T. C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

"GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ"

Yüksek Lisans Tezi

Özlem YALINCAK

ANKARA, 2019

T. C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

"GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ"

Yüksek Lisans Tezi

Özlem YALINCAK

(02911954)

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Hüseyin ALTAŞ

ANKARA, 2019

T. C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK

ANABİLİM DALI

"GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ"

Yüksek Lisans Tezi

TEZ DANIŞMANI: Prof. Dr. Hüseyin ALTAŞ

Tez Jürisi Üyeleri

Adı Soyadı:	**İmzası**
Prof. Dr. Hüseyin ALTAŞ	.....
Doç. Dr. Süleyman YILMAZ	.....
Doç. Dr. Oğuz Sadık AYDOS	.....

Tez Sınav Tarihi: 10/9/2019

T. C.

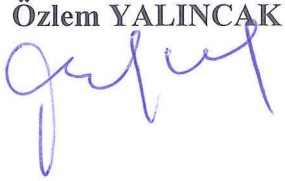
ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (. . . . /. .../2019)

Tez Hazırlayan Öğrencinin

Özlem YALINCAK



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER ..... **i**

KISALTMALAR CETVELİ ..... **vi**

GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT HUKUKU KAPSAMINDA ESER SÖZLEŞMESİ **2**

§1 - ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI İLE HUKUKİ NİTELİĞİNE VE YAPISINA GÖRE ŞEKİL ŞARTLARI **2**

A. Eser Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları **2**

1. Genel Olarak 2

2. Eser Sözleşmesinin Tanımı 3

3. Eser Sözleşmesinin Unsurları 4

a. Yüklenicinin Eser Meydana Getirme ve Teslim Borcu Altına Girmesi. 4

b. Bedel Unsuru 6

c. Tarafların Anlaşması 8

B. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği **9**

C. Eser Sözleşmesinin Yapısına Göre Şekil Şartları **12**

1. Genel Olarak Eser Sözleşmesinde Şekil Serbestisi 12

2. Eser Sözleşmesinde Mevcut Şekil Serbestisinin Karma Yapılı İnşaat Sözleşmelerindeki Görünümü 13

a. Genel Olarak Karma Yapı ve Karma Yapılı İnşaat Sözleşmeleri 13

b. Şekil Serbestisinin Karma Yapılı İnşaat Sözleşmelerindeki Görünümü 15

İKİNCİ BÖLÜM

SONUCA KATILMALI SÖZLEŞMELERE GENEL BAKIŞ 17

§2 - SONUCA KATILMALI SÖZLEŞMELERİN TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ İLE ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMELERİNDEN AYRILAN YANLARI VE SONUCA KATILMAYA İLİŞKİNKANUNDA YER ALAN BAZI DÜZENLEMELER 17

A. Sonuca Katılmalı Sözleşmenin Tanımı ve Unsurları 17

1. Genel Olarak 17

a. Ortaklık Kavramı 17

b. Sonuca Katılma Kavramı 18

2. Sonuca Katılmalı Sözleşmenin Tanımı 19

3. Sonuca Katılmalı Sözleşmenin Unsurları 20

a. Amaç Unsuru 20

b. Sonucun Paylaşılması Unsuru 21

aa. Paylaşımın Şarta Bağlı Olması 21

bb. Paylaşım Oranlarının Belirlenmesi 22

c. Tarafların Anlaşması 23

B. Sonuca Katılmalı Sözleşmenin Hukuki Niteliği ve Adi Ortaklıktan Ayrılan Yanları 23

1. Sonuca Katılmalı Sözleşmenin Hukuki Niteliği 23

a. Borçlandırıcı Sözleşme Niteliği 24

b. Kural Olarak İsimsiz ve Karma Sözleşme Niteliği 24

c. Kural Olarak Tam İki Tarafa Borç Yükleyen (Karşılıklı) Sözleşme Niteliği 27

2. Sonuca Katılmalı Sözleşmenin Adi Ortaklık Sözleşmesinden Ayrılan Yanları 29

C. Sonuca Katılmaya İlişkin Kanunda Yer Alan Bazı Düzenlemeler 31

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ 33

§3- GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ İLE UYGULAMADAKİ GÖRÜNÜMLERİ 33

A. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları 33

1. Genel Olarak 33

2. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı 33

3. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları 35

a. Yüklenicinin Bağımsız Bölümleri İnşa Etmesi ve Bu Bağımsız Bölümlerin Arsa Sahibi Adına Satışını ve Teslimini Sağlama Borçları 35

b. Arsa Sahibinin Üçüncü Kişiye Mülkiyeti Devretme ve Gelirini Paylaşma Borçları 35

c. Tarafların Anlaşması 36

B. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği 36

1. Sonuca Katılmalı Sözleşmelerden Olması 36

2. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerden Olması 37

3. Ani-Sürekli Borç İlişkisi Doğurması 38

4. İsimsiz ve Karma Sözleşme Olması 42

a. Genel Olarak 42

b. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Karma Sözleşme Niteliği 45

C. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinde Uygulanacak Hükümler 54

D. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Uygulamadaki Görünümleri 58

1. Temel (Yalın)Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi 58
2. Asgari (En Az) Gelir Taahhüdü İçeren Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi 58
3. Ayni Paylaşım Şartı İçeren Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi 59

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN KARŞILIKLI HAKLARI VE BORÇLARI İLE ŞEKİL ŞARTLARI 61

§4- GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAKLARI VE BORÇLARI İLE ŞEKİL ŞARTLARI 61

A. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Borçları 61

1. İnşaatı Yapma ve Teslim Borcu 61
2. İnşaatta Mevcut Bağımsız Bölümleri Arsa Sahibini Temsilen ve Onun Adına Pazarlama ve Üçüncü Kişilere Satışını Sağlama Borcu 62
3. Sadakat ve Özen Borcu 64

B. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Borçları 66

1. Arsayı Yükleniciye Teslim Etme Borcu 66
2. Bağımsız Bölümleri Bizzat Satma veya Satışlarına İlişkin Olarak Yükleniciye Temsil Yetkisi Verme Borcu 68
3. Arsa Üzerinde Tasarruf İşlemi Yapmama Borcu 73
4. Bağımsız Bölüm Satışlarından Sağlanan Geliri Payı Oranında Yükleniciyle Paylaşma/Ödeme Borcu 75
5. Bağımsız Bölümlerin Mülkiyetini Üçüncü Kişilere Devretme Borcu 77

C. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinde Şekil ve Sözleşmede Şekle Aykırılığın Sonuçları 80

1. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinde Şekil 80
2. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinde Şekle Aykırılığın Sonuçları 85

a. Genel Olarak 85

b. Şekle Aykırılığın İleri Sürülememesi 87

D. Sözleşmeye İlişkin Bazı Uygulama Noktaları 89

1. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Tapuya Şerh Edilmesi Hususu 89

2. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinde Vergisel Açıdan Değerlendirmeler 92

SONUÇ 99

KAYNAKÇA 103

ÖZET 112

ABSTRACT 113

KISALTMALAR CETVELİ

a. g. m : Adı geçen makale

AÜHFD :Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

b. : bent

B. B : Büyükşehir Belediyesi

BATIDER : Bankacılık ve Ticaret Enstitüsü Dergisi

BK : 818 sayılı Borçlar Kanunu

Bkz., bkz. : Bakınız

BTHAE : Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü

C. : Cilt

dn. : Dipnot

E. : Esas

f. : Fıkra

GVK : 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu

HD. : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İBD : İstanbul Barosu Dergisi

İBK : İçtihadı Birleştirme Kararı

İİK : 2004 sayılı İcra İflas Kanunu

İKİD : İlmi ve Kazâi İçtihatlar Dergisi

İÜHFM :İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K. : Karar

Karş. : Karşılaştırınız

KMK : 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu

m. : Madde

NK : 1512 sayılı Noterlik Kanunu

R. G : Resmi Gazete

s. : Sayfa

S. : Sayı

TK. :2644 sayılı Tapu Kanunu

TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

vb. : ve benzeri

vd. nda : ve devamında

vs. : vesaire

Yar. :Yargıtay

YİBBGK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu

YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YKD. : Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

İnşaat sözleşmelerinin bir şekli olarak uygulamada artış gösteren gelir paylaşımlı inşaat sözleşmeleri[1] ilk olarak Başbakanlık tarafından yayımlanan, "Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Satış, Devir, İntikal, Kiraya Verme, Trampa, Sınırlı Ayni Hak Tesisi ve Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliği"nde düzenlenmiştir.

En temel haliyle GPİS, "yüklenici tarafından, arsa sahibinin arsası üzerinde bağımsız bölümler yapılmasının ve bu bağımsız bölümlerin satışından elde edilecek gelirin taraflar arasında paylaşılmasının kararlaştırıldığı sözleşmedir. " şeklinde tanımlayabiliriz. Günümüzde gelir paylaşımlı inşaat sözleşmeleri ihtiyaca göre 3 farklı şekilde düzenlenip uygulama alanı bulmaktadır. Bunlar, temel (yalın), asgari (en az) gelir taahhüdü içeren ve ayni paylaşım koşulu içeren GPİS olarak adlandırılabilir.

GPİSde, paylaşma borcunun doğumu kural olarak sonuca katılmalı sözleşmelerdeki gibi gelirin elde edilmesi koşuluna bağlı bulunmaktadır. Sözleşme sonuca katılmalı sözleşmelerdendir.

Hâkim, kurulmuş olan karma sözleşme niteliğindeki GPİSde boşluk olması halinde, öncelikle sözleşmeyi oluşturan, somut olaya, yerine ve içeriğine uygun düşen, eser, vekâlet ve adi ortaklık sözleşmelerine ait kuralları kıyasen uygular. Bu kuralların uygulanması çelişki ya da muğlaklık doğuruyorsa, bu sefer de hâkim, TBK genel hükümlerini kullanarak, sözleşmenin amacı ve tarafların karşılıklı iradelerini de göz önüne alarak hakkaniyete uygun olarak karar verecektir. Bu uygulamalarda çözüme yetersiz kalıyor ise kanun boşluğundan bahsedilir. Bu durumda ise hâkim, önce örf ve âdete bakar ve son aşamada bu yeterli olmuyorsa hukuk yaratır. (TMK m. 1/2)

[1] Bundan sonra GPİS olarak ifade edilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT HUKUKU KAPSAMINDA ESER SÖZLEŞMESİ

§1 - ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI İLE HUKUKİ NİTELİĞİNE VE YAPISINA GÖRE ŞEKİL ŞARTLARI

A. Eser Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

1. Genel Olarak

Genel olarak eser sözleşmesine, bedeli karşılığında bir eseri ısmarlayan ile bu eseri meydana getiren arasında oluşturulan tam iki tarafa borç yükleyen bir hukuki ilişkidir diyebiliriz[2]. Eserin meydana getirilmesi olgusu ise "sonuç" olarak kendini göstermektedir. Eser ve eser sözleşmesi, bu özelliği ile günlük hayatımızın birçok alanında ortaya çıkmakta ve en küçüğünden en büyüğüne kadar geniş bir alanda etkili olmaktadır. Örneğin, evimize mutfak dolabı yaptırmamız, bir aile tablosu ya dadiş dolgusu yapılması, eski bir yapının yıkılması, genel olarak bina, köprü, yol vb. yapılması, eser sözleşmelerinin kapsamındadır.

Uygulama alanının genişliğini belirtmeye çalıştığımız eser sözleşmelerinin, yargısal boyutuyla ülkemizden çok rastlanan kısmı ise inşaat işleridir. Bu noktada, eser sözleşmelerinin görünüm türü olarak inşaat sözleşmeleri ve uygulamaları, günün ve sektörün koşullarına göre gelişmeye ve değişmeye devam etmektedir[3].

---

[2] EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2016, s. 583; BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Ankara, 2014, s. 31; DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, Ankara, 2003, s. 6. (Bundan sonra "2003" olarak anılacaktır.)

[3] KURŞAT, Zekeriya, İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2017, s. 4.

2. Eser Sözleşmesinin Tanımı

BK'nun "istisna akti" olarak adlandırdığı eser sözleşmesi, TBK'da "Özel Borç İlişkileri" başlıklı ikinci kısmının, yedinci bölümünde, 470 ile 486. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Sözleşmenin temel halinin tanımı ise TBK m. 470'de; "…, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. " şeklinde yapılmıştır. Doktrinde ise eser sözleşmesinin; "iş sahibinin ödeyeceği ücret karşılığında, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi ve bu eserin teslimini üstlendiği, her iki tarafa borç yükleyen ve haklar veren bir sözleşme" olarak tanımlandığını görmekteyiz[4].

Öncelikle temel halde eser sözleşmesinin konusu olan bir edimden bahsedebilmemiz için bu edimin bir insana yüklenebilmesi ve ortaya çıkarılan sonucun da insanın çabasının ürünü olması şarttır. Dolayısıyla insan çabasının sonucu olmayan, varlığı yahut oluşumu kendiliğinden meydana gelen ya da tabiatsal bir dizi olaylar neticesinde ortaya çıkan sonuçlar eser sözleşmesinin konusu olamaz[5].

---

[4] ERMAN, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2), İstanbul, 1979, s. 9; ARAL, Fahrettin. /AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018, s. 359; DAYINLARLI, (2003), s. 5-6; ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, s. 1. (Bundan sonra "1998" olarak anılacaktır.); OZANOĞLU, Hasan, Seçkin, İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, GÜHFD, Cilt. III, Sayı:1/2, Haziran-Aralık 1999, s. 2 vd.

[5] KURŞAT, Zekeriya, İÜHFM, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 148. (Bundan sonra "2009" olarak anılacaktır.)

3. Eser Sözleşmesinin Unsurları

a. Yüklenicinin Eser Meydana Getirme ve Teslim Borcu Altına Girmesi

Yüklenicinin üstlendiği eseri meydana getirme borcundaki "eser" ifadesi, bugün için, hukuki bütünlükten uzaklaşmamak kaydıyla, hem maddi hem maddi olmayan varlıkları içine almaktadır[6].

Bu noktada, eser sözleşmesi sonunda ortaya konulan eserin, yeni bir oluşum, değişiklik, onarım ya da sona erdirmeyi içerip içermemesinin bir önemi yoktur. Buna karşın, eser sözleşmesinin tamam olabilmesi için, "objektif bir değerlendirmeye tabi olabilecek edim sonucunun" olması ve bu sonucun görülebileceği bir cisme dönüştürülmesi esastır[7].

Taahhüt edilen edim sonucu olarak "eser" kavramı, inşaat sözleşmelerindeki "yapı eseri veya bina" kavramlarından daha geniş kapsamlıdır[8]. Bu nedenle eser sözleşmesinde, yüklenicinin, iş sahibinin yararına borçlandığı ve doğal olarak riskini üstlendiği en öncelikli unsur eserdir ve sözleşmenin tipini belirleyen edim de bu eserin meydana getirilmesidir[9].

---

6 YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2018, s. 530; Geniş yoruma çekince: ÖZ, (1989), s. 7; TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1974, s. 498. (Bundan sonra "1974" olarak anılacaktır.); DAYINLARLI, (2003), s. 9.

7 BECHER, H. , İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku II. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, md. 184-551, Çeviren Suat Dura, Yargıtay Yayınları No:24, s. 588-589; TUNÇOMAĞ, (1974), s. 497-498; SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İSTANBUL, 1977, s. 26; ALTAŞ, Hüseyin, Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. mad. 368), Ankara, 2002, s. 41. (Bundan sonra "2002" olarak anılacaktır.); BÜYÜKAY, s. 33.

8 KURŞAT, s. 6.

9 ALTAŞ, (2002), s. 51; ÖZ, (1989), s. 3; ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002, s. 6.

Dolayısıyla, cismen var olmayan edim sonuçları da sözleşmesinin kapsamına girebilecektir. Örneğin, bir dergi ya da internet emlak sitesinde ilan hazırlamak ve onu basıma ve yayına koymak, satılan ürün için kullanıcılara kılavuz hazırlamak, belirli bir amaçla örneğin icra takipleri için bilgisayar programı geliştirmek ve onu talep eden kişilerin bilgisayarlarına kurmak gibi cisme dönüştürülmüş sonuçlar "eser" kavramına dâhil olabilecektir[10].

Eserin meydana getirilmesi, sadece yeni bir şey yapmayı değil, var olan şeyin onarılmasını, parça eklenmesini, şeklinin değiştirilmesini hatta ortadan kaldırılmasını da ifade etmektedir[11]. Bu kapsamda mühim olan husus, ortaya çıkan sonucun, eskisinden daha değişik yeni bir hukuki varlığa sahip olmasıdır. Örneğin bir kapının ya da pencerenin boyanması, cilalanması, kitabın ciltlenmesi ve basılması, binanın yıkılarak ortadan kaldırılması gibi durumlar eser sözleşmesinin konusu olabilecektir.

Buradaki ayrım, mutlaka eskisinden başka bir (hukuki ve/veya fiili, cisme dönüştürülmüş) sonucun meydana gelmesi olup, sözleşme konusu şeyde bir değişiklik ya da yeni bir oluşum meydana getirmeyen, örneğin salt yer değişimi içeren faaliyetler eser olarak nitelendirilemez[12].

---

[10] EREN, Borçlar Kanununda, eser sözleşmesinden başka edim sonucunu doğrudan öngören bir sözleşme düzenlenmemiştir. Teknik ilerlemelerle "sonuç unsuru" giderek önem kazanmaktadır. Bu nedenle de sürekli olarak maddi bir esas ve dayanağı olmayan sonuç sözleşmelerini de eser sözleşmesine dâhil etmek gerekir. Bkz. EREN, (Özel), s. 591.

[11] ERMAN, (1979), s. 16-17; TUNÇOMAĞ, (1974), s. 500; YAVUZ, s. 531.

[12] KURŞAT, (2009), s. 150.

Düşüncemize göre, eser sözleşmesinin konusunu oluşturduğunu kural olarak belirttiğimiz tüm bu edimler ve sonuçlarını, her somut olayda, olayın ve sözleşmenin koşullarına ve taraf iradelerini de göz önüne tutarak ayrıca değerlendirilmek gerekmektedir.

Eser sözleşmelerinde eserin meydana getirilmesi hususunun dışında, teslime ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme yer almamıştır, fakat iş sahibinin istediği ve yüklenicinin taahhüt ettiği "edim sonucunun", özen yükümü kapsamında yüklenici tarafından iş sahibine teslimi gereklidir[13].

O halde, teslimden kastedilen husus, özellikle ve öncelikle maddi varlığı olan ve sözleşmenin hükümlerine uygun olarak meydana getirilen şeylerin, yüklenici tarafından, iş sahibine yahut yetki verdiği kişiye verilmesi ya da kullanıma hazır halde olduğunun bildirilmesidir. Maddi varlığı olmayan fakat objektif bir değerlendirmeye tabi tutulabilecek olan edimlerin teslimi için ise, bunların kaydedilebildiği, yazılı dökümünün alınabildiği yahut içinde bulunduğu şeyin ya da kabın iş sahibine verilmesi yeterli olacaktır[14].

b. Bedel Unsuru

Eser sözleşmelerinin diğer bir unsuru da, TBK m. 470'deki tanımdan da anlaşılacağı üzere, yüklenicinin meydana getireceği eser karşısında, iş sahibinin ödeyeceği bedeldir. Doktrinde ise bedel ifadesi yerine, yüklenicinin alacağı ücret olarak daha çok kullanılmaktadır[15].

---

13 ŞENOCAK, (2002), s. 6; DAYINLARLI, (2003), s. 35.

14 DAYINLARLI, (2003), s. 13; EREN, (Özel), s. 590.

15 BÜYÜKAY, s. 35.

Bu durumda, bir sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için yüklenicinin eseri bedeli karşılığında meydana getirmesi gerekir. Eser yapımı karşılığında alınacak bedel, para olarak ödenmeyecekse, burada bir vekâlet sözleşmesi ya da karma bir işgörme sözleşmesi olabileceği de düşünülebilir[16]. Bu sözleşmelerde, yüklenicinin eser meydana getirme ediminin karşılığında bir ücret alması, bu sözleşmelerin ivazlı olmasından kaynaklanmaktadır.

Burada konu edilen eser sözleşmesi, basit yapılı yani sadece "para" karşılığı olan sözleşmeler olup, arsa payı karşılığı (kat karşılığı) dediğimiz sözleşmeler ise, karma yapılı sözleşmeler olarak yorumlanmaktadır[17]. Eserin bedeli, TBK m. 480/1 ışığında götürü olarak belirlenebilir.

Bu halde, kural olarak, harcanan emek ve masraf, götürü bedele nazaran az ya da çok olsa bile, taraflarca anlaşılan bedel üzerinden iş tamamlanıp, teslim edilmelidir. Bu kuralın istisnalarını ise, maddenin devamı fıkralarında, koşulları varsa hâkimden "uyarlama" istenebilmesi, bu mümkün olmazsa sözleşmeden "dönme hakkı" tanınması yahut TMK m. 2 gereğine uygun durumlarda, yüklenicinin "fesih hakkını" kullanabilmesi olarak görmekteyiz.

Bu noktada, tarafların sözleşmede yapılacak iş için bir bedel kararlaştırmamaları, bu işin ivazsız olması anlamına gelmez. TBK m. 481'e baktığımızda, eser sözleşmesinin taraflarınca eserin bedelinin önceden belirlenmemiş olduğu veya yaklaşık olarak bir belirleme yapılmış olduğu hallerde taraflar, bedelin ne kadar olduğunda anlaşamazlarsa, bedel, eserin yapıldığı yer ve tarihteki serbest piyasa rayicine göre belirlenecektir.

---

[16] EREN, (Özel), s. 595;TUNÇOMAĞ, (1974), s. 500-501;HATEMİ, Hüseyin. /SEROZAN, Rona. /ARPACI, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölümü, İstanbul, 1992, s. 352; ALTAŞ, (2002), s. 43.

[17] ALTAŞ, (2002), s. 44; ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2010, s. 4. (Bundan sonra "2010" olarak anılacaktır.)

Serbest piyasa rayicinden kastedilen ise eseri meydana getirirken yüklenicinin harcadığı malzeme, işçilik, vergi, her türlü finansman giderinin tamamı ile yüklenicinin emeğine karşılık gelen kâr toplamının eserin yapıldığı yer ve zamandaki değeridir. Bu sebeple TBK m. 481'e göre bedel tespiti gerektiğinde Bayındırlık Bakanlığı birim fiyatlarına göre hesaplama yapılamaz. İvazsız bir sonuç ise ancak tarafların açık ya da yorumla ulaşılabilecek iradeleriyle olabilecek bir sonuçtur[18].

c. Tarafların Anlaşması

Tarafların irade açıklamalarının birbiriyle uyumlu ve birbirinin tam karşılığını oluşturması, eser sözleşmesinin kurulabilmesi için gereklidir. Bu sözleşmenin rızâi nitelikte olmasından kaynaklanır. Taraf irade beyanlarının, sözleşmenin "esaslı" unsurlarını içermesi yeterlidir. TBK m. 1/2'de de yer aldığı üzere, irade beyanlarının açık ve örtülü olmasında sakınca bulunmamaktadır[19].

Ayrıca TBK m. 2/1'e baktığımızda da, esaslı noktalarda anlaşmak sözleşmenin kurulması için yeterli ve gerekli olduğu halde; ikinci derecedeki hususlar, üzerinde durulmamış olması ya da taraflardan biri tarafından sübjektif esaslı bir nokta olarak görüldüğü açıkça belirtmemişse, sözleşmenin kurulmasını engellemeyecektir. Bu durum sadece bir sözleşme boşluğu yaratacak olup, hâkim, oluşan bu boşluğu TBK m. 2/2 çerçevesinde dolduracaktır. Bu halde, ücret ve bir eser meydana getirme unsurları, eser sözleşmesinin objektif olarak esaslı noktalarıdır[20]. Bu hususlar dışındaki noktalar ise, ancak açıkça beyan edilir veya ortaya konulursa sözleşmenin kuruluşu için tarafların üzerinde anlaşması gereken zorunlu şartlar olacaktır. [21]

---

[18]ÖKSÜZ, Nevra, Bedelin Belirlenmesi Kıstası Şerhi, http://www. turkhukuksitesi. com/serh. php

[19] EREN, (Özel), s. 595; ARAL /AYRANCI, (2018), s. 366-367.

[20] ERMAN, (2010), s. 3;YAVUZ, s. 532.

[21] BÜYÜKAY, s. 37; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 16. Bası, İstanbul, 2018, s. 72-73.

B. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Sözleşmenin ivazlı, karşılıklı borç yükleyen, rızâi ve kural olarak ani edimli olması hukuki niteliğini oluşturur[22]. Eser sözleşmesinin kurulmasındaki objektif esaslı unsurlar olan yüklenicinin eseri meydana getirmesi ve bu edimin karşılığında da iş sahibinin bir ivaz/ücret ödemesi bu sözleşmenin ivazlı olmasının doğal sonucudur. Buna karşın, ivazsız olarak bir eser meydana getirilmesinde anlaşılmış olursa, eser sözleşmesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır[23].

Eser sözleşmesinde yüklenicinin ve iş sahibinin borçları, birbirlerinin karşılığını oluşturmaktadır[24]. Bu nedenle sözleşmede aksine bir ifa sırası belirtilmemişse, kanuni bir düzenleme yoksa veyahut da örf ve adet uygulamasında öncelik öngörülmemişse taraflardan hiçbiri öncelikli ifa yükümlüsü değildir.

Genel ilke olarak eser sözleşmeleri de, satış, kira, hizmet, kefalet ve vekâlet sözleşmeleri gibi, kurulmaları ve sonuç doğurmaları için taraflarının sadece birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarının yeterli olduğu sözleşmelerdendir. Bu tarz sözleşmelere ise rızâi sözleşmeler denilmektedir[25].

Zaman yönünden eser sözleşmelerine baktığımızda ise doktrin ve uygulamada ani ya da devamlı borç ilişkisi doğuran bir sözleşme mi olduğu yoksa somut sözleşme ve olaya göre ani-sürekli edim karmaşığı bir yapı mı ihtiva ettiği tartışmaları vardır.

---

[22] EREN, (Özel), s. 584; KARAHASAN, Mustafa, Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku 1, İstanbul, 1997, s. 51 vd; ALTAŞ, (2002), s. 48.

[23] EREN, Fikret, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Seminerden Ayrı Bası, Ankara, 1997, s. 53; ALTAŞ, (2002), s. 49.

[24] EREN, (Özel), s. 585; ARAL/AYRANCI, (2018), s. 359; ALTAŞ, (2002), s. 43; ŞENOCAK, (2002), s. 5.

[25] EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s. 238.

Zaman (ifa süresi) yönünden sözleşme türlerini incelediğimizde, ani, devirli (dönemli-aralıklı) ve sürekli sözleşmeler olarak ayrıldığını görmekteyiz[26]. Ani edim, ifa edilmesi belirli ve sürekli bir zaman dilimini kapsamayan edimdir. Tek seferlik edimdir[27]. Sürekli edim, belirli bir zaman dilimi boyunca ifa edilmesi gereken edimdir ve devirli (dönemli-aralıklı) edim ise belirli aralıklarla tek seferde ifa edilebilen borçlara ilişkin edimdir[28].

Bir borç ilişkisini oluşturan karşılıklı edimlerden birisi sürekli bir edimi içeriyorsa bu borç ilişkisi sürekli borç ilişkisidir[29]. Devirli (dönemli-aralıklı) sözleşmelerde ise borçlunun aralıklı ifası düzenli ya da düzensiz olabilir.

Eser sözleşmesinin ani edimli sözleşme olduğunu kural olarak kabul eden yazarlara[30]ve bizim de katıldığımız bu görüşe göre, sözleşmeyi diğer iş görme sözleşmelerinden farklılaştıran en önemli ayrım, sonucun yüklenicinin sorumluluğunda olmasıdır.

Yüklenici tarafından sonuç sorumluluğunun yerine getirebilmesi için belirli bir süre içinde faaliyette bulunulsa bile, iş sahibi için eserin teslimi önemlidir[31]. Zira bu halde iş sahibi sözleşmeden beklediği yararı elde etmiş olacaktır.

---

[26] EREN, (Genel), s. 213; OĞUZMAN. /ÖZ, (2018), s. 10; ERMAN, (2010), s. 8.

[27] EREN, (Genel), s. 213; OĞUZMAN/ÖZ , (2018), s. 10

[28] EREN, (Genel), s. 213; OĞUZMAN/ÖZ, (2018), s. 112.

[29] OĞUZMAN/ÖZ, (2018), s. 1

[30] EREN, (Özel), s. 587; ALTAŞ, (2002), s. 50; YAVUZ, s. 533; AYAN, Serkan, Yüklenicinin Temerrüdü, s. 45-46**;** ARAL/AYRANCI, (2018), s. 360; ÖZ, (1989), s. 20.

[31] ÖZ, (1989), s. 20; AYAN, s. 45-46**.**

Kanun koyucunun TBK m. 474vd.ndaki düzenlemelerine baktığımızda yüklenicinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinde sözleşmede kararlaştırılan veya o eserde bulunması gerekli niteliklere sahip bir eseri iş sahibine teslim etmesi gerektiği yani yüklenicinin bir sonucu elde etmek için belli bir zaman boyunca faaliyette bulunmasının değil, bu faaliyetin sonunda "belirli bir sonucu" meydana getirmesinin önemli olduğunu görmekteyiz.

