

**ARSA PAYI KARŞILIĞI KAT YAPIM SÖZLEŞMESİNDE
YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ VE SONUÇLARI**

Mehmet ÖZYÜREK*

**THE RESULTS OF CONTACTER'S DEFAULT IN THE
CONTRACT OF CONSTRUCTION IN RETURN FOR LAND
SHARE**

* Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, Karaman Barosunda Avukat
E-posta: avmehmetozyurek@gmail.com
Tel: 0.542 838 8958
Orcid no: 0000 0002 7980 4655

ÖZ

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi; arsası olan geçek ya da tüzel kişi ile yüklenici arasında kurulan, arsa sahibinin arsayı yükleniciye devretmeyi, yüklenicinin de arsa karşılığında arsaya inşa edilecek olan binadan belirli sayıda bağımsız bölümleri arsa sahibine vermeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir. Arsa sahibi bu sözleşme ile nakit bir bedel ödemediğinde arsasını değerlendirmekte ve arsasına inşa edilen binada bağımsız bölümlere sahip olmakta; yüklenici ise arsa için nakit bir bedel ödemeksizin sadece inşaatın finansmanını sağlayarak geri kalan bağımsız bölümlere sahip olmaktadır. Ancak en sık yaşanan sorunlardan bir tanesi, genellikle bu sözleşmeden doğan borçların ifasında yüklenicilerin temerrüde düşmesidir. Yüklenici inşaata hiç başlamamakta, inşaatı yarım bırakmakta yahut ayıplı olarak teslim etmektedir. İşte bu gibi hallerde Türk Borçlar Kanunu genel hükümlere göre arsa sahibi; aynen ifa, gecikme tazminatı, gecikme cezası, ifa yerine tazminat ve sözleşmeden dönerek olumsuz zararın tazmini talebiyle yükleniciye başvurulabilmektedir.

ANAHTAR KELİMELER: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Yüklenicinin Borçları, Yüklenicinin Temerrüdü, Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları, İleriye Etkili Fesih.

ABSTRACT

Construction agreement in return for land share contract interrelates between contractor and owner who is legal entity or person. Land owner gets into debt transfer of land shares to contractor, in return of this, contractor undertakes to build independent flats. Thanks to this type of contract, land owner become the owner of flats without paing monet, contractor become the owner of land and obtain the rest of flats ober these lands shares. Defaults of contractor to pay off his/her obligations is the most problem. Contractor doesn't start construction at all, or leave undone, or delibver the flats as defecetive. According to the principles of obligation law, land owner has a right of sue of delay penatltly, delay compensation or rescission of construction by damage indemnity.

KEYWORDS: The Contract of Construction in Return for Land Share, Obligations of Contractor, Defaults of Contractor, Result of Default of Contractor, Forward Effective Termination.

GİRİŞ

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi; yüklenicinin(müteahhidin) arsa sahibinin arsasına bina yapmayı üstlendiği, arsa sahibinin ise karşı edim olarak yapılan binadaki sözleşme ile sayısı ve niteliği belirlenen bağımsız bölümleri yükleniciye devretmeyi üstlendiği iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir¹. Yüklenicinin sözleşme ile güttüğü amaç, sahibi olmadığı arsaya bedel ödemededen bina inşa ederek binadaki bağımsız bölümlerden belirlenen kısmı arsa sahibine arsa bedeli yerine ayın olarak vermektir². Yüklenici bu sayede nakit bedel ödemededen ileride inşa edeceği binanın arsanın zilyedi olmakta, sadece inşaatın yapımını kendisi finanse etmektedir³. Arsa sahibinin güttüğü amaç ise büyük olasılıkla uzmanlık alanı olmadığı inşaat sektörüne girmeksizin sadece arsasını ortaya koyarak, arsasında yapılacak olan bağımsız bölümlere sahip olmaktır. Arsa sahibi bu sayede inşaat işleriyle uğraşmamakta, arsası karşılığında inşa edilecek olan bağımsız bölümlerin yüklenici ile aralarında kararlaştırmış olduklarına sahip olmaktadır.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmeleri tipik bir sözleşme değildir. Yani kanunda bu ad altında bir sözleşme tipi bulunmamaktadır⁴. Bu sözleşmeler birden fazla sözleşmenin özelliklerini bir arada bulundurmaktadır. Bu nedenle bu sözleşmelere çift tipli karma sözleşme

¹ YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, (2012), Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, Nisan, 2012, s. 483; YENER, Mehmet Deniz, (2014), Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul, Ekim, 2014, s. 3; REMZİ, Mehmet / AYDIN, Sezer, (2014), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ekim, 2014, s. 315; Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 05.02.2019 Tarih, 2018/4115 Esas, 2019/896 Karar sayılı kararı: "...Eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taraflara karşılıklı hak ve borçlar yüklemektedir. Yüklenici, finansman sağlayarak arsa malikinin taşınmazı üzerine bina yapma işini üstlenmekte, arsa maliki ise inşa edilecek binaya karşılık, bu binadaki bir kısım bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretmeyi vaat etmektedir...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, Erişim tarihi: (16.04.2019).

² ERMAN, Hasan, (2007), Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul, 2007, s. 1.

³ GÜNAY, Erhan, (2016), Arsa Payı Devri Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlık Rehberi, Güncellenmiş 2. Baskı, Haziran, 2016, s. 18.

⁴ ZAPATA, Tan Tahsin, (2015), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Eylül, 2015, s. 5; KIRMIZI, Mustafa, (2014), Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 1. Baskı, Ocak, 2014, s. 625.

denilmektedir⁵. Birden fazla sözleşme tipi bir araya gelmekte ve bu bir araya gelen sözleşme tipleri kendine özgü yeni bir sözleşme tipini ortaya çıkarmaktadır⁶.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerine uygulamada yoğun olarak rastlanılmaktadır. Her sözleşme tipinde olduğu gibi arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde de sıklıkla hukuksal uyumsuzluklar çıkmakta, bu uyumsuzlukların büyük bir çoğunluğunu da yüklenicinin kat yapımını tamamlamada temerrüde düşmesi hali oluşturmaktadır.

Genel olarak temerrüt; ifası imkânsız olmayan bir borcun muaccel olmasına ve talep edilmesine rağmen borçlunun borcu ifa etmemesi sonucu ortaya çıkan hukuki bir durumdur⁷. Borçlunun temerrüde düşmesi için öncelikle borcun muaccel hale gelmiş olması, yani alacaklının alacağını talep hakkına sahip olması gerekir. Borcun henüz vadesi gelmemişse, borcun doğumu veya muacceliyeti geciktirici(taliki) şarta bağlanmışsa ve bu şart henüz gerçekleşmemişse borçlu temerrüde düşmez⁸. Borcun ifası imkânsız olmamalıdır. İmkansızlıkta esas alınan ölçüt objektif ölçüttür. Borcun ifasının imkânsız olmaması şartı, sözleşmenin bağitlanmasından sonra aranır. Zira sözleşme bağitlanmazdan önceki imkansızlıklar Türk Borçlar Kanunu'nun 27' nci maddesi uyarınca sözleşmeyi hükümsüz hale getirir⁹. Temerrüt için diğer bir gereklilik alacaklının borçluya ihtarda bulunmuş olmasıdır¹⁰. Kanunun

⁵ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 12; SÜTÇÜ, Nezih, (2016), Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Cilt 1, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ocak, 2016, s. 34; DIRİCAN, Gökhan, (2007), Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, Mayıs, 2007, s. 5.

⁶ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, (2012), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, 2. Baskı, İstanbul, Ekim, 2012, s. 107; AKINCI, Şahin, (2013), Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya, Ekim, 2013, s. 64; EREN, Fikret, (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Temmuz, 2012, s. 207; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 11.

⁷ ZAPATA, Tan Tahsin, (2014), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, Ağustos, 2014, s. 202; SÜTÇÜ, (2016), s. 869; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1090; AKINCI, (2013), s. 229.

⁸ ÖZ, Turgut, (2013), İnşaat Sözleşmesi ve ilgili Mevzuat, 2. Baskı, İstanbul, 2013, s. 149; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1092; AKINCI, (2013), s. 230.

⁹ ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 176; AKINCI, (2013), s. 227.

¹⁰ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1093; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 203.

ayrık tuttuğu haller saklı kalmak kaydıyla TBK. m. 117/1' de "Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarını ile temerrüde düşer." hükmü gereği temerrüt için kural olarak ihtarın varlığı aranmaktadır. Son olarak da alacaklının temerrüt durumunda olmaması şartını ifade etmekte yarar vardır. Çünkü halihazırda alacaklı temerrüt durumunda ise; yani borçlunun borcunu ifa edebilmesi için öncelikle alacaklının üzerine düşen edim yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekiyor ise, borçlu temerrüdünden bahsetmek mümkün olmaz¹¹.

Borçlunun temerrüt durumuna düşmüş olmasının birtakım sonuçları vardır. Sonuçlar ise borçlunun kusur durumuna göre birtakım değişkenlikleri de beraberinde getirmektedir¹². Burada üzerinde durulması gereken husus borçlu temerrüdünün alacaklı açısından hangi sonuçları doğuracağı, diğer bir anlatımla borçlu temerrüdünün alacaklıya hangi hakları vereceğidir.

Çalışmamızda da arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinin genel olarak kavramından, hukuksal niteliğinden, şekil şartlarından, yüklenicinin borçlarından bahsedildikten sonra esasen yüklenicinin kendi edimi olan kat yapımında temerrüdü ve bu temerrüdün alacaklıya ne gibi haklar tanıdığı üzerinde durulacaktır.

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI KAT YAPIM SÖZLEŞMESİ

A. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesiyle yüklenici, arsa sahibinin arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümler yapmak suretiyle bütünlük arz eden bina yapma borcu altına girmektedir¹³. Bu sözleşme ile arsa sahibi maliki olduğu arsanın kararlaştırılan paylarını yükleniciye devretmek, yüklenici de arsa üzerine inşa edeceği binanın kararlaştırılan kısımlarını arsa sahibine teslim etmek borcu altına girmektedir¹⁴.

Her ne kadar yukarıda arsanın belirli paylarının devrinden bahsedilmekte ise de arsanın tamamının devri de söz konusu olabilir¹⁵.

¹¹ AKINCI, (2013), s. 231.

¹² EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1098.

¹³ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 483.

¹⁴ ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, (2014), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara, Ekim, 2014, s. 367; REMZİ / AYDIN, (2014), s. 315

¹⁵ SÜTÇÜ, (2016), s. 30.

Örnek vermek gerekirse, birden fazla arsası olan bir arsa sahibi, arsasının birine inşa edilecek olan binanın mülkiyetinin tamamına sahip olacağı şekilde bir sözleşme akdedebilir. Bunun yanında da diğer arsalara yapılacak olan binaların tamamının mülkiyeti yükleniciye ait olacak şekilde sözleşme yapılabileceği gibi, yine önceki sözleşme tiplerinde olduğu gibi arsanın bir kısım payları arsa sahibine bırakılabilir.

Bu sözleşmede arsa sahibi nakit bir bedel ödemeksizin arsasını değerlendirmekte, yüklenici de arsaya nakit bir bedel ödemeksizin arsa sahibinin arsasına bina yapma yetkisine sahip olmakta ve yaptığı binadaki bağımsız bölümlerin bir kısmına sahip olarak bu şekilde kar elde etmektedir¹⁶. Burada arsa sahibinin güttüğü amaç; büyük olasılıkla uzmanlık alanı olmadığı inşaat sektörüne girmeksizin sadece arsasına ortaya koyarak, arsasında yapılacak olan binadaki bağımsız bölümlere sahip olmaktır. Arsa sahibi bu sayede inşaat işleriyle uğraşmamakta, nakit bir bedel ödemediği inşae edilecek olan bağımsız bölümlerin yüklenici ile aralarında kararlaştırmış olduklarına sahip olmaktadır¹⁷.

Uygulamada en sık görülen arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi türü; arsa sahibinin arsa paylarının satışını vaat ettiği, yüklenicinin de arsa sahibinin arsası üzerine bina inşa etmeyi taahhüt ettiği sözleşmelerdir¹⁸. Bu sözleşmelerin bağitlanmalarından sonra arsa sahibi ve yüklenici tapu müdürlüğüne müracaat ederek arsa sahibi arsanın mülkiyetinin tamamını veya bir kısmını yükleniciye devretmekte, yüklenici de daha sonra kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine devretmektedir¹⁹. Bu yöntem, edimini ilk önce ifa etmiş olan arsa sahipleri için en az güvenli olan yöntemdir.

¹⁶ GÜNAY, (2016), s. 19; Yargıtay 23. HD. 06.02.2019 T., 2016/2611 E., 2019/318 K. sayılı kararı: "...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç, arsasını değerlendirmektir. Bu nedenle arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin 6502 Sayılı Kanun'da tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019)).

¹⁷ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 482; ERDAŞ, Bayram, (2011), Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 9.

¹⁸ YENER, (2014), s. 3; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 489.

¹⁹ ÖNGÖREN, Gürsel, (2016), İnşaat Hukuku, Mekke, Eylül, 2016, s. 22.

Diğer bir tür, yüklenicinin inşaat ruhsatını almasından ve inşaaata başlamasından sonra kat irtifakı tapusunun çıkarılarak yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlerin kat irtifakı tapusunun yükleniciye devredilmesidir. Yüklenici de devraldığı kat irtifakı tapularının temsil ettiği bağımsız bölümleri 3. kişilere satarak yapmakta olduğu inşaatın finansmanını sağlayabilmektedir.

Uygulamada “Ankara usulü” de denilen diğer bir tür ise, arsa paylarının inşaatın ulaştığı düzeye göre yani yüklenicinin edimini ifa derecesine göre yükleniciye devredilmesi yöntemidir²⁰. Bu durumda yüklenici inşaaata devam ettikçe arsa sahibi de inşaatın yapım aşamasına göre arsa paylarını yükleniciye devredecektir²¹. Yüklenicinin inşaat ruhsatını almasından ve inşaaata başlamasından sonra taraflar tapu müdürlüğüne giderek kat irtifakı tapusunu çıkartırlar. İnşaat devam ettikçe arsa sahibi, bağımsız bölümleri temsil eden kat irtifakı tapularını yükleniciye devreder. Arsa sahipleri için en güvenli yöntem bu yöntemdir. Ancak bu yöntem, uygulamada yükleniciler tarafından istenilen bir yöntem değildir. Çünkü bu yöntemde yüklenici, inşaaata devam ettikçe bağımsız bölümleri temsil eden kat irtifakı tapularını peyderpey devralacağı için yapmakta olduğu inşaatın finansmanında zorluk çekmektedir.

B. HUKUKSAL NİTELİĞİ

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir²². Çünkü anılan sözleşme ile her iki taraf da alacaklı ve borçlu konumuna girmektedir. Arsa sahibinin borcu, sözleşmede kararlaştırılan arsa

²⁰ ERMAN, (2007), s. 48; ÖNGÖREN, (2016), s. 13; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 488.

²¹ Yargıtay 14. HD., 02.04.2018 T., 2016/11773 E., 2018/2524 K. sayılı kararı: “... Ne var ki, davalılar arasındaki sözleşmede yükleniciye isabet edecek bağımsız bölümler tapusunun kademeli olarak verileceği kararlaştırılmıştır. Bu tür devir şekli, bina yapım işi önemli oranda sermayeyi gerektirdiğinden yükleniciye finans kolaylığı sağlar. Uygulamada, yap-satçılık denilen bu modelle yüklenici belirli bir seviyeye getirdiği inşaatla bağımsız bölüm satarak inşaatın kalan bölümlerini tamamlamaktadır. Hiç kuşkusuz yanlar arasında paylaşım şekli nasıl kararlaştırılmışsa, bu konuda çıkan uyuşmazlığın sözleşmenin ilgili hükümlerine bakarak giderilmesi gerekir...”, (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

²² GÜMÜŞ, (2012), s. 107; TOKAT, Hüseyin, (2016), “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilceği Çeşitli İhtimaller”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Yıl 2016, s. 187.

paylarını yükleniciye devretmektir. Yüklenicinin borcu ise inşa edilen binadaki kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmektir.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda ve özel kanunlarda düzenlenmediği için bir tipik bir sözleşme türü değildir²³. Bu sözleşme, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşme serbestisi (m. 26) kapsamında uygulamada ortaya çıkmış bir sözleşmedir²⁴. Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi esasen taşınmaz satım sözleşmesi ve eser(istisna) sözleşmesinin hükümlerini içerdiğinden öğretide çift(iki) tipli karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir²⁵. Çift tipli karma sözleşme tabiri ile ifade edilmek istenen iki ayrı tipte sözleşme değil, iki ayrı tipte edimdir²⁶. Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde taşınmaz satım veya taşınmaz satım vaadi sözleşmesi ile eser sözleşmesinin özellikleri bir araya gelmekte, her iki sözleşme de bağımsızlıklarını koruyamamakta, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin kendine özgü hukuki durumu ortaya çıkmaktadır²⁷.

Öğretide baskın olan görüşe göre çift tipli karma sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde kıyas teorisi esas alınmalıdır²⁸. Bu sözleşmeler kanunda düzenlenmiş sözleşmeler olmadığından her edime, benzer sözleşme tipine ilişkin hükümlerin doğrudan doğruya uygulanamayacağı, benzer sözleşme tiplerine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı kabul edilmektedir²⁹. Yargıtay ise birleştirme teorisini kabul

²³ ERMAN, (2007), s. 10; ÇELİK, Ahmet, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri", s. 2, (www.tazminathukuku.com, (11.01.2019)).

²⁴ ZEVKLİLER, Aydın / ERTAŞ, Şeref / HAVUTÇU, Ayşe / AYDOĞDU, Murat / CUMALIOĞLU, Emre, (2013), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, İzmir, 2013, s. 118-120; SÜTÇÜ, (2016), s. 34.

²⁵ ARAL / AYRANCI, (2014), s. 59; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 34; ERMAN, (2007), s. 4; AKINCI, (2013), s. 64; YENER, (2014), s. 4; DİRİCAN, (2007), s. 5.

²⁶ YENER, (2014), s. 4.

²⁷ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 484; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 208; ERDAŞ, (2011), s. 19.

²⁸ EREN, Fikret, (2015), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 881; GÜMÜŞ, (2012), s. 12.

²⁹ ARAL / AYRANCI, (2014), s. 64.

ederek, her edime ait olduğu sözleşme tipinin hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanması gerektiği görüşündedir³⁰.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme mi, sürekli edimli bir sözleşmemi olduğu konusunda öğretilerde görüş birliği yoktur.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğunu kabul eden görüşe göre, edimin yerine getirilmesi tek seferde olmakta ve borç da bu anda sona ermektedir³¹. Buna göre arsa sahibi arsa paylarını devretmekte, böylelikle edimini yerine getirmiş olmaktadır. Yüklenici ise arsa paylarının devrine karşılık kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmek yükümlülüğü altına girmektedir. Her ne kadar yüklenicinin edimi (inşaat yapma işi) zamana yayılmış olsa da bu zaman aralığında yapılan eylemler edimi ifaya yönelik hazırlık çalışmaları olarak kabul edilmektedir³². Esasen yüklenicinin edimi eserin teslimidir³³.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olduğunu kabul eden görüşe göre ise anılan sözleşme sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Yüklenicinin edimi zamana yayılmaktadır. Yüklenicinin edimini teslimle ve tek seferde gerçekleştirdiği kabul edilemez. Bu sözleşmelerde yüklenici, edimlerini kısım kısım ifa etmektedir. Yapılan sözleşmenin türüne göre binanın belli kısmının yapılması ile arsa sahibi yükleniciye kararlaştırılan bağımsız bölümleri devretmektedir. Bu sözleşme sürekli borç ilişkisi içeren bir sözleşme olarak nitelendirildiğinde sözleşme, ileriye etkili olarak sona erdirilecektir³⁴.

Yargıtay 25.01.1984 Tarih ve 1883/3 Esas, 1984/1 Karar sayılı İçtihatî Birleştirme Kararı ile arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin “geçici-sürekli karmaşığı” bir özelliği olduğunu kabul etmiş ve bunun sonucunda yüklenicinin eseri meydana getirmede temerrüde düşmesi sonucunda arsa sahibinin fesih hakkını kullanmasında feshin geriye etkili olarak sonuç doğuracağına; ancak feshin geriye etkili olarak sonuç doğurmasının eserin tamamlandığı oran dikkate alındığında Türk Medeni Kanununun 2’nci

³⁰ ARAL / AYRANCI, (2014), s. 63; YENER, (2014), s. 5.

³¹ DİRİCAN, (2007), s. 5.

³² ARAL / AYRANCI, (2014), s. 334; REMZİ / AYDIN, (2014), s. 317.

³³ TOKAT, (2016), s. 217.

³⁴ DURAK, Yasemin, (2015), “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Özel Sayı, Yıl 2015, s. 223.

maddesine uygun düşmediği hallerde feshin ileriye etkili sonuç doğuracağına hükmetmiştir³⁵.

Feshin geriye etkili- ileriye etkili sonuç doğurmasının sonuçlarına yüklenicinin temerrüdünün sonuçları kısmında değinilecektir.

C. ŞEKİL

Eser sözleşmeleri kural olarak şekle tabi değildir³⁶. Sözlü olarak yapılabileceği gibi; basit(adi) yazılı şekilde ya da resmi şekilde de yapılabilir. Bu nedenle eser sözleşmelerindeki şekil; geçerlilik(sıhhat) şartı olmayıp, ispat şartıdır³⁷.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde, arsa sahibinin borcu arsa paylarını yükleniciye devretmek iken; yüklenicinin borcu, arsa payları karşılığında arsaya bina inşa etmektir. Yüklenicinin bina inşa etmek borcunu konu alan sözleşme herhangi bir şekle tabi olmamakla birlikte arsa sahibinin arsa paylarını devretmek borcu, tapuya kayıtlı bir taşınmazı devretmek borcu olduğu için TBK. 22/2, 213 ve TMK. 706' ncı maddeleri gereği resmi şekle tabidir³⁸. Aranan şekil şartı, geçerlilik şartıdır³⁹. Kanunun aradığı şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersizdir⁴⁰. Sözleşmeye resmi şekli verecek olan makam tapu müdürlüğüdür. Ancak Noterlik Kanunu'nun 60' ncı maddesi gereği noterlere verilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapma yetkisi çerçevesinde arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi noterde düzenlenme şeklinde yapılması halinde geçerli olacaktır. Yargıtay 24.04.1978 T., ve 1978/3 E., 1978/4 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında noterlerce düzenlenen kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaatlerinin geçerli olduğu, bu türlü satış vaadi sözleşmesinin tapu memurunca düzenlenmesinin zorunlu olmadığı sonucuna varmıştır⁴¹.

³⁵ KIRMIZI, (2014), s. 627.

³⁶ ARAL / AYRANCI, (2014), s. 341; DİRİCAN, (2007), s. 9.

³⁷ KIRMIZI, (2014), s. 633.

³⁸ ARAL / AYRANCI, (2014), s. 341; KOSTAKOĞLU, Cengiz, (2017), İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 10. Baskı, Ekim, 2017, s. 65; DİRİCAN, (2007), s. 9.

³⁹ REİSOĞLU, Sefa, (2006), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul, 2006, s. 67.

⁴⁰ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 490.

⁴¹ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 490; DURAK, (2015), s. 216.

Kanunun emredici hükmü gereği sözleşmenin en azından noterde ve düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir. Tarafların kendi aralarında sözleşmeyi akdedip imzalarını notere onaylatmaları, sözleşmenin geçersiz olması sonucuna yol açar⁴². Yani taraflar notere bizzat veya temsilcileri ile giderek sözleşmeyi yapmaya yönelik irade beyanında bulunmaları gerekir.

Sözleşmenin şekil şartına uyulmadan yapılmış olması kural olarak sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurur ve taraflar sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde aldıklarını geri vermekle yükümlü olur⁴³. Kural olarak denilmesinin nedeni birtakım hallerde sözleşmeyi geçersiz kılmak, iyiniyet esasları çerçevesinde edimini ifa etmiş olan taraf aleyhine ağır bir sonuç olur ve kanun iyiniyetin suiistimalini himaye etmez.

Geçersiz sözleşmeye rağmen tarafların edimlerini ifa etmesinden sonra geçersizlik ileri sürülerek verilenler geri istenemez. Çünkü sözleşmenin ifasından sonra verilenlerin iadesini istemek TMK 2' nci maddesinde düzenlenen objektif iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz⁴⁴. İfa edilmiş sözleşmeye rağmen verilenlerin iadesini istemek hakkın açıkça kötüye kullanılması demektir ve hukuk düzeni bu durumu korumaz.

Yüklenici tarafından inşaatın tamamı ya da büyük bölümünün yapılmış olması ve arsa sahibinin arsa paylarını devre yanaşmaması halinde ne olacaktır?

Yukarıda bahsedilen her iki tarafın da edimlerini yerine getirmiş olması halinde geçersizliğin sonradan ileri sürülemeyeceği haliydi. Burada farklı olan yüklenici üzerine düşen edim yükümlülüğünü büyük ölçüde yahut tamamen yerine getirmiş ancak, arsa sahibi üzerine düşen edim yükümlülüğünü sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek yerine getirmekten kaçınmaktadır.

Geçersiz sözleşmeye rağmen arsa üzerindeki fiili tasarrufu yükleniciye bırakan ve yüklenici inşaata devam ederken bu duruma ses çıkarmayan arsa sahibinin, edim sırası kendisine gelince edimi yerine getirmekten kaçınması elbette ki dürüstlük kuralı denetimine takılır⁴⁵. Geçersiz de olsa bir sözleşme

⁴² ARAL / AYRANCI, (2014), s. 342.

⁴³ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 290; AKINCI, (2013), s. 36.

⁴⁴ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 292; ZAPATA, (2014), Genel Hükümler, s. 99; TOKAT, (2016), s. 195.

⁴⁵ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 491; DURAK, (2015), s. 220; Yargıtay 15. HD. 12.02.2019 T., 2018/3399 E., 2019/555 K. sayılı kararı: "...özellikle arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılmış olması nedeni ile geçersiz ise de;

yapmış olan yüklenici, bu sözleşmeye güvenerek yatırım yapmakta ve yapmış olduğu yatırımın karşılığını beklemekte haklıdır. Aksini kabul etmek, kötünüyeti korumak anlamına gelir. Bu durumda arsa sahibi haksız bir menfaat elde edeceği gibi yüklenici de ekonomik olarak çöküntüye uğrar.

Dürüstlük kuralı ile ilgili olarak Yargıtay 25.01.1984 T., 1983/2 E., 1984/1 K. sayılı İçtihadî Birleştirme Kararın da ifade edildiği üzere; Medeni Kanun'un 2' nci fıkrasında düzenlenen dürüstlük kuralının işlevlerinden biri de kanundan ve sözleşmeden doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumlanmasında ve uygulanmasında, akla aykırı ve ifrada kaçan sonuçlara varılmasını önlemektir. Tüm hukuk kurallarının uygulamasında göz önünde tutulması gereken yasanın bu hükmü ile bağdaşmayan arsa sahibinin davranışına hak verilemez⁴⁶.

II. ARSA PAYI KARŞILIĞI KAT YAPIM SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde yüklenicinin borçları; bağımsız bölüm yapma ve teslim borcu, ayıba karşı tekeffül borcu, inşaat ruhsatını ve oturma iznini alma borcu ve emlak vergisini ödeme borcu olarak sıralanabilir.

A. BAĞIMSIZ BÖLÜM YAPMA VE TESLİM BORCU

1. BAĞIMSIZ BÖLÜM YAPMA BORCU

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin asli edim yükümlülüğü, belirlenen arsaya bina yapma borcudur⁴⁷. Bu husus Borçlar Kanununun 470' nci maddesinde: "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Eser meydana getirmek tabirini, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde bir yapıyı oluşturmak şeklinde anlamak gerekir⁴⁸. Böylelikle

sözleşme ifa ile sonuçlanıp arsa sahibince yükleniciye tapuda pay devirleri yapılmış olması nedeni ile yüklenici tarafından sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağına anlaşılmasına göre...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

⁴⁶ KOSTAKOĞLU, (2017), s. 68.

⁴⁷ ÖZ, (2013), s. 117.

⁴⁸ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 436; ZAPATA, Tan Tahsin, (2015), Özel Hükümler, s. 218.

arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin yapma borcunda Borçlar Kanunu'nun yapma borçlarına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Borçlar Kanununun "Yüklenicinin borçları" başlıklı 471' nci maddesinde; yüklenicinin, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorunda olduğu ifade edilmiştir.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde yüklenici, meydana getirmeyi taahhüt ettiği taşınmazı özenle inşa etmesi gerekir. Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesinde gösterilmesi gereken özenin sınırları "benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranış" şeklinde çizilmiştir. Bu itibarla yükleniciden beklenen özen yükümlülüğü, objektif özen yükümlülüğüdür. Yani yüklenici, alanında tecrübeli ve uzman bir kimsenin göstermesi gereken özeni göstermekle yükümlüdür⁴⁹.

Yüklenici kararlaştırılan binayı bizzat kendisi yapmak veya kendi yönetimi altındaki kişilere yaptırmak zorundadır. Ancak yapılacak iş bakımından yüklenicinin kişisel hünnerleri önem taşıyorsa iş başkasına da yaptırılabilir. Burada önem arz eden nokta, binanın yüklenici tarafından bizzat yapılmasında arsa sahibinin menfaatinin olup olmadığıdır⁵⁰.

Yüklenici, yapmayı taahhüt ettiği binayı inşa ederken arsa sahibinin menfaatlerini korumak ve sözleşme dolayısıyla vakıf olduğu bilgileri sadakatle kullanmak zorundadır. Yüklenici eline geçen bilgileri arsa sahibi yararına kullanmak ve ona zarar verici her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır⁵¹. Örnek vermek gerekirse; yüklenici, sözleşme dolayısıyla arsa sahibine ait projeleri, planları arsa sahibinin rızasına aykırı olarak kendisinin başka işlerinde kullanmamak ve başkalarına vermemekle yükümlüdür⁵². Eğer ki yüklenici, yapımı kararlaştırılan binayı sözleşmeye uygun olarak inşa etse dahi sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışı nedeniyle arsa sahibinin uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü olur⁵³.

⁴⁹ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 445; AKKURT, Sinan Sami, (2010), "Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 10, Sayı 2, Yıl 2010, s. 40.

⁵⁰ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 441; DURAK, (2015), s. 223.

⁵¹ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 443; AKKURT, (2010), s. 39.

⁵² ÖZ, (2013), s. 121.

⁵³ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 444.

2. TESLİM BORCU

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde yüklenicinin borcu kararlaştırılan binayı yapmakla sona ermez. Borcun sona erebilmesi için yapılan binanın kararlaştırılan bölümlerinin arsa sahibinin fiili hakimiyetine bırakılması, yani bölümlerin arsa sahibine teslim edilmesi gerekmektedir⁵⁴. Bir başka anlatımla; yüklenicinin binayı tamamladıktan sonra arsa sahibinin arsasından çekilmesi, zilyetliği arsa sahibinin tasarrufuna bırakmasıyla teslim borcu yerine getirilmiş olur⁵⁵. Teslim, tamamlanmış yapılar yönünden söz konusu olur. Yapının, henüz tamamlanmadan arsa sahibinin fiili hakimiyetine geçmiş olması sözleşmeye uygun bir teslim anlamında sayılamaz⁵⁶.

Bölümlerin teslim tarihi genellikle sözleşme ile kararlaştırılır. Aksi durumda, süre belirtilmemiş veya objektif ölçülere göre kesinlikle belirtilmesi mümkün olamıyorsa kesin teslim tarihi belli değildir. Bu halde teslim tarihini işin mahiyetine ve tarafların iradesine göre belirlemek gerekecektir⁵⁷.

B. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

Ayıplı ifa ile ifade edilmek istenen, yapımı taahhüt edilen binanın kararlaştırılan nitelikleri karşılamaması halidir⁵⁸. Binanın ayıplı olması ile eksik yapılmış olması farklı kavramlardır. Kural olarak binanın eksik yapılmış olması, yapımına devam edilerek o eksikliğin giderilebileceği anlamına gelir. Ancak ayıplı ifa mevcut ifayı bozmadan, binada değişiklik yapılmadan giderilemez. Bu itibarla ayıplı bir bina tamamlanmış bir bina olabilir ve bu durum binanın teslimine engel değildir⁵⁹. Binanın ayıplı olup olmadığının

⁵⁴ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 454; DURAK, (2015), s. 224.

⁵⁵ ERMAN, (2007), S. 29; ÖZ, (2013), s. 145; GÜNAY, (2016), s. 19.

⁵⁶ AKKURT, (2010), s. 44; Yargıtay 15. HD. 21.12.2018 T., 2018/2964 E., 2018/5217 K. sayılı kararı: "... Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarında anahtar tesliminden amaçlanan inşaatın sözleşme ve ekleri, tasdikli projesi ruhsat ve imar mevzuatına uygun olarak tamamlanıp yapı kullanma izin belgesinin de alınmış olmasıdır. Anahtar teslimi yapımı üstlenilen işlerde yapı kullanma izin belgesi alınıncaya kadar inşaatın tamamlandığını kabul etmek mümkün değildir...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

⁵⁷ ERMAN, (2007), s. 56.

⁵⁸ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1048; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 174; AKINCI, (2013), s. 242.

⁵⁹ YENER, (2014), s. 27; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 456.

tespitinde tereddüt yaşıyor ise bu durumun dürüstlük kuralına göre benzer alanda işler üstlenen basiretli bir yüklenicinin yapacağı binadaki nitelikler göz önüne alınarak, yapılan binanın bu nitelikleri taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır⁶⁰.

TBK. m. 474'e göre; İşsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır. Bu maddeye göre ayıba karşı tekeffül için aranan şartlar, inşaatın tamamlanarak teslim edilmiş olması ve eserin ayıplı olmasıdır⁶¹.

Binadaki ayıplar açık ayıp olabileceği gibi gizli ayıp da olabilir. Açık ayıp, olağan bir gözden geçirme ile fark edilebilecek ayıplardır. Gizli ayıp ise olağan bir gözden geçirme ile fark edilemeyen, eserin kullanılmasıyla veya zamanla fark edilebilecek ayıplardır. Binadaki ayıbı fark eden arsa sahibi, bu durumu derhal yükleniciye bildirmelidir⁶². Aksi durumda binayı o haliyle kabul etmiş sayılır ve üzerine düşen arsa paylarını devretmek borcundan kaçınamaz(TBK. m. 477/2).

Arsa sahibinin muayene yükümlülüğü açık ayıplar yönünden geçerlidir. Çünkü gizli ayıplar olağan bir muayene ile ortaya çıkabilecek ayıplar olmadığı için ayıbın fark edildiği anda yükleniciye bildirilmesi yeterli kabul edilmektedir⁶³.

Arsa sahibinin TBK. m. 475' e göre ayıba karşı tekeffülden doğan bir kısım hakları vardır. Bu haklar; sözleşmeden dönme hakkı, bedelden indirim

⁶⁰ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 456.

⁶¹ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 456; DURAK, (2015), s. 225.

⁶² YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 458; ZAPATA, Özel Hükümler, (2015), s. 231; AKKURT, (2010), s. 45.

⁶³ KIRMIZI, (2014), s. 710; Yargıtay 23. HD. 30.01.2019 T., 2016/2303 E., 2019/220 K. sayılı kararı: "...Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Eser sözleşmelerinde ayıplı imalat bulunması halinde ayıp ihbarının makul olan en kısa sürede eseri meydana getiren yükleniciye ihbar edilmesi gerekir. Olayımızda davacı 15.11.2011 tarihinde inşaatın teslim olduğunu beyan etmiş ve eldeki davayı 04.05.2012 tarihinde açmıştır. Bu tarihler arasında ayıplara dair herhangi bir ihbar yapıldığı öne sürülmektedir. Bu durumda davacı eksik imalatı zaman aşımı olan beş yıllık süre içinde ve ayrıca görülmesi mümkün olmayan gizli ayıpları da tespitinden itibaren en kısa sürede ihbar ederek dava edebilir...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019)).

hakkı ve ayıbın ortadan kaldırılması haklarıdır. Bu seçimlik haklar yenilik doğurucu haklar olup, tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli irade beyanı ile kullanılan haklardandır⁶⁴.

TBK. m. 475/1, 1' nci bende göre; eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Binanın, iş sahibinin taşınmazı üzerine yapılması ve sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğurması hallerinde iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanmayacaktır. Bu durumda arsa sahibi, TBK. m. 475/1'deki diğer bentlerde sayılan seçimlik haklarından birini kullanmak zorunda kalacaktır⁶⁵.

TBK. m. 475/1, 2' nci bende göre iş sahibi; eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim istemek hakkına sahiptir. Bedelden indirim hakkının kullanılabilmesi için binanın ayıplı değerinin ayıpsız değerinden daha düşük olması gerekmektedir. Ayıplı değer ile ayıpsız değer arasında değer fark yok ise bedelden indirim hakkı kullanılamaz. Yargıtay, bedel indirim hakkının kullanılması halinde ödenecek ücretin belirlenmesinde binanın ayıpsız haline getirme masraflarını esas almaktadır⁶⁶.

TBK. m. 475/1, 2' nci bende göre iş sahibi; aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını istemek hakkına sahiptir. Arsa sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için ayıbın giderilmesinin aşırı bir masrafı gerektirmemesi şartının gerçekleşmesi gerekmektedir.

Ayrıca yukarıda sayılan seçimlik haklara ek olarak arsa sahibinin TBK. m. 475/2 uyarınca genel hükümlere göre tazminat istemek hakkı bulunmaktadır.

TBK. m. 478'e göre; "Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar."

⁶⁴ ERMAN, (2007), s. 96.

⁶⁵ KIRMIZI, (2014), s. 699; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 45.

⁶⁶ KIRMIZI, (2014), s. 706.

C. İNŞAAT RUHSATINI VE OTURUM İZİNİNİ ALMA BORCU

İnşaat ruhsatını alma yükümlülüğü, yasal olarak arsa sahibine aittir. Çünkü arsasına inşaat yapılacak olan arsa sahibidir. Ancak inşaat ruhsatı alma yükümlülüğü vekaletname ile yükleniciye devredilebilir. Ruhsatın alınması işinin yükleniciye devredildiği hallerde inşaat ruhsatı almaya engel olan durumları, yüklenicinin arsa sahibine bildirmesi gerekmektedir. Yüklenici, inşaat ruhsatı alınmadı diyerek sorumluluktan kurtulamaz⁶⁷.

Oturum, bir başka deyişle yapı kullanma izni de arsa sahibi tarafından alınır(İmar Kanunu m. 30). Ancak bu yükümlülük de sözleşme ile yükleniciye devredilebilir.

D. VERGİ VE SİGORTA PRİMLERİNİ ÖDEME BORCU

Emlak Vergisi Kanunu'nun 8' nci maddesine göre kat irtifakı veya kat mülkiyetine konu taşınmazlar emlak vergisine tabidir. Arsa payları henüz yükleniciye devredilmemişse, emlak vergisi borcunun yasal sorumlusu arsa sahibidir. Ancak arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde emlak vergisinden de yüklenicinin sorumlu olacağı kararlaştırılır⁶⁸.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde yüklenici açısından bir vergilendirme konusu vardır. Bu da yükleniciye kalan bağımsız bölüm ve işyerlerinin satışından elde edilecek ticari kazancın vergilendirilmesidir⁶⁹.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesine konulacak bir hüküm ile yapılmakta olan inşaatın doğacak rizikoların giderilebilmesi için yüklenicinin

⁶⁷ DURAK, (2015), s. 227.

⁶⁸ Yargıtay 23. HD. 08.11.2018 T., 2018/1406 E., 2018/5211 K. sayılı kararı: "...Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 18. maddesi ile inşaat ruhsatının alınmasından iskâna kadar, emlak vergisi dahil tüm vergilerin yüklenici tarafından ödeneceğinin kararlaştırıldığı anlaşılmış olup henüz iskân alınmadığından yüklenicinin vergiler nedeniyle sorumluluğu devam etmektedir. Bu durumda mahkemece, davanın nama ifaya izin talebini içerdiği de dikkate alınarak, dava konusu taşınmaza ilişkin karar tarihine kadar doğmuş olan ve sözleşme ile hüküm altına alınan tüm vergi borçları ile iskân harcı bedellerinden davalının sorumlu olduğu gözetilerek hüküm kurulması gerekirken, yanlıgılı gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır..." , (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

⁶⁹ ÇATIKKAŞ, Özgür / YENER, Mehmet Deniz, (2017), "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Boyutu ve Muhasebeleştirilmesi", Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 39, Sayı 1, Yıl 2017, s. 70.

inşaatı sigortalatması kararlaştırılabilir. Ayrıca zorunlu deprem sigortasının da yüklenici tarafından yaptırılacağı kararlaştırılabilir.

III. ARSA PAYI KARŞILIĞI KAT YAPIM SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ

A. TEMERRÜT KAVRAMI

Genel olarak temerrüt; ifası imkânsız olmayan bir borcun muaccel olmasına ve talep edilmesine rağmen borçlunun borcu ifa etmemesi sonucu ortaya çıkan hukuki bir durumdur⁷⁰. Borçlunun temerrüde düşmesi için öncelikle borcun muaccel hale gelmiş olması, yani alacaklının alacağını talep hakkına sahip olması gerekir⁷¹. Borcun henüz vadesi gelmemişse, borcun doğumu veya muacceliyeti geciktirici(taliki) şarta bağlanmışsa ve bu şart henüz gerçekleşmemişse borçlu temerrüde düşmez⁷². Borcun ifası imkânsız olmamalıdır. İmkansızlıkta esas alınan ölçüt, objektif ölçüttür. Borcun ifasının imkânsız olmaması şartı sözleşmenin bağitlanmasından sonra aranacaktır. Zira sözleşme bağitlanmazdan önceki imkansızlıklar Türk Borçlar Kanunu'nun 27' nci maddesi uyarınca sözleşmeyi hükümsüz hale getirecektir⁷³. Temerrüt için diğer bir gereklilik alacaklının borçluya ihtarda bulunmuş olması şartıdır. Kanunun ayırık tuttuğu haller saklı kalmak kaydıyla TBK. m. 117/1' de "Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer." hükmü gereği temerrüt için kural olarak ihtarın varlığı aranmaktadır. Son olarak da alacaklının temerrüt durumunda olmaması şartını ifade etmekte yarar vardır. Çünkü halihazırda alacaklı temerrüt durumunda ise, yani borçlunun borcunu

⁷⁰ ZAPATA, (2014), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 202; SÜTÇÜ, (2016), s. 869; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1090; AKINCI, (2013), s. 229.

⁷¹ REİSOĞLU, (2006), s. 281; ÖNGÖREN, (2016), s. 241; ÖZ, Turgut, (2013), s. 149; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1092; AKINCI, (2013), s. 230.

⁷² SÜTÇÜ, (2016), s. 870.

⁷³ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 99; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 176; AKINCI, (2013), s. 227; SÜTÇÜ, (2016), s. 870; Yargıtay 23. HD. 12.10.2017 T., 2017/1492 E., 2017/2638 K. sayılı kararı: "...tarafalar arasındaki sözleşme ise 07.11.2008 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşmenin imzalandığı tarihte geçerli bir imar planı yoktur. Bu haliyle sözleşme konusunun imkânsız bulunduğu, bu imkansızlığın da sözleşmenin yapılmasından önce var olan objektif imkânsızlık olduğu ortadadır. Bu durumda TBK'nın 27/1. maddesi uyarınca sözleşme batıl olduğundan taraflar edimlerini yerine getirmekten kaçınabilir ve karşılıklı verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilirler...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

ifa edebilmesi için öncelikle alacaklının üzerine düşen edim yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekiyor ise, borçlu temerrüdünden bahsetmek mümkün olmaz⁷⁴.

B. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ

Türk Borçlar Kanunu'nda yüklenicinin işe zamanında başlamama ve işin vadede bitirilemeyeceğinin anlaşılması hallerinde m. 473 hükmü olmakla birlikte, yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi hallerinde özel bir hüküm yoktur⁷⁵. O halde yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düştüğü durumlarda Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerindeki borçlu temerrüdüne ilişkin kuralları, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde de uygulanacaktır.

Daha önce de ifade edildiği gibi arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin asıl borcu, arsa sahibinin arsasına sözleşme ile kararlaştırılan binayı inşa etmek ve teslim etmektir. Yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesinin şartları aşağıdaki şekilde ifade edilebilir:

1. YÜKLENİCİNİN BORCU MUACCEL OLMALIDIR

Muacceliyet, edimin ifasının alacaklı tarafından talep etmek yetkisinin doğması halini ifade eder⁷⁶. Borcun vadesi henüz gelmemişse, borcun doğumu geciktirici (taliki) şarta bağlanmışsa borç muaccel olmaz, yani alacaklı edimin ifasını talep edemez⁷⁷. Borç muaccel olmasına rağmen borçlu tarafından alacaklıya karşı kullanılacak bir defa bulunuyorsa temerrütten söz etmek mümkün değildir. Ancak defa hakkının bulunması tek başına yeterli olmayıp, hakkın usul hukuku kuralları çerçevesinde kullanılması gerekmektedir⁷⁸.

Bazen sözleşmelerde vadeyi belirleme yetkisi alacaklı tarafa verilir. Böylelikle daha önce vadesi belirlenmemiş bir borç alacaklı tarafın vadeyi belirlemesi ile vadesi belirlenmiş bir borç hale gelir. Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde ise vade belirlemesini eserin tamamlanabileceği makul süreyi hesaba katarak yapmak gerekir. Alacaklının vadeyi karşı tarafa

⁷⁴ AKINCI, (2013), s. 231; YENER, (2014), s. 8.

⁷⁵ ÖZ, (2013), s. 142.

⁷⁶ KILIÇOĞLU, (2014), s. 701.

⁷⁷ ÖZ, Turgut, (2013), s. 149; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1092; AKINCI, (2013), s. 230; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 202; KIRMIZI, (2014), s. 670.

⁷⁸ SÜTÇÜ, (2016), s. 870.

ulaşacak bir bildirimle yerine getirmesi gerekir. Ancak bu bildirim ihtar ile karıştırmamak gerekir. İhtar karşı tarafı temerrüde düşürürken, vade bildirimini sadece vadeyi belirlemekten ibarettir⁷⁹.

2. BORCUN İFASI MÜMKÜN OLMALIDIR

Yüklenicinin temerrüde düşebilmesi için borcun ifasının mümkün olması gerekmektedir. Eğer ki borcun ifası imkânsız ise yüklenicinin temerrüdünden söz edilemez⁸⁰. Buradaki imkânsızlık objektif imkansızlıktır ve sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmaktadır⁸¹. Objektif imkansızlığa kusursuz sonraki imkânsızlık da denir. Borcun ifasının imkânsız olmaması şartı sözleşmenin bağitlanmasından sonra aranır. Çünkü sözleşmeye konu borcun sözleşmenin bağitlanması aşamasında imkânsız olması, Türk Borçlar Kanunu'nun 27' nci maddesi uyarınca sözleşmeyi hükümsüz hale getirir. Borcun ifası objektif olarak mümkün olmasına rağmen yüklenici tarafından ifası imkânsız ise, yüklenici temerrüde düşmüş olur. Objektif imkansızlığın meydana gelmesinde borçlunun herhangi bir kusurunun bulunmaması halinde borçlu temerrüde düşmeyeceği gibi borçlunun herhangi bir sorumluluğu da söz konusu olmaz⁸². Ancak bu ifade, parça borçları açısından geçerlidir. Cins borçları yönünden ise; cinse telef olmaz ilkesi gereği borçlu, borcu ifa etmede sorumlu olmaya devam eder.

Yüklenici temerrüde düştükten sonra borcun ifası imkansızlaşırsa, ortaya çıkan zararlardan yüklenici sorumlu tutulur⁸³.

3. KURAL OLARAK İHTARDA BULUNULMUŞ OLUNMALIDIR

Temerrüt için diğer bir gereklilik alacaklının borçluya ihtarda bulunmuş olmasıdır. Kanunun ayrık tuttuğu haller saklı kalmak kaydıyla TBK. m. 117/1'

⁷⁹ ÖZ, (2013), s. 143.

⁸⁰ Yargıtay 23. HD., 13.09.2018 T., 2016/1221 E., 2018/4169 K. sayılı kararı:" ...taşınmazın bulunduğu yerin henüz imara açılmadığı, bu durumda bir imkânsızlık halinin mevcut olduğu, taşınmazın imarlı olmadığı hususunun yalnız davalının değil davacının da bilgisi dahilinde bulunduğu, ayrıca taşınmazın imara açılmasının davalının görevi olmadığı, belediyenin yapacağı işlem için davalıya bir sorumluluk verilmesinin de düşünülemeyeceği...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

⁸¹ ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 203; SÜTÇÜ, (2016), s. 870.

⁸² ERMAN, (2007), s. 58; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1301.

⁸³ ÖZ, (2013), s. 144.

de “Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtar ile temerrüde düşer.” hükmü gereği temerrüt için kural olarak ihtarın varlığı aranmaktadır⁸⁴.

İhtar, alacaklının borçluya yönelmiş bir irade beyanı ile alacağını talep etmesi şeklinde tanımlamak mümkündür⁸⁵. İhtarın hukuksal niteliği ise “hukuki işlem benzeri bir fiil”dir⁸⁶. İhtar hukuki bir işlem sayılmadığı için hukuki işlemlerde aranan şekil şartları, ihtar için aranmaz. Bu nedenle arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin bağlı olduğu şekil şartı, ihtar için gerekli değildir⁸⁷. Ancak özel hüküm bulunan hallerde ihtarın aranan geçerlilik şekline uygun olarak yapılması gerekmektedir⁸⁸. Türk Ticaret Kanunu 18’nci maddesinin 3’ncü fıkrasına göre; tacirler arasında yapılacak olan ihtarın geçerli olabilmesi için noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla veya telgraf aracılığıyla yapılması şarttır⁸⁹.

İhtar içeriğinden, ihtarın borçluyu temerrüde düşürmek amacıyla gönderildiğinin duraksamaya yer vermeyecek şekilde anlaşılmalıdır⁹⁰.

Kural olarak borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklı tarafından borçluya ihtar yapılması gerekmektedir. Ancak, temerrüt için ihtar şartının aranmadığı kanunun ayırık tuttuğu birtakım haller vardır:

a. Sözleşmede vadenin kesin olarak kararlaştırılmış olması:

TBK. m. 117/2’ye göre; “Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmişse, bugünün geçmesiyle borçlu temerrüde düşmüş olur.” Madde

⁸⁴ ERMAN, (2007), s. 68; ÖNGÖREN, (2016), s. 241.

⁸⁵ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1093; SÜTÇÜ, (2016), s. 874.

⁸⁶ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1094.

⁸⁷ ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 204.

⁸⁸ KOSTAKOĞLU, (2017), s. 474.

⁸⁹ KILIÇOĞLU, (2014), s. 659; DİRİCAN, (2007), s. 43.

⁹⁰ AKINCI, (2013), s. 230; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1093; Yargıtay 23. HD., 04.12.2018 T., 2016/3881 E., 2018/5631 K. sayılı kararı: “...Somut olayda davacılar tarafından davalı yükleniciye 04.02.2013 tarihinde ihtarname gönderilerek sözleşme şartlarına uyulması talep edilmiştir. 04.02.2013 tarihli ihtarnamenin temerrüt ihtar şartlarını taşımadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle mahkemece ihtarnamenin temerrüt ihtar mahiyetinde olduğu kabul edilerek faize hükmedilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenlerle bozulması gerekmiştir...”, (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

metninden anlaşılacağı üzere, borcun ifa edileceği gün taraflarca birlikte belirlenmiş ise ihtara gerek bulunmaksızın borçlu temerrüde düşmüş olur⁹¹.

b. Sözleşmede vadeyi belirleme hakkının taraflardan birine tanınmış olması:

TBK. m. 117/2'ye göre; "Borcun ifa edileceği gün, sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle borçlu temerrüde düşmüş olur." Madde metninden anlaşılacağı üzere borcun ifa edileceği gün taraflarca birlikte belirlenmiş ise ihtara gerek bulunmaksızın borçlu temerrüde düşmüş olacaktır. Bu durumda da alacaklının vade gününü dürüstlük kurallarına göre makul olarak belirlemesiyle ve bu vadenin geçmesiyle borçlu temerrüde düşmüş olur⁹².

c. Dürüstlük kurallarına göre borçluya ihtarda bulunulmasının bir anlam ifade etmeyeceği anlaşılıyorsa:

Borçlunun, içinde bulunduğu durumda borcunu ifa etmeyeceği açık ve net bir biçimde anlaşılıyorsa ihtarda bulunulmasına gerek yoktur⁹³.

TBK. m. 124/1'e göre; "Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa, alacaklı süre vermeden seçimlik hakkını kullanabilir." Bu durumda kanunun bu hükmü kıyasen uygulanabilecektir.

d. Sözleşmede temerrüt için ihtar şartının aranmadığı kararlaştırılmışsa:

Öğretide böyle bir hükmün dürüstlük kuralına aykırı sayılmadıkça geçerli kabul edileceği ve ihtara gerek bulunmaksızın yüklenicinin temerrüde düşürülebileceği kabul edilmektedir⁹⁴.

4. ALACAKLI TEMERRÜT DURUMUNDA BULUNMAMALIDIR

Son olarak borçlu temerrüdünden söz edilebilmesi için alacaklının üzerine düşen edim yükümlülüklerini yerine getirmiş olması, yani alacaklının

⁹¹ KILIÇOĞLU, (2014), s. 661-662; DİRİCAN, (2007), s. 43.

⁹² EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1096; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 205.

⁹³ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1113; KILIÇOĞLU, (2014), s. 663, SÜTÇÜ, (2016), s. 885; DİRİCAN, (2007), s. 45.

⁹⁴ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 458; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 207; ÖZ, (2013), s. 151.

kendisinin temerrüt durumunda bulunmaması gereklidir⁹⁵. Örneğin; sözleşmede belirli bir aşamada arsa paylarının yükleniciye devredileceğinin kararlaştırıldığı halde, arsa sahibi bu edimini yerine getirmiş olmadıkça yükleniciden bağımsız bölümün teslimini isteyemez. Bu halde borçlu yüklenici, karşı edimin ifa edilmediği def'ini ileri sürebilir⁹⁶.

Yine arsa sahibinin inşaat ruhsatını zamanında almamış olması halinde yüklenicinin inşaata zamanında başlayamaması nedeniyle binanın geç teslim edilmesinde, yükleniciye isnad edilecek bir kusur bulunmayıp, gecikme arsa sahibinin yükümlülüğünü geç yerine getirmiş olmasından kaynaklanmış olur. Bu halde de yüklenici temerrüde düşmez⁹⁷.

Bu ve benzeri sayılabilecek, yani gecikmenin arsa sahibinin temerrüt durumunda olmasından veya arsa sahibinin eylemlerinden kaynaklandığı hallerde yüklenici temerrüdünden söz edilemez. Arsa sahibi öncelikle kendi edim yükümlülüklerini yerine getirmeli, sonrasında yükleniciden edimin ifasını talep etmelidir.

IV. ARSA PAYI KARŞILIĞI KAT YAPIM SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

Yukarıda yüklenicinin arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinden kaynaklanan borçları incelenmişti. Burada üzerinde durulacak olan nokta, yüklenicinin sözleşmeden kaynaklı borçlarını yerine getirmemesi nedeniyle yapımı kararlaştırılan binayı/bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmemesi nedeniyle düştüğü temerrüt durumunun sonuçlarıdır.

Yüklenicinin temerrüde düşmesi sonucunda arsa sahibinin hakkı kural olarak yükleniciyi ifaya zorlamaktır. Çünkü onun sözleşme ile güttüğü amaç, arsasına yapılacak binadaki bir kısım bağımsız bölümlere sahip olmaktır. Ancak yüklenicinin temerrüde düşmede kusuru bulunduğu hallerde arsa sahibinin aynen ifa talebinden başka talepleri de vardır⁹⁸. Yüklenicinin temerrüdü halinde belirli şartların da gerçekleşmesiyle arsa sahibinin aynen ifayı, aynen ifa talebine ek olarak gecikme tazminatını ve kararlaştırılan cezai şartı, ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini ve sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini talep etme hakkı vardır.

⁹⁵ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1097; AKINCI, (2013), s. 231.

⁹⁶ ÖZ, (2013), s. 149; DİRİCAN, (2007), s. 47.

⁹⁷ OĞUZMAN / ÖZ, (2005), s. 282; ERMAN, (2007), s. 53; SÜTÇÜ, (2016), s. 849.

⁹⁸ ÖZ, (2013), s. 152.

A. AYNEN İFA TALEBİ

Aynen ifanın cebri icra yolu ile yerine getirilmesi ancak verme borçlarında söz konusu olur. Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde arsa sahibinin cebri icra yoluyla yükleniciye inşaatı tamamlattırması, yapma borçlarının niteliği gereği söz konusu olamaz⁹⁹. Şu hâlde alacaklının borçludan aynen ifayı talep etmesi, onun uyarılmasından öteye geçemeyecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun yapma borçlarının ifası ile ilgili 113' ncü maddesine göre; "Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır. Yapmama borcuna aykırı davranan borçlu, bu aykırı davranışının doğurduğu zararı gidermekle yükümlüdür." Alacaklının masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya bir başkası tarafından yapılması isteme hakkı nama ifa olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁰. Öğretide nama ifanın, tazminat niteliği olmaması nedeniyle aynen ifa olduğu kabul edilmektedir¹⁰¹. Nama ifa yüklenici yönünden tazminat niteliği taşımasına rağmen(bedel ödemesi nedeniyle), alacaklı yönünden ifanın aynen yerine getirilmesi olduğundan aynen ifa olarak kabul edilmektedir¹⁰². Çünkü sözleşmedeki asli edim, binanın yapım işidir. Bu nedenle nama ifayı nitelendirirken sözleşmenin asli edimine göre niteleme yapmak daha uygun olacaktır.

Yapma borçlarında bu düzenlemenin uygulanabilmesi için yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan işin yapımında kişisel özelliklerinin önem taşımaması gerekmektedir¹⁰³. Eğer ki kararlaştırılan işin yapımında yüklenicinin kişisel özellikleri(uzmanlık ve deneyimi) önem taşıyorsa arsa sahibinin nama ifa talebinde bulunma yetkisi olmaz. Yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşıyıp taşımadığını her sözleşme yönünden ayrı değerlendirmek gerekir. Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinin esasında arsa sahibinin arsasına bağımsız bölümleri ihtiva eden bina yapımı

⁹⁹ AKINCI, (2013), s. 243; ÖZ, (2013), s. 152.

¹⁰⁰ KILIÇOĞLU, Ahmet M., (2014), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2014, s. 644; EREN, Genel Hükümler, s. 1033; KIRMIZI, (2014), s. 682.

¹⁰¹ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1033; SÜTÇÜ, (2016), s. 926.

¹⁰² TOKAT, (2016), s. 215.

¹⁰³ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1033; YENER, (2014), s. 57.

işi olduğu ve günümüz fen ve teknik bilgisi dikkate alındığında yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı söylenebilir¹⁰⁴.

Nama ifada işin en az maliyetle yaptırılması zorunluluğu yoktur. İşin yaptırılmasında yapılan işin işçiliğindeki kalite, işin yapılma süresi de önem taşımaktadır. Ancak arsa sahibi işi yaptırırken, sözleşmede aksine hüküm yoksa en pahalı yolu seçemez. Onun işi yaptırırken dürüstlük kurallarına uygun ve makul bir yolu seçmesi gerekir. Ayrıca arsa sahibinin işi kendisi yapması durumunda işçilik talep etmesi mümkün olmamalıdır¹⁰⁵.

Nama ifa için izin, hâkimden istenir¹⁰⁶. Bu izin isteminde yüklenici isten el çekmemişse öncelikle yüklenicinin işten el çektilmesi talebinde bulunulmalı, daha sonra alınacak bilirkişi raporu ile ifa edilecek kısmın bedelinin belirlenerek yükleniciden avans niteliğinde tahsili talebinde bulunulmalıdır¹⁰⁷. Ayrıca Yargıtayın kabulüne göre nama ifa masraflarının,

¹⁰⁴ YENER, (2014), s. 57.

¹⁰⁵ SÜTÇÜ, (2016), s. 927.

¹⁰⁶ Yargıtay 23. HD., 05.07.2018 T., 2015/8744 E., 2018/4014 K. sayılı kararı: "...Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı(arsa sahibi) masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir. İstemin hukuki dayanağını 818 sayılı BK'nın 97' nci maddesi oluşturmaktadır. Sözü edilen maddeye göre bir şeyin yapılmasına müteallik borç, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilir. Yasa hükmüne göre nama ifaya izin verilebilmesi için sözleşmenin feshedilmemiş, yani yürürlükte olması, borçlunun edimin ifasında temerrüde düşmesi ve borcun "yapma borcu"na ilişkin bulunması gerekir. Hâkim bu talep üzerine konusunda uzman bilirkişi yardımı ile keşif yaparak eksik bırakılan ve ayıplı yapılmış olan iş kalemlerini ve bunların tamamlanması ve giderilmesi masraflarını, imalatın metraj, yöntem ve takribi bedellerini, diğer kurumlara olan borçları ve iskân masraflarını tahminen saptayarak izin kararını verir. İzin kararının hüküm fıkrasında da eksik ve ayıplı iş kalemleri ve diğer borç ve masrafların her birinin tahmini masrafları tek tek gösterilir. Genel nitelikli yetki ve izin verilemez. Bu durumda mahkemece; infazda tereddüde mahal bırakmamak için nama ifasına izin ve yetki verilen iş ve işlemleri hüküm fıkrasında tek tek belirtilip gösterilmek veya bu nitelikte olduğu denetim sonucu anlaşılacak bilirkişi raporunu kararın eki yapmak suretiyle, infazı mümkün hüküm kurulması ve nama ifa için belirlenen giderlerin ne suretle karşılanacağıının gösterilmesi gerekirken..." (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

¹⁰⁷ REİSOĞLU, (2006), s. 299; SÜTÇÜ, (2016), s. 930.

yükleniciye kalan arsa payları hakkında arsa sahibine satış yetkisi verilmesi ile de karşılanması mümkündür¹⁰⁸.

Arsa sahibinin aynen ifayı talep edebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekmez, ancak bir sonraki başlıkta görüleceği üzere gecikme tazminatı isteyebilmek için yüklenicinin kusurlu olması şarttır.

B. AYNEN İFA TALEBİ İLE GECİKME TAZMİNATI VE KARARLAŞTIRILAN CEZAI ŞART TALEBİ

1. GECİKME TAZMİNATI

TBK. m. 118'e göre; Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Burada bahsedilen zararlar, aynen ifa ile giderilemeyen zararlardır. Bu zararlar gecikme tazminatı denir¹⁰⁹. Madde metninden anlaşılacağı üzere aynen ifa ile giderilmeyen zararların tazmini için borçlunun kusurlu olması şartı aranmaktadır¹¹⁰. Kural olarak yüklenicinin kusuru nedeniyle edim zamanında ifa edilememiştir. Kusursuzluğunu yüklenici ispat etmelidir¹¹¹.

Arsa sahibi, yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde uygun bir süre vermeksizin aynen ifa talebine ek olarak gecikme tazminatı da talep edebilir. Süre tayini alacaklının aynen ifa dışındaki talepleri için aranan bir şarttır¹¹².

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde gecikme tazminatının konusunu, bağımsız bölümlerin geç teslimi nedeniyle arsa sahibinin maruz kaldığı kira kaybı oluşturur¹¹³. İş sahibinin maruz kaldığı fiili zararlar da bu kapsamdadır¹¹⁴. Arsa sahibinin gecikmeden kaynaklı zararının

¹⁰⁸ SÜTÇÜ, (2016), s. 938.

¹⁰⁹ ÖZ, (2013), s. 154.

¹¹⁰ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1035.

¹¹¹ KILIÇOĞLU, (2014), s. 672; DURAK, (2015), s. 234.

¹¹² YENER, (2014), s. 55.

¹¹³ SÜTÇÜ, (2016), s. 968.

¹¹⁴ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 455; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 207; ÖNGÖREN, (2016), s. 260.

belirlenmesinde onu zamanında ifadan elde edeceği menfaati esas alınır¹¹⁵. Esasen buradaki zarar, olumlu zarardır¹¹⁶.

Arsa sahibinin gecikme tazminatı talebi, aynen ifanın gerçekleştirilmiş olup olmamasına göre; yani binanın sözleşmeye uygun hale getirilip teslim edilip edilmemesine göre bir değişiklik göstermez. Gecikme tazminatı, temerrüde bağlanan başlı başına bir borçtur. Bu nedenle bina, gecikme tazminatı talep edileceği hakkı saklı tutulmadan teslim alınmış olsa bile gecikme tazminatı talep edilebilir. Gecikme tazminatının faiz gibi fer'i bir niteliği bulunmamaktadır. TBK. m. 147/6'daki zamanaşımı süresi içerisinde her zaman talep edilebilmesi mümkündür¹¹⁷.

İş sahibinin sözleşmeden döndüğü hallerde ise yüklenicinin ifa borcu, sözleşmenin kurulma anından itibaren ortadan kalkacağından ve buna bağlı olarak temerrüt halinden de bahsedilemeyeceğinden temerrüde bağlı olarak istenebilecek gecikme tazminatı da istenemez¹¹⁸. Eğer ki ödenmiş bir gecikme tazminatı var ise bu tazminatın yükleniciye iadesi gerekir.

Gecikme tazminatının sözleşmede kararlaştırılmış olma zorunluluğu yoktur¹¹⁹. Sözleşmede gecikme tazminatına ilişkin hiçbir hüküm bulunmasa dahi alacaklı gecikme tazminatı talep edebilir. Alacaklının bu hakkı, kanundan doğan bir haktır¹²⁰.

2. CEZAI ŞART

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde cezai şart ile ilgili hükümlere uygulamada çoğunlukla rastlanılmaktadır. Cezai şarta kaynaklarda sözleşme cezası, gecikme cezası şeklinde isimler de verilmektedir¹²¹. Cezai şart; sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal eden tarafın bu ihlal nedeniyle karşı tarafa ödemeyi kabul ettiği bir edim

¹¹⁵ ERMAN, (2007), s. 78.

¹¹⁶ TANDOĞAN, Haluk, (2010), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s. 134; OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, (2005), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul, 2005, s. 386; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1103; YENER, (2014), s. 59.

¹¹⁷ ÖZ, (2013), s. 155.

¹¹⁸ ÖZ, (2013), s. 155.

¹¹⁹ GÜNAY, (2016), s. 130.

¹²⁰ KIRMIZI, (2014), s. 688.

¹²¹ ÖZ, (2013), s. 156.

borcu olup, sözleşmedeki asli edim yükümlülüğünün fer'i niteliğindedir¹²². Cezai şart para olarak kararlaştırılabileceği gibi para dışında ek bir borç olarak da kararlaştırılabilir¹²³.

Cezai şartın temel işlevlerinin borçluyu edimi ifa noktasında baskı altına almak ve alacaklıyı zararın miktarını kanıtlama külfetinden kurtarmak olduğu doktrinde ifade edilmektedir¹²⁴.

TBK. m. 179/2'ye göre; "Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir." Buna göre arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde, arsa sahibine teslimi gereken bağımsız bölümlerin zamanında teslim edilmemesi nedeniyle yüklenicinin arsa sahibine bir miktar sözleşme cezası ödeyeceği kararlaştırılabilir. Gecikme nedeniyle ödenecek olan cezai şart, ifaya ekli cezai şarttır. TBK 179/2'de de ifaya ekli cezai şart hüküm altına alınmıştır. Borcun kararlaştırılan yer ve zamanda ifa edilmemesi hallerinde ödenmesi kararlaştırılan cezai şart kural olarak seçimlik cezai şarttır¹²⁵.

İfaya ekli cezai şartlar alacaklıya hem ifayı hem de cezai şartın ödenmesini talep hakkı verir¹²⁶. Bu tür cezai şartlarda yüklenici; gecikilen gün, hafta, ay veya yıl için belirli bir miktar cezai şart ödemeyi taahhüt etmektedir¹²⁷. Bu hallerde arsa sahibi, sözleşmenin geç ifasından dolayı herhangi bir zararını ispat etmek zorunda olmaksızın yüklenici cezai şart ödemek zorundadır¹²⁸. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça cezai şart alacağının

¹²² KOCAAĞA, Köksal, (2003), Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara, 2003, s. 33; OĞUZMAN / ÖZ, (2005), s. 898; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1182; KOSTAKOĞLU, (2017), s. 477; AKINCI, (2013), s. 273; CANSER, Erol / ÖZEL, Çağlar, (2013), "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", Yaşar Üniversitesi Dergisi, Sayı 8, Yıl 2013, s. 724.

¹²³ KOCAAĞA, (2003), s. 106.

¹²⁴ KOCAAĞA, (2003), s. 40.

¹²⁵ SÜTÇÜ, (2016), s. 1020.

¹²⁶ DİRİCAN, (2007), s. 64; AKINCI, (2013), s. 275; YENER, (2014), s. 61; CANSER / ÖZEL, (2013), s. 724-725.

¹²⁷ DİRİCAN, (2007), s. 99.

¹²⁸ DİRİCAN, (2007), s. 71.

doğması için ihtar şartı aranmaz¹²⁹. Cezai şart alacağı için yüklenicinin, inşaatı zamanında tamamlayamaması nedeniyle kusurlu olması gerekir. Ancak yüklenicinin hiçbir kusuru olmasa dahi, inşaatın zamanında tamamlanmaması nedeniyle cezai şart ödeyeceği sözleşmede kararlaştırılabilir. Geciken ifa nedeniyle kararlaştırılan cezai şarttan fazla zararı olan arsa sahibinin, aşan zararı talep edebilmesi için yüklenicinin ifanın gecikmesinde kusurunu ispat etmesi gerekir¹³⁰. Burada ispat yükü yer değiştirmektedir. Normalde, kusursuzluğunu ispat edemeyen yüklenici kararlaştırılan cezai şartı ödemek zorundayken; cezai şart miktarını aşan zararlarda yüklenicinin kusurunu arsa sahibi ispat etmelidir¹³¹.

Taraflar cezai şartın miktarını istedikleri gibi belirlemede serbesttirler. TBK. m. 182/3'e göre; "Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir." Her ne kadar cezai şartın taraflarca serbestçe belirlenebileceği ifade edilmiş olsa da hâkim, aşırı tutardaki cezai şartı talep olmaksızın kendiliğinden indirebilecektir. TTK. m. 18/2'de her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm gereğince cezai şart ödeme yükümlülüğü altında bulunan tacir, cezai şartın indirilmesini isteyemez. Ancak Yargıtay kararlarında ölçüsüz, dürüstlük kurallarına aykırı, tacirin ekonomik mahvına neden olacak bir cezai şartın geçersiz olduğuna hükmedilmektedir¹³².

Geçersiz sözleşmede hüküm altına alınmış olan cezai şart da geçersizdir¹³³. Cezai şartın gecikme süresine bağlı olarak birim miktarda belirlendiği ve azami miktarın belirlenmediği hallerde arsa sahipleri aynen ifayı talep etmekte ve bu nedenle aşırı ölçüde menfaat temin etmektedirler. Bu halde yüklenici genellikle tacir olduğu için cezai şartın indirilmesini de isteyememektedir. Ancak Yargıtay bu hallerde, arsa sahibinin aynen ifada ısrarcı olarak aşırı menfaat temin etmesini dürüstlük kuralına aykırı

¹²⁹ KIRMIZI, (2014), s. 690.

¹³⁰ ERMAN, (2007), s. 88.

¹³¹ TUNÇOMAĞ, Kenan, (1963), Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul, 1963, s. 102; OĞUZMAN / ÖZ, (2005), s. 909; TANDOĞAN, (2010), s. 135; ERMAN, (2007) s. 80; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1187; YENER, (2014), s. 68; DİRİCAN, (2007), s. 123; CANSEL / ÖZEL, (2013), s. 724.

¹³² YENER, (2014), s. 62.

¹³³ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1183; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 388; YENER, (2014), s. 65.

bulmaktadır. Önerilen ise arsa sahibinin aynen ifayı talep edebileceği makul süre kadar cezai şart borcunun doğacağı, makul sürenin geçmesinden sonra ise cezai şartın işleminin sona ereceği şeklindeki çözümdür. Yargıtaya göre arsa sahibinin makul düzeyi aşacak şekilde aynen ifayı talep etmeye devam etmesi arsa sahibinin ortak kusuru sayılmaktadır¹³⁴. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 09.10.1991 T. 1991/15340 E., 1991/467 K. sayılı kararında; yüklenicinin işin görülmesinde ve tesliminden gerekli özeni göstermesi gerektiği, işi üstlenirken bilgi, uzmanlık ve ekonomik gücünü iyice ölçmesi, bunların yetersiz olması halinde sözleşme yapmaktan kaçınması gerektiğini aksi davranışın özen borcuna aykırılık oluşturacağını belirtmiştir. Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere yüklenicinin inşaatı tamamlamadan kaçıp gitmesi, inşaatı tamamlamayacağını açıkça bildirdiği hallerde aynen ifayı talep eden arsa sahibi, nama ifa kuralları çerçevesinde inşaatı tamamlattırmak yetkisine sahiptir. Bu durumda inşaatın tamamlanacağı makul süre göz önünde bulundurularak o tarihe kadar cezai şart işlemeye devam eder. Tam tersi durumda, yani yüklenicinin inşaatı devam ettiği hallerde cezai şartın işlemeye devam etmesi gerektiği belirtilmektedir¹³⁵.

Arsa sahibinin sözleşmeden döndüğü hallerde cezai şartın asli edimin fer'i niteliğinde bir edim olması nedeniyle, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı için artık kararlaştırılmış olan cezai şart da istenemez¹³⁶. Ancak taraflar sözleşmeye, dönme halinde de cezai şart istenebileceğine ilişkin açıkça hüküm koyabilirler¹³⁷.

¹³⁴ YENER, (2014), s. 63.

¹³⁵ YENER, (2014), s. 65; Yargıtay 23. HD. 13.11.2018 T., 2018/1824 E., 2018/5246 K. sayılı kararı: "...geçersiz sözleşmelerde kararlaştırılan cezai şartın istenmesinin yerinde olmadığı, davacının davalıya toplamda 120.000,00 TL. ödeme yaptığı ve 01.02.2013 tarihinde tebliğ edilen ihtar ile temerrüde düştüğü, davalı ...'nın müteselsil kefil olarak sözleşmede imzasının bulunduğu, müteselsil kefil olarak davalı şirketle birlikte iadeden sorumlu olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir...Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

¹³⁶ ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 389; DİRİCAN, (2007), s. 78.

¹³⁷ AKINCI, (2013), s. 274.

Yüklenicinin inşaatı zamanında tamamlayamadığı hallerde feshin geriye etkili olarak sonuç doğurması, inşaatın geldiği seviye dikkate alınarak bazen dürüstlük kurallarına aykırı sayılmaktadır. Bu gibi hallerde feshin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmektedir. Eğer ki sözleşmede inşaatın zamanında tamamlanamaması halinde cezai şart ödeneceği kararlaştırılmış ise, ileriye etkili sonuç doğuran feshin yapıldığı tarihe kadar cezai şart işleyecek; bu tarihten sonra cezai şartın işlemesi duracaktır. Çünkü ileriye etkili fesih sözleşme; baştan itibaren ortadan kaldırılmamakta, fesih tarihinden itibaren ortadan kaldırılmaktadır¹³⁸.

Aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça geciken ifayı çekincesiz(ihtirazi kayıtsız) kabul eden arsa sahibi, yükleniciden cezai şart talep etme hakkını yitirir¹³⁹. Bu husus TBK. m. 179/2'de "Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir." şeklinde hüküm altına alınmıştır. Öğretide ihtirazi kaydın herhangi bir şekilde bağlı olmadığı ifade edilmektedir. İhtirazi kaydın mevcudiyeti yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir ve hâkim tarafından res'en dikkate alınır. Çünkü ihtirazi kaydın mevcudiyeti itiraz niteliğindedir¹⁴⁰. Ancak sözleşmeye en baştan konulacak bir hükümle, gecikmiş ifanın itirazi kayıt konulmaksızın kabul edilmesi halinde dahi cezai şartın talep edilebileceği kabul edilebilir. Ancak arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde sözleşmenin niteliği gereği fiilen bir teslim mevcut olmamaktadır. Yüklenicinin işi tamamlayıp işten el çekmesi ve arsa sahibinin bağımsız bölümler üzerinde fiili tasarrufta bulunmasıyla teslim gerçekleşmiş olmaktadır. Yargıtay, herhangi bir itirazi kayıt bildiriminde bulunmadan bağımsız bölümler üzerinde tasarrufta bulunmaya başlayan arsa sahibinin cezai şartı isteyemeyeceği görüşündedir¹⁴¹.

TBK. m. 179/1'e göre; "Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir." Burada ifade edilen cezai şart ise seçimlik cezai şarttır. Seçimlik cezai şartta alacaklı

¹³⁸ KIRMIZI, (2014), s. 690.

¹³⁹ TUNÇOMAĞ, (1963), s. 115; ERMAN, (2007), s. 86; DİRİCAN, (2007), s. 73; CANSEL / ÖZEL, (2013), s. 30-731.

¹⁴⁰ SÜTÇÜ, (2016), s. 1020.

¹⁴¹ YENER, (2014), s. 67.

taraf ya sözleşmenin ifasını talep edecektir ya da kararlaştırılan cezai şartın kendisine ödenmesini isteyecektir. Aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça hem sözleşmenin ifası hem de cezai şart bir arada talep edilemez¹⁴².

C. İFADAN VAZGEÇİLEREK OLUMLU ZARARIN TAZMİNİ TALEBİ

İfa yerine tazminat şeklinde de ifade edilir¹⁴³. Sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle alacaklının bu durumdan kaynaklanan zararına olumlu zarar denilmektedir¹⁴⁴. Daha geniş bir anlatımla; sözleşme gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı alacaklının muhtemel malvarlığı değeri ile sözleşmenin yerine getirilmemiş olması nedeniyle alacaklının halihazırdaki malvarlığı değeri arasındaki fark, alacaklının olumlu zararını oluşturur¹⁴⁵.

TBK. m. 125/2: “Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.”

Olumlu zarar, alacaklının sözleşmenin ifasından vazgeçerek ifa yerine tazminat talebinde bulunması halinde söz konusu olur¹⁴⁶. Alacaklının kar mahrumiyeti de olumlu zararın içerisindedir¹⁴⁷. İfa yerine tazminatta

¹⁴² KOSTAKOĞLU, (2017), s. 477; AKINCI, (2013), s. 275; Yargıtay 15. HD., 02.07.2018 T., 2018/979 E., 2018/2795 K. sayılı kararı: “...Sözleşmede kararlaştırılan bu ceza taraflar arasındaki sözleşmenin niteliği ve ilgili maddedeki cümlenin bütünü gözetildiğinde, sözleşmenin düzenlendiği tarihte yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı TBK'nın 158/1 maddesi uyarınca seçimlik ceza olup, anılan madde uyarınca davacı ya borcun ifasını ya da cezai şartı isteyebilir. Sözleşmenin bu niteliği seçimlik ceza olup davacı 13. maddedeki gecikme cezasını da istediğine göre seçimlik hakkını sözleşmenin ifa edilmesi yönünde kullanmış olup bu durumda 14/b'deki 100.000 ABD doları cezanın istenmesi mümkün değildir...”, (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

¹⁴³ ÖZ, (2013), s. 164.

¹⁴⁴ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1117; DUMAN, İlker Hasan, (2016), İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara, Mayıs, 2016, s. 605.

¹⁴⁵ SÜTÇÜ, (2016), s. 1075.

¹⁴⁶ REİSOĞLU, (2006), s. 335.

¹⁴⁷ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 480; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 184; YENER, (2014), s. 69.

sözleşme ilişkisi ortadan kaldırılmamakta, ancak sözleşmedeki ifadan vazgeçilerek bu ifanın yerine tazminat talep edilmektedir¹⁴⁸.

Gecikmeden kaynaklanan zararlar da olumlu zarara dahildir. Arsa sahibi yoksun kaldığı karı, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle üçüncü şahıslara ödediği cezai şartı, tazminatları yükleniciden tazmin edebilecektir¹⁴⁹.

Aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazminini isteyen arsa sahibi, bu talebini yükleniciye derhal bildirmelidir¹⁵⁰.

İfade etmek gerekir ki arsa sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olması gerekir¹⁵¹. Çünkü arsa sahibinin bu seçeneği tazminat niteliğindedir. TBK. m. 112 gereğince yüklenicinin kusurlu olduğu karine olarak kabul edilmiş olsa da yüklenicinin kusursuz olduğunu ispat etmesi durumunda arsa sahibi bu seçeneği seçmemiş olacaktır¹⁵