "*Ana gayrimenkulün üstüne kat ilâvesi veya mevcut çekme kat yerine tam kat yapılması veya zemin veya bodrum katlarında veya arsanın boş kısmında 24. maddenin ikinci fıkrasında yazılı yerlerin sonradan yapımı veya ilâvesi için: a. Kat malikleri kurulunun buna oybirliğiyle karar vermesi; b. Ana gayrimenkulün bu inşaatın sonra alacağı duruma göre, yapılan yeni ilâveler de dâhil olmak üzere bütün bağımsız bölümlerine tahsis olunacak arsa paylarının, usulüne göre yeniden ve oybirliğiyle tespit edilmesi; c. İlâve edilecek yeni bağımsız bölüme tahsis edilen arsa payı üzerinde, tapu memuru huzurunda yapılacak resmi senetle, 14. maddeye göre kat irtifakı kurularak bunun, ana gayrimenkulün bütün bağımsız bölümlerinin kat mülkiyeti kütüğündeki irtifaklar hanesine tescil edilmesi ve ana gayrimenkulün kapanan eski kütük sayfasıyla 13. madde hükmüne göre bağlantı sağlanması şarttır*".

ları yerine getirmemeleri, hiç kimseye bir hak bahşetmez. Bina sahibi mahkemede kâl (yıkım) davası açarak, alacağı ilamı icra müdürlüğü kanalıyla yerine getirebilir. Yasanın yıkılmasını emrettiği bir bina veya bölüm üzerinde tarafların korunmaya değer bir hakız olamaz. Bu nedenle, eksik veya ayıplı işler bedeli ile fazla işler bedeli, tescil veya mülkiyetin tespiti davaları mesmu değildir (dinlenmez). Yüklenici, imar durumu ile örtüşen sözleşme uyarınca "yasal" bir bina yapma taahhüdü altına girdiği takdirde, böyle bir inşaatı yapmakta gecikmesi (temerrüdü) halinde arsa sahibi yıkım dışında sadece gecikmeden dolayı gecikme tazminatı (kira kaybı vs.) talep edebilir (Erman, s. 190, dn. 42).

⁴⁴ Bkz. Genç Arıdemir, s. 464.