Bu minvalde eser sözleşmesi temelde ve kural olarak ani edimli bir sözleşme niteliğinde olmakla birlikte, somut olayın ve yüklenici menfaatinin açık şekilde zarar görmemesi için ve sözleşmede aksi düzenlenmemişse sürekli borç ilişkisine özgü kuralların uygulanabileceği kabul edilmektedir. Keza art arda eser teslimi sözleşmeleri söz konusuysa sürekli edimli oldukları kabul edilebilecektir[32].

Eser sözleşmesinde ani edim-sürekli edim ayrımının en etkili sonuçlarını ise, somut olaya göre sözleşmenin ileriye yönelik mi yoksa geriye etkili mi sona ereceğinin belirlenmesinde görüyoruz[33].

Eser sözleşmesinin sona ermesinde ortaya çıkacak sonuçlar yönünden, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğunun kabulü halinde, ileriye yönelik olarak fesihten; ani edimli bir sözleşme olduğunun kabulü halindeyse geriye etkili olarak dönmeden söz edilecektir[34].

---

[32] ÖZ, (1989), s. 20-21; ALTAŞ, (2002), s. 50.

[33] KARAKURT, GÜMÜŞSOY, Güler, Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İKÜHFD, Cilt 15, S. 1, Armağan Cilt II**,** 2016, s. 794; OĞUZMAN/ÖZ, (2018), s. 10; ÖZ, (1989), s. 24-30; İNAL, Emrehan, Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2011, s. 167.

[34] EREN, (Özel), s. 670; ALTAŞ, (2002), s. 49.

Bu konuya ilişkin olarak 27. 2. 1984 tarihli, 18325 sayılı RG'de yayınlanan YİBBGK'nun 1983/3E;1984/1 K sayılı ve 25.01.1984 tarihli kararında, kural olarak eser sözleşmelerinin ani edimli sözleşmelerden olduğunu belirtmiş, bunun yanında her somut olayı ayrı değerlendirmekle birlikte, inşaat sözleşmelerinin dürüstlük kuralı ve hakkaniyete uygun olma açısıyla "geçici-sürekli karmaşığı" bir özellik taşıdığını kabul etmiştir.

Keza bu minvalde aynı kararda özetle; "müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak TBK m. 106-108 hükümleri çerçevesinde çözülmesi gerekeceğine, ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, TMK m. 2 hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına" karar verilmiştir

Bu karara dayanarak hâkim, somut davada, tarafların menfaatlerini, hakkaniyeti ve edim sonucunun geldiği aşamayı da gözeterek, sözleşme kapsamında, bazen ileriye yönelik bazen de dönmeye karar verebilecektir[35].

C. Eser Sözleşmesinin Yapısına Göre Şekil Şartları

1. Genel Olarak Eser Sözleşmesinde Şekil Serbestisi

TBK m. 12/2'de de düzenlendiği üzere, kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil öncelikle geçerlilik şeklidir[36]. İş bu şekle aykırı ya da uyulmadan akdedilen sözleşmeler ise sonuç doğurmayacaktır.

[35]ÖZ, (1989), s. 19; BÜYÜKAY, s. 46; EREN, (Özel), s. 670; İNAL, (2011), s. 168.

[36]ÖZTÜRK, Muammer/GÖZÜTOK, Zeki, Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması, Ankara, 2018, s. 9.

Ancak kanunda eser sözleşmesi için geçerlilik şekli öngörülmemiştir. Eser sözleşmesi tarafların sözlü anlaşmalarıyla bile kurulabilir. Bu halde, eser sözleşmelerinin geçerliliği, TBK m. 12/1'e uygun olarak sıhhat şekline bağlı değildir[37].

Kanun tarafından şekle bağlı olmayan bu sözleşmenin, tarafların kendi istek ve iradeleriyle şekle bağlı kılınmasında ise bir engel yoktur. Bununla beraber, eğer tarafların sözleşmenin kurulması için iradi olarak belirledikleri bir şekil varsa, bu şekle uyulmaması, sözleşmenin geçersiz olması sonucunu doğuracaktır.

2. Eser Sözleşmesinde Mevcut Şekil Serbestisinin Karma Yapılı İnşaat Sözleşmelerindeki Görünümü

a. Genel Olarak Karma Yapı ve Karma Yapılı İnşaat Sözleşmeleri

Genel nitelikli eser sözleşmesi ve bu kapsamda onun bir görünümü olarak inşaat sözleşmesi, karşılıklı borçları havi sözleşme türleridir. Basit haliyle, inşaat sözleşmesinde, bina yapımı karşılığında sadece para ödenmesi gerekirse, bu sözleşmenin sözlü ya da yazılı olarak yapılmasında bir sakınca olmayacağı gibi resmi şekle de tabi olmayacaktır[38].

Oysa eser sözleşmesinin bir görünümü olan inşaat sözleşmelerinde, ülkemizde gelişen ve değişen koşullara uygun olarak, farklı sözleşme uygulamaları kendini göstermiştir.

[37]BÜYÜKAY, s. 42.

[38]ARAL /AYRANCI, (2018), s. 367; BÜYÜKAY, s. 56-57; EREN, (Özel), s. 596.

Bu uygulamaların en yaygın olarak görüleni ise; yüklenicinin, binayı yapmakla, iş sahibinin de üzerine bina yapılacak arsasından yükleniciye para yerine arsasının belirli paylarının mülkiyetini vermekle yükümlü olduğu kat karşılığı inşaat sözleşmeleridir[39].

Bu sözleşme türünde, yüklenici taraf iş sahibine ait arsa üzerinde bina yapmayı üstlenmekte yani eser meydana getirmektedir. Bunun karşılığında ise, arsa sahibi, yükleniciye, para yerine arsa paylarının tamamının ya da bir kısmının mülkiyetinin devrini gerçekleştirmekte, yani taşınmaz satışı yapmaktadır[40].

Görüleceği üzere, bu sözleşmede hem eser sözleşmesinin özellikleri hem de taşınmaz satım sözleşmesinin özellikleri bir araya gelmektedir. Bu minvalde, birden fazla sözleşmedeki unsurların, kanunda öngörülmemiş şekilde bir araya gelmesiyle oluşan sözleşmelere "karma" sözleşmeler denilmektedir[41].

Karma sözleşmeler, kendisini oluşturan sözleşme türlerinden ayrı olarak bir varlık oluşturmaktadırlar[42]. Örneğin, kat karşılığı inşaat sözleşmesi, hem eser sözleşmesinden hem de taşınmaz satımı sözleşmesinden oluştuğu halde, bu sözleşmeler bağımsız yapılarını koruyamamakta ve bunlara kendi hükümleri uygulanarak da sonuca gidilememektedir.

---

[39] KAYA, Özgür, Kâtip, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İstanbul, 1993, s. 5; ERMAN, (2010), s. 1; ARAT, Ayşe, Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk, 1. Baskı, İstanbul, 2018, s. 71.

[40] AYDEMİR, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2009, s. 33; YAVUZ, s. 577.

[41] ERMAN, (2010), s. 5; ARAL/AYRANCI, (2018), s. 57.

[42] EREN, (Özel), s. 596; OKTAY, Saibe, İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İÜHF, C. LV (55), 1996, s. 276.

Bu kapsamda, karma sözleşmeler, kendisini oluşturan sözleşmelerin ayakta kaldığı ve her bir sözleşmeye kendi hükümlerinin uygulandığı bileşik sözleşmelerden ve kanunda hiç düzenlenmemiş fakat temelini sözleşme serbestliğinden alan sui generis (yapısı kendine özgü) sözleşmelerden ayrılmaktadırlar[43].

b. Şekil Serbestisinin Karma Yapılı İnşaat Sözleşmelerindeki Görünümü

Yukarıda farklılığını vurgulamaya çalıştığımız karma yapılı inşaat sözleşmesinde, bu sözleşmeyi meydana getiren eser sözleşmesi ile taşınmaz satım sözleşmesine uygulanacak hükümler, sözleşmenin geçerlilik şeklini de belirlemektedir. Bu halde arsa sahibinin, taşınmazın bazı paylarının mülkiyetini yükleniciye devretmek edimi resmi şekilde yapılmak zorundadır.

Eser sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tabi değilse de, arsa sahibi yönünden gerçekleşen taşınmaz paylarının devri için resmi şekil, geçerlilik şartı olduğundan, sözleşme resmi şekilde düzenlenmek zorundadır. TBK m. 237/1'de bu durum "Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi şarttır. " şeklinde belirtilmiştir.

Keza TBK m. 237/2'de "Taşınmaz satışı vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri, resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz. " denilmesine karşın, bu sözleşmeler NK m. 60/1-2uyarınca noterler tarafından da yapılabileceğinden, karma yapılı inşaat sözleşmesi olan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin de noterler tarafından re'sen (doğrudan) düzenlenmesi, resmi şekil şartı açısından gerekli ve yeterlidir.

[43] ERMAN, (2010), s. 5-6; KARTAL, Bilal, Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi (I – II – III), Yargıtay Dergisi, 1983, S. 1 – 2, s. 110; ARAL/AYRANCI, (2018), s. 56-60.

Bununla beraber, bu şekilde yapılmış olan bir sözleşmeye getirilecek ek şartlar ya da sözleşmede değiştirilecek maddelerin de yine aynı yol izlenerek, yani resmi şekilde yapılması gerekmektedir[44].

Şekle aykırılığın sonuçlarına ilişkin doktrindeki tartışmalar da dikkate alındığında, şekle aykırılığın TBK m. 12/2' de "Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz. " şeklinde düzenlendiğini görüyoruz. Şekle aykırılığın sonuçlarının kanundaki düzenleniş biçimine ilişkin doktrinde ve yargıda kabul gören geçersizlik şekli kesin hükümsüzlüktür.

Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz. " şeklinde düzenlendiğini görüyoruz. Şekle aykırılığın sonuçlarının kanundaki düzenleniş biçimine ilişkin, doktrinde ve yargıda kabul gören geçersizlik şekli kesin hükümsüzlüktür. [45].

Şekle aykırı bir sözleşmenin kesin hükümsüzlük olmasının sonucu ise, sözleşmenin, başlangıcından itibaren hüküm ve sonuç doğurmayacağıdır. Bu durum yani şekle aykırılık, yargılama sırasında taraflarca ileri sürülmese de yerleşik görüşe göre, kanunun açık hükmü karşısında hâkim re'sen dikkate alacaktır[46].

Buna karşın, somut olayın özelliklerine göre şekil eksikliği iddiası, TMK m. 2'ye göre, dürüstlük kuralına aykırı ve hakkın kötüye kullanımına neden olacaksa ileri sürülemeyecektir[47].

---

[44] ERMAN, (2010), s. 19.

[45] BÜYÜKAY, (2014), s. 62.

[46]ERMAN, (2010), s. 22; BÜYÜKAY, s. 62; ALTAŞ, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998, s. 104.

[47]ERMAN, (2010), s. 24; BÜYÜKAY, s. 64.

İKİNCİ BÖLÜM

SONUCA KATILMALI SÖZLEŞMELERE GENEL BAKIŞ

§2 - SONUCA KATILMALI SÖZLEŞMELERİN TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ İLE ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMELERİNDEN AYRILAN YANLARI VE SONUCA KATILMAYA İLİŞKİN KANUNDA YER ALAN BAZI DÜZENLEMELER

A. Sonuca Katılmalı Sözleşmenin Tanımı ve Unsurları

1. Genel Olarak

Bir sözleşmede, tarafların hedefledikleri "kâr ortaklığı" durumu, hukuki nitelik ve içerik bakımından, "ortaklık" ve "sonuca katılma" şeklinde iki farklı anlama gelebilecektir[48]. Bu halde bu kavramların temel anlamlarını ortaya koymak gerekmektedir.

a. Ortaklık Kavramı

Sonuca katılma, yanılgılı şekilde, birebir "ortaklık" olarak algılanırsa, ortaklık ilişkisindeki tarafların kârdan pay almalarının yanı sıra; zarar halinde bundan da sorumlu olmaları ve bu zarara da katlanmaları gerekeceği hususu göz ardı edilmiş olur[49]. Örneğin, girişimci taraf, projesini gerçekleştirebilmek için finans kaynağı aradığında, bunu ya borç isteyerek ya da projesine ortak bulmak suretiyle yapacaktır. Bu halde, finans sağlayan taraf, ortaklık seçeneğini değerlendirdiğinde, yapılan girişimin karına da zararına da ortak olacağından, aldığı risk, zaman içerisinde işin başarısıyla ters orantılı olabilecektir[50].

---

[48] KUNTALP, Erden, Sonuca Katılmalı Ödünç Sözleşmesi, Ankara, 1980, s. 4.

[49] YENİOCAK, Umut, Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014, s. 112; KUNTALP, Sonuca Katılmalı, s. 5.

[50] KUNTALP, Sonuca Katılmalı, s. 7.

Tarafların ortak amaçları yönünde kurdukları bu hukuki ilişkinin ortaklık olarak kabul edilmesi için, kâr ve zararın tüm ortaklara eşit paylaştırılması gereklidir. Bu husus, TBK m. 623/3'te de dikkate alınmıştır. Yasa koyucu, katılma payı olarak emeğini koyan ortak dışında, zarara katılmamanın kabul görmeyeceğini ve bu tür bir hukuki ilişkinin de "ortaklık"tan sayılamayacağını işaret etmiştir[51].

Bunun yanı sıra, diğer sözleşmelerden farklı olarak, ortaklıktan bahsedebilmek için tüm taraflar için ortak olan bir amacın bulunması gerekliliğini de belirtmek gereklidir[52].

Ortak amaç, menfaat birliği ile karıştırılmamalıdır. Şöyle ki, sonuca katılmalı işlemlerde, tarafların paylaşabilecekleri en yüksek değerli sonucu istemek ve elde etmek hususundaki menfaatleri birdir[53]. Ortaklık hukuki ilişkisinde, ortak amacı tesis ederken, taraflar karşılıklı edimlerini değiştirmezler ya da bir defaya mahsus (ani) bir katılma yükümünde olamazlar[54].

Katılanlar, ortak amaç için birlikte çaba gösterirler yani aynı yönlü edimlerle birlikte hareket ederler. Bu durum, ortaklık ve sonuca katılmalı hukuki ilişkileri birbirinden ayıran önemli bir noktadır.

b. Sonuca Katılma Kavramı

Sonuca katılma, belli bir edim sonucu meydana gelen şeyle, gelirle, maddi bir ürünle veya hasılatsal birikimle ilgili olabilecektir.

---

51 BARLAS, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul, 2016, s. 31.

52 İNAL, (2011), s. 61.

53 İNAL, (2011), s. 62.

54 BARLAS, Adi Ortaklık, s. 43; EREN, (Genel), s. 213.

Bu haliyle, sözleşmedeki kazanım, faaliyeti gerçekleştiren tarafın elde edeceği ve fakat kesin olarak belli olmayan sonuca bağlı olarak ve o sonuçtan pay almak suretiyle kararlaştırılabilir[55]. İşte bu durumlarda, kural olarak sonuca katılmalı hukuki ilişki söz konusu olur.

Sonuca katılmalı sözleşmede en belirgin olan özellik, sonuca katılmayı sağlayabilmek için beklenen sonucun artı değerde ve paylaşılabilir şekilde meydana çıkmasıdır. Eğer sonuç doğmazsa, yani olumlu olarak ortaya çıkmazsa, sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça, katılanın alacağını/payını da etkileyecek ve hatta talep hakkını da engelleyecektir. Bu da onun zararı olacaktır[56].

O halde, sonuca katılmada; katılabilmenin olması için, öncelikle bir şart olarak ortaya çıkan, somut ve paylaşılabilir bir sonuç olmalı ve ortaya çıkan sonucu paylaşma, yani katılma olmalıdır[57].

2. Sonuca Katılmalı Sözleşmenin Tanımı

Sonuca katılmalı sözleşmeye ilişkin en genel tanım: "Başkasına ait ekonomik değeri olan bir ürüne, bu ürünün meydana gelmesinde yardımı bulunan diğer kişinin katıldığı sözleşmedir. " şeklinde verilebilir[58]. Bu tanımı daha belirgin hale getirecek ve sonuca katılmanın unsurlarını yansıtacak şekilde geliştirmek gerekmektedir.

Sonuca katılmalı sözleşme, ortaklık kavramını irdelerken verdiğimiz örnekteki gibi, bir girişimcinin ihtiyaç duyduğu parayı, malı, taşınmazı, emeği ya da ekonomik olarak değerli olan şeyi, karşı taraftan yani katılandan sağladığı, bunun karşılığı olarak da ortaya çıkan sonuçtan katılana pay vermeyi taahhüt ettiği sözleşme türüdür[59].

---

55 İNAL, (2011), s. 6-7.

56 İNAL, (2011), s. 10.

57 İNAL, (2011), s. 14

58 KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara, 1971, s. 74.

59 İNAL, (2011), s. 13.

Burada, sonuca katılan taraf, pay veren tarafa, onun yatırımı için ihtiyacı olan ekonomik girdiyi sağlamakta ve bunun karşılığında da ortaya çıkan sonuçtan, belirleyecekleri oran üzerinden pay almaktadır[60].

3. Sonuca Katılmalı Sözleşmenin Unsurları

a. Amaç Unsuru

Türk Borçlar Hukukundaki genel sözleşme düzenlemelerine baktığımızda, bir girişime ya da ticari faaliyete parasal olarak dâhil olan ve finansman sağlayan ya da taşınır veya taşınmaz gelir sağlayan bir malını bu şekilde kullanıma veren tarafın, sonuca katılmak ve ortaya çıkacak sonuçtan pay almak gibi bir düşüncesi yoksa, karşı tarafla amaç yönünden bütünlük sağlaması ve sonucun artı değerli olarak ortaya çıkması ile mal ya da emeğinin kullanım amacının ne olduğu hususu esaslı bir unsur sayılmayacaktır[61].

Bu halde, taşınır ya da taşınmazını kiralayan, hizmetini sunan veya parasını ödünç veren yönünden işletmeyi kuranın ya da işi yapanın neyi amaçladığı ve sonucunda ortaya çıkacak olan maddi değerin azlığı ya da çokluğu kural olarak önemli olmayacaktır.

Sonuca katılmayı hedeflemeyen taraf için önemli olan, kullanıma verdiği taşınır ya da taşınmaz maldan alacağı kira, yaptığı eserden kazanacağı ücret ile gün sonunda elde edeceği faiz ya da yevmiyesi olacaktır.

---

60 YAVUZ, Nihat, Satış Sözleşmeleri, Ankara, 2016, s. 20.

61 KUNTALP, Sonuca Katılmalı, s. 8-9.

Oysa sonuca katılmalı sözleşmede, katılan taraf için, yaptığı katkının, netice doğuran, artı değerli ve karlı olacak şekilde kullanılması yani "kullanım amacı" tipik bir özelliktir[62]. Burada kastedilen, adi ortaklıktaki "ortak amaç" hususu değildir[63].

Sonuca katılmalı sözleşmede, katılan yönünden, sonucun paylaşılabilir şekilde en yüksek değerde meydana gelebilmesi için "kullanma amacının" bilinmesi ve basit şekilde de olsa belirlenmesi gerekli bir unsurdur. Çünkü kullanım amacının belirlenmesi, hem katılanın karını yani paylaşımının değerini hesaplamakta hem de zaman yönünden bu sonucun beklenmesinin makul süresini saptamak açısından önemlidir[64].

b. Sonucun Paylaşılması Unsuru

aa. Paylaşımın Şarta Bağlı Olması

Sonuca katılma kavramını incelerken, bu kavramın içeriğinin artı değer meydana getiren sonuçtan ve meydana gelen bu artı değerden pay almaktan oluştuğunu belirtmiştik.

O halde, sonuca katılmalı sözleşmelerde paylaşmanın gerçekleşmesinin temel şartı paylaşılacak nitelikte ve artı değerde bir sonucun meydana gelmesidir. Dolayısıyla olmayan bir şey/gelir/mal paylaşılamayacak, keza kural olarak talep de edilemeyecektir.

Sonuca katılmalı sözleşmelerde geciktirici koşula bağlı olan, sonuca katılma veya meydana gelen artı değerin paylaşımı olup, sözleşmenin kurulması ve hükümlerini doğurmaya başlaması değildir[65]. Geciktirici şartın gerçekleşmesi ile katılanın payını talep hakkı ve karşı tarafın da artı değeri paylaşma borcu doğar.

---

62 KUNTALP, Sonuca Katılmalı, s. 9.

63 KARAKURT, GÜMÜŞSOY, Gülden, Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İKÜHFD, 2016, Cilt 15, S. 1, Armağan Cilt II, s. 791.

64 KUNTALP, Sonuca Katılmalı, s. 9.

65 İNAL, (2011), s. 10; KUNTALP, Sonuca Katılmalı, s. 12.

Sonuca katılmalı sözleşmelerin bir diğer özelliği de, katılanın menfaatinin yani sonuçtan elde edeceği oransal değerin düşük ya da yüksek olmasının, yatırımın ya da katılımın yapıldığı faaliyetin sonucunun iyi gitmesine bağlı olmasıdır[66]. Bu halde, katılanın oransal olarak elde etmeyi hesapladığı değerin azlığı ya da çokluğu talih ve tesadüfe bağlı bir nitelik gösterir. Bu minvalde sonuca katılmalı sözleşmelerde sonuç, az çok şans ve rastlantıya bağlı olup, rizikolu sözleşmeler sınıfındadır[67].

bb. Paylaşım Oranlarının Belirlenmesi

Paylaşım oranı, sözleşme serbestisi içerisinde, tarafların iradeleri doğrultusunda ve kendi belirledikleri oranlar üzerinden ya da maktu olarak da kararlaştırılabilir.

Bununla birlikte, katılanın riskini azaltabilmek için, sonuçta ortaya çıkan artı değer ne kadar olursa olsun, alt limitte kar payı belirlenmesi ile asgari kar koruması elde edebileceği şekilde düzenlemeler de yapılabilecektir. Yani, sonuçta paylaşılacak pay ne kadar çıkarsa çıksın, katılan yönünden bir alt limit belirlenebilecek, buna karşın pay veren yönünden de üst limit çizilebilecektir[68].

Taraflar sözleşmelerinde bir oran, alt-üst sınırlar ya da maktu bir değer belirlememişlerse, başvurulacak hüküm, TBK m. 357/2, c. 2'de düzenlenmiş olan ve somut olayın sözleşme yapısına ve taraf iradelerine aykırı olmadıkça ya da başka bir uygulamanın geçerliliği öngörülmemişse, sonuca katılmanın uygulandığı tüm hukuki ilişkilerde ve sözleşmelerde, paylaşım oranının yerel âdete göre belirlenmesi hükmüdür[69].

---

66 KUNTALP, Sonuca Katılmalı, s. 12.

67 OĞUZMAN/ÖZ, (2018), s. 47;

68 KUNTALP, Sonuca Katılmalı, s. 9.

69 İNAL, (2011), s. 130.

c. Tarafların Anlaşması

Tarafların anlaşması yani iradelerinin uygunluğu, TBK m. 1/1'e göre sözleşmenin kurucu unsuru olup, bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların irade açıklamalarının birbirine uygun olması gerekir. Dolayısıyla, taraflar, iradi bir ilişki olan sözleşmeyi kurarken, üzerinde anlaştıkları objektif ve sübjektif esaslı unsurlarla da sözleşmenin türünü ve içeriğini belirlemiş olurlar[70].

Bu unsur, yani sözleşmenin kurulması ve sonuçlarını doğurması için sadece tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının yeterli olması, aynı zamanda sözleşmeyi rızâi sözleşmelerden yapmaktadır[71].

Bu minvalde, esaslı unsurların sözleşmede tam ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde belirli ya da objektif kriterlere bağlı olarak belirlenebilir olması gerekir ki; aksi halde, bu niteliği taşımayan sözleşmenin, anlaşma ve uygunluk noktası bakımından yeterli açıklığı taşımayacağından kurulmuş olduğundan bahsedemeyiz[72].

B. Sonuca Katılmalı Sözleşmenin Hukuki Niteliği ve Adi Ortaklıktan Ayrılan Yanları

1. Sonuca Katılmalı Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Sonuca katılma temelindeki sözleşmeler, birbirinden çok değişik kapsamda ve türde kurulabilirler. Bu şekilde bakıldığında, bu sözleşme türünün hukuki niteliğine ilişkin olarak, şu ya da bu denilerek kesin sınırlar çizilemediğini görmekteyiz.

Buna karşın, tarafımızca bu kısımda, çeşitli görüşlerle birlikte değerlendirilerek sonuca katılmalı sözleşmenin genel çerçeve olarak hukuki niteliği çizilmeye çalışılacaktır.

---

[70] EREN, (Genel), s. 246; YENİOCAK, s. 29.

[71] EREN, (Genel), s. 238.

[72] EREN, (Genel), s. 247.

a. Borçlandırıcı Sözleşme Niteliği

Sonuca katılmalı sözleşmeler en genel kapsamıyla, borçlar hukuku içerisinde, taraflar arasında borç ve alacak ilişkisi kuran borçlandırıcı sözleşmelerdendir. Borçlar hukuku kapsamındaki her sözleşme borç ilişkisi kurmaz, ama her borç sözleşmesi bir borç ilişkisi kurar[73].

Borç sözleşmesinin içeriğini hem borçlandırıcı hem de kazandırıcı işlem oluşturur. Sonuca katılmalı sözleşme de, taraflardan her biri için eş zamanlı olarak hem borçlandırıcı hem de kazandırıcı işlem doğurur.

b. Kural Olarak İsimsiz ve Karma Sözleşme Niteliği

Sözleşmelerin "kanunla düzenlenip düzenlenmemesi" yönünden[74] yapılan ayrıma göre; bir kısım sözleşmeler, ya borçlar kanununun özel borç ilişkileri bölümünde ya da ilgili sözleşmeye özel çıkarılan bir kanun tarafından düzenlenmiştir. Bu şekilde düzenlenen sözleşmelere isimli sözleşmeler denir.

Diğer bir kısım sözleşmeler ise, ne borçlar kanununun özel borç ilişkileri bölümünde ne de kendine ait özel bir mevzuat ya da özel bir kanun tarafından düzenlenmemiştir. Bunlara da isimsiz sözleşmeler denir[75].

Bir sözleşmenin isimli sözleşme sayılabilmesi için de sadece isim olarak kanunda yer alması yeterli olmayacaktır. Bu kapsamda, sözleşmenin içeriğini ve tipini belirleyen esaslı unsurlar da kanunda düzenlenmiş ve somut sözleşme ilişkisinin esaslı noktalarıyla uyuşuyorsa isimli sözleşme diyebiliriz[76].

---

73 EREN, (Genel), s. 206; YENİOCAK, s. 30.

74 EREN, (Genel), s. 207; OKTAY, s. 264-265.

75 Tüm paragraf yönünden; EREN, Fikret, İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul, 2008, s. 85-86; OKTAY, s. 264-265; OĞUZMAN/ÖZ, (2018), s. 47; EREN, (Genel), s. 207; ARAL /AYRANCI, (2018), s. 53; YAVUZ, s. 13.

76 OKTAY, s. 265; YENİOCAK, s. 35; İNAL, (2011), s. 171.

Buna karşın, sözleşmenin esaslı unsurları dışında kalan noktalardaki düzenlemelerin sözleşmenin isimli-isimsiz olarak ayrılmasında bir önemi yoktur[77].

Taraflar, isimsiz sözleşme kurabilmelerinin dayanağını TBK m. 26'da ifade edilen sözleşme özgürlüğünden almakta ve bu hüküm çerçevesinde bağımsız iradeleri ile bu tarz sözleşme ilişkileri kurarak, kanunda düzenlenmemiş sözleşme tipleri yaratabilmektedirler[78].

Genel olarak isimsiz sözleşme yaratabilmenin de sınırları, sözleşmenin konusunun kanuna, ahlâka ve kamu düzenine aykırı olmaması ve konusunun da imkânsız olmamasıdır. Doktrinde ve içtihatlarda isimsiz sözleşmelerin "karma, sui generis ve birleşik (mürekkep)" olmak üzere üçe ayrılması konusunda görüş ayrılığı bulunmamaktadır.

Birbirinden hukuken bağımsız ve farklı iki veya daha fazla sözleşmenin, esaslarını değiştirmeksizin, ekonomik fonksiyon itibariyle birbirine bağlanması olan birleşik sözleşmeler de doktrinde, genel olarak bu sınıflandırmada yer alarak, isimsiz sözleşme çeşidi olarak incelenmektedir[79].

Tez konumuz kapsamında, karma sözleşmeler ise isimli sözleşmelere ait asli unsurların bir veya bir kaçının, kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya gelmesiyle oluşan sözleşme tipleridir[80].

---

77 OKTAY, s. 265.

78 EREN, (Genel), s. 207; OKTAY, s. 263.

79 EREN, (Genel), s. 208; ARAL/AYRANCI, (2018), s. 60; SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 2. Bası, İstanbul, 1998, s. 54 vd.

80 EREN, (Genel), s. 207; OKTAY, s. 273; EREN, İsimsiz Sözleşmeler, s. 91-92;YENİOCAK, s. 37.

Karma yapıda bir sözleşmenin olabilmesi için farklı sözleşmelere ait unsurlar birbiriyle öyle sıkı bir karışma ve kaynaşma içinde olmalıdır ki ortaya çıkan yeni sözleşme, kanunda düzenlenen her hangi bir tür altına girmemelidir[81]. Karma sözleşmeler, kendi içinde, edim yükümlülüğünün taraflara yüklenme şekline ve karakterine göre de üçe ayrılmıştır.

Bunlar; tarafların karşılıklı olarak yasada düzenlenmiş olan iki isimli sözleşmenin asli edimlerini, kanunda öngörülmeyen şekilde yüklenmeleriyle meydana getirdikleri "çift tipli" karma sözleşmeler, taraflardan birinin ya da her ikisinin de çeşitli sözleşmelere ait birden fazla ana edimi yüklenmesi ile oluşan "birleşik (kombine) tipli" karma sözleşmeler ve tarafların ikisinin de temel yükümü bağdaşık nitelikte olmasına rağmen, farklı sözleşme çeşitlerine ait unsurları taşımaları ve bunların birbirine eklemlenmesiyle oluşan "eklemli karma tipli"(çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurların karıştığı) sözleşmelerdir[82].

Bununla birlikte, bazı yazarlar bu üç ayrıma ek olarak, kendisine yabancı ikinci derecede edimleri içeren karma sözleşme ayrımını da yapmışlardır[83].

Sonuca katılmalı sözleşmelere baktığımızda, sonuca katılan taraf, karşı tarafın yatırımı/faaliyeti için ihtiyacı olan ekonomik girdiyi (para, taşınır-taşınmaz mal, emek vs) sağlamakta ve bunun karşılığında da pay veren taraf, ortaya çıkan sonuçtan belli bir oran üzerinden katılana pay vermektedir.

---

81 OKTAY, s. 274.

82 EREN, İsimsiz Sözleşmeler, s. 92-94; ARAL/AYRANCI, (2018), s. 59

83 YAVUZ, s. 14; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/I, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş, 6. Tıpkı Basım, İstanbul, 2008, s. 69 vd; YENİOCAK, s. 38; ARAL/AYRANCI, (2018), s. 59.

Sonuca katılmalı sözleşmelerde paylaşma borcu bulunan taraf, aksi kararlaştırılmadıkça, en iyi değerli artı sonucun elde edilmesi yönünde çalışma, çabalama veya en azından artı değerin ortaya çıkmasına engel olmama yükümü altındadır. Bu durumu TBK m. 364 kapsamında görebileceğimiz gibi hayatın ve işin olağan akışı da bunu zorunlu kılmaktadır. Bu yönüyle sonuca katılmalı sözleşme, paylaşma borcunun yanında, tarafa bir de iş görme borcu yüklemekte ve bünyesinde bu iş görme sözleşmesinin özelliklerini de barındırmaktadır[84].

Bu durumda bu sözleşmeler, kanunla düzenlenip düzenlenmemeleri yönünden kural olarak, isimsiz sözleşme yapısı içerisindedirler ve kanunun değişik sözleşme çeşitleri için istediği unsurların, kanunun düzenlemediği şekilde bütünleşmesiyle oluşan karma sözleşmelerdendir[85].

c. Kural Olarak Tam İki Tarafa Borç Yükleyen (Karşılıklı) Sözleşme Niteliği

Sonuca katılmalı sözleşmeyi "edim ilişkisine" göre sınıflandırmak gerektiğinde, ortaya üç temel görüş çıkmaktadır[86]. Bunlar: Karşılıklı sözleşme, ortaklık benzeri sözleşme[87] ve karma (karşılıklı sözleşme ve ortaklık sözleşmesi karışımı) sözleşmedir[88].

---

84 İNAL, (2011), s. 155.

85 İNAL, (2011), s. 193-194; YENİOCAK, s. 40.

86 İNAL, (2011), s. 85.

87 "Gerçekten bazı hukuki işlemler, hem değişim sözleşmesini hem de ortaklık sözleşmesini andırmakta ve bunları ifade etmek üzere "ortaklık benzeri hukuki ilişkiler" ifadesi kullanılmaktadır. . . Ancak belirtmek gerekir ki, ortaklık benzeri sözleşme ifadesini kullanan yazarlar da, bu sözleşmelerin kural olarak karşılıklı sözleşme olduğunu inkâr etmemektedirler. " İNAL, (2011), s. 90.

88 Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarda da, taraflar arasındaki yoğun güven ilişkisine ve menfaat birliğine dayanarak sözleşmenin karma sözleşme olduğunu kabul etmiştir. Örneğin "…Sözleşmenin içeriği itibariyle hukuki nitelikçe tapuda kayıtlı taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesini amaçlayan satış vaadi, eser yapma vaadi, adi ortaklık sözleşmelerinin birbirinden ayrılmayacak şekilde unsurlarını ihtiva eden, birinin diğerine üstün egemenliği bulunmayan karma tipli bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır". Yar. 13. HD. 'nin 22. 11. 1996 tarih ve E. 1996/8841, K. 1996/10366 sayılı kararı (K. İ. B.) için bkz. İNAL, (2011), s. 92-93, dn. 354.

Bu konudaki baskın görüş ise, sonuca katılmalı sözleşmelerin, tam iki taraflı (sinallagmatik) sözleşme veya başka bir adlandırmayla değişim sözleşmesi olduğudur[89].

Buna göre, sonuca katılmalı sözleşmelere baktığımızda, katılan taraf, karşı tarafın yatırımı/faaliyeti için ihtiyacı olan ekonomik girdiyi (para, taşınır-taşınmaz mal, emek. . vs) sağlama ve bunun karşılığında da pay veren taraf, ortaya çıkan sonuçtan, belli bir oran üzerinden katılana pay verme yani paylaşım borcu altına girmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, sonuca katılmalı sözleşmede paylaşım şarta bağlıdır. Paylaşımın olması için de sonucun artı değerde ortaya çıkması gereklidir. Şarta bağlı edim olması ve sonuca katılmanın kararlaştırılması, sözleşmenin karşılıklı sözleşme niteliğini etkilemez[90].

Dolayısıyla bu sözleşmeler, tam iki tarafa borç yükleyen yani edimlerin karşılıklı değişim içerisinde olduğu sözleşmelerdir ve bu nitelemeden dolayı, tarafların karşılıklı edimleri "katılım payı" olarak değerlendirilemez[91].

Şunu da belirtmek gerekir ki, somut duruma göre, sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu nitelendirmesini yaparken tarafların iradelerini ve karşılıklı olarak edimlerinin ilişkisini doğru yorumlamak önemli ve gereklidir[92].

---

89 KUNTALP, Karışık Muhteva, s. 75; İNAL, (2011), s. 87; YENİOCAK, s. 34.

90 İNAL, (2011), s. 87; YENİOCAK, s. 33.

91 KUNTALP, Karışık Muhteva, s. 75.

92 KUNTALP, Sonuca Katılmalı, s. 15; YENİOCAK, s. 33.

2. Sonuca Katılmalı Sözleşmenin Adi Ortaklık Sözleşmesinden Ayrılan Yanları

Sonuca katılmalı sözleşmeyi "edim ilişkisine" göre sınıflandırdığımızda, ortaklık benzeri veya karma sözleşme değil, karşılıklı sözleşme olduğu yönünde hâkim görüş kabul gördüğünden, bu sözleşmenin adi ortaklıktan ayrılan ve dolayısıyla ortaya çıkan çok farklı sonuçları olacaktır.

Sonuca katılma ve ortaklık kavramlarını incelerken, bu iki kavramın içeriğindeki ortak amaç, menfaat birliği, birlikte çaba, kâra ve zarara katılma, veya katılmama edimlerin karşılıklılık ilişkisi içinde olup, olmadıkları şeklindeki yönlerine dikkat çekmiştik.

Bu ayrımları kısaca belirtmekte yarar görüyoruz, çünkü ilişkinin hüküm ve sonuçları, sonuca katılmalı sözleşme mi adi ortaklık sözleşmesi mi olduğuna göre değişecektir.

Öncelikle bir sözleşmenin adi ortaklık olarak adlandırılması durumunda katılan taraf ortak sıfatını kazanacağından, kâra katıldığı gibi zarara da katlanmak durumuyla karşılaşabilecektir[93]. Adi ortaklık ile sonuca katılmalı sözleşme ayrımının önemli ölçütlerinden biri olan bu husus, TBK m. 623'te açıkça düzenlenmiştir.

Adi ortaklıkta katılım payı taahhüt eden ortak, bu edimini gerektiği gibi ifa etmediğinde TBK m. 117 çerçevesinde temerrüde düşecek olup, kendisinden açılacak dava ile aynen ifa talep edilebileceği gibi hakkında sözleşme kapsamında bağıtlanmış özel müeyyideler de uygulanabilecektir[94].

---

93 KUNTALP, Sonuca Katılmalı, s. 15; BARLAS, Adi Ortaklık, s. 29-31.

94 BARLAS, Adi Ortaklık, s. 57.

Buna karşın, adi ortaklık, edim ilişkisine göre karşılıklı sözleşmelerden olmadığından, "Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde" başlığı altında düzenlenen TBK m. 123-126 kapsamındaki hükümler temerrüde düşen ortak hakkında uygulanamayacaktır[95].

Sonuca katılmalı sözleşmelerde ise iş bu temerrüt hükümleri, sözleşmenin içeriğine ve yapısına uygun olduğu sürece uygulanabilecektir. Sonuca katılmalı sözleşmeleri, adi ortaklıktan ayıran önemli unsurlardan biri de ortak amaç için birlikte çaba göstermektir.

Kuşkusuz, adi ortaklık içerisindeki bu unsur, taraflar açısından kaçınılmaz bir yükümlülük olup, ortaklar için geçerli olan rekabet yasağının ve denetleme hakkının da kaynağını oluştururlar[96].

Bu açıdan karşılaştırıldığında da sonuca katılmalı bir sözleşmede taraflar arasında TBK m. 626'dan kaynaklanan bir rekabet yasağı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, karşılıklı sözleşmelerde, asıl olan yükümlülüklerden biri de karşı tarafın zarardan korunması olduğundan, TMK m. 2 kapsamında bu yükümlülük de rekabet yasağıyla aynı görevi ifa edebilecektir[97].

Sonuca katılmalı sözleşmede ortaya çıkan artı değer yani ekonomik olarak değerli sonuçtan edinilecek payın talebi katılan için bir alacak hakkı olup, ortaklık hukuku kapsamında katılanın, elde edilen mal varlığı değerleri üzerinde TBK m. 638 hükmü gereği bir elbirliği mülkiyeti doğurmamaktadır[98].

---

95 BARLAS, Adi Ortaklık, s. 58.

96 BARLAS, Adi Ortaklık, s. 43.

97 İNAL, (2011), s. 131.

98 İNAL, (2011), s. 89.

Sonuca katılmalı bir sözleşmede, tarafların birbirine karşı olan sorumluluğu, sorumluluk ve giderim borcunu kapsayan TBK m. 112 vd. hükümlerine tabi olup, adi ortaklıktaki özen borcunu düzenleyen TBK m. 628 hükmü burada uygulanmayacaktır[99].

Adi ortaklıktan farklı olarak katılan, ortak sıfatını almadığından ve şirketsel ilişki içinde de bulunmadığından, sözleşmeden, haksız fiilden ya da kanundan kaynaklanan şekilde, 3. kişilere karşı sınırsız ve müteselsilen sorumlu olmayacaktır[100]. Sonuca katılmalı sözleşmelerde, katılanın konumu ve ilişkinin niteliği gereği TBK m. 634 kapsamında bir tasfiye işlemi de gerçekleşmeyecektir.

C. Sonuca Katılmaya İlişkin Kanunda Yer Alan Bazı Düzenlemeler

Sonuca katılma, Türk Borçlar Kanununda, açıkça ve tek başına bir tür olarak düzenlenmiş olmasa da, sözleşme serbestisi gereği, taraflar kendilerine uygun ve menfaatlerini tatmin ettiği şekilde sonuca katılmalı sözleşmeler akdedebileceklerdir.

Sonuca katılmayı belirli sözleşme türleriyle ve yapılarıyla sınırlandırmak doğru olmayacaktır, çünkü doğacak artı değerli bir sonucu paylaşmanın mümkün olduğu tüm ivazlı sözleşmeler bakımından sonuca katılma düzenlemesi yapılabilir[101].

Borçlar Kanunu, sonuca katılma sözleşmelerine ilişkin esaslı unsurları sözleşmeler bakımından ayrı ayrı düzenlememiş olsa da, kanunda, bazı sözleşmeler bakımından sonuca katılmaya ilişkin hükümler yer almaktadır.

Bu sözleşmeleri, TBK m. 357/2'de düzenlenmiş olan ürün kirasının bir türü olan katılmalı kira sözleşmesi; TBK m. 403'te düzenlenmiş olan, işçiye, işin sonucunda meydana gelen kazançtan pay verilmesinin yolunu açan hizmet sözleşmesi ve TBK m. 497/2'de yer bulan yayım (neşir) sözleşmesi olarak sıralayabiliriz.

---

[99] İNAL, (2011), s. 89.

[100] KUNTALP, Sonuca Katılmalı, s. 15; İNAL, (2011), s. 89.

[101] İNAL, (2011), s. 8.

Bunların yanında, TBK m. 521/1'de düzenlenen simsarlık sözleşmesinde, "hak etme zamanı" başlığı altında, simsarın ancak yaptığı faaliyet sonucunda sözleşme kurulursa ücrete hak kazanacağı düzenlenmiştir.

Keza, TBK m. 539'da yer alan komisyon sözleşmesinde komisyoncu ve TTK m. 114'te mevcut acentelik sözleşmesinde de acente kural olarak olumlu sonucun gerçekleşmesi halinde ücretini tahsil edebilecektir. Genellikle uygulamada bu ücretin, başarılı sonuçtan pay alma, yani sonuca katılma şeklinde kararlaştırıldığı görülmektedir[102].

[102] İNAL, (2011), s. 7-8.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

§3- GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ İLE UYGULAMADAKİ GÖRÜNÜMLERİ

A. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

1. Genel Olarak

Birinci bölümde eser sözleşmesinin tanımını, hukuki niteliğini ve eser sözleşmesinin bir görünümü olan inşaat sözleşmelerinin yapısını inceledik. Akabinde, sonuca katılmalı sözleşmeler ve özelliklerine değindik. Bu bölümde ise, gelişen inşaat sektörüne bağlı olarak, uygulamasında artış gördüğümüz inşaat sözleşmesinin sonuca katılmalı olarak düzenlendiği GPİSni[103]inceleyeceğiz.

2. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı

İnşaat sözleşmelerinin bir türü olarak uygulamada artış gösteren gelir paylaşımlı inşaat sözleşmeleri ilk olarak Başbakanlık tarafından yayımlanan, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Satış, Devir, İntikal, Kiraya Verme, Trampa, Sınırlı Ayni Hak Tesisi ve Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4/1-ç maddesinde arsa satışı karşılığı gelir paylaşımı; "Gelirin, şartnamede tanımlanması kaydıyla, İdarenin maliki bulunduğu arazi ve/veya arsada, İdarenin uygun göreceği proje uyarınca, müteahhidin proje maliyetinin tamamını karşılayacağı inşaat veya inşaatların bölümlerinin satışından sağlanacak gelirin, sözleşmede belirlenen esaslara göre İdare ve yüklenici arasında paylaşılmasını ifade eder. " şeklinde tanımlanmıştır.

[103] Çalışmamızda kullanılan terim için bkz. İnal, (2011), s. 142; "Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi" ifadesi için YENİOCAK, s. 21.

Her ne kadar yönetmelikte "arsa satışı karşılığı gelir paylaşımı sözleşmesi" terimi kullanılsa da GPİSde, arsanın maliki tarafından, yükleniciye ya da sözleşme dışı 3. kişilere arsa payı satışı yapılmamakta, belirli arsa paylarının mülkiyeti devredilmemektedir. Sözleşmenin tarafı olan yüklenici tarafından arsa üzerinde yapılan yapılarda, KMK kapsamındaki bağımsız bölümlerin satışı ve mülkiyetinin alıcı olan 3. kişilere devri gerçekleştirilmektedir[104].

Buna göre, en temel haliyle GPİSi, "yüklenici tarafından, arsa sahibinin arsası üzerinde bağımsız bölümler yapılmasının ve bu bağımsız bölümlerin satışından elde edilecek gelirin taraflar arasında paylaşılmasının kararlaştırıldığı sözleşmedir. " şeklinde tanımlayabiliriz[105].

[104] CURA, Arif /SÜTÇÜ, Mustafa, Nezih, Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı Sözleşmesinde Şekil, (Çevrimiçi), http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1409.htm, 20. 12. 2011. (Bundan sonra "CURA/SÜTÇÜ, Makale" olarak anılacaktır.)

[105] İNAL, (2011), s. 149-150; KURŞAT, s. 9; YENİOCAK, s. 25; ARAT, s. 192; YAVUZ, s. 592; DUMAN, İlker, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir?, Ankara, 2018, s. 81 (Bundan sonra "Düzenlenme" olarak anılacaktır.); YELMEN, Adem, Asgari Gelir Taahhüdü İhtiva Eden Arsa Payı Karşılığı Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2018, s. 29-31.

3. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları

a. Yüklenicinin Bağımsız Bölümleri İnşa Etmesi ve Bu Bağımsız Bölümlerin Arsa Sahibi Adına Satışını ve Teslimini Sağlama Borçları

Bu sözleşmede yüklenicinin borcu, arsa üzerine, projede anlaşılan binayı yapmak ve aksi kararlaştırılmadıkça bu binanın bağımsız bölümlerini arsa sahibinin verdiği yetki üzerine pazarlamasını da yaparak satmak ve alan üçüncü kişilere teslimini sağlamaktır[106]. Arsa payı/kat karşılığı sözleşmeden farklı olarak yüklenici bu sözleşmede yaptığı bağımsız bölümlerin satışına aracılık etmeyi de borçlanmaktadır[107].

b. Arsa Sahibinin Üçüncü Kişiye Mülkiyeti Devretme ve Gelirini Paylaşma Borçları

Bu sözleşmenin, arsa payı/kat karşılığı inşaat sözleşmesinden ayrılan bir yönü ve kendine özgü bir unsuru da arsa sahibinin, yükleniciye ya da sözleşme dışı 3. kişilere arsa satışı yapmaması yani belirli arsa paylarının mülkiyetini devretme borcu altına girmemesidir. Bu sözleşme ile arsa sahibi, üzerinde imar mevzuatına uygun inşaat yapılabilecek arsayı yükleniciye teslim etme ve yapılacak bağımsız bölümlerin satışından doğacak geliri paylaşma borcu altına girmektedir[108].

Bu noktada arsa sahibinin yapılan bağımsız bölümlerin mülkiyetini üçüncü kişilere devretme vaadi esaslı bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü sözleşmede sonuca katılma noktasında paylaşılacak bir gelirin olması için bağımsız bölümlerin mülkiyetlerinin alıcılara devri şarttır.

---

[106] YAVUZ, s. 592; ERMAN, (2010), s. 2-3; YENİOCAK, s. 28; İNAL, (2011), s. 141-142.

[107] YENİOCAK, s. 28; İNAL, (2011), s. 155;YAVUZ, s. 592-593.

[108] YAVUZ, s. 592; ERMAN, (2010), s. 2-3; YENİOCAK, s. 28

Arsa sahibinin bu taahhüdü yükleniciye karşı yapılmaktadır[109]. Yani arsa sahibi bir gelir doğmasını ve bunun paylaşılmasını arzu ediyorsa ya kendisi satışı gerçekleştirecek ya da satışı gerçekleştirmek üzere yükleniciye temsil yetkisi vermesi gerekecektir[110].

c. Tarafların Anlaşması

Sözleşmenin kurulmuş kabul edilebilmesi için tarafların üzerinde tartıştıkları veya bir taraflardan birinin sözleşmede olmasını istediği tüm hususlarda, açık veya örtülü olduğunun önemi olmaksızın, irade beyanlarının birbirine uygun ve objektif olarak esaslı noktaları da kapsaması gerekli ve yeterlidir[111]. Borçlandırıcı sözleşmelerden olan GPİSde bunun doğal sonucu olarak iradi bir borç ilişkisi kurulur ve bunun sonucunda da borç ve alacak doğar[112].

B. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

1. Sonuca Katılmalı Sözleşmelerden Olması

İkinci bölümde incelediğimiz sonuca katılmalı sözleşme, başkasına ait ekonomik değeri olan bir ürüne, bu ürünün ortaya çıkarılmasında yardımı bulunan diğer kişinin katıldığı sözleşmedir[113].

Keza sonuca katılmalı sözleşmelerin kuruluşunun değil ama paylaşım yapılabilmesinin sonucun artı değerli olarak ortaya çıkmasına, yani şarta bağlı, rizikolu bir sözleşme olduğunu da belirtmiştik[114].

---

[109] YENİOCAK, s. 28.

[110] İNAL, (2011), s. 155.

[111] OĞUZMAN/ÖZ, (2018), s. 72; YENİOCAK, s. 29; ARAL/AYRANCI, (2018), s. 366-367.

[112] EREN, (Genel), s. 206.

[113] Bkz. Yukarıda İkinci Bölüm, II, A, 2.

[114] İNAL, (2011), s. 14.

Bu bağlamda, GPİS hukuki niteliği itibariyle sonuca katılmalı bir sözleşme türüdür[115]. GPİSde de sözleşmenin ve dolayısıyla sözleşmeden doğan borçların doğumu herhangi bir koşula bağlı değildir. Koşula bağlı olan sadece gelir paylaşma borcuna ilişkindir.

Başka bir anlatımla, GPİSde de, paylaşma borcunun doğumu kural olarak sonuca katılmalı sözleşmelerdeki gibi gelirin elde edilmesi koşuluna bağlı bulunmaktadır, buna karşın geliri sağlayacak olan satışın arsa sahibi ya da yetkili yüklenici tarafından yapılması arasında bir fark yoktur[116].

2. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerden Olması

Bu sözleşmeler, sinallagmatik, yani edimlerin karşılıklı değişim içerisinde olduğu sözleşmelerdir ve bu nitelemeden dolayı, tarafların karşılıklı edimleri "katılım payı" olarak değerlendirilemez[117].

Sinallagmatik (karşılıklı) olan GPİS, ikinci bölümde detaylandırdığımız üzere, ortaklarının arasında sadece alacaklı, borçlu ilişkisi değil, bir düzenleme ve şahıs birliği de olan adi ortaklık sözleşmesinden ortak bir amaca yönelmesi noktasında da ayrılır[118]. Çünkü sinallagmatik olan bu sözleşmede edimlerin karşılıklı olarak değiştirilmesine karşın, adi ortaklıkta ortak amacı gerçekleştirmeye yarayacak edimler (katılma payları) değiştirilmez, fakat birleştirilir[119].

---

[115] İNAL, (2011), s. 165; YAVUZ, s. 594.

[116] İNAL, (2011), s. 150.

[117] KUNTALP, Karışık Muhteva, s. 75; ARAT, s. 194.

[118] YENİOCAK, s. 31-32; ERMAN, (2010), s. 4; YAVUZ, s. 594; İNAL, (2011), s. 165-166.

[119] KUNTALP, Karışık Muhteva, s. 72-73; EREN, (Genel), s. 213.

Karşılıklı edimleri içeren bu sözleşmede tarafların değişim ilişkisi içinde olan bu edimlerin nihai hedefi gelir elde etmek olup, bu da sözleşmenin ivazlı olma yönünü oluşturmaktadır[120]. İvazlı olmasının en önemli sonucu ise, TBK m. 114 kapsamında sözleşmede borçlunun da yarar sağlamasından dolayı sorumluluğunda hafifleme olmamasıdır[121].

3. Ani-Sürekli Borç İlişkisi Doğurması

GPİSin yapısında mevcut olan isimli ve fakat birden fazla sözleşmeye ilişkin özellikler ile edimlerin taraflarca ifa edilme zamanları, bu sözleşme çeşidinin, ani, sürekli ya da dönemsel edimli olup olmadığını belirlemektedir. Sözleşmede zaman yönünden yapılan bu ayrım, gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmesinde hiç de kolay ve net şekilde ortaya konulamamış ve birbirinden farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

GPİS, para karşılığı bir inşaat yapılması ve teslim edilmesine ilişkin salt eser sözleşmesinin konusundan farklıdır. Unsurlarında da bahsettiğimiz üzere, bu sözleşme türü bir inşaat yapmanın yanında bağımsız bölümlerin pazarlanması ve satılması olmak üzere bir iş görme edimini de içermektedir[122].

Bu kapsamda GPİSin yapısında mevcut olan isimli ve fakat birden fazla sözleşmeye ilişkin özelliklere baktığımızda, öncelikle TBKm. 470 vd. nda düzenlenen eser sözleşmesini, yani yüklenicinin eser meydana getirmesi yükümlülüğünü görüyoruz[123].

---

[120] YELMEN, s. 74; EREN, (Genel), s. 241; İNAN, Naim, Ali, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ders Kitabı), 3. Bası, Ankara, 1984, s. 154.

[121] EREN, (Genel), s. 241

[122] İNAL, (2011), s. 168.

[123] Bkz. Birinci Bölüm, 1, A, 3, a; CURA/SÜTÇÜ, Makale, s. 1.

Yüklenicinin, eser sözleşmesi kapsamında, edim yükümünün içeriğine göre yaptığı iş ve işlemler arsa sahibini temsilen gerçekleştirilmekte olup, iş görme faaliyeti kapsamındaki bu faaliyetleri deTBK m. 502 vd. nda düzenlenen vekalet sözleşmesi düzenlemesi içeriğinde değerlendirebiliriz[124].

Bunun yanında, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinin sonuca katılmalı sözleşmelerden olma noktasında, yüklenicinin yaptığı bağımsız bölümleri pazarlama ve satış faaliyetlerinde bulunması ise taşınmaz simsarlığı kapsamında olup, TBK m. 520/2 ye binaen de bu hususlara vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanabilecektir[125].

Bu açıklamalar ışığında, eser sözleşmesinin bir türü olan GPİSde müteahhitin meydana getirdiği bağımsız bölümleri satışı her ne kadar ani bir edim olsa da, emeğe ve zamana yayılan bağımsız bölümlerin pazarlaması ve satışları için gerekli çalışmayı yapması ve faaliyetlerde bulunması ise sürekli edim teşkil edecektir[126]. Ayrıca sözleşmenin sonuca katılma niteliği olan arsa sahibinin gelir paylaşması borcu aralıklı-dönemsel ve mülkiyeti devir borcu ise ani edimdir[127].

Bu tespitlerde de görüleceği üzere GPİSde hem ani hem dönemsel hem de sürekli edimler, aktif ve içiçe geçmiş şekilde ortaya çıkmaktadırlar[128].

[124] ARAL/AYRANCI, (2018), s. 51; YELMEN, s. 77;

[125] İNAL, (2011), s. 208; YELMEN, s. 38; YENİOCAK, s. 53.

[126] İNAL, (2011), s. 169-170; YELMEN, s. 75; YENİOCAK, s. 52-53.

[127] YENİOCAK, s. 49.

[128] YELMEN, s. 76-77.

Bu durum değerlendirildiğinde kanaatimizce, bu sözleşme türüne ne salt sürekli ne de salt ani edimli sözleşme denilebilecektir. Çünkü bu edim şekillerinden sadece birinin kabulü, sözleşmenin tek taraflı irade beyanıyla sona ermesinde ileriye etkili fesih mi, geriye etkili dönme mi sorunsalını tek başına karşılamayacaktır. Dolayısıyla bu konunun etrafında bu kadar tartışma yaratılmasının da pratiğe artık bir katkısının olmayacağı görüşündeyiz.

Bundan dolayı GPİSin bünyesindeki isimli sözleşmelerin nitelikleri ve tarafların edimlerini ifa zamanları açısından değerlendirdiğimizde aşağıdaki sonuca ulaşabiliriz:

Öncelikle birinci bölümde incelediğimiz YİBBGK'nun 1983/3 E;1984/1 K. sayılı ve 25. 01. 1984 tarihli kararını dikkate aldığımızda, inşaat sözleşmelerini ve özelinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini her somut olayda ani edimli borç ilişkisi olarak kabul edemeyeceğimizden, aynı şekilde GPİSin de peşinen ani edimli olarak kabul edilmeyeceği açıktır[129].

Kararda bu husus, yüklenicinin temerrüdü üzerine iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin kural olarak ani edimli borç ilişkisi niteliği taşıdığı yani geçmişe etkili olduğu, ancak somut olayın içeriğinin haklı gösterdiği durumlarda dürüstlük kuralı gereğince sözleşmenin ileri yönlü olarak sona erdiğinin kabulü gerektiği şeklinde hükme bağlanmıştır.

Keza sözleşmenin, gelir paylaşımı esasına dayalı olmasının ve bir inşaatın meydana getirilmesinin yanı sıra bağımsız bölümlerin pazarlanması, satılması ve satıştan gelecek gelirin paylaşılması şeklindeki özellikleri, sözleşmeyi salt bir sürekli borç ilişkisi içerir hale getirmemektedir[130].

[129] İNAL, (2011), s. 169-170.

[130] İNAL, (2011), s. 170.

Dolayısıyla eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, yukarıda da bahsettiğimiz üzere[131] sözleşmenin sadece sürekli borç ilişkisi doğurduğunun kabul edilmesi halinde[132], sona ermenin de her zaman ileriye etkili sonuç doğuracağını kabul etmek gerekir ki, bu durum, GPİS bakımından da tarafların menfaat dengelerinin ve karşılıklı edimlerinin ifa oranları göz önünde bulundurulmaması halinde uygun ve hakkaniyetli olmayacaktır[133].

Vekâlet sözleşmesinin öncelikle sürekli borç ilişkisi doğurduğu kabul edilecek olursa, GPİSin devamlılık arz eden şekilde iş görme faaliyeti ve iş görme sözleşmesi unsurları ihtiva etmesi[134] ve yine yüklenicinin zamana yayılan bağımsız bölümleri pazarlaması ve satışları için gerekli faaliyetlerde bulunması sürekli edimi, bu sözleşmeyi sürekli edimli sözleşmeye daha fazla yaklaştıran unsurlar olsa da, Yargıtay'ın fesih ve dönme konularındaki uygulamasının vazgeçilmez sonucu olarak bu sözleşmelerin de ani-sürekli karmaşığı bir niteliğe sahip olduğunu kabul zorunlu hale gelmektedir[135].

[131] Bkz. Birinci Bölüm, 1, B, S. 10-13

[132] Sürekli borç ilişkisi doğurduğuna ilişkin olarak bkz. YENİOCAK, s. 53.

[133] İNAL, (2011), s. 169.

[134] İNAL, (2011), s. 169, dn. 46.

[135] ARAT, s. 194; YAVUZ, s. 594; İNAL, (2011), s. 170-171.

Uygulamada sözleşmenin bu yönünü yani sürekli edime daha yakın olduğunu vurguladığımızda, sona erme halinin dönme mi (geçmişe etkili) yoksa fesih iradesiyle mi (ileriye etkili) olduğunun tespitinin, TMK m. 2 kapsamında, yine yüklenicinin inşaatı tamamladığı kısmının işin bütününe oranına göre yapılması gerekeceğinin kabulü uygundur[136]. Bu noktada, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinin ani-sürekli karmaşığı bir nitelik taşıdığını söylemek yanlış olmayacağı gibi, uygulamada sözleşmenin sona ermesindeki fesih veya dönme sorunsalını da YİBBGK'nun 1983/3 E; 1984/1 K. sayılı ve 25. 01. 1984 tarihli kararındaki saptamalara paralel olarak ortadan kaldıracaktır[137].

4. İsimsiz ve Karma Sözleşme Olması

a. Genel Olarak

Hukuki işlem serbestisi ve bu kapsamdaki sözleşme serbestisi (TBK m. 26), irade özgürlüğünün bir sonucu olup, taraflar bu serbestiye dayanarak ve fakat sözleşme özgürlüğünün genel sınırlamaları içinde kalarak, TBK'nun özel bölümünde düzenlenmiş veya özel kanunlarda yer alan sözleşmelerden ayrılan sözleşmeler kurabilirler ve kendi istekleri doğrultusunda yeni oluşumlar yaratılabilirler[138].

---

[136] YENİOCAK, s. 54; Ancak inşaat ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine kıyasla, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde sürekli borç ilişkisi niteliği biraz daha ağır basmaktadır. Bu sebeple, İçtihadı Birleştirme Kararından ve dolayısıyla inşaat ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden farklı olarak, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinin kural olarak ileriye etkili olarak sona erdiğinin, buna karşılık ancak olayın nitelik ve özelliklerinin haklı gösterdiği durumlarda MK. m. 2 gereğince sona ermenin geçmişe etkili sonuç doğuracağının kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir. Bkz. İNAL, (2011), s. 170.

[137] ARAT , s. 194; YAVUZ, s. 594; İNAL, (2011), s. 170-171.

[138] OKTAY, s. 267; ARAL/AYRANCI, (2018), s. 54.

Sözleşmeler, kanunda yer alıp almamış olmalarına göre "isimli sözleşmeler" ve "isimsiz sözleşmeler" olmak üzere ikiye ayrılır[139]. İsimsiz sözleşmeler de yukarıda bahsettiğimiz üzere[140]kendine özgü, karma ve birleşik sözleşmeler olarak üçlü bir ayırıma tabi tutulmaktadır[141].

Bu noktada edimlerin ayrımlanması önem kazanmaktadır. Genel olarak edimleri "asli edimler" ve "yan edimler" olarak belirtmekle, asli edimlerin sözleşmenin tipini belirlediği kabul edilmektedir[142].

Aynı bölüm ve aynı başlık altında karma sözleşmelerin, kanunun farklı sözleşme tipleri için aradığı unsurların yani isimli sözleşmelere ait öncelikle asli unsurların bir veya birkaçının, kanunun düzenlemediği bir halde birbirine bağlanması ile oluşan sözleşme tipleri olduğunu belirtmiştik[143].

Karma sözleşmeler de kendi içinde, edim yükümlülüğünün taraflara yüklenme şekline ve karakterine göre de üçe ayrılmıştır. Bunlar; "çift tipli", "bileşik (kombine) tipli" ve "eklemli karma tipli" (çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurların karıştığı) sözleşmelerdir[144].

---

[139] OKTAY, s. 264-265; OĞUZMAN/ÖZ, (2018), s. 47; EREN, (Genel), s. 207; ARAL/AYRANCI, (2018), s. 53; YAVUZ, s. . 13.

[140] İkinci Bölüm, B, 1, b.

[141] ARAL/AYRANCI, (2018), s. 56-61.

[142] ERDENK, Erdem, İş Hukukunda İsimsiz Sözleşmeler, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri ABD, Doktora Tezi, 2007, s. 22; YENİOCAK, s. 39.

[143] EREN, (Genel), s. 207; OKTAY, s. 273; EREN, İsimsiz Sözleşmeler, s. 91-92; YENİOCAK, s. 37.

[144] EREN, İsimsiz Sözleşmeler, s. 92-94; ARAL/AYRANCI, (2018), s. 59

Bir kısım yazarlar[145] karma sözleşmeleri dar ve geniş olarak ayrımlamakta ve kanunda düzenlenen ve düzenlenmeyen sözleşme tiplerinin kanunun öngörmediği şekilde bir araya gelerek kurulmasına "geniş anlamda karma sözleşme" demektedirler.

Buna karşın sadece kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinin kanunun öngörmediği şekilde bir araya gelmesini ise dar anlamda karma sözleşme olarak tanımlamışlardır[146]. Bu ayrımın yapılması halinde bir bakıma, karma sözleşme ve sui generis sözleşmeler arasında fark kalmayacaktır[147].

Sui generis sözleşmeler ise, kanunda yer alan sözleşmelere ilişkin unsurları tümüyle ya da kısmen de olsa barındırmazlar ve ayrıca isimsiz karma sözleşmeler de olmayıp, kendilerine özgü unsurlardan oluşurlar[148]. Sui generis sözleşmeler hiçbir yönüyle kanunda düzenlenmediği için bunlara özel hükümlerin uygulanması söz konusu olmayacaktır[149].

Birleşik sözleşmelere baktığımızda, karma ve kendine özgü sözleşmelerden farklı olarak bağımsız yapılarını korumakla birlikte oluşturdukları sözleşme itibariyle varlıkları birbirine bağlı olan sözleşmelerin bir araya gelmesiyle kurulan sözleşmelerdir[150].

---

145 ARAL/AYRANCI, (2018), s. 57-58; OKTAY, s. 274.

146 YELMEN, s. 83-84.

147 ARAL/AYRANCI, (2018), s. 57

148 EREN, İsimsiz Sözleşmeler, s. 99; OKTAY, s. 275; YENİOCAK, s. 37.

149 EREN, İsimsiz Sözleşmeler, s. 100-103; OKTAY, s. 276; Bu sözleşmelere TBK'nun özel hükümlerinde düzenlenmiş sözleşme kurallarının kıyas yoluyla uygulanabileceği yönünde aksi görüş için bkz. YENİOCAK, s. 39.

150 EREN, İsimsiz Sözleşmeler, s. 100-103; OKTAY, s. 275.

İsimsiz sözleşmelerin türleri olan karma, sui generis ve birleşik sözleşmelerde olmayan husus, isimli sözleşmelerin kendilerine ait özel hükümleridir. Bununla birlikte kanunda özel hükümlerle düzenlenmemiş bu sözleşmelere, TBK genel hükümler uygulanabilecektir. [151].

Bir isimsiz sözleşme değerlendirilirken önce belirttiğimiz ayrımlardan hangisine dâhil olduğu tespit edilmekte ve sonrasında uygulamasına ilişkin hüküm ve sonuçları buna göre değerlendirilmektedir[152].

b. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Karma Sözleşme Niteliği

Kanunda düzenlenip düzenlenmemesine ilişkin olarak GPİSin: i)Salt eser (inşaat) sözleşmesi ii) Adi ortaklık sözleşmesi, iii) İnşaat sözleşmesine eklenen adi ortaklık sözleşmesi ile iv) İnşaat sözleşmesine eklenen vekâlet sözleşmesi ve son olarak v) Karma sözleşme olduğu görüşleri ileri sürülmüştür[153]. Buna göre:

i) GPİSi salt eser sözleşmesi olarak kabul eden görüşe göre; TBK m. 470 vd. hükümleri kapsamında GPİSin de bir inşaat sözleşmesi olması hasebiyle eser sözleşmesi olduğu düşünülebilir[154].

Eser sözleşmesinde iş sahibinin karşı edimini "ücret ödeme" borcu oluşturur ve bu sözleşmenin esaslı unsurlarındandır. GPİSde ise salt eser sözleşmesindeki gibi iş sahibinin sadece bir ödemede bulunması değil, sonuçta elde edilen geliri sanki bir ortaklıkmış gibi "paylaşması" söz konusu olmaktadır.

---

[151] OKTAY, s. 275.

[152] ERDENK, s. 24.

[153] YAVUZ, s. 594; İNAL, (2011), s. 174; KARAKURT, GÜMÜŞSOY, Güler, Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İKÜHFD, Cilt 15, S. 1, Armağan Cilt II**,** 2016, s. 790 vd.

[154] İNAL, (2011), s. 177.

Burada kanunun eser sözleşmesi için zorunlu gördüğü ücret unsurunun bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Bu görüş kapsamında, ücretin şarta bağlı olması önem arz etmezse sözleşmenin salt bir inşaat (eser) sözleşmesi olduğu ileri sürülebilir[155].

ii) Adi ortaklık sözleşmesi düşüncesini incelerken, ortaklık sözleşmesi ve sonuca katılmalı sözleşmeler arasındaki karşılaştırmayı ikinci bölümde dile getirdiğimiz için bu hususta tekrara düşmemek için detaylandırma yapılmayacaktır.

Bu görüşe göre, GPİSde, tarafların inşa edilecek bağımsız bölümleri satmak ve en yüksek geliri elde etmek ortak amacıyla, yüklenicinin sermayeyi ve arsa sahibinin de arsasını koyarak birlikte çaba sarf etmeleri, "katılım payı" varlığının da kabulüyle adi ortaklık olduğu kabul edilmektedir.

Düşüncemize göre ise GPİS, edimlerin karşılıklı değişim içerisinde olduğu sözleşmelerdir ve tarafların karşılıklı edimleri "katılım payı" olarak değerlendirilemez[156].

YHGK'nun 2002/798 E; 2013/568 K sayılı ve 24. 03. 2013 tarihli kararında arsa sahipleri ile yüklenici arasındaki sözleşmenin adi ortaklık olduğu sonucuna varmıştır.

Karara göre, mevcut olayda taraflar arasında "satış ve hasılat paylaşımlı konut yapım sözleşmesi" kurularak adi ortaklığın kişi ve sözleşme unsurlarının gerçekleştirildiği kabul edilmiştir.

---

[155] İNAL, (2011), s. 179-180.

[156] Sözleşmenin niteliğinin adi ortaklık olarak kabul edilmesinin, inşaattan bağımsız bölüm satın alan 3. kişileri koruyucu nitelikte olduğu, çünkü adi ortaklıkta ortakların alacaklarına karşı sorumluluğun müteselsil olduğu görüşü için bkz. KARAKURT GÜMÜŞSOY, s. 797.

Keza kararda, arsa sahiplerinin arsalarını sözleşme gereği yükleniciye teslim etmeleri, adi ortaklığa ayni sermaye koyma şeklinde ve bunun karşılığında yüklenicinin bağımsız bölümleri yapması ve pazarlayarak satmasını da emek ve sermaye getirme şeklinde yorumlanmıştır.

Oysa kanaatimize göre, kararda sözleşmenin adi ortaklık olarak kabul edilmesi için, karşılıklı edim yükümlülüklerinin ortaklığa sermaye ve emek koyma şeklinde yorumlanması ve tarafların bu yükümlülükleri sonucunda geliri paylaşmayı hedeflemelerinin de adi ortaklığın amaç unsurunun gerçekleşmesi şeklinde değerlendirilmesi doğru değildir. Bu noktada, adi ortaklığın, kişi, sözleşme, katılım payı ve amaç unsurlarından önce somut olaydaki sözleşmede, tarafların "ortaklık kurma iradelerinin" (affectio socieatis) olup olmadığının değerlendirilmesi zorunludur[157].

Bu minvalde, sonuca katılmalı sözleşme olan GPİSile adi ortaklık sözleşmesi, ortaklık iradesinin, yani ortak amaç için birlikte çalışma (affectio societatis) unsurunun bulunup bulunmaması noktasında birbirinden ayrılır, çünkü, ortak amaca ulaşmak için birlikte çaba gösterme iradesi, sonuca katılmalı sözleşmelerde bulunmamaktadır. Buna karşın taraflar, sözleşmede açıkça "ortaklık" iradesi göstermişlerse, sözleşme adi ortaklık olarak kabul edilecektir.

iii) Eser sözleşmesine eklenen adi ortaklık sözleşmesini incelediğimizde ise; adından da çıkarımda bulunabileceğimiz gibi öncelikle GPİSin edim borçlarına göre iki kısma ayrıldığını görüyoruz.

[157] ARAT, s. 194, dn. 275; İNAL, (2011), s. 117.

Buna göre, yüklenicinin ortak amaç düşüncesi olmaksızın, binayı ve dolayısıyla bağımsız bölümleri yapması kısmı eser sözleşmesini, bağımsız bölümlerin satılıp da gelirin paylaşılması kısmı da adi ortaklığı oluşturacaktır[158].

Bu görüş kapsamında GPİS, eser sözleşmesi ve adi ortaklık sözleşmelerinin, yani iki ayrı sözleşmenin birleşiminden oluşan birleşik sözleşme niteliği taşıyacaktır. Birleşik sözleşmede ise sözleşmelerden her biri bağımsızlığını korur ve kendi hukuk kurallarına tabi olurlar[159].

iv) GPİSin, eser sözleşmesine eklenen vekâlet sözleşmesi olarak kabulünde de yine iki ayrı sözleşmenin birleşimini görmekteyiz.

Buna göre, sözleşmenin inşaat yapımı kısmı eser sözleşmesi, bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından satılması ve elde edilen gelirin paylaşılması ise iş görme borcu kapsamında bir vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilecektir ki bu görüş bizi yine GPİSin birleşik sözleşme olduğu sonucuna götürecektir[160].

v) Karma sözleşme görüşüne baktığımızda ise, karma sözleşmelerin, kanunun farklı akit tipleri için aradığı hususların kanunun düzenlemediği şekilde bir araya getirilmesiyle oluştuğu kabul edilmektedir[161].

GPİSin yapısında mevcut olan isimli ve fakat birden fazla sözleşmeye ilişkin özelliklere baktığımızda, öncelikle eser sözleşmesini görüyoruz.

---

158 İNAL, (2011), s. 180.

159 OKTAY, s. 275.

160 İNAL, (2011), s. 181.

161 KAPLAN, İbrahim, Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara, 1983, s. 101. (Bundan sonra Mimarlık olarak kullanılacaktır.)

Akabinde ise yüklenicinin edim yükümünün içeriğine göre yaptığı iş ve işlemleri arsa sahibini temsilen gerçekleştirmesi ve yaptığı bağımsız bölümleri pazarlama ve satış yani bir nevi taşınmaz simsarlığı faaliyetlerinde bulunmasında da vekâlet sözleşmesi özelliklerini görmekteyiz[162].

Nihayetinde artı değer olarak meydana gelen sonucun yani gelirin paylaşılmasında ise bazı noktalarda adi ortaklık unsurlarını da görebilmekteyiz[163]. Tüm bunlara bakıldığında GPİS çoğunlukla kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını ihtiva etmektedir.

GPİSin hukuki tipine ilişkin ortaya konulan görüşler içerisinde tarafımızca da kabul edilen, kural olarak karma sözleşme oldukları yönündeki görüşü detaylı ve Yargıtay kararları[164] kapsamında da incelemek gereği doğmuştur.

Örneğin Yargıtay3. Hukuk Dairesi'nin 2017/10805 E ve 2017/13675 K sayılı kararına baktığımızda, özellikle davacının, dava konusunun adi ortaklıktan kaynaklandığını ileri sürmesine karşın, Yüksek Mahkeme'nin sözleşmeyi nitelendirirken özetle; " yüklenicinin (davacının) inşaatı yapma borcuna karşılık, davalı arsa sahibinin elde edilecek gelirden kendisine düşecek değer saklı kalmak üzere, yüklenicinin pay almasını sağlama, dolayısıyla bedel ödeme borcu altına girdiğini" tespit ettiğini görüyoruz.

---

[162] ARAL/AYRANCI, (2018), s. 51; YELMEN, s. 77; İNAL, (2011), s. 208; YENİOCAK, s. 53.

[163] ARAT, s. 194; YAVUZ, s. 594; Şu halde taraflardan birine ait taşınmaz üzerinde diğeri tarafından yapılacak bağımsız bölümlerin satışından elde edilecek gelirin paylaşılmasını amaç edinen bir sözleşme ilişkisinde taraflar, ortaklık iradesi taşımadığı müddetçe bu sözleşme adi ortaklık olarak değil, sonuca katılmalı sözleşme olarak kabul edilmek gerekecektir. Bkz. İNAL, (2011), s. 189.

[164] https://kararara ma.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasi. , 21. 01. 2019, Yargıtay 3. HD, 2014/17909E. -2015/7475 K. ; Yargıtay 3. HD, 2017/10805 E. - 2017/13675 K.

Bu durumda ise davacının (yüklenicinin) sözleşme ile arsa sahibi olan davalı tarafa en az (asgari) bir gelir tutarı ödemeyi taahhüt ettiği, bu durumda da taraflar arasındaki sözleşmenin ortakların kâra ve zarara birlikte katlanmaları şeklinde yani adi ortaklık niteliğinde değil, sinallagmatik sözleşme kapsamında bulunduğunun kabul edildiğini görüyoruz.

Ayrıca, kararda Prof. Dr. Nami Barlas'ın "Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri" adlı eserine atıfla, ortakların müşterek amaca ulaşmak için birlikte çaba sarf etmek konusunda yükümlülük altına girmelerinin adi ortaklığın varlığı bakımından zorunlu olduğu ve bu unsurunda ortaklık sözleşmesinin içeriğinde mutlaka yer alması gerektiği vurgulanmıştır.

Başka bir emsal karar olan Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu 2014/10780E;10005K. [165]sayılı kararı incelediğimizde ise; Yüksek Mahkeme'nin daha da ayrıntılı şekilde adi ortaklık ve sonuca katılmalı sözleşmelerin bir alt türü olarak kabul ettiği GPİSi karşılaştırdığını ve özetle şu sonuçlara vardığını görüyoruz. Buna göre kararda:

a-Adi ortaklığın, TBK m. 620/1'de: "Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir. "şeklinde tanımlandığı ve bu nedenle, her olayda bu unsurların var olup olmadığının araştırılması gerektiği,

b-Ortaklığın, GPİSden ayrılmasını sağlayan temel kriterlerin ise ortak amaç ve ortak amaç uğruna beraber çaba göstermek unsuru olduğu ve ortak amacın ve sonuçta adi ortaklığın varlığından söz edebilmek için bütün ortakların hem kazanca ve hem de zarara katılmalarının gerekli olduğu görüşünün baskın olarak kabul gördüğü,

[165] https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasi. , 21. 01. 2019.

c-Öte yandan, GPİSde tarafların, ortaklıktaki gibi müşterek amaca ulaşmak için birlikte çaba sarf etmek yükümlülükleri bulunmayıp, yüklenici tarafından arsa sahibinin arsasında meydana getirilecek yapının, arsa sahibinin verdiği yetkiye dayanarak yüklenici tarafından satılması ve bu surette elde edilecek gelirin arsa sahibi ile yüklenici arasında, sözleşmede kararlaştırılan oranda paylaşılması esasına dayandığı ortaya konulmuştur.

d-Yüksek Mahkeme yine bu kararında özetle, somut olaydaki sözleşmenin, GPİSin diğer bir görünüm şekli olan ayni paylaşım koşulunu içeren GPİS olduğunu ve bu sözleşmede, halen satılmamış bağımsız bölüm var ise gelir paylaşımı yönteminden vazgeçip, elde kalan bölümlerin ayni paylaşımının kararlaştırıldığını doktrine[166] yaptığı atıfla ortaya koymuştur.

Tüm bu saptamaların akabinde ise, Yüksek Mahkeme özetle: ". . . işin tamamlanmasını müteakip bir yıllık süre içerisinde bağımsız bölümlerin satılamaması halinde, kalan bölümlerin fiziki paylaşımına gidileceğinin kararlaştırıldığını, buna göre sözleşme maddelerinin hep birlikte yorumlanmasından taraflarca akdedilen sözleşmenin müşterek amaç ve müşterek amaç için birlikte çaba unsurunu içermemesi nedeniyle adi ortaklık sözleşmesi olmadığı, diğer bir anlatımla "Ayni Paylaşım Koşulunu İçeren GPİS" olduğu ve buna bağlı olarak uyuşmazlıkta eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. "sonucuna varmıştır.

[166] bkz. İNAL, (2011), s. 149-165.

YHGK'nun, 2013/1917 E ; 2015/1258 K ve 22. 04. 2015 tarihli kararında[167] ise GPİSi kanuni tipe uygun olmayan atipik bir karma sözleşme olarak niteleyerek, özetle; "bu sözleşmelere dayanılarak üretilen konutlardan satın alan tüketicilerin, edimin yerine getirilmemesi ve bu sebeple sözleşmeden dönülmesi karşısında mağdur olmalarını engellemek üzere; mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 11. maddesi ile malın ayıplı olduğunun anlaşılması durumunda tüketiciye tanınan aynen ifaya veya sözleşmeden dönmesi halinde peşin yatırılan bedelin iadesine yönelik isteklerinden arsa sahibinin de üretici sıfatıyla sorumlu olduğunu" kabul etmiştir[168].

Bahsi geçen yargısal ve doktrinsel hususlar ile saptamaları göz önünde bulundurduğumuzda, GPİSin kural olarak, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerden olan, adi ortaklık, eser sözleşmeleri ile sui generis bir iş görme sözleşmesi unsurlarının, kanunda düzenlenmemiş bir şekilde bir araya getirilmesinden oluştuğunu söyleyebiliriz[169]. Bu sebeple GPİSi kural olarak karma sözleşme olarak nitelendirmek yerinde olacaktır[170].

[167] Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası (Diğer bölümlerde KBİBB olarak kullanılacaktır.)

[168]KARAKURT GÜMÜŞSOY, s. 796; YELMEN, s. 86.

[169]ARAT, s. 194-195; YAVUZ, s. 594; YENİOCAK, s. 40.

[170] AGPİS'in ruhunu teşkil eden, bütün açısından niteliği göz önünde tutulduğunda baskın olan unsurları, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerden gelmektedir…Bu açıklamalar altında değerlendirildiğinde, AGPİS'in kural olarak geniş anlamda karma sözleşme olduğunu söylemek mümkündür görüşü için bkz. YELMEN, s. 85; Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinin hukuki niteliğinin her somut olayda ayrı ayrı incelenmesi gerektiği, buna karşın, kural olarak karma sözleşme olduğu görüşü için bkz. İNAL, (2011), s. 193; ERMAN, (2010), s. 82.

Sözleşmenin hukuki niteliği her somut olayda incelenmesi gereken bir yorum meselesi olup, hukuki niteliğinin bu şekilde belirlenmesi uygun olacaktır. İsimsiz sözleşmeler üst başlığında, sözleşmenin birleşik, sui generis ya da karma nitelikli olup olmadığını, sözleşmenin tipini oluşturan asli edimler ve bunlar arasındaki ilişkiler ile bu ilişkilerdeki yoğunluk ve baskınlık göz önünde tutularak tespit edilebilir.

Buna göre de, arsa sahibinin inşa edilen bağımsız bölümlerin mülkiyetini alıcı üçüncü kişilere devretmeyi taahhüt etmesi, satış sözleşmesine ilişkin bir ön sözleşmedir. Yüklenicinin bağımsız bölümleri inşa etme borcu, eser sözleşmesinin belirgin ögesidir. Keza yüklenicinin bağımsız bölümlerin pazarlanması ve satışını sağlama borcu ise TBK'daki taşınmaz simsarlığı sözleşmesinin asli unsurudur.

Bağımsız bölümlerin satışından gelen gelirin sözleşmede belirlenen oranlara göre paylaşılması ve arsa sahibinin bu borcu ise yine TBK'da düzenlenen adi ortaklık sözleşmesinin asli unsurlarıdır.

Tüm bunları biraraya getirdiğimizde de GPİSi, güncel uygulamada en sık rastlanan şekliyle ele aldığımızda, kural olarak karma sözleşme olarak nitelendirmek en doğru çözüm olarak görünmektedir[171].

[171]YENİOCAK, s. 40; ARAT, s. 194-195; YAVUZ, s. 594; Öte yandan gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin asgari gelir taahhüdü suretiyle kararlaştırılan koşula bağlı satış vaadinin, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi içerisinde bir bileşik sözleşme teşkil etmek suretiyle diğer edimlerle bir araya getirilmiş olduğu, bu nedenle bileşik sözleşmeyi meydana getiren sözleşmelerin her birine, kendisine özgü kuralların uygulanması gerektiği görüşüne ilişkin bkz. İNAL, (2011), s. 194, 197-198; İnal'ın bu saptamasına karşın, AGPİS'in birleşik sözleşme niteliği teşkil etmediği, asgari gelir paylaşımında iki veya daha fazla sözleşmenin bağımsız niteliklerini koruyarak bütün unsurlarıyla bir araya gelmesinin söz konusu olmadığı, AGPİS'te bulunan isimli sözleşmelerin unsurlarının, bağımsızlıklarını koruyarak yeni bir sözleşme meydana getirmediğini, bu sebeplerle, AGPİS'in birleşik sözleşme olarak değerlendirilemeyeceğini söyleyen görüş için bkz. YELMEN, s. 80.

C. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinde Uygulanacak Hükümler

Karma sözleşmelerin tamamlanmasına ilişkin doktrin ve uygulamada birden fazla teori[172] mevcuttur. Bu teorilere bakacak olursak:

a- Karma sözleşmelere borçlar hukukunun sadece genel hükümlerinin uygulanacağını öngören "dışlama" teorisinin temelde iki yönden uygulanmasında sakınca vardır.

Bir kere karma sözleşmelere sadece borçların genel hükümlerinin uygulanacağının kabul edilmesi, hâkimin kararlarını özgürce almasına engel olabilecek bir uygulama yaratır ve hâkimin daha hakkaniyetli ve isabetli şekilde karar vermesine hizmet edecek olan özel hükümlere başvurmak imkânından yoksun bırakır. [173]

b- Sözleşmedeki hâkim tipe ait unsura ilişkin hükümlerin uygulanmasını öngören teori ise "soğurma/yutma/imtisas teorisi"dir[174]. Bu teori teklik/birlik yanlısı olup, ağır basan edim tipine ilişkin kuralların uygulanması gerektiğini kabul eder. Teori, akdin içeriğini belirtme/belirleme, bir bakıma tarafların bu yöndeki irade özgürlüğüne aykırı olduğundan kabul görmemiştir.

---

[172] 1-Soğurma (İmtisas) teorisi, 2-Kıyas yoluyla uygulama, 3-Terkip (kombinezon) görüşü ve 4-Yaratma teorisi olarak sınıflandırma bakımından bkz. ARAL/AYRANCI, s. 62-63; Teorileri öncelikle A-Karışık muhtevalı akte sadece Borçların genel hükümlerinin uygulanacağını ön gören görüş ve B-Karışık muhtevalı akte Borçların özel hükümlerinin uygulanacağını öngören görüşler olmak üzere iki başlığa ayırıp, B başlığını kendi içinde 1-İmtisas (soğurma) görüşü, 2-Birleştirme (terkip) görüşü ve 3-Kıyasen uygulama veya yaratma görüşü olarak sınıflandırmaya ilişkin bkz. KUNTALP, Karışık Muhteva, s. 121-126; Teorileri direkt olarak: 1-Dışlama teorisi, 2-İmtisas (soğurma) görüşü, 3-Birleştirme (terkip) görüşü, 4-Kıyas yoluyla uygulama görüşü, 5-Yasadaki bireysel hükümlerin uygulanması görüşü ve 6-Hakimin hukuk yaratması görüşü olarak sınıflandırmaya ilişkin bkz. EREN, İsimsiz Sözleşmeler, s. 96-98.

[173] ERMAN, (2010), s. 7, dn. 16.

[174] OKTAY, s. 276; EREN, İsimsiz Sözleşmeler, s. 96; ARAT, s. 246; ARAL/AYRANCI, s. 62.

c-Karma sözleşmedeki her unsura, ait olduğu sözleşme tiplerine ait hükümler uygulanmalıdır diyen teori ise "Terkip/Birleştirme" teorisidir. Bu görüşün eleştirildiği nokta ise karma sözleşmelerde, sözleşme ile oluşturulan yapısal birliği bozduğu düşüncesidir.

Ayrıca, "yasadaki bireysel hükümlerin uygulanması" adı altında birleştirme teorisinin daha gelişmiş hali olarak kabul edilen[175] görüşe göre de karma sözleşmeye, isimli sözleşme tipinin tüm hükümlerinin tamamının değil, yalnızca uyuşmazlık sorununa uyan bireysel hükmü veya hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır[176].

Atipik isimsiz sözleşmelere uygulanması imkânının çok fazla olmadığı bu görüş, hâkimin isimsiz sözleşmeleri serbestçe yorumlama ve tamamlama yetkisi yönünden de çok faydalı görülmemektedir.

d-Karma sözleşmeler kanunda düzenlenmediği için, kuralların doğrudan değil kıyasen uygulanmasını öngören ve doktrinde hakim olan görüş de "Kıyasen Uygulama" teorisidir.

---

[175] EREN, İsimsiz Sözleşmeler, s. 97

[176] Kanaatimize göre, bazı yazarlarca ayrı bir teori olarak kabul edilen "Yasadaki bireysel hükümlerin uygulanması görüşü", birleştirme teorisi içerisinde yer almakta olup, ayrıca bir teori olarak kabulüne gerek olmadığı gibi kıyas teorisinin, yaratma teorisiyle aynı anlamlı ve içerikli olduğunu da kabul etmemekteyiz. Zira kıyas teorisinin uygulanması ile hâkimin hukuk yaratmasının önü açılmaktadır, yani kıyası uygulamakla çözülecek bir olaya illa ki yaratma teorisinin uygulanması gerekmeyecektir. Bu nedenle iki teorinin aynı olarak kabulü yanlış anlaşılmalara yol açabilecektir düşüncesindeyiz. Bu düşüncemize paralel olarak, kıyasen uygulama teorisi ile yaratma teorisinin birbirlerinden ayrı olduğu ve birbirlerinden üstün olmadıkları, somut olaya göre uygulanmaları gerektiği yönünde bkz. KAPLAN, Mimarlık, s. 86.

Bu görüşe göre, karma sözleşmeye, bu sözleşmenin içerdiği isimli sözleşme unsurlarına ilişkin hükümlerin aynen değil, fakat tarafların sözleşme ile amaçladıkları ve serbest iradeleri ile kararlaştırdıkları öne çıkan menfaatleri esas alınmak suretiyle kıyas yolu uygulanmalıdır[177]. Bu görüşün doktrinde ve uygulamada ön plana çıkmasının temel sebebi ise hâkimin hukuk yaratmasının önünü açmasıdır[178].

İsimsiz karma sözleşmelere kıyasen uygulama yapılması için, kanunda düzenlenen sözleşmelerle benzer nitelik taşınması ve somut olayların da birbirine uygun olması gerekmektedir[179]. Oysa kendine özgü (sui generis) isimsiz sözleşmelerin kanunda düzenlenen herhangi bir isimli ve de isimsiz karma sözleşmeye benzemedikleri için bu sözleşmelerin tamamlanmasında kıyasın kullanılamayacağı kabul edilmektedir[180].

Kıyas veya evleviyet yoluna; kanun hükümlerinin yorumlanmasında, kanun boşluklarının hâkimin hukuk yaratması yoluyla doldurulmasında ve bir kanun hükmünün başka bir hükme kıyasen uygulama atfı yaptığı hallerde başvurulur[181].

e-Hakimin hukuk yaratması ise, adını verdiği "Yaratma Teorisi"ni meydana getirir. Hâkimin kural koyma yetkisi TMK m. 1'de düzenlenmiştir[182]. Hâkimin hukuk yaratırken, bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanması ve somut uyuşmazlığa uygulanabilecek yazılı ve yazısız bir kuralın bulunmaması yani hukuk boşluğu olması gerekir[183].

---

177 EREN, İsimsiz Sözleşmeler, s. 97; ERMAN, (2010), s. 7, dn. 16.

178 KURŞAT, s. 16;

179 ARAL/AYRANCI, s. 62.

180 EREN, İsimsiz Sözleşmeler, s. 100.

181 Https://acikders. ankara. edu. tr/mod/resource/view. php. (03. 02. 2019)

182 EREN, İsimsiz Sözleşmeler, s. 98.

183 Https://nedir. unibilgi. net/hakimin-hukuk-yaratmasi.

Diğer bir husus da hâkimin sözleşmedeki boşluğu tamamlarken öncelikle kıyasa başvurması olup, o da yoksa büsbütün bir kural koyabileceğidir. Sui generis sözleşmeler, isimli yahut karma nitelikli olmadıklarından, bunlara yedek hukuk kuralları doğrudan uygulanamaz. Bu nedenle bu sözleşmelerde hâkim, TMK 1/2 uyarınca hukuk yaratır.

Yaratma teorisinin de karma sözleşmeler temelinde uygulama alanı bulduğu ve son yıllarda sıklıkla kullanıldığı görülmektedir. Birleşik sözleşmelerde ise, sözleşmeyi oluşturan her sözleşme tipi kendi varlığını koruduğu için, bu sözleşmelerin kendilerine ait hükümlerinin ayrı ayrı uygulandığını görmekteyiz. Atipik sözleşmelerden olan karma sözleşmelerde, dolayısıyla GPİSde, hâkim öncelikle sözleşmeyi ve taraf iradelerini güven teorisi ve dürüstlük kuralını dikkate alarak yorumlar ve ortaya koyar[184].

Hakim, kurulmuş olan karma sözleşme niteliğindeki GPİSde boşluk olması halinde, öncelikle sözleşmeyi oluşturan ve somut olaya, yerine ve içeriğine uygun düşen, eser, vekâlet ve adi ortaklık sözleşmelerine ait kuralları doğrudan değil, kıyasen uygular.

Bu kuralların uygulanması çelişki ya da muğlaklık doğuruyorsa, bu sefer de hakim, TBK genel hükümlerini kullanarak, sözleşmenin amacı ve tarafların karşılıklı iradelerini de göz önüne alarak hakkaniyete uygun olarak karar verecektir. Bu uygulamalar da çözüme yetersiz kalıyor ise kanun boşluğundan bahsedilir. Bu durumda ise hâkim, önce örf ve âdete bakar ve son aşamada bu yeterli olmuyorsa hukuk yaratır. (TMK m. 1/2)[185].

---

[184] Tarafların birbirine zıt menfaatleri arasında adil bir denge kurulması için geliştirilen güven teorisi, özünde güveni işlerken, TBK'da açıkça düzenlenmediğinden, temelini ise özel hukukumuzda mevcut dürüstlük kuralından alır. Güven teorisinin atfıyla da dürüstlük kuralı, hukuki güven ve istikrar ile hakkaniyeti esas alır. Dolayısıyla tarafların irade beyanlarının yorumunda da öncelikle uygulanır. (OLGUN, Osman, Alpar, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_922, 03. 02. 2019)

[185] ARAT, s. 196; YAVUZ, s. 596; DUMAN, Düzenlenme, s. 83; KURŞAT, s. 16;YENİOCAK, s. 45.

D. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Uygulamadaki Görünümleri

1. Temel (Yalın)Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi

Günümüzde GPİS ihtiyaçlara göre3 farklı şekilde düzenlenip uygulama alanı bulmaktadır[186]. Bunların en başında ve uygulamada daha çok yerleşmeye başlayan türü ise, yüklenicinin eseri meydana getirmesi karşılığında, bunların satışından gelir alması esasına dayanan GPİSdir. Bu türüne temel ya da yalın gelir GPİS de diyebiliriz.

Yüklenici, arsa sahibinin sağladığı arsada bina yapıp, bağımsız bölümler meydana getirecek, bunların pazarlama ve satışı için gerekli faaliyetlerde bulunacak ve bağımsız bölümler satıldıkça, sözleşmede kararlaştırılan oran üzerinden elde edilen gelir taraflar arasında bölüşülecektir[187].

2. Asgari (En Az) Gelir Taahhüdü İçeren Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi

En az gelir taahhüdü içeren GPİS, yüklenicinin inşaat meydana getirdiği, meydana getirdiği bağımsız bölümlerin pazarlamasını ve satışını arsa sahibi adına yaptığı ve arsa sahibinin elde edeceği en az (asgari) geliri taahhüt ettiği, bunun karşılığında da arsa sahibinin bağımsız bölümlere karşılık gelen arsa payını devretme taahhüdünde bulunduğu ve elde edilecek geliri yüklenici ile paylaşmayı kabul ettiği sözleşmedir[188].

---

[186] Dördüncü bir çeşidi olarak da kabul edilen, tapuda pay devrini öngören arsa satışı (satış vaadi) karşılığı hasılat paylaşımlı inşaat sözleşmesinde ise, kural olarak tapuda yükleniciye ya da satın alan 3. kişiye pay devri öngörmeyen gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde, yüklenici ile arsa sahibinin anlaşarak bunu sağlayabilmeleri mümkündür. Bu görüş için bkz. YAVUZ, s. 593; ARAT, s. 199.

[187] YAVUZ, s. 593; ARAT, s. 198; İNAL, (2011), s. 151; DUMAN, Düzenlenme, s. 81.

[188] YELMEN, s. 32; YAVUZ, s. 593;

Sözleşmede yüklenici en az geliri taahhüt ederek, bağımsız bölümlerin satışının istenilen rakamlardan yapılıp yapılmaması riskini kendi üzerine almış olacağından, bağımsız bölümlerin satışından ister yeterli geliri elde etsin, isterse de beklenilen limitin altında kalsın, arsa sahibinin asgari payını tamamlamak borcu altında girer[189].

Öte yandan yüklenici, taahhüt edilen asgari tutarı aşan bir gelir olduğunda da bu fazla tutarı kendine alamayacak ve yine sözleşmede kararlaştırılan oran üzerinden arsa sahibi paylaşacaktır[190]. Yüklenicinin asgari gelir taahhüdü, asgari gelir taahhüdünü içeren GPİSin esaslı noktası olup, asgari gelir taahhüdünü, teminat kavramı ve teminat sözleşmeleri kapsamında nitelememek gerekir[191].

Teminat kapsamında alacaklı, alacak hakkının dışında bir koruma elde etmektedir, oysa asgari gelir taahhüdünü içeren GPİSde yüklenicinin asgari gelir taahhüdü, onun aslî borcunu oluşturmakta olup, yüklenicinin bu borcunu ayrıca koruma altına alan bir teminat bulunmamaktadır[192].

3. Ayni Paylaşım Şartı İçeren Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi

Taraflar, günün ekonomik ve emlak pazarının koşullarını da değerlendirerek bağımsız bölümlerin makul bir süre içerisinde satılamaması olasılığına karşın, satılamayıp elde kalan bu bağımsız bölümler yönünden gelir paylaşımı usulünü bitirip bunların ayni olarak ve sözleşmede kararlaştırılacak paylaşma yöntemi üzerinden paylaşımını kararlaştırabilirler[193].

---

[189]YAVUZ, s. 593; ARAT, s. 198; İNAL, (2011), s. 153.

[190] İNAL, (2011), s. 153;YAVUZ, s. 593; ARAT, s. 198

[191]YELMEN, s. 46-47.

[192]YELMEN, s. 47.

[193] YAVUZ, s. 593; ARAT, s. 198-199; Ayni paylaşım hükmünün koşula bağlı olarak taşınmaz mülkiyetinin nakli borcu doğurduğu ve sözleşmenin adeta arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dönüştüğü görüşü için bkz. İNAL, (2011), s. 154.

Bu tür sözleşmede taraflar, ayni paylaşıma ilişkin yöntem ve oranı belirlememişlerse, öncelikle sözleşmede kararlaştırılan gelir paylaşımı oranına göre hareket etmelidirler[194].

Sözleşmede asgari (en az) gelir taahhüdü ile birlikte ayni paylaşma esası kararlaştırılmışsa, öncelikle, asgari gelir taahhüdü kapsamında yüklenici arsa sahibine ödemesini yapacak ve karşılığı olan bağımsız bölüm mülkiyetini alacak, akabinde elde kalan bağımsız bölümler ise ya ayrıca kararlaştırılan ya da gelir paylaşımına ilişkin oranlar üzerinden paylaşılacaktır[195].

[194]İNAL, (2011), s. 153-154.

[195] İNAL, (2011), s. 154.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GELİR PAYLAŞIMLIİNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN KARŞILIKLI HAKLARI VE BORÇLARI İLE ŞEKİL ŞARTLARI

§4- GELİR PAYLAŞIMLI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAKLARI VE BORÇLARI İLE ŞEKİL ŞARTLARI

A. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Borçları

1. İnşaatı Yapma ve Teslim Borcu

GPİSin kanunda düzenlenmiş sözleşmelerden olan, eser ve ortaklık sözleşmeleri ile sui generis bir iş görme sözleşmesi ögelerinin, kanunda düzenlenmemiş biçimde bir araya getirilmesinden oluştuğunu ve bu özellikleriyle de kural olarak bir karma sözleşme niteliği taşıdığını belirtmiştik[196].

Borçlar hukuku sözleşmelerinden olan eser sözleşmesi, TBK m. 470 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Sözleşme 470. maddede; "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir" şeklinde tanımlanmış olup, eser meydana getirmenin karşılığı bir bedelin ödenmesidir[197]. GPİS açısından da yüklenici bir bina ve bağımsız bölümler yapma ve doğal sonucu olarak teslim etme borcu altına girmektedir[198].

---

[196] Bkz. Üçüncü Bölüm, 3, B, 4, b, s. 54; AGPİS'te yüklenici tarafından meydana getirilecek olan konut ve sosyal donatını alanlarının da nitelik olarak TBK. m. 470 vd. nda düzenlenen eser sözleşmesinin, "eser meydana getirme" unsuru olduğu görüşü için bkz. YELMEN, s. 35.

[197] BAŞARAN, Zeynep, Sümeyra, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları, D. E. Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1307.

[198] YAVUZ, s. 594; EREN, (Özel), s. 621-623.

Dolayısıyla, karma yapısı itibariyle eser sözleşmesi unsurlarını da taşıyan gelir paylaşımlı inşaat sözleşmeleri açısından da TBK m. 470 ve devamındaki hükümler uygulama alanı bulur.

2. İnşaatta Mevcut Bağımsız Bölümleri Arsa Sahibini Temsilen ve Onun Adına Pazarlama ve Üçüncü Kişilere Satışını Sağlama Borcu

Bu sözleşmeye özelliğini veren ve diğer sözleşmelerden farkını sağlayan edimlerin başında, yüklenicinin bağımsız bölümlerin pazarlaması ve satışını yapma borcu gelmektedir.

Yüklenici, inşaat meydana getirip, bağımsız bölümlerin tapularının alınmasına kadar olan zamanda ise arsa sahibi adına ve onu temsilen, inşaata ait plan ve projelerin hazırlatılması, projelere ilişkin ilgili yerlerden onayların ve gerekli ruhsatlarının alınması ile her türlü teknik alt yapı, çevre düzenlemesi gibi sözleşme ve eki idari ve teknik şartnameler doğrultusunda tamamlama ve tashih işlemlerinin yapılması ve nihayetinde iskân ve kat mülkiyeti tapularının alınması gibi birçok iş ve işlemi yapmaktadır[199].

Taraflar kendi iradeleri ile sözleşme kapsamında temsil yetkisini ve kapsamını serbestçe düzenleyebilirler ve bu hususun esaslı unsur olup olmayacağına da karar verebilirler. Dolayısıyla ister esaslı unsur olsun, ister olmasın, GPİSde yüklenici yaptığı bu iş ve işlemleri, arsa sahibini temsilen TBK m. 502'ye göre yerine getirmektedir ve yükleniciye verilen bu temsil yetkisi ise vekâlet sözleşmesi kapsamında verilmektedir.

[199] YELMEN, s. 36

Temsilin amacı, bir kimsenin hukuki işlem yapabilmesi için, hukuki veya maddi bir engel bulunması hallerinde ya da işlemlerin tek elden hızlı şekilde yürütülmesi gereken hallerde o kimsenin işlemlerini kolaylaştırmaktır. Kaldı ki temsil, öncelikle temsil edilenin menfaatlerini koruyucu olduğu gibi, bazen temsile temsilcinin yararına olarak da başvurulabilir[200].

GPİSde de yüklenicinin kullandığı temsil yetkisi kendi menfaatlerinin tesisi için de önemli ve gereklidir. Bu nedenle, temsil yetkisinin her zaman geri alınabilmesi veya geri alma hakkından feragat hususları, GPİSde temsil yetkisinin güven ilişkisine dayanması değil, temsilci yararına veya temsil edilenin borcunun ifası için verilmiş olması halinde uygulama alanı bulamayacaktır[201].

Bu minvalde, GPİS kapsamında, bağımsız bölümlerin pazarlanması ve satışı da yüklenici tarafından yerine getirilmektedir. Yüklenici, arsa sahibini temsilen, satışa konu bağımsız bölümlerin her türlü reklam faaliyetlerini, ilan, emlak tanıtımına dair broşür, basın ve sosyal medya aracılığıyla kullanılan çeşitli unsurlarla pazarlamasını yapmakla yükümlüdür[202].

Pazarlama sonucunda anlaşılan bağımsız bölümlerin satışına ilişkin sözleşmeyi, de yine alıcılarla arsa sahibini temsilen yüklenici imzalamaktadır. Yüklenici burada belirttiğimiz gibi arsa sahibi adına vekâleten hareket etmektedir.

Yüklenicinin arsa sahibini temsilen ve ona vekâleten yaptığı pazarlama ve satış işlemleri TBK m. 520 vd.nda düzenlenen simsarlık sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir.

---

[200] ESENER, Turhan, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk – İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından, No. 150, 1961, s. 2.

[201] İNAL, (2011), s. 159.

[202] YELMEN, s. 38; İNAL, (2011), s. 164; YAVUZ, s. 594.

TBK m. 520/1'ebaktığımızda, simsarlık sözleşmesinde simsarın sözleşmenin tarafı değil, taraflar arasındaki sözleşmenin kurulmasına aracılık eden kişi olduğunu anlamaktayız. Dolayısıyla GPİSde de yüklenicinin, bağımsız bölümlerin satışında, üçüncü kişilerle arsa sahibi arasında, aracılık yani simsarlık yaptığını ve TBK m. 520/2 gereğince de yaptığı bu faaliyete vekâlete ilişkin hükümlerin uygulandığını görüyoruz[203].

3. Sadakat ve Özen Borcu

Müteahhit, doğal olarak arsa sahibinin menfaatine fiillerde bulunmakla ve onun zararına olacak iş ve işlemlerden kaçınmakla yükümlüdür. GPİSin karma niteliğinin en ağır bastığı konulardan biri de yüklenicinin, sözleşmenin bu niteliği dolayısıyla, hem eser sözleşmesinden hem de vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan sadakat ve özen borcuna ilişkin esaslar yönünden yükümlü olmasıdır[204].

Yüklenicinin, üstlendiği edimi meydana getirirken sadakat ve özenle hareket etme borcu, TBK m. 471 ile borçları arasında ilk sırada yerini almış ve düzenlenmiştir. TBK m. 471/1'deyer alan; "Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. " hükmü bu borcu açıkça ortaya koymaktadır.

[203]YELMEN, s. 77.

[204]YAVUZ, s. 596.

Yükleniciden, asıl borcunun ifası için, zorunlu olan dikkat, itina, uygulamalar sırasında yeteneğine uygun kişilerin kullanılması ve kendi fikri ve bedeni yeteneklerinin de işe uygun olması gibi beklenilen özellikler, özen kavramını oluşturmaktadır[205]. Yüklenicinin bağımsız bölümleri yapması ve teslim borcunu yerine getirmesi, TBK m. 471/1 hükmünün bir gereğidir.

Keza, TBK m. 471/2'de; "Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır" hükmünü ise, özen borcunun, sadece edimlerin ifası sırasında değil, sözleşme öncesi ve sözleşme sonrası zaman diliminde de var olduğu ve objektifleştirildiği şeklinde yorumlanmaktadır[206].

Yüklenicinin meydana getirdiği yapı ve bağımsız bölümler, arsa sahibiyle yapılan sözleşme eklerinde belirlenen nitelikte değilse arsa sahibi bu durumda ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanabilir.

Ayıp niteliğinde olmayan fakat arsa sahibinin aleyhine oluşan bazı durumlarda da sözleşmeye aykırılık bulunabilir. Örneğin yüklenicinin eksik ya da yanlış bilgilendirmesi ile arsa sahibinin zarar uğraması söz konusu olursa, özen borcuna aykırılık dolayısıyla tazminat talep etmek mümkündür[207].

---

[205] BAŞPINAR, Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara, 2004, s. 124; AVCI, Ali, Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu, TBB Dergisi 2015, C. 119, s. 374.

[206] BÜYÜKAY, s. 142-143; EREN, (Özel), s. 624-626.

[207] BÜYÜKAY, s. 146; AVCI, s. 369.

B. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Borçları

1. Arsayı Yükleniciye Teslim Etme Borcu

Sözleşmenin taraflarından arsa sahibinin borçlarından biri ve ilki, sözleşmeye uygun koşullarda, imara uygun olan arsasını yükleniciye teslim etmektir.

GPİSin amacı arsa sahibinin arsası üzerine yapılacak bağımsız bölümlerin satısından elde edilecek gelirin belirlenen oran karşılığında paylaşılmasıdır. Sözleşmenin ifa edilebilmesi için öncelikle arsa üzerine bina ve bağımsız bölümlerin inşa edilebilmesi gereklidir. Bu nedenle, mülk sahibinin arsasını inşaat yapmaya uygun olarak yükleniciye teslim etmesi gerekmektedir[208].

Sözleşme konusu inşaatın arsa üzerinde sözleşmenin kurulduğu sırada objektif olarak mümkün değilse, sözleşme başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle geçersiz olacaktır.

Arsa üzerine inşaat yapılması mümkün bulunmasına rağmen, örneğin arsanın mülkiyetinin başkasına ait olması nedeniyle arsanın yükleniciye teslim edilememesi durumda, sözleşmenin imkânsızlık sebebiyle geçersizliğinden söz edilemez. Buradaki imkânsızlık, sübjektif imkânsızlık olup, arsa sahibinin, inşaata elverişli arsayı yükleniciye teslim edememesi sözleşmeye aykırılık teşkil eder ve arsa sahibinin sorumluluğu sonucunu doğurur[209].

---

[208] KURU, Abbas, Musa, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibi, Yüklenici ve 3. Kişilerin Hakları, https://www.academia.edu/, 10. 02. 2019, s. 1; KARADAŞ, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara, 2016, s. 340; ERMAN, (2010), s. 55-59; YENİOCAK, s. 78.

[209] ERMAN, (2010), s. 55.

Bu noktada arsa sahibinin borcu olan arsayı elverişli olarak teslim borcu yerine getirilmedikçe, yükleniciden inşaata yapımına başlanması istenemez[210]. Keza bu tarz işlemlerin tamamlanmasını sağlamaktan kaçınan arsa sahibinin, sözleşmenin yerine getirilmesini talep hakkı bulunmadığı gibi, sözleşme süresinin işlemeye başladığından ve devam ettiğinden de söz edilemez[211].

Arsa sahibi, sözleşmeden sonra, belirlenen tarihte yükleniciye arsasını teslim eder. Bu teslim sırasında yer teslim tutanağı da hazırlanır. Taraflarca elverişli olan yerin teslimine dair bir belgenin düzenlenmesi, taşınmazın inşaata elverişli olarak teslim edildiğine ilişkin bir karine teşkil eder. Dolayısıyla arsanın inşaata elverişli olarak yükleniciye teslim edildiğini kesin olarak göstermez. Bu minvalde taşınmazın inşaata elverişli olarak teslim edilmediğinin ispatı müteahhite düşer[212].

Ayrıca yer teslimi yapılmasına rağmen, arsada mevcut bir yapıda kiracının olması ve taşınmazdan henüz tahliye edilmemiş olması durumunda tahliyenin sağlanmasında ya da inşaata başlanabilmesi ve devam edilebilmesi için ilgili idarelerden ve belediyeden gerekli ruhsatın alınmasında, arsa sahibinin bu izinlerin alınması ya da işlemlerin yapılmasında yükleniciye engel olmaması gerekir, çünkü taraflar arasındaki sözleşmelerde, yer teslimindeki gecikme için birtakım yaptırımlar ve cezai şartlar getirilebilmektedir[213]. Buna karşın yaptırım ve cezai şartlar olmasa bile arsa sahibinin asli edim borcunu ifa etmemesi hâlihazırda sözleşmeye aykırılıktır.

---

[210] YENİOCAK, s. 78.

[211] KARADAŞ, (2016), s. 341; YENİOCAK, s. 78.

[212] YELMEN, s. 134-135; ERMAN, (2010), s. 58; YENİOCAK, s. 78.

[213] KARADAŞ, 2016, s. 342; YELMEN, s. 134-135; ERMAN, s. 58.

Özetle, arsa sahibince inşaata hukuki ve fiili olarak elverişli arsanın yükleniciye teslimi yapılmadıkça, yükleniciden inşaata başlaması ve devamı beklenemeyeceği gibi, arsa sahibinden kaynaklanan engellemeler nedeniyle sözleşmede geç teslimden kaynaklı cezai yaptırımlar yükleniciye uygulanamayacaktır[214].

Sözleşmeye aykırılığa ek olarak, kararlaştırılmış cezai şart talebinde (borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde) bulunulabilmesi için, bu aykırılığın borçluya isnat edilebilen bir kusurdan kaynaklanmış olması gerekmektedir. TBK m. 182/2'de de; "Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. " denilerek TBK m. 112 ve m. 138'e uygun ve aynı doğrultuda bir düzenleme getirilmiştir[215].

2. Bağımsız Bölümleri Bizzat Satma veya Satışlarına İlişkin Olarak Yükleniciye Temsil Yetkisi Verme Borcu

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, arsanın ayıpsız şekilde ve inşaata fiili ve hukuki anlamda elverişli hale getirilmesi işlemleri ile arsanın inşaata uygun imar halinin çıkarılması ve kroki vs projelerin alınarak yetkili belediyede onaya sunulması ve nihayetinde arsanın mülkiyetiyle ilgili tüm hususların asıl sorumlusu arsa malikidir[216]. Genele baktığımızda ise, tüm bu ve benzer iş ve işlemler arsa sahibinin kendi başına hızlıca ve sorunsuz halledebileceği mevzular olmamakta ve daha profesyonel bir çalışma ve teknik ekip gerektirmektedir.

---

[214] KARADAŞ, (2016), s. 341; YELMEN, s. 135.

[215] EKİCİ, Hüseyin, Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu, Terazi Hukuk Dergisi, C. 2, S. 8, 2007, s. 21.

[216] KARADAŞ, (2016), s. 344; YENİOCAK, s. 78.

İnşaat işlerinin hızlı ve daha sorunsuz yürütülebilmesi ve tek elden hallolması adına uygulamada sözleşmeyle bu işleri izleme ve kontrol görevi yükleniciye verilmekte, bunun için de arsa maliki tarafından, yüklenicinin bağımsız bölümlerin satışını ve iskân vs işlemlerini de yapabileceği vekâletname verilmektedir[217].

Somut davalara baktığımızda çoğunlukla arsa sahiplerinin işin başında verdiği vekâletnamelerle iş yürütülmekte olup, vekâlete rağmen yapılmayan iş ve işlemlerden dolayı edimini yerine getirmeyen yüklenicinin temerrüde düştüğünü görmekteyiz.

Buna karşın, işin sorunsuzca ve hızlı yürütülmesinde arsa sahibinin yükleniciye haklı bir neden olmaksızın vekâlet vermemesi, işi sürüncemede bekletmesi ya da verilen vekâletten haksız olarak azledilmesi hallerinde ise arsa sahibi temerrüde düşer[218]. Arsa sahibinin istemesine rağmen vekâletname vermeyen ve temerrüde düşen arsa sahibine karşı yüklenici, mahkemeden bu yönde talepte bulunabilir.

[217] KARADAŞ, (2016), s. 345; AGPİS'de, yapının meydana getirilmesine başlanmasından, meydana getirilen bağımsız bölümlerin tapu devirlerine kadar bütün işlerin yerine getirilmesi ve takibi kural olarak yükleniciye bırakılmasına ilişkin bkz. YELMEN, s. 135; YAVUZ, s. 595.

[218] KARADAŞ, (2016), s. 345; Temsil yetkisinin, temsil edilen tarafından her zaman geri alınabileceğine ilişkin TBK m. 42 hükmü, gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmesinde de aynen uygulanacak mı?Soruya verilecek cevap bakımından yapılabilecek öncelikli tespit, arsa sahibinin, yükleniciye verdiği temsil yetkisini istediği zaman geri alabilmesinin, gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmesinin yapısıyla bağdaşmadığıdır. Zira bu sözleşme ilişkisinde, bağımsız bölümlerin satışından en üst seviyede gelir elde etmek üzere sözleşmeden doğan borçların ifa edilmesinde, her iki tarafın da menfaati vardır. Elbette, hem TBK m. 42, hem de m. 512'nin açık hükmü gereği, arsa sahibinin uygun olmayan zamanda temsil yetkisini geri alması durumunda, yüklenicinin bundan doğan zararının tazminini talep etme hakkı doğacaktır görüşü için bkz. YENİOCAK, s. 80-84.

GPİSde de çoğunlukla uygulanan ve kabul gören bir ifa şekli olan, yüklenicinin vekaletname ile temsille yetkilendirilmesi, arsa malikinin yan edim yükümünü oluşturacaktır[219].

Bazen sözleşme ile taraflar bu konuda herhangi bir düzenleme getirmemiş olabilirler. Bu durumda, sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça, konu edilen işlemlerin kural olarak, arsa sahibi tarafından bizzat yapılacağı ve temsilcinin temsilen yapacağı işlem şekil şartına bağlı olsa dahi, temsil yetkisinin herhangi bir şekle bağlı olmaksızın verilebileceği kabul edilir[220].

Taşınmaz kavramı ve mülkiyeti, TMK m. 704'te; "Taşınmaz mülkiyetinin konusu şunlardır: 1. Arazi, 2. Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, 3. Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler" olarak ve TMK m. 998'de de; " Tapu siciline taşınmaz olarak şunlar kaydedilir: 1. Arazi, 2. Taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar, 3. Kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler. " olarak belirlenmiştir[221].

---

[219] "Yan edim yükümlülükleri, kararlaştırıldıkları sözleşmede ivaz ve özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklılık (synallagma = değişim) ilişkisi içinde yer alırlar[16]. Yapılan sözleşmede diğer tarafın borçlandığı karşı edimin belirli bir kısmı, yan edimin ifası göz önünde tutularak kararlaştırılmış bulunmaktadır. Bu nedenle, bu tür yan edimlere "karşılıklı veya denk yan edim yükümlülüğü" de denilmektedir. Yan edim yükümlülüklerinin ifa edilmemesi halinde, alacaklı ifa davası açabilir; TBK 112 ve 125. maddelere göre hareket edebilir. ", EREN, (Genel), s. 34; Aynı yönde görüş için bkz. KUNTALP, Karışık Muhteva, s. 86-87

[220] ESENER, s. 35; YENİOCAK, s. 80.

[221] BAŞPINAR, Veysel, Taşınmaz Satımında Vekâlet, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 45, S. 1, 1996, s. 483-484 (Bundan sonra "Vekalet" olarak ifade edilecektir.); YAVUZ, C. , (2018), s. 121.

TMK m. 706, Tapu K m. 26/1 ve TBKm. 237/1'e göre, taşınmaz satışının geçerliliği resmi şekle bağlanmış ve geçerlilik şartı olan bu resmi şeklin de tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından yapılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla taşınmazlarda mevcut mülkiyet hakkını devreden sözleşmelerin resmi şekilde ve belirtilen tapu sicil müdürlüğü memurlarınca yapılması gerekir[222].

Taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri de resmi şekle bağlı olup, TBK m. 237/2 ve NK m. 60 gereği bu sözleşmeyi resmi şekilde yapacak olan makam da noterlerdir. Noterler tarafından resmi şekilde ve geçerlilik şartı olarak yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri düzenleme yoluyla (re'sen) yapılan noterlik işlemlerindendir[223].

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin resmi şekilde yapılması geçerlilik şartı olduğu halde, GPİS çerçevesinde taşınmaz satışı için verilecek vekâletnamenin yani temsil yetkisinin ise resmî şekilde düzenlenmesi gerektiği yönünde TMK'da ya da TBK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır[224].

---

[222] EREN, (Genel), s. 298; YAVUZ, s. 122-123.

[223] EREN, (Genel), s. 298, 300.

[224] YAVUZ, s. 125; YENİOCAK, s. 80; "MK. m. 634 ve BK. m. 213'de taşınmaz mülkiyetinin devri borcunu doğuran sözleşmelerin resmî şekilde yapılması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Vekâlet için herhangi bir şekil öngörmeyen kanun koyucu, bu davranışıyla bu sözleşmenin geçerlik açısından da şekle bağlı olmadığını belirtmek istemiştir. Bu nedenle, vekilin yapacağı işlem resmî şekle tâbi olsa bile vekâlet, geçerlik açısından hiçbir şekle tabi değildir. ", BAŞPINAR, V. , Vekâlet, s. 490; Keza temsilen yapılan işlem geçerlilik şartı olarak resmi şekle tabi olsa dahi, temsil yetkisinin herhangi bir şekle bağlı olmadığına ilişkin görüş için bkz. ESENER, s. 35; YAVUZ, C. , (2018), s. 125

Buna karşın, TBK m. 504/3'ün düzenlemesi karşısında vekil, özel olarak yetkilendirilmedikçe taşınmazı devredemeyecektir ve bir hak ile sınırlandıramayacaktır. Bu madde ile Tapu Sicili Tüzüğü'nün m. 13/4 hükmünün ve onun NK m. 89 hükmüne yaptığı atfı birlikte değerlendirdiğimizde ise, taşınmaz satış işlemlerinin temsilci vasıtasıyla yapılması, çoğunluğun ispat şartı olarak kabul ettiği, özel yetki içeren noter tarafından düzenlenen bir vekâletname ile olabilecektir[225].

Düzenlenen vekâletnamenin taşınmaz satışı yetkisini özel olarak içermesi gerekir. Zira TBK m. 504/3, taşınmaz mülkiyetinin devrine veya bir hakla sınırlanmasına ilişkin temsil yetkisini, genel temsil yetkisine dâhil olmayan, özel olarak verilmesi gereken temsil yetkileri arasında saymıştır.

Dolayısıyla yüklenicinin GPİS kapsamında bağımsız bölümlerin satışını yapabilmesi için verilecek temsil yetkisi taşınmaz mülkiyeti devrini hedeflediği için TBK m. 504/3 hükmü gereğince özel yetki ve resmi şekilde olmalıdır[226].

[225] YENİOCAK, s. 80; Özel yetkinin kefalet sözleşmesinde uygulanmasının, kefalete ilişkin şekil şartına uygun olması gerektiğini savunan ve bu yaklaşımın yeni TBK'da m. 583/2 ile "kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşuluna bağlıdır. " şeklinde kanunlaşmasına ilişkin bkz. ÖZEN, Burak, Kefalet Sözleşmesi, İstanbul, 2012, s. 205-206.

[226] KARAKURT GÜMÜŞSOY, s. 789; AGPİS'te, satış konusunda yüklenicinin satış sürecinde gerekli işlemleri yapabilmesi için, arsa sahibi tarafından yükleniciye vekâlet verilmektedir. Arsa sahibinin bağımsız bölümlere tekabül eden arsa paylarının devri için yükleniciye verdiği vekâlet ise, TBK. m. 504/III gereğince özel yetkili vekâlet gerektiği görüşü için bkz. YELMEN, s. 54.

3. Arsa Üzerinde Tasarruf İşlemi Yapmama Borcu

GPİSde, arsa sahibinin üzerine düşen yükümlülüklerinin başında arsayı yükleniciye teslim etmek olduğunu yukarıda açıklamıştık. Bu minvalde yüklenicinin inşaat yapma ve diğer borçlarını ifa edebilmesi için arsa sahibinin arsayı teslimi yanında, teslimini yaptığı arsanın mülkiyeti üzerinde herhangi bir tasarruf işlemi tesis etmemesi yani kaçınma ve katlanma yükümüne de uyması gerekmektedir[227].

Bu noktada, arsa sahibinin arsayı teslim borcunun diğer yarısını da teslim ettiği arsa üzerinde yüklenicinin inşaat yapmasını bekleme ve buna katlanma borcu oluşturmaktadır. Arsa sahibinin bu sözleşme çerçevesinde yükümlü olduğu bu borcu, sahip olduğu tasarruf yetkisini fiilen ve hukuken kısıtlamamaktadır.

Dolayısıyla GPİS yaptığı halde, arsayı bir başkasına satabilir ve bu satış ile yapılan tasarruf işlemi de geçerli olacaktır. Bu durumda yüklenici, arsa sahibine karşı, sadece borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan zararının tazminini talep eder.

Türk Borçlar Kanunu'nda borçlunun temerrüdünden bahsedebilmek için öncelikle borcun muaccel hale gelmesi gerekir. Ancak TBK m. 473. hükmünde ayrık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu maddede yer alan imkândan yararlanabilmek için kararlaştırılan zamanda inşaatın tamamlanmasının olanaksız olması gerekli değildir. İşe başlama tarihi sözleşme ile kararlaştırılmış, buna rağmen yüklenici işe başlamakta gecikmişse arsa sahibim. 473'ten doğan haklarını kullanabilir[228].

---

[227] YENİOCAK, s. 88; EREN, (Genel), s. 104-105.

[228] ALTAŞ, Hüseyin, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, s. 100; BAŞARAN, s. 1315.

Arsa sahibi arsasını teslim ettiği halde, eğer TBK m. 473' e göre; "Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, işsahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir", dolayısıyla söz konusu madde ile henüz edimin ifası muaccel hale gelmemiş olmasına rağmen, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkı olacaktır[229].

GPİSde bu durum meydana geldiğinde, maddede açıkça belirtilmiş olmasa da temerrüde ilişkin genel hükümlerdeki koşullar burada da uygulanmalı ve yükleniciye işe devam etmesi ve tamamlanması hususunda ihtar çekilmeli ve süre verilmelidir. Dolayısıyla bu durumlar oluştuğunda süre ve ihtar uygulanmadan arsa sahibinin arsayı başkasına satması ya da üzerinde 3. kişiye rehin hakkı tesis etmesi haklı bir sebep yaratmayacaktır. Tazmin yükümlülüğü doğabilecektir.

Buna karşın, tıpkı seçimlik hakların kullanılmasında olduğu gibi yükleniciye ek süre verilmesi faydasızsa, kesin vade varsa ya da yüklenici edimini ifa etmeyeceğini açık olarak belirtmişse, arsa sahibi artık süre vermesine gerek kalmadan ve herhangi bir tazmin yükümlülüğü doğmaksızın arsası üzerinde tasarruf işlemi tesis edebilir[230].

[229] BAŞARAN, s. 1315.

[230] TBK m. 473'te tanınan hakkın temerrüt ile ilgili olmadığı ve kural olarak sadece işe başlamada gecikme sebebiyle dönme hakkı kullanılacaksa yükleniciye süre verilmesi gerekir. görüşü için bkz. ÖZ, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2006, s. 117. (Bundan sonra "İnşaat ve Mevzuat" olarak adlandırılacaktır.)

4. Bağımsız Bölüm Satışlarından Sağlanan Geliri Payı Oranında Yükleniciyle Paylaşma/Ödeme Borcu

Daha önce de ifade edildiği üzere, bağımsız bölümlerin satışından elde edilecek gelir, farklı şekil ve usullerde tarafların kendi iradeleri ve sözleşme serbestliği kapsamında belirli oranda paylaşıma tabi olacaktır. Bu paylaşım yapılırken kârın değil, (maliyetler ve giderler düşürülmeksizin) sadece gelirin paylaşılacağını vurgulamak uygun olacaktır[231].

Genel olarak baktığımızda satışlardan elde edilen gelir, arsa sahibi adına açılan bir banka hesabı ya da tarafların birlikte tasarruf edebilecekleri ortak bir banka hesabında toplanması şeklinde olmaktadır[232].

Bu hesaplarda toplanan gelirin, yükleniciye paylaştırılmasındaki zamanlama ve işin ilerleyişine göre serbest bırakılması çok önemlidir. Çünkü bu ödemelerin düzenli ve doğru zamanlarda paylaşılması yüklenicinin işi tamamlaması için elzemdir.

Bazı yazarlara göre arsa sahibinin geliri paylaşma borcu, koşula bağlı ve sözleşme kurulduğunda henüz doğmamış bir borç olarak kabul edilmektedir[233]. Buna karşın katıldığımız görüşe göre, GPİSin sonuca katılmalı ve tesadüfe bağlı yanları, gelir paylaşımı borcunun doğumu için değil ama ifa zamanı ve kapsamı hususunda geçerli ve bağlayıcıdır. Şöyle ki, sözleşmenin kurulması ve borcun doğumu koşula bağlı değildir[234].

---

[231] YENİOCAK, s. 99.

[232] YELMEN, s. 53.

[233] İNAL, (2011), s. 120.

[234] YENİOCAK, s. 101.

Bu halde, GPİSin sinallagmatik sözleşme olması neticesinde, arsa malikinin kendisine düşen borç, toplanan geliri gereken ve kararlaştırılan zamanlarda ve oranlarda yüklenici lehine serbest bırakma, yani yüklenicinin hesabına geçirme borcudur[235]. Yüklenici payının ödenmesine kadar geçecek sürede toplanan gelirin işletilmesi ve faiz vs. gibi katkılandırılması da taraflarca kararlaştırabilir, zira amaç bağımsız bölüm satışlarından en yüksek gelirin elde edilmesidir.

Elde edilen ve hesapta toplanan gelirin ne zaman paylaşılacağına ilişkin iki usul kullanılmaktadır. Buna göre her bir bağımsız bölümün satışın sonunda kararlaştırılan oranda hemen paylaşım yapılabileceği gibi bankada toplanan gelir, yüklenicinin taahhüt ettiği işlerin tamamlanma seviyesine/oranına da bağlanabilir. Dolayısıyla yüklenici sözleşmede kararlaştırılan yapım seviyelerine geldikçe oransal gelir payını almaya hak kazanır[236].

Yüklenici tarafından yapılan inşaatın seviyesi, temeli, katları, çatısı, doğraması, iç-dış sıvası, boya-badanası, kaplamalar, elektrik tesisatı, sıhhi tesisatı, kalorifer tesisatı ve sair işlere ilişkin yapılan kontrollerle tespit edilip, "inşaat seviye ve ilerleme tespit tutanağı"na bağlanır[237]. Onaylanan tutanağa bağlı olarak hem gelir paylaşımı sağlanmakta hem de yapıların tespit edilen seviyelerine göre, yüklenici inşaat için bazı izin veya krediler alabilmektedir.

---

[235] YENİOCAK, s. 99-100; YELMEN, s. 137-138.

[236] AGPİS'te paylaşımlar neticesinde, arsa sahibinin geliri, taahhüt edilen asgari miktarın üzerine çıkmış ise, sonuçta başlangıçta öngörülen toplam gelir miktarının da üzerine çıkılmış olup, bu durumda öngörülen toplam gelirin üzerindeki miktar için paylaşım oranı taraflar arasında farklı öngörülmemişse, paylaşım miktarında bir problem olmayacaktır görüşü için bkz. YELMEN, s. 137.

[237] YELMEN, s. 139.

5. Bağımsız Bölümlerin Mülkiyetini Üçüncü Kişilere Devretme Borcu

Yüklenicinin GPİSin doğasından kaynaklanan bağımsız bölümleri yapıp bitirmesi ve bunların pazarlanıp satılması yükümlülüklerinin sonucunda, arsa sahibine de yüklenici tarafından bulunan alıcılara ya da sözleşmede kararlaştırılması veya dürüstlük kuralının gerektirmesi halinde yükleniciye karşı, kat irtifakına ya da kat mülkiyetine geçildikten sonra arsa payını devir borcu doğar[238]. Bu borcunu ifa etmeyen arsa sahibi, borçlu temerrüdüne düşer ve hakkında TBK m. 117-126 arasındaki hükümler uygulanır[239].

Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, GPİSde arsa sahibinin, yüklenicinin bağımsız bölümleri pazarlaması sonucunda bulacağı alıcılarla satış sözleşmesi kuracağını taahhüt etmesi, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olan bir geçerli bir satış vaadi sözleşmesidir ve arsa sahibi taşınmaz satış vaadiyle doğrudan yükleniciye karşı bir borçlanmaktadır[240].

GPİSdearsa sahibi, yüklenicinin bulduğu alıcı 3. kişilere devir borcunu yerine getirmediği takdirde, sözleşmedeki satış vaadine dayanarak arsa sahibine karşı yüklenici aynen ifa davası açabilecektir.

---

[238] YELMEN, s. 135; YAVUZ, s. 595; Arsa sahibinin üçüncü kişiyle satış sözleşmesi kurup, yükleniciye karşı ve fakat üçüncü kişi yararına olacak şekilde taşınmaz satış vaadinden doğan borcunu ifa ettiği ve burada saf bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi değil, karma bir sözleşmenin unsuru olarak varlık kazanan, eksik üçüncü kişi yararına bir ön sözleşme söz konusu olduğu ve ön sözleşmeyi, çerçeve sözleşme, sözleşme öncesi görüşmeler gibi benzer kurumlardan ayıran en önemli özelliğinin ise sözleşme kurma borcu doğurması olduğu görüşü için bkz. YENİOCAK, s. 89-91.

[239] Arsa sahibi payının ödenmesi için bir ödeme planı öngörülen AGPİS'ler açısından, ödeme günü (taksit tarihi) gelmiş olmasına rağmen, arsa sahibi kendi borcunu ifa etmediği için, yüklenicinin ödemezlik defisi ile karşılaşabilir ama Sözleşmede ifa sırasına yönelik düzenleme yaparak ödemezlik definin ileri sürülmesinin önünde geçebilir. Bkz. YELMEN, s. 136.

[240] YENİOCAK, s. 92-93; AGPİS kapsamında aynı görüşte bkz. YELMEN, s. 63-64.

Bu dava sonucunda kabul kararı tesis edilirse, verilecek karar, sadece, arsa sahibinin dava konusu edilen bağımsız bölüme ilişkin satış sözleşmesi kurulması yönündeki iradesi yerine geçecektir[241]. 3. kişi, bu kararı kullanarak, tapu müdürlüğünden mülkiyetin kendi adına geçirilmesini talep ederek sonuca varacaktır.

Tüm bu açıklamalara karşın, eğer arsa sahibi, yüklenicinin GPİS kapsamında bağımsız bölümlerin satışını yapabilmesi ve taşınmaz mülkiyetinin devri için, TBK m. 504/3 hükmü gereğince özel yetkili ve resmi şekilde düzenlenen temsil yetkisini (vekâletnameyi)yükleniciye vermişse, kural olarak bu borcunu yerine getirmiş sayılır.

Dolayısıyla arsa sahibi, bağımsız bölümlere karşılık gelen arsa payının satışı için yükleniciye geçerli bir özel yetkili vekâlet verdiği ve sözleşme devamı sırasında azletmediği süre için de borcunu ifa etmiş olmaktadır[242].

Sözleşmede ayni paylaşım esasının kabul edilmişse belirlenen tarihte hâlâ satılamamış bağımsız bölüm bulunması durumunda, bunların yüklenicinin payına düşen kadarının mülkiyetini devretmek de arsa sahibinin devir borcunu oluşturur[243].

Asgari (en az) gelir taahhüdü olan GPİSde, bağımsız bölümlerin satışından beklenen gelir elde edilememiş ve asgari gelire yetmese bile bunun sorumluluğu ve riski yükleniciye ait olacağından, yüklenici, sözleşmede taahhüt ettiği asgari gelir üzerinden arsa sahibine ödemede bulunacak ve karşılığında arsa sahibi de bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretme borcu altına girecektir[244].

---

[241] YENİOCAK, s. 93 ve dpn 95'deki yazar.

[242] AGPİS için temsil geçerliliği yönünden bkz. YELMEN, s. 136.

[243] İNAL, (2011) s. 244.

[244] İNAL, (2011), s. 244; YELMEN, s. 44.

Asgari gelir taahhüdü içeren GPİS dışında, temel sözleşme içeriğinden farklı olarak bazı zamanlarda ayni paylaşıma da gidilebilir. Bu durum ya sözleşmede taraflarca kararlaştırılır ya da karma sözleşme niteliğinden kaynaklı olarak durumun gerektirdiği halde kıyas ve yaratma teorisi çerçevesinde, hâkim tarafından TMK m. 1/2 gereğince ayni paylaşıma gidilmesi kabul edilebilir[245].

Tüm pazarlama, reklam ve tanıtım faaliyetlerine karşın, bağımsız bölümlerin satışı beklenenin çok altında kalacaksa ve bu durumda gelir paylaşımı esasına devam edilmesi zararına fiyat düşürülmesine neden olacaksa, dürüstlük kuralı kapsamında, somut olayın şartları gereği hâkim, kanun koyucu gibi, gelir paylaşımı esasını, ayni paylaşıma çevirebilir.

Bunun en önemli ve gereken şartı ise sözleşmede kararlaştırılmamış olmasına bile ayni paylaşıma gidilebilmesi için dürüstlük kuralı kapsamında somut olayın bunu gerektirmesidir[246].

GPİSin karma yapısı içerisinde adi ortaklığı ele aldığımızda, TBK m. 640/2'nin kıyasen uygulanması ile sözleşmeyi ayni paylaşıma dönüştürmek için öncelikle dürüstlük kuralına uygunluk ve uygun zamanda talepte bulunulmalıdır. TBK m. 640/1 de adi şirket belirsiz süreliyse; 6 ay önceden kullanılmak kaydıyla her ortağın feshi ihbarda bulunabileceği kabul edildiği halde, m. 640/2 de bu fesih hakkının iyi niyetli olması geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir[247].

Her iki tarafın da ortak amacı şüphesiz en yüksek gelirin elde edilmesi olduğu için, ayni paylaşıma dönüştürürken bu menfaatlerin çatışmaması ve bir taraf yararına kullanılmamasıdır. Bu sebeple, iyiniyetli kabul edilebilecek şekilde ve dürüstlük kuralına aykırı olmayacak şekilde sözleşmede ayni paylaşıma geçilebilecektir.

---

[245] İNAL, (2011), s. 244.

[246] İNAL, (2011), s. 246.

[247] İNAL, (2011), s. 246.

Örneğin yüklenici, borçlarından olan reklam ve pazarlama faaliyetleri ile bağımsız bölümleri satma yükümlülüğünden kaçmak ve buradaki harcamasından kurtulmak için yapı tamamlandıktan sonra ayni paylaşıma geçelim diyemeyecektir. Bu halde, iyi niyetini ve haklı sebebini ispat etmesi gerekecektir.

C. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinde Şekil ve Sözleşmede Şekle Aykırılığın Sonuçları

1. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinde Şekil

Bir sözleşmede geçerlilik, başlangıçta kurulmuş olan bir sözleşmenin hukukî ve fiili sonuçlarını esasına ve edimlerinin oluşuna göre doğurmasıdır. Dolayısıyla ister kanunun öngördüğü isterse de tarafların iradi olarak TBKm. 17 gereğince öngördüğü şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler kural olarak hüküm doğurmaz.

GPİS, TOKİ ve yüklenici arasında yapılıyorsa istisnai bir düzenleme ile resmi şekil şartı aranmamaktadır. İdare ile arsa sahibi arasındaki sözleşmenin ne şekilde yapılacağı, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu m. 6/2'deki; "Toplu konut idaresi başkanlığı tarafından yapılan taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan gayrimenkul satış sözleşmeleri ile gayrimenkul satış vaadi sözleşmelerinde resmi şekil şartı aranmaz. ”ve bu kanunun uygulamasına ilişkin TOKİ Yönetmeliği[248] m. 33'teki “…İhale dokümanında belirtilen şartlara aykırı sözleşme düzenlenemez. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe, sözleşmelerin notere tescili ve onaylattırılması zorunlu değildir.” hükümleriyle düzenlenmiştir[249].

[248]TOKİ Başkanlığı Satış, Devir, İntikal, Kiraya Verme, Trampa, Sınırlı Ayni Hak Tesisi ve Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliği

[249] ARAT, s. 199; YELMEN, s. 94.

Önceki bölümlerde detaylı olarak ortaya koyduğumuz üzere, temel (yalın) ve yüklenicinin en az gelir taahhüdünde bulunduğu veya belirli bir zaman diliminden sonra elde kalan bağımsız bölümlerin paylaştırılmasına ilişkin düzenlemelerin olduğu gelir paylaşımlı inşaat sözleşmeleri karma nitelikli sözleşmelerdir[250]. Dolayısıyla içinde barındırdığı isimli sözleşmelere ilişkin (eser, adi ortaklık, vekalet) hususları şekil açısından incelerken de göz önünde tutmak gereklidir[251].

Sözleşme, gerçek veya tüzel kişi arsa sahibi ile yüklenici arasında yapıldığında ise, bir kısım yazarlar GPİSde şeklin, sözleşmenin yapılış tarzına bağlı olarak değişeceğini kabul etmişlerdir. Yapılış tarzlarına göre sözleşmede şekil genel olarak altı kalemde incelenmekte olup, bunlar, sözlü, adi yazılı, nitelikli yazılı, resmi, belirli bir sicile tescil ve ilan olarak sınıflanabilir[252].

Bu yazarlara göre, GPİSin yalın hali hariç sadece yükleniciye devir yapılması halinde resmiyetin tapuda veya satış için vekâlet verilmesinde resmiyetin noterde düzenleme şeklinde yapılacak işlemle gerçekleşeceğinden, satış tamamlanamasa bile asgari gelir paylaşımlı sözleşmenin de, bir satış vaadi teşkil etmesinden dolayı yine noterde düzenleme şeklinde yapılması gerektiğini belirtmişler[253].

---

[250] GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 798. YENİOCAK, s. 40; ARAT, s. 194-195; YAVUZ, s. 594.

[251] Karma bir sözleşme niteliğinde olduğu kabul edilebilecek olan AGPİS'in şeklinin tespit edilmesi için, onun unsurları içinde yer alan sözleşmelerde öngörülen şekil kurallarına bakmak gerekmektedir. AGPİS her ne kadar kendisini meydana getiren unsurlara ait sözleşmelerden bağımsız bir nitelik, ayrı bir bütün, sentez teşkil etse de, ilgili sözleşmeler için öngörülen şekil kurallarının kıyas yoluyla uygulama alanı bulması gündeme gelmektedir. Bu kapsamda, AGPİS'i meydana getiren unsurların ait oldukları sözleşmelere ilişkin şekil kurallarının ele alınması gerekmektedir. " YELMEN, A. , s. 92-93.

[252] EREN, (Genel), s. 287-302.

[253] İNAL, (2011), s. 210; ARAT, s. 200.

Bizim kabul ettiğimiz görüşe göre, her ne kadar ön sözleşme, kanunda aksi bir uygulama öngörülmedikçe, ilerde yapılacağı vaat edilen esas sözleşmenin şekline tabi olsa bile, tapuda resmi şekilde yapılması gereken taşınmaz satışı sözleşmesinde, satış vaadini içeren taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin noterler tarafından düzenlenebileceği NK m. 60'da hükme bağlanmıştır. Burada kanunen asıl sözleşmenin şekline bağlı olmayan bir ön sözleşme olduğu görülmektedir[254].

Yinelemek gerekirse, TMK m. 706, Tapu K m. 26/1 ve TBK m. 237/1'e göre, taşınmaz satışının geçerliliği resmi şekle bağlanmış ve geçerlilik şartı olan bu resmi şeklin de tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından yapılacağı düzenlenmiştir.

Dolayısıyla, GPİSde taraflar arasında gelir paylaşımının ön şartı olan bağımsız bölümlerin satışında, arsa sahibinin taşınmaz satış vaadi içeren edimi gözetilerek, tüm sözleşmenin ister temel hali ister asgari gelir paylaşımı taahhüdü içeren hali isterse de ayni paylaşım taahhüdü içeren hali olsun resmî şekilde (noterlerce düzenleme şeklinde)

[254] YENİOCAK, s. 58; "Taşınmaz satım vaadi, bir tarafa veya iki tarafa bir taşınmazın satımı sözleşmesinin yapılmasını istemek hakkı sağlayan bir sözleşmedir. Taşınmaz satım vaadi sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte hâkim görüş, bu sözleşmeyi ön sözleşme olarak nitelendirmektedir. Taşınmaz satım vaadi, sözleşmede kararlaştırılan hükümlere göre, sözleşmenin sadece bir tarafına veya her iki tarafına asıl satım sözleşmesinin yapılmasını isteme hakkı verir. Asıl satım sözleşmesinin yapılmasını isteme hakkı bulunan taraf bu isteğini karşı tarafa bildirince, karşı taraf bakımından asıl satım sözleşmesini yapma borcu doğacaktır. " CANBOLAT, Ferhat/ TOPUZ, Seçkin, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı (TOKİ) Tarafından Yapılan Konut Satımına İlişkin Sözleşmenin Hukuki Niteliği ve Geçerliliği Sorunu, AÜHFD, 2008, s. 171. (www. dergiler. ankara. edu. tr.)

yapılması gerekir[255].

TBK m. 237, TMK m. 706 ve Tapu K m. 26. maddelerine uygun olarak resmi şekilde yapılması gerektiğini belirttiğimiz gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde yapılacak esaslı noktalara ilişkin değişikliklerin de TBK m. 13/1 uyarınca resmî şekle bağlı olarak yapılması gerekir[256].

Bu kapsamda, tarafların böyle önemli sonuçları olacak bir sözleşmeyi yaparken daha ciddi ve etraflıca düşünüp ona göre hareket etmesini sağlamak için getirilen şekil kuralı, yani GPİSin noterde düzenleme şeklinde yapılması, geçerlilik şartı olarak karşımıza çıkmaktadır[257].

---

[255] YENİOCAK, s. 58; CURA/SÜTÇÜ, Makale; Aksi yönde bkz. İNAL, (2011), s. 210. İnal'a göre resmi şeklin ratiolegis'i sebebiyle gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi şekle tabi olduğu değildir. Hali hazırda hukukumuzda da şekil serbestisi kural, şekle bağlılık istisnadır. Bir sözleşmenin geçerliliğinin kanunen şekle tâbi olması için doğal olarak kanunda düzenlenmesi gerekmekte olup, kanuna göre sadece taşınmaz mülkiyetinin nakli borcu doğuran sözleşmeler şekle tâbi kılınmış olup, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi için böyle bir düzenleme olmayıp, taşınmaz mülkiyetinin nakli borcu da doğurmamaktadır. Benzer doğrultuda ARAT, s. 200. Arat' a göre de arsa satışı karşılığı gelir paylaşımı sözleşmesi, yalın haliyle yapıldığında, arsa sahibinin yükleniciye veya onun göstereceği üçüncü kişilere, tapuda devir veya devir vaadi borcu bulunmadığından ve özellikle arsa sahibinin satış yetkisini elinde tutması halinde aralarındaki sözleşmenin herhangi bir şekle tabi olmadığı düşünülebilecektir.

[256] EREN, (Genel), s. 302.

[257] YENİOCAK, s. 58-59; "AGPİS bünyesinde yer alan unsurlar için şekil şartının öngörülmediği haller olduğu gibi yazılı ve resmî şekil şartını taşıması gereken unsurlar da bulunmaktadır. Bunlardan en ağırı resmî şekil şartıdır. O halde, bir sentez olan AGPİS'in resmî şekle tâbi olduğunu ve noterde düzenleme şeklinde yapılması gerektiğini ifade etmek mümkündür. Buradaki şekil, geçerlik şeklidir. " YELMEN, s. 93.

TBK m. 237, TMK m. 706 ve Tapu K m. 26. hükümlerine uygun olarak resmi şekilde yapılması gerektiğini belirttiğimiz gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde, tamamlayıcı yan hükümler dışındaki değişikliklerin de yine TBK m. 13/1 uyarınca resmî şekle bağlı olarak yapılması gerekir.

TBK m. 12 dikkate alındığında hukukumuzda esas olan sözleşmelerin şekle bağlı olmamasıdır. Ancak taşınmaz satımları bu kuraldan ayrı olarak resmi şekle tabi tutulmuşlardır. Burada amaçlanan tarafların bu kadar önemli bir konuda iyice düşünmelerini ve kararlarını verirken sözleşmenin sonuçlarını iyice anlamalarını sağlamak ve yine sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda mahkemelerde usul ve zaman ekonomisine faydalı olmaktır. Şekil bu anlamda sözleşmeye açıklık ve ispat güvenliği sağlar ve yorumlanmasını da kolaylaştırır[258].

[258]EREN, (Genel), s. 279-281; 26. 11. 1980 gün ve 5/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, taşınmaz mülkiyetinin geçirimi borcunu yükleyen sözleşmelerin resmi şekilde yapılmasının tarafları koruyucu amacı şöyle ifade edilmektedir: "- Tarafları dikkate davet etmek, acele ile yanlış kararlara varmamak ve altından kalkılmayacak yüklere girmemek-". Resmi şekildeki sözleşme belirli bir kamu görevlisi tarafından düzenleneceği için, sözleşmede tarafların irade beyanları açık ve kesin olarak belirlenir. Özellikle taşınmazlarda şekil kuralı sayesinde tapu siciline yapılacak olan tescil işlemi için sağlam ve güvenilir dayanak elde edilmiş olur. Tarafların taşınmazın devrine ilişkin iradelerini resmi memur önünde açıklamaları ve bunun resmi senede geçirilmesiyle; genellikle onların ehliyetsizlik, irade bozukluğu, sözleşme şartlarının resmi senettekinden farklı bulunduğu şeklinde değişik ve gelişi güzel itirazda bulunmaları güçleşir. Bu nedenlerle, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin resmi şekil şartına bağlı tutulmasında sadece tarafların değil kamunun da yararı bulunduğu kabul edilmektedir. (www. lexpera. com. tr/ictihat/yargitay/buyuk-genel-kurul-e-1987-2-k-1988-2-t-30-9-1988)

2. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinde Şekle Aykırılığın Sonuçları

a. Genel Olarak

Geçerlilik şekline uyulmaksızın yapılan bir sözleşmenin hüküm doğurmayacağı, TBK m. 12/2'de açıkça hükme bağlanmıştır. Kanunun öngördüğü geçerlilik şekline uymamanın sonuçlarına ilişkin de farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bunlar; kesin hükümsüzlük (butlan) görüşü, yokluk görüşü, kendine özgü geçersizlik (esnek geçersizlik), eksik borç görüşü ve fiili sözleşme görüşüdür. Türk ve İsviçre hukukunda kabul gören görüş ise kesin hükümsüzlük görüşü olup, kendine özgü geçersizlik görüşü (esnek geçersizlik)[259] de ilgi ve kabul görmeye başlamıştır.

Kanunda da açıkça düzenlendiği üzere taşınmaz satımı yalnızca tapu sicil memuru tarafından ve resmi biçimde yapılabilir. Buna karşın taşınmaz satış vaadi sözleşmesini noterler de düzenleyebilir. Bu kapsamda resmi şekilde tapu sicil memuru tarafından yapılmayan taşınmaz satımı geçersizdir ve mülkiyetin naklini sağlamaz. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına baktığımızda da taşınmaz satım sözleşmesinde resmi

[259] "Bu görüşe göre buradaki geçersizlik, tamamen taraflar arasındaki bir geçersizlik halidir. Bu nedenle, şekil noksanlığı herkes tarafından değil, sadece taraflarca defi olarak ileri sürülebilir; hâkim tarafından re'sen göz önünde tutulamaz. Şekil noksanlığı, sözleşmenin sürekli olarak geçersiz kalması sonucunu doğurmaz. Şekil kuralının amacı önemlidir. Taşınmazlarda şekil tarafları korur. Bu nedenle, bilerek ve isteyerek yapılan ifa ile sözleşme geçerlilik (sağlık) kazanır. " EREN, (Genel), s. 307.

şekil şartına uymamanın sonucu kesin hükümsüzlük (butlan)[260] olarak kabul edilmiştir.

Nitekim TBK m. 12'de kanunun öngördüğü şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmenin geçerli olmayacağı da düzenlenmiştir. Ancak Yargıtay'ın da kararlarına yansımış olduğu üzere, somut durumun uygunluğuna göre, taşınmaz satım akdinin noterler tarafından düzenlenmesi halinde, bu sözleşmeler geçersiz sayılmamakta ve tahvil yolu ile bunların taşınmaz satış vaadi olarak kabulü sağlanarak geçerlilik kazandırılabilmektedir[261].

Karma sözleşmelerden olduğunu belirttiğimiz gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde kısmi hükümsüzlüğü uygulamak doğru olmayacaktır[262]. Çünkü tarafların edimleri karşılıklı değişim içerisinde olup, tam iki tarafa borç yükler ve biri olmaksızın diğerinin ediminin karşılığı olmayacaktır. Dolayısıyla GPİSde şekil yokluğu/sakatlığı sözleşmenin tümüne etkilidir ve kural olarak kısmi geçersizlik uygulanamaz[263]. Bu halde sözleşmenin bir kısmındaki resme şekle uyulmaması bile kesin hükümsüzlük sonucunu doğuracaktır.

GPİSde bağımsız bölümün mülkiyetini satış akdi ile devretmek borçlandırıcı

---

[260] Bir sözleşmenin kurulmuş olmasına rağmen kesin hükümsüzlüğünü gerektiren sebepler, irade beyanında bulunan kimsenin ayırt etme gücünün bulunmaması, sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlâka ve âdaba ve kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olması ile sözleşmenin geçerliliği için aranan şekle uyulmaması [ve] sözleşmenin muvazaalı olmasıdır. Yokluk durumunun borç sözleşmelerindeki kesin hükümsüzlük durumundan farkı ise, yokluk durumunda dürüstlük kuralı uygulanmasıyla bu halin engellenememesidir. Oysa kesin hükümsüzlük durumunda hakkın kötüye kullanılmaması için, dürüstlük kuralı uyarınca kesin hükümsüzlüğün düzelmesi imkânı vardır. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve yorumlar için bkz. OĞUZMAN. /ÖZ, (2018), s. 174-184.

[261]OĞUZMAN/ÖZ, (2018), s. 177.

[262]CURA/SÜTÇÜ, Makale, s. 6.

[263]OĞUZMAN/ÖZ, (2018), s. 181.

işlem ve bu borçlanılan edimi ifa amacıyla tapuda tescil ettirmek de tasarruf işlemidir. Burada tasarruf işleminin sebebini borçlandırıcı işlem olan taahhüt işlemini oluşturur.

Türk ve İsviçre Hukukuna göre değerlendirdiğimizde, GPİSde borçlandırıcı işleminin şekil noksanlığı, hukuka ve ahlaka aykırılığı ya da taraflardan birinin ehliyetsizliği nedeniyle kesin hükümsüz olması halinde tasarruf işlemi de geçersiz olur.

Bu sebeple de ayni hak karşı tarafa geçmemiş olur. Hâkim, kesin hükümsüzlük halinde şekle aykırılığı kendiliğinden dikkate alır, keza ilgili ve çıkarı etkilenen herkes tarafından, şekle aykırılık ileri sürülebilir ve kural olarak tarafların şekle aykırı sözleşmeyi kabul iradesi sözleşmeyi sonradan geçerli hâle getirmez[264].

Şekle uygun olarak yapılan GPİSde taşınmaz satış vaadinde bulunan arsa sahibine tapuda tescil yaptırma borcu doğar. Sözleşmede tarafların iradelerinin esaslı noktalar üzerinde birbirini tamamlaması ve uyuşması kadar bu durumun öngörülen resmi şekle uygun olarak yapılması da bir diğer önemli husustur.

b. Şekle Aykırılığın İleri Sürülememesi

GPİSde şekil (biçim) kurallarına aykırılık veya eksikliğin bulunması sözleşmeyi baştan itibaren kesin hükümsüz (butlan) kılar[265]. Bu anlamda buyurucu (emredici) nitelikteki şekil kurallarına mutlaka uyulmalıdır.

Bu durumda sözleşme şekle aykırı da olsa kurulmuştur, fakat kesin hükümsüzdür. Sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulduğundan, hiçbir biçimde geçerli duruma gelmez ve böyle bir sözleşmenin taraflarından edimlerin ifası beklenemeyeceği gibi hak ve borç sahibi de olmazlar[266].

---

[264]EREN, (Genel), s. 305; YENİOCAK, s. 62.

[265] YENİOCAK, s. 62.

[266] EREN, (Genel), s. 305; DUMAN, İlker Hasan; İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralı, Ankara, 2016, s. 40. (Bundan sonra "Dürüstlük Kuralı" olarak adlandırılacaktır.)

Dolayısıyla, şekle aykırı ve kesin hükümsüz olan sözleşme, tarafların iyiniyetli kabulleri ile geçerli hale gelmeyeceği gibi hâkimde sözleşmeyi şekil koşuluna aykırı yapılması nedeniyle kesin geçersiz sayacaktır. Bu geçersizlik neticesinde ise tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan şekil noksanlığını bilmeden ve kendisini borçlu zannederek ifada bulunan taraf ya da taraflar, sebepsiz zenginleşme ya da istihkak davasıyla verilen şeyi geri talep edebilecektir[267].

Görüldüğü üzere, GPİSde resmi şekle aykırılık, zamanla veya tarafların zımni ya da açık onayı ve rızası ya da ifa etmeleri ile geçerli olmayacaktır. Buna karşın, bazı koşulların varlığı halinde, somut olaya göre, şekle aykırılık nedeniyle kesin geçersizliğin uygulanması dürüstlük kurallarına aykırılık yaratacak, bu nedenle ağır sonuçlar doğacak ve menfaat dengesinde ağır orantısızlık oluşturacaksa bu katı sonucu TMK m. 2 çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması yasağından faydalanılarak yumuşatmak gerekmektedir[268].

Kesin hükümsüzlük halinde GPİSin sağlıklı olarak kabul edilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre öncelikle tam iki tarafa borç yükleyen GPİSde, TMK m. 2/1 ve m. 2/2'ye göre, taraflar şekle aykırılığa rağmen kendi irade ve bilinçleriyle edimlerinin tamamını ya da tamamına yakın kısmını ifa etmişlerse şekle aykırılığı ileri sürmek hem dürüstlük kuralına aykırı düşer, hem de hakkın kötüye

---

[267] EREN, (Genel), s. 305.

[268] "Uyuşmazlık, arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davacı yüklenici, davalı arsa sahibidir. Davacı ile davalı arsa sahibi arasında imzalanan ay ve günü belli olmayan 1993 tarihli sözleşme uyuşmazlık konusu değildir. Anılan sözleşme resmi yazılı şekilde yapılmadığından geçersiz ise de, edimler yerine getirildiğinden 30. 9. 1988 Tarih 2/2 sayılı YİBBGK kararında vurgulandığı üzere sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek TMK'nun2. maddesinde gösterilen iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. (15. HD. 27. 1. 2004, 3899/408)" DUMAN, İ, H. , Dürüstlük Kuralı, s. 46.

kullanılmasını teşkil eder[269].

Tarafların şekle aykırılığa rağmen kendi irade ve bilinçleriyle edimlerinin tamamını ya da tamamına yakın kısmını ifa etmeleri dışında, eğer taraflardan biri, şekil noksanlığına diğer tarafı kandırarak, hile ya da noksanlığı bilerek kasten sebep olmuşsa da sonrasında şekle aykırılığa dayanarak sözleşmenin butlanını (kesin geçersizliğini) ileri süremeyecektir[270].

Resmi şekle bağlı gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde, taraflar, tamamlayıcı nitelikte, esası etkilemeyen unsurlar dışındaki değişikleri de resmi şekle uyarak yapmak zorundadırlar. Bu durumda, değişiklikler ya da eklemeler resmi şekle uygun olarak yapılmasa bile, uzun bir zaman içerisinde taraflarca hiçbir itiraza uğramadan benimsenerek zamana yaygın olarak fiilen uygulanmış ise iş bu sözleşme değişikliklerinin biçime uygun olarak yapılmadığını ileri sürmek de dürüstlük kuralına aykırı olacak ve edimini ifadan kaçınan tarafın bu iddiasını kanıtlanması gerekecektir[271].

D. Sözleşmeye İlişkin Bazı Uygulama Noktaları

1. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Tapuya Şerh Edilmesi Hususu

GPİSde yüklenici bağımsız bölümleri inşa etmek akabinde de pazarlama ve satışlarını yapmakla yükümlüdür. Bunun karşılığında arsa sahibinden talep edebileceği nispi nitelikte ve kişisel hakkı ise alıcı olan 3. kişilere bağımsız bölümlerin satışını talep

---

[269] EREN, (Genel), s. 305; YENİOCAK, s. 62; CURA. /SÜTÇÜ, Makale, s. 6.

[270] EREN, (Genel), s. 306; "Ayrıca, şekil eksikliğine bilerek ve sözleşmenin karşı tarafını aldatarak sebep olan tarafın, sonradan bu eksikliği ileri sürmesi hâlinde de, bu iddia, dürüstlük kuralının bir görünümü olan çelişkili davranış yasağına aykırılık sebebiyle dinlenmeyebilecektir. " YENİOCAK, s. 62.

[271] DUMAN, Dürüstlük Kuralı, s. 41.

etme hakkıdır[272].

Arsa sahibinin inşa edilecek bağımsız bölümleri yüklenicinin bulacağı üçüncü kişilere satmayı vaat etmesi ise 3. kişi yararına bir taşınmaz satış vaadi niteliğindedir. GPİSde yüklenicinin sahip olduğu bu kişisel hak, tapu kütüğüne şerh edilmekle etkisi güçlendirilmiş ve eşyaya bağlı borç etkisi yani ayni hak kuvveti kazanmış olacaktır[273].

Güçlendirilebilecek kişisel hakların bütünü göz önünde tutulduğunda, bu hakların nerdeyse tamamının taşınmaz üzerinde bir ayni hak değişikliğine ya da taşınmazdan yararlanmaya veya kullanmaya ilişkin olduğu görülmektedir[274].

TMK m. 1009'da kişisel hakların şerhi, TMKm. 1010'da tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler ve TMK m. 1011'de ise geçici tescil şerhi düzenlenmiştir. Dolayısıyla tapuya şerhedilebilecek haklar, TMK m. 1009/1'de;"Arsa payı karşılığı inşaat**,** taşınmaz satış vaadi, kira, alım, onalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerhedilebilir" şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında da; "Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir. " denilerek şerhin etkisi belirtilmiştir.

Bu minvalde, GPİSde de kat karşılığı inşaat sözleşmesinde olduğu gibi arsa sahibinin taşınmaz satış vaadinden doğan talep hakkının tapu siciline şerhi, yüklenici açısından önemlidir.

Bu şerh ile arsa sahibinin arsa üzerinde tapuda yapacağı kamusal ya da özel

---

[272] YENİOCAK, s. 57.

[273] YENİOCAK, s. 57; YELMEN, s. 88; "Kişisel hak mahiyetinde olan satış vaadi sözleşmesine dayalı hak tapu kaydına işlenmekle, ayni etkinlik ve aleniyet kazanır ve satış vaadi şerhinden sonra konulan haciz sonuç doğurmaz. "Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, Esas: 2011/11502, Karar: 2011/14844 (http://www. turkhukuksitesi. com/serh. php, 12. 03. 2019).

[274] SARI, Suat, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, S. 2, 2006, s. 277.

borçlanma ve iyiniyetli olmayan ayni hakları etkileyen davranışları nedeniyle konulabilecek haciz, ipotek, irtifak hakkı vs. gibi takyidatlar sonucu doğacak zararları önlemek mümkün olabilecek ve sözleşme resmi şekilde yapıldığından şerhine imkân tanınmakla olumsuz tasarruflar sebebiyle 3. kişilerin hak kazanmasına karşı, yüklenici iyiniyet iddiasını bertaraf edebilme imkânı elde edebilecektir[275].

Bizim de katıldığımız görüşe göre, Tapu K m. 26/7 hükmü, taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflardan herhangi birinin şerh talebinde bulunabilmesi imkânına yer vermiş olup, bunun GPİSe uygulanması ve genişletilmesi doğru olmayacaktır[276].

Bu nedenle GPİSde taraflar arasında şerh anlaşmasının varlığı, şerh için gerekli genel bir koşuldur ve taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi sahibi olan arsa sahibinin tapuda şerh talep etmesi gerekmektedir. Taraflar arasında şerh anlaşması olduğu halde arsa sahibi bu borcunu ifadan kaçınırsa, yüklenici mahkeme yolu ile şerhi sağlatabilecektir[277].

GPİSde, yüklenicinin bulacağı alıcı durumdaki 3. kişilere karşı satış sözleşmesi kurma taahhüdü ve yüklenicinin de bunu kabulünün sonucu olarak, geçerli bir satış vaadi mevcut olup, yüklenicinin bağımsız bölümlere ilişkin satış sözleşmesinin kurulmasını talep edebilme hakkı, TMK m. 1009/1 hükmüne dayanılarak tapu siciline

---

[275] CURA/SÜTÇÜ, Makale, s. 5-6; ARAT, s. 202; YENİOCAK, s. 57.

[276] YENİOCAK, s. 56; Karşı görüş için bkz. YELMEN, s. 87, Yazar, Tapu K m. 26/7'deki "Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir. ". hükmünü, "taraflardan herhangi biri" noterler tarafından düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin tapu siciline şerhini talep edebilir ve gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde şerh anlaşması da gerekmez şeklinde kabul etmektedir.

[277] YENİOCAK, s. 56.

şerh edilebilir[278]. Zira TMK m. 1009/1 hükmünde açıkça, taşınmaz satış vaadinden doğan hakların tapu siciline şerh edilebileceği düzenlenmiştir.

Bu halde yüklenicinin bulduğu alıcı 3. kişilere, arsa sahibi tarafından bağımsız bölümün satışını talep edebilmesi sözleşmeden doğan, nisbî nitelikte ve kişisel bir hak olup, tapuya şerh edilmekle, eşyaya bağlı borç etkisi kazanır. Böylece, kişisel hakkın etki alanı genişler ve satış vaadinden doğan bu hak, arsa sahibinin arsayı bir başkasına satması hâlinde ya da taşınmazı başka ayni haklarla sınırlamak gibi iyi niyetli olmayan tasarruflarda bulunması durumunda arsanın yeni maliklerine karşı da ileri sürülebilir bir niteliğe bürünmüş olur.

GPİSde, TMK m. 1009/1 hükmüne dayanılarak tapu siciline yapılan yüklenicinin hakkına ilişkin şerhin etkisi, Tapu K m. 26/8 hükmünü uygulanmasıyla şerh tarihinden itibaren beş yıl geçmekle son bulacaktır[279].

2. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinde Vergisel Açıdan Değerlendirmeler

İnşaat sektöründeki hareketlilik ve özellikle metropollerdeki arsa maliyetlerindeki yükseklik, yüklenicileri ve arsa sahiplerini arsa karşılığı inşaatlara yani kat karşılığı veya gelir paylaşımlı inşaatlara yönlendirmektedir.

---

[278] Buna karşın, arsa satışı karşılığı gelir paylaşımı sözleşmesi, TMK m. 1009'da sayılan sözleşmelerden olmadığı için tapuya şerhedilemez. Ancak yükleniciye üçüncü kişilere satış yetkisi verilen bir sözleşme yapıldığında, bu sözleşme bir satış vaadini içereceğinden tapuya şerhinin mümkün olacağı kabul edilebilir görüşü için bkz. ARAT, s. 201; Aynı yönde İNAL, (2011), s. 201; CURA. /SÜTÇÜ, Makale, s. 5-6.

[279] Yüklenici ile önceki arsa sahipleri arasındaki 20. 4. 1989 tarihli "İnşaat Taahhüdü Ve Satış Vaadi Sözleşmesi"ne mesnetle 18. 06. 1990 tarihinde sözleşme, taşınmaz kaydına şerh edilmiştir. Taşınmazın 3. kişiye satışının gerçekleştiği 14. 6. 1996'da 5 yıllık süre geçmiş olduğundan; şerh, terkini gereken hükümsüz bir şerh halini almış ve şahsi hakkın, ayni hak kuvveti ortadan kalkarak, herkese karşı dermeyanı imkânsız duruma gelmiştir. Yar. 15. Hukuk Dairesi, Esas: 1997/3457, Karar: 1997/5032, www. turkhukuksitesi/12. 03. 2019)

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinin uygulamada yavaş yavaş ön plana çıkma sebeplerinden birisi de arsa sahibinin vergisel avantajlardan yararlanmak için, yükleniciyi bağımsız bölümlerin pazarlamacısı ve satıcısı konumuna getirmesi ve birçok vergi yükümlülüğünü yükleniciye devretmek isteğidir. Bunun dışında inşaat sektörünün vergi yükünü hafifletmek ve sektörü teşvik etmek için çeşitli vergi düzenlemeleri de yapılmaktadır.

Bu kapsamda, 15. 03. 2017 Tarihli ve 30008 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanan 2017/9973 Sayılı "488 Sayılı Damga Vergisi Kanununa Ekli (1) Sayılı Tabloda Yer Alan Bazı Kağıtlara İlişkin Damga Vergisi Oranları ve 492 Harçlar Kanununa Bağlı (4) Sayılı Tarifede Yer Alan Bazı İşlemler Üzerinden Alınan Harçlar ile Kaynak Kullanımı Destekleme Fonları Hakkında" Bakanlar Kurulu Kararı ile binde 9, 48 olan damga vergisi oranı "0" sıfır olarak belirlenmiştir[280].

[280] "İlgide kayıtlı özelge talep formu ve eklerinin incelenmesinden, özelge talep formu eki "… Konutları İnşaatı Eser Sözleşmesi" başlıklı kağıdın damga vergisinden istisna edilip edilemeyeceğine ilişkin görüş sorulduğu anlaşılmıştır. 488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 1 inci maddesinde, bu Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yazılı kağıtların damga vergisine tabi olduğu, bu Kanundaki kağıtlar teriminin, yazılıp imzalanmak veya imza yerine geçen bir işaret konmak suretiyle düzenlenen ve herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek olan belgeler ile elektronik imza kullanılmak suretiyle manyetik ortamda ve elektronik veri şeklinde oluşturulan belgeleri ifade edeceği; 3 üncü maddesinde, damga vergisinin mükellefinin kağıtları imza edenler olduğu, resmi dairelerle kişiler arasındaki işlemlere ait kağıtların damga vergisinin kişiler tarafından ödeneceği hükümlerine yer verilmiştir. Anılan Kanuna ekli (1) sayılı tablonun "I. Akitlerle ilgili kağıtlar" başlıklı bölümünün "A. Belli parayı ihtiva eden kağıtlar" başlıklı fıkrasına 6824 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla eklenen (14) numaralı bentte, resmi şekilde düzenlenen kat karşılığı veya hasılat paylaşımı inşaat sözleşmelerinin, (15) numaralı bentte ise resmi şekilde düzenlenen kat karşılığı veya hasılat paylaşımı inşaat sözleşmeleri kapsamında yapı müteahhitleri ile alt yükleniciler arasında düzenlenen inşaat taahhüt sözleşmelerinin binde 9, 48 nispetinde damga vergisine tabi olduğu hükümlerine yer

Bu düzenlemeyle sadece resmi şekilde düzenlenen kat karşılığı veya GPİSde ve yine resmi şekilde düzenlenen kat karşılığı veya GPİS kapsamında yapı müteahhitleri ile alt yükleniciler arasında düzenlenen inşaat sözleşmelerinde damga vergisi kaldırılmıştır.

GPİSde, kişi ya da kurumlar arsalarını yüklenicilere, arsa üzerine inşa edilecek bağımsız bölümlerin satış bedellerinin belirli bir yüzdesi karşılığı devretmektedirler. Bu

---

verilmiştir. Diğer taraftan, 15/03/2017 tarihli ve 30008 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 13/03/2017 tarihli ve 2017/9973 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa ekli (1) sayılı tablonun "I. Akitlerle ilgili kağıtlar" başlıklı bölümünün "A. Belli parayı ihtiva eden kağıtlar" başlıklı fıkrasının (14) numaralı bendinde yer alan "Resmi şekilde düzenlenen kat karşılığı veya hasılat paylaşımı inşaat sözleşmeleri" ile (15) numaralı bendinde yer alan "Resmi şekilde düzenlenen kat karşılığı veya hasılat paylaşımı inşaat sözleşmeleri kapsamında yapı müteahhitleri ile alt yükleniciler arasında düzenlenen inşaat taahhüt sözleşmeleri"ne "0" (sıfır) nispetinde damga vergisi uygulanacağı karara bağlanmıştır. Buna göre, 13/03/2017 tarihli ve 2017/9973 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının yürürlük tarihi olan 15/03/2017 tarihinden itibaren; resmi şekilde diğer bir ifadeyle noterde düzenlenen kat karşılığı veya hasılat paylaşımı inşaat sözleşmeleri ile bu sözleşmeler kapsamında yapı müteahhitleri ile alt yükleniciler arasında düzenlenen inşaat taahhüt sözleşmelerine "0" (sıfır) nispetinde damga vergisi uygulanması gerekmektedir. Özelge talep formu eki …/…/2017 tarihinde düzenlendiği anlaşılan "… İnşaatı Eser Sözleşmesi" başlıklı *"kağıdın"* incelenmesinden, sözleşmenin konusunun mülkiyeti …A. Ş. 'ye ait taşınmaz üzerine … ismi ile maruf eserin anahtar teslimi olarak inşaatlarının yapılması ve eksiksiz olarak iş sahibine teslim edilmesi olduğu, toplam sözleşme bedelinin ise … TL olarak belirlendiği anlaşılmıştır. Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, Damga Vergisi Kanununa ekli (1) sayılı tablonun *"I. Akitlerle ilgili kağıtlar" başlıklı bölümünün "A. Belli parayı ihtiva eden kağıtlar" başlıklı fıkrasının (14) ve (15) numaralı bendinde yer alan sözleşmelerden olmadığı anlaşılan* "… Konutları İnşaatı Eser Sözleşmesi" başlıklı kağıdın damga vergisinden istisna edilmesi mümkün bulunmamaktadır. " Gelir İdaresi Başkanlığı, Gaziantep Vergi Dairesi Başkanlığı, Vergi ve Anlaşmalar Uygulama Müdürlüğü'nün, 16700543-155[17-515-114]-53307 sayılı, 18. 09. 2018 tarihli İnşaat Eser Sözleşmelerinde Damga Vergisi konulu özelgesi, http://www. gib. gov. tr/insaat-eser-sozlesmelerinde-damga-vergisi-hk.

şekilde, inşaatın bağımsız bölümlerinin satılarak gelirin paylaşılması amaçlanmaktadır. Böylelikle yüklenici tarafında arsa için maliyet doğmamış olacak ve tüm ağırlığını inşaat yapımına vermiş olacaktır.

Bununla birlikte uygulamaya bakıldığında; Vergi İdaresince arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi ile yüklenici arasındaki ilişki trampa işlemi şeklinde görülmekte ve arsa sahibinin yükleniciye arsa payı, müteahhidin de arsa sahibine bağımsız bölüm sattığı kabul edilmektedir. Yani İdareye göre bu işlerde iki ayrı teslim ve satış söz konusudur. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmeleri de vergi idaresi'nce arsa karşılığı inşaat işleri ile aynı şekilde nitelendirilmektedir[281].

Vergi İdaresi'nin gelir paylaşımlı ve kat karşılığı inşaat sözleşmesini aynı şekilde nitelendirmesinin kaynağı ise, RG'de 26. 04. 2014 tarih ve 28983 sayı ile yayımlanan 1 Seri No. lu KDV Genel Tebliği (I)-(B)-(8)[282]'de "Arsa Karşılığı İnşaat İşleri" kısmıdır. Keza 60 no. lu KDV sirkülerinde[283];yapılan açıklamalar uyarınca, gelir paylaşımı şeklindeki sözleşmeler arsa karşılığı inşaat işi olarak tanımlanmaktadır.

---

[281] ŞİRİN, Zafer, Ertunç, Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmelerinin Vergisel Açıdan Değerlendirilmesi, Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı, İstanbul, 2015, s. 157; AKBULUT, Salime, Hasılat Paylaşımlı İnşaat İşlerinde Vergileme Açısından Son Durum, 20. 01. 2014, Https://www. verginet. net/dtt/1/insaat-islerinde-vergileme. aspx.

[282] 1 Seri No. lu KDV Genel Tebliği (I)-(B)-(8); Arsa Karşılığı İnşaat İşleri- "Arsa karşılığı inşaat işinde iki ayrı teslim söz konusudur. Bunlardan birincisi, arsa sahibi tarafından konut veya işyerine karşılık müteahhide arsa payı teslimi, ikincisi ise müteahhit tarafından arsa payına karşılık arsa sahibine yapılan konut veya işyeri teslimidir. Karşılıklı olarak gerçekleşen bu teslimlerin her birinin KDV karşısındaki durumu aşağıda açıklanmıştır. "

[283] "Vergi İdaresi bu yöndeki görüşünü ise 08. 08. 2011 tarih ve 60 No. lu Katma Değer Vergisi Sirküleri 1. 8. 2 başlığı altında ortaya koymuştur: "*Uygulamada "hasılat paylaşımı", "gelir paylaşımı'' vb. şekillerde düzenlenen sözleşmeler uyarınca yapılan işlerde, inşa edilen bağımsız birimler yerine bunların hasılatı paylaşılmakta olup, bu tür sözleşmeler gereğince yapılan işlerin de*30*Seri No. lu*

GİB'in B. 07. 1. GİB. 0. 55/5517-2009 sayılı yazısında; "arsanın bağımsız birim inşa edilmek üzere müteahhide tevdii sırasında arsa teslimi ile ilgili olarak vergiyi doğuran olay vuku bulmamakta. . . . "denilmek suretiyle, isabetli olarak yükleniciye arsa üzerinde inşaat izni verilmesi KDV doğurucu teslim sayılmamaktadır[284]. Buna göre de arsanın bağımsız bölüm inşa etmek üzere yükleniciye teslimi vergiyi doğuran olayı meydana getirmemektedir[285].

60 nolu sirkülerde özetle: "olayın vuku bulduğu tarihte bağımsız yerlerin satışları ile bu yerlerin tapuya tescil ettirildiği tarihte veya tapuya tescilden önce hak sahiplerinin fiilen kullanımına tahsis edilmesi durumunda ise tahsis edildiği tarihteki

---

*KDV Genel Tebliğinde düzenlenen "arsa karşılığı inşaat" olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. "*Yukarıda da belirtildiği üzere 1 Seri No. lu Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği kendisinden önce yayımlanmış olan 123 adet genel tebliği (01. 05. 2014 tarihi itibariyle) yürürlükten kaldırmış ve yürürlükten kaldırılan bu tebliğlere yapılan atıfların artık kendisinin ilgili bölümlerine yapılmış olacağım dile getirmiştir. " Bkz. ŞİRİN, , a. g. m, s. 160, dn. 7.

[284] "Buna göre inşa edilen bağımsız birimlerin üçüncü şahıslara satışında, yani vergiyi doğuran olayın vuku bulduğu tarihte sadece müteahhit firma tarafından üçüncü şahıslara fatura düzenlenecek, faturada gösterilen toplam bedel üzerinden bağımsız birimin niteliğine göre katma değer vergisi hesaplanacaktır. Arsanın bir iktisadi işletmeye dahil olması veya arsa sahibinin arsa alım satımını mutad ve sürekli bir faaliyet olarak sürdürmesi halinde arsa sahibi, vergiyi doğuran olayın vuku bulduğu tarih itibariyle hasılattan kendisine kalan pay için müteahhide arsa satış faturası düzenleyecek, fatura bedeli üzerinden genel esaslara göre katma değer vergisi hesaplayarak beyan edecektir. Aksi durumda yani arsa sahibinin arsa alım-satımı nedeniyle gerçek usulde mükellefiyeti bulunmaması veya arsanın iktisadi bir işletmeye kayıtlı olmadığı durumda ise arsa sahibi açısından katma değer vergisi yükümlülüğü söz konusu olmayacak, müteahhit arsa sahibine vereceği paya ilişkin olarak gider pusulası düzenleyerek bu miktarı arsanın maliyeti olarak defterine kaydedecektir. " ŞİRİN, a. g. m, s. 160.

[285] ŞİRİN, a. g. m, s. 160, dn. 8; AKBULUT, a. g. m; Bu minvalde, bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından arsa sahibine teslimi ile birlikte arsa ve bağımsız bölüm teslimleri için karşılıklı ve eş zamanlı olarak vergiyi doğuran olayın meydana geleceği görüşü için bkz. AKBULUT, a. g. m

emsal bedelleri üzerinden, sadece yüklenici tarafından arsa sahibi veya üçüncü şahıslar adına fatura düzenlenebileceği" belirtilmiş olmasına karşın uygulamada arsa sahibi ve yüklenicinin tapu harcını da bir kez ödenmesi avantajıyla, sözleşmedeki paylaşım oranları nispetinde faturalanmasına rastlanmaktadır[286].

GPİSde arsa sahibi, arsası karşılığı sahip olduğu bağımsız bölümlerin satışını kendileri yapmadıkları için GVKm. 37/4 hükmünde yer alan devamlılık unsurunu gerçekleştirmiş olmayacaklar, dolayısıyla da ticari kazanç yönünden gelir vergisi mükellefi olmayacaklardır[287]. Bu suretle ticari kazançtan dolayı gelir vergisi mükellefi

---

[286] AKBULUT, a. g. m.

[287] ŞİRİN, a. g. m, s. 160; ***Gayrimenkul, alım satım ve inşaat işlerinin ticari kazanç sayılarak vergilendirilebilmesi için, bu muamelelerin öteden beri yapılıyor olması, yani devamlılık arz etmesi gerekir**: 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 37/4. maddesine göre ticari faaliyet elde edilen kazançta ticari kazanç sayılarak vergilendirilmiş ise de, anılan kanun maddeleri uyarınca gayrimenkullerin alım, satım ve inşaat işlerinin ticari faaliyet sayılıp ticari kazanç hükümlerine göre vergilendirilebilmesi için bu muamelelerin öteden beri yapılıyor olması yani devamlılık arz etmesi gerektiği, . . . , arızi kazancın tanımlandığı Geçici 56. maddenin G bölümündeki 'arızi olarak ticari muamelelerin icrasından' şeklinde çoğul düzenleme yapılması, devamlılığın bir inşaatta birden fazla daire satışı olarak değil, birden fazla inşaat yapılması olarak anlaşılması gerektiği, davacı tarafından söz konusu inşaattan başka yapılmış veya yapılmakta olan bir inşaatın bulunduğu hususunda bir tespitte de bulunulmadığından, davacı adına daire ve dükkan satışlarından elde edilen kazancın ticari kazanç olduğu ileri sürülerek yapılan tarhiyatta isabet görülmediği gerekçesiyle vergi ve cezaların kaldırılmasına karar vermiştir. ***Faaliyetinde Devamlılık Olduğu Tespit Edilen Davacının Elde Ettiği Kazancın Ticari Kazanç Olarak Vergilendirilmesi Gerektiği**:Davacının 1998 yılında satın aldığı arsaya aynı yıl inşaat yapmaya başladığı, inşaatını kat mülkiyetine çevirip 31 adet mesken . . . yaptığı, 12 adet daire ile 1 adet tarlayı 1998 yılında, 13 adet işyeri, 5 adet daire, 1 adet arsa ile …. . semtinde 1 adet daireyi 1999 yılında muhtelif kişilere sattığı, tespit edilen bu hususların inceleme raporu eki tutanağın 4. maddesine alındığı ve davacı tarafından da kabul edildiği, bu durumda davacının ticari kazanç elde etme amacının bulunduğu, ayrıca faaliyetinde devamlılık göstermesi nedeniyle gayrimenkullerin satışından elde edilen kazancın ticari kazanç olarak vergilendirilmesi

olmadıkları için de KDV mükellefiyetleri de doğmayacaktır. Yüklenici de, arsa iktisadi bir işletmeye kayıtlı olmayıp, arsa sahibi de önceden arsa alım-satımı nedeniyle vergi mükellefi değilse, sözleşme gereği arsa sahibinden aldığı özel vekâletname ile inşa edilen bağımsız bölümlerin pazarlama ve satışını kendisi yapacağından, arsa sahibine fatura düzenlemek zorunda kalmayacaktır. Sadece arsa sahibine sözleşmedeki gelir paylaşımına uygun olarak ödediği "gelir payı" için, tevkifat yapmadan gider pusulası düzenlemek suretiyle arsa maliyeti olarak kayıtlarına intikal ettirecektir[288].

gerekmektedir. https://www. bilgilidenetim. com/vergilendirmenin-onemli-unsuru-olan-devamlilik-kriteri. html

[288]ŞİRİN, a. g. m, s. 166.

SONUÇ

GPİSin kurulmuş olduğundan söz edilebilmesinin genel geçer ilk şartı taraflar arasında anlaşma olmasıdır. Bu anlaşma kapsam ve içeriğinde yüklenicinin kendisine sağlanan arsa üzerinde eksiksiz ve ayıpsız bağımsız bölümler inşa etmesini ve arsa sahibinin de bu bağımsız bölümlerin satışını gerçekleştirebilmek için yükleniciye temsil yetkisi vermesini; yine satışla birlikte mülkiyeti alıcılara teslimi taahhüt etmesi ve geliri de paylaşması gerekmektedir.

Görüleceği üzere bu sözleşme hem sonuca katılımlı hem de karma nitelikte ve keza kuruluşunun değil ama paylaşım yapılabilmesi artı değerli bir sonucun ortaya çıkmasına bağlı olduğu içinde şarta bağlı ve rizikolu bir sözleşmedir.

Atipik sözleşmelerden olan karma sözleşmelerde, dolayısıyla GPİSde, hâkim öncelikle sözleşmeyi ve taraf iradelerini güven teorisi ve dürüstlük kuralını dikkate alarak yorumlar ve ortaya koyar. Hakim, kurulmuş olan karma sözleşme niteliğindeki GPİSde boşluk olması halinde, öncelikle sözleşmeyi oluşturan, somut olaya, yerine ve içeriğine uygun düşen, eser, vekâlet ve adi ortaklık sözleşmelerine ait kuralları doğrudan değil, kıyasen uygular.

Sözleşmeden doğan borçların ifa şekillerinden birisi olan arsa sahibi tarafından yükleniciye vekâletname ile temsil yetkisi verilmesi, GPİSde de çoğunlukla uygulanan ve kabul gören bir ifa şeklidir

TBKm. 504/3'ün düzenlemesi karşısında vekil, özel olarak yetkilendirilmedikçe taşınmazı devredemeyecektir ve bir hak ile sınırlandıramayacaktır. Bu madde ile Tapu Sicili Tüzüğü'nün m. 13/4 hükmünün ve onun NK m. 89'ayaptığı atfı birlikte değerlendirdiğimizde ise, taşınmaz satış işlemlerinin temsilci vasıtasıyla yapılması, çoğunluğun ispat şartı olarak kabul ettiği, özel yetki içeren noter tarafından düzenlenen bir vekâletname ile olabilecektir.

Eser sözleşmesinin bir türü olan GPİSde, yüklenicinin meydana getirdiği bağımsız bölümleri satışı her ne kadar ani bir edim olsa da, emeğe ve zamana yayılan bağımsız bölümlerin pazarlaması ve satışları için gerekli çalışmayı yapması ve faaliyetlerde bulunması ise sürekli edim teşkil edecektir. Ayrıca sözleşmenin sonuca katılma niteliği olan arsa sahibinin gelir paylaşması borcu aralıklı-dönemsel ve mülkiyeti devir borcu ise ani edimdir.

Bu edim şekillerinden sadece birinin kabulü, sözleşmenin tek taraflı irade beyanıyla sona ermesinde, ileriye etkili fesih mi, geriye etkili dönme mi sorunsalını tek başına karşılamayacaktır. Öncelikle birinci bölümde incelediğimiz YİBBGK'nun 1983/3 E. ;1984/1K. ve 25. 1. 1984 tarihli kararını dikkate aldığımızda, GPİSin de peşinen ani edimli olarak kabul edilmeyeceği açıktır.

Bu minvalde sözleşmede, yüklenicinin temerrüdü üzerine, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin kural olarak ani edimli borç ilişkisi niteliği taşıdığı yani geçmişe etkili olduğu, ancak somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda dürüstlük kuralı gereğince sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiğinin kabulü gerekmektedir.

Bu noktada, GPİSin ani-sürekli karmaşığı bir nitelik taşıdığını söylemek yanlış olmayacağı gibi, uygulamada sözleşmenin sona ermesindeki fesih veya dönme sorunsalını da YİBBGK'nun 1983/3E. ;1984/1K. ve 25. 1. 1984 tarihli kararındaki saptamalara paralel olarak ortadan kaldıracaktır

TMK m. 706, TK m. 26/1 ve TBKm. 237/1'e göre, taşınmaz satışının geçerliliği resmi şekle bağlanmış ve geçerlilik şartı olan bu resmi şeklin de tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından yapılacağı düzenlenmiştir.

Ön sözleşme, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça, ilerde yapılacağı vaat edilen esas sözleşmenin şekline tabi olsa bile, tapuda resmi şekilde yapılması gereken

taşınmaz satışı sözleşmesinde, satış vaadini içeren taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin noterler tarafından düzenlenebileceği NK m. 60'ta hükme bağlanmıştır. Burada kanunen asıl sözleşmenin şekline bağlı olmayan bir ön sözleşme olduğu görülmektedir.

GPİSde taraflar arasında gelir paylaşımının ön şartı olan bağımsız bölümlerin satışında, arsa sahibinin taşınmaz satış vaadi içeren edimi gözetilerek, tüm sözleşmenin ister temel hal, ister asgari gelir paylaşımı taahhüdü içeren hali isterse de ayni paylaşım taahhüdü içeren hali olsun resmî şekilde (noterlerce düzenleme şeklinde) yapılması gerekir.

GPİSde şekil (biçim) kurallarına aykırılık veya eksikliğin bulunması sözleşmeyi baştan itibaren kesin hükümsüz (butlan) kılar. Bu anlamda buyurucu (emredici) nitelikteki şekil kurallarına mutlaka uyulmalıdır.

Şekle aykırı ve kesin hükümsüz olan sözleşme, üzerinden geçen zamanla veya tarafların zımni ya da açık onayı ve rızası ya da ifa etmeleri ile de geçerli olmayacaktır. Buna karşın, bazı koşulların varlığı halinde, somut olaya göre, şekle aykırılık nedeniyle kesin geçersizliğin uygulanması dürüstlük kurallarına aykırılık yaratacak, bu nedenle menfaat dengesinde ağır orantısızlık oluşturacaksa, bu katı sonuç TMK m. 2 çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması yasağından faydalanılarak yumuşatılabilecektir.

Vergi İdaresince arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibi ile yüklenici arasındaki ilişki trampa işlemi şeklinde görülmekte ve arsa sahibinin yükleniciye arsa payı, müteahhidin de arsa sahibine bağımsız bölüm sattığı kabul edilmektedir. Yani İdareye göre bu işlerde iki ayrı teslim ve satış söz konusudur. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmeleri de Vergi İdaresi'nce arsa karşılığı inşaat işleri ile aynı şekilde nitelendirilmektedir

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bu tezde, GPİSin, yasada

düzenlenen eser ve adi ortaklık sözleşmeleri ile değişik iş görme sözleşmelerinin her somut olayda farklılık yaratacak tarzda bir araya gelmesi ile oluştuğu ve bu yapısına uygun çözüm ve uygulamalar yapılması gerektiği, bu bağlamda da temel esaslarının tartışılması ve soru işaretlerinin giderilmesi esas alınmıştır.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Salime: Hasılat Paylaşımlı İnşaat İşlerinde Vergileme Açısından Son Durum, 20. 01. 2014, Https://www. verginet. net/dtt/1/insaat-islerinde-vergileme. aspx.

AKKANAT, Halil: **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, İstanbul, 2000.

AKSU, Alper: **Kat Mülkiyetinin Devri Zorunluluğu**, Ankara, 2013.

ALTAŞ, Hüseyin: **Eserin Teslimden Önce Telef Olması**, Ankara, 2002.

ALTAŞ, Hüseyin: **İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı,** Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006.

ALTAŞ, Hüseyin: **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, 1998.

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Ankara, 2018.

ARAL, Fahrettin: **Kötü İfa**, Ankara, 2011.

ARAT, Ayşe: **Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk**, 1. Baskı, İstanbul, 2018

AVCI, Ali: Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu, *TBB Dergisi*, 2015, C. 119.

AYAN, Serkan**: İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerr**üdü, Ankara, 2008.

AYBAR BADAK, Zehra: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklık Sözleşmesindeki Yenilikler Ve Değişiklikler, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2 s. 127-147.

BARLAS, Nami: **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, İstanbul, 2016.

BAŞARAN, Zeynep Sümeyra: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları, *D. E. Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017.

BAŞPINAR, Veysel: **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara, 1998 (Butlan).

BAŞPINAR, Veysel: Taşınmaz Satımında Vekâlet, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 45, S. 1, 1996.

BAŞPINAR, Veysel: **Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, 2. Bası, Ankara, 2004.

BAYGIN, Cem: **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**, İstanbul, 1999.

BECHER, H:**İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku II. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri**, md. 184-551, Çeviren Suat Dura, Yargıtay Yayınları No:24.

BUZ, Vedat: **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, 1998.

BÜYÜKAY, Yusuf: **Eser Sözleşmesi**, Ankara, 2014.

CANBOLAT, Ferhat/ TOPUZ, Seçkin: Toplu Konut İdaresi Başkanlığı (TOKİ) Tarafından Yapılan Konut Satımına İlişkin Sözleşmenin Hukuki Niteliği ve Geçerliliği Sorunu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008

CANBOLAT, Ferhat: **İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları**, Ankara, 2009.

CURA, Arif/SÜTÇÜ, Mustafa, Nezih: Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı Sözleşmesinde Şekil, (Çevrimiçi), http://www. turkhukuksitesi. com/makale_1409. htm, 20. 12. 2011.

ÇETİNER, Bilgehan: Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmeleri Kapsamında İnşa Edilen Bağımsız Bölümlerin Ayıplı Olmasından Doğan Sorumluluğun Koşulları, Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı, İstanbul, 2015.

DAYINLARLI, Kemal: **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü**, Ankara, 3. Baskı, 2003.

DİRİCAN, Gökhan: **Eser Sözleşmelerinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul, 2007.

DUMAN, İlker, Hasan: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir**?, Ankara, 2018.

DUMAN, İlker, Hasan: **İnşaat Hukukunda Yorum (İnşaat Sözleşmelerinin Yorumu)**, Ankara, 2017.

DUMAN, İlker, Hasan: **İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralı**, Ankara, 2016.

DUMAN, İlker, Hasan: **İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Kusur**, Ankara, 2016.

EKİCİ, Hüseyin: Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 2, S. 8, 2007, s. 21-28.

ENLİ, İsa: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İşi Teslim Borcu ve Temerrüdü**, Ankara, 2017

ERDENK, Erdem: İş Hukukunda İsimsiz Sözleşmeler, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri ABD, Doktora Tezi, 2007.

EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2017.

EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2016.

EREN, Fikret: **Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri**, Seminerden Ayrı Bası, Ankara, 1997.

EREN, Fikret: **İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar**, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul, 2008.

ERMAN, Hasan: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, 2010.

ERMAN, Hasan: **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2),** İstanbul, 1979.

ESENER, Turhan: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk –İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, *Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından*, No. 150, 1961.

GÖKYAYLA, Emre: **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul, 2009.

HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir: **Borçlar Hukuku Özel Bölümü**, İstanbul, 1992.

Https://acikders. ankara. edu. tr/mod/resource/view. php. (03. 02. 2019)

Https://karararama. yargitay. gov. tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/

Https://www. bilgilidenetim. com/vergilendirmenin-onemli-unsuru-olan-devamlilik-kriteri-hangi-esaslara-baglanmistir. html

Https://www. lexpera. com. tr/ictihat/yargitay/buyuk-genel-kurul-e-1987-2-k-1988-2-t-30-9-1988

İNAL, Emrehan (Derleyen): **Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı**, İstanbul, 2015.

İNAL, Emrehan: **Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, 2011.

İNAN, Ali Naim: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ders Kitabı)**, 3. Bası, Ankara, 1984, s. 154.

KAPLAN, İbrahim: **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstriyel Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, 2013. (Sözleşmeler)

KAPLAN, İbrahim: **Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu**, Ankara, 1983.

KARADAŞ, İzzet: **Eser(İnşaat Yapım)** Sözleşmeleri, Ankara, 2016.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: **İnşaat İmar İhale Hukuku 1**, İstanbul, 1997.

KARAKURT, GÜMÜŞSOY Güler: Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, *İKÜHFD*, Cilt 15, S. 1, Armağan Cilt II, 2016.

KARTAL, Bilal: Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi (I – II – III), *Yargıtay Dergisi*, 1983, C. 9, S. 1 – 2, s. 96 – 113; S. 3, s. 329 – 338; S. 4, s. 551 – 568

KARTAL, Bilal: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, 1993.

KAYA, Özgür, Kâtip: **Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi**, İstanbul, 1993.

KIRCA, Çiğdem: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, 22. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 2006, s. 77-96.

KOCAAĞA, Köksal: **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Ankara, 2003.

KOSTAKOĞLU, Cengiz: **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 2017.

KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Doçentlik Tezi, Ankara, 1971.

KUNTALP, Erden: **Sonuca Katılmalı Ödünç Sözleşmesi, (Kavram ve Hukuki Niteliği)**, Ankara, 1980.

KURŞAT, Zekeriya: **İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, 2017.

KURŞAT, Zekeriya: *İÜHFM*, C. LXVII, S. 1-2, s. 143-166, 2009.

KURT, Leyla Müjde: **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, 2012.

KURU, Abbas Musa: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibi, Yüklenici ve 3. Kişilerin Hakları, https://www. academia. edu/, 10. 02. 2019.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 16 Bası, İstanbul, 2018.

OKTAY, Saibe: İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, *İÜHFD*, C. LV (55), 1996.

OLGAÇ, Senai: **İstisna Akdi**, Ankara, 1977.

OLGUN, Osman, Alpar: http://www. turkhukuksitesi. com/makale_922, 03. 02. 2019)

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, *GÜHFD*, Cilt. III, Sayı:1/2, Haziran-Aralık 1999.

ÖKSÜZ, Nevra: Bedelin Belirlenmesi Kıstası Şerhi, 2012, www. turkhukuksitesi. com.

ÖZ, Turgut: **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, 2006. (İnşaat)

ÖZ, Turgut**: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, 1989.

ÖZ, Turgut; **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, 2006 (İnşaat ve mevzuat).

ÖZEN, Burak, **Kefalet Sözleşmesi**, İstanbul, 2012.

ÖZTÜRK, Muammer/GÖZÜTOK, Zeki: **Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması**, Ankara, 2018.

ÖZTÜRK, Mustafa/ GÖZÜTOK, Zeki: **Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması**, Ankara, 2018.

SARI, Suat: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, S. 2, s. 273-300, 2006.

SELİÇİ, Özer: **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, 1977.

SELİÇİ, Özer**: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, 1978.

SELİMOĞLU, Yaşar, Engin: **İstisna Sözleşmesi**, Ankara, 2010.

SEROZAN, Rona: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. III, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 2. Bası, İstanbul, 1998.

SUNGURBEY, İsmet: Yapıt Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin BK. 360 II/III'ün Örnekseme Yoluyla Borçlu Direnmesine de Uygulanması Görüşüne Karşı Yargıtay HGK. 'nun Son Kararı Üzerine Notlar, YHD. 1983/1. (Yargıtay HGK. 'nun Son Kararı Üzerine Notlar).

ŞAHİN, Turan: **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü,** Ankara, 2012.

ŞEN, Mustafa, Serhat/ŞEN, Mustafa, Kamil: **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmelerinde Zamanaşımı ve Uygulamaları**, 2015.

ŞENOCAK, Zarife: **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara, 1995 (İfa).

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

ŞİRİN, Zafer, Ertunç, Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmelerinin Vergisel Açıdan Değerlendirilmesi, Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı, İstanbul, 2015, s. 155-166.

TANDOĞAN, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/2, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş, 6. Tıpkı Basım, İstanbul, 2008.

TANDOĞAN, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/I, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş, 6. Tıpkı Basım, İstanbul, 2008.

TUNÇOMAĞ, Kenan: **Borçlar Hukuku**, C. II, Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, İstanbul, 1974.

TURANBOY, Asuman: Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, *AÜHFD*. 1989-1990, C. 41, S. 104, s. 151-189.

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

UYGUR, Turgut: **İnşaat Hukuku, Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi**, Ankara, 1997.

YAVUZ, Cevdet: **Borçlar Hukuku Dersleri(Özel Hükümler)**, 15. Baskı, İstanbul, 2018.

YAVUZ, Nihat: **Satış Sözleşmesi**, Ankara, 2016.

YELMEN, Adem: **Asgari Gelir Taahhüdü İhtiva Eden Arsa Payı Karşılığı Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

YENİOCAK, Umut: **Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, 2014

YILDIRIM, AKKAYAN, Ayça: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Erdirmenin Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul, 2004. S. 49-86.

YÜCER, AKTÜRK, İpek: Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim.

ÖZET

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmeleri, günümüzde sürekli bir değişim ve dönüşüm içerisinde olan uluslararası piyasalara açık Türk inşaat sektöründe, yüklenici ve arsa sahibi ya da sahipleri arasında yeni ortaklık ve paylaşım biçimi olarak ortaya çıkmıştır. Özellikle son yıllarda tarafların talep ve ihtiyaçları doğrultusunda oldukça yaygın şekilde sektörde uygulanmaya başlanılmıştır.

Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmeleri yaygınlaşmakla birlikte, bu tip sözleşmelerin karakteristiği ve karma yanlarının fazlalığı, hukuki niteliği ve uygulanmasına yönelik net bir görüş oluşmasını da engellemiştir.

Yargısal ve doktrinsel hususlar ile saptamaları göz önünde bulundurduğumuzda, GPİSin kural olarak, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerden olan, eser ve adi ortaklık sözleşmeleri ile kendine özgü (suigeneris) bir iş görme sözleşmesi unsurlarının, kanunda öngörülmemiş bir şekilde bir araya getirilmesinden meydana geldiğini söyleyebiliriz. Bu sebeple GPİSi kural olarak karma sözleşme olarak nitelendirmek yerinde olacaktır.

Uygulamada GPİSde sona ermenin, geçmişe etkili dönme mi yoksa ileriye etkili fesih iradesiyle mi olduğunun tespitinde, TMK m. 2'ye göre yüklenicinin inşaatı tamamladığı kısmının işin bütününe oranına göre yapılması gerekecektir ki, bu da sözleşmenin ani-sürekli edim karmaşığı niteliğine uygun olacaktır.

GPİSde yüklenicinin arsa sahibinin taşınmaz satış vaadinden dolayı sahip olduğu bu kişisel hak, tapu kütüğüne şerh edilmekle etkisi güçlendirilmiş ve eşyaya bağlı borç etkisi yani ayni hak kuvveti kazanmış olacaktır.

ABSTRACT

Revenue sharing contracts are the new form of partnership and sharing between the contractor and the landowner in Turkish construction sector, which is open to international continuous change and transformation. Especially in recent years, in line with the demands and needs of the parties, it has started to be applied in the sector quite widely.

Although revenue-sharing contracts are widespread, the nature of such contracts and the excess of mixed-sides have prevented a clear view of the legal nature and application of them.

As a rule, we can say that the work and ordinary partnership agreements, which are regulated in the law, and the work and ordinary partnership agreements, are a combination of the work and ordinary partnership agreements, which are not foreseen in the law, when we consider the judgements and judgmental considerations and determinations. For this reason, it would be appropriate to classify the revenue-sharing contract as a mixed contract as a rule.

In practice, it is determined whether the termination of the revenue sharing contract is an effective return to the past or an effective termination of the future TMK m. 2, the contractor shall be required to perform the part of the construction completed according to the overall proportion of the work, which shall be in accordance with the nature of the sudden-continuous action complexity of the contract.

This personal right of the contractor due to the real estate sale promise of the owner of the land in the construction contract revenue shared, the effect of being transferred to the Land Register has been strengthened and the effect of the debt due to the property, that is, the same rights will be gained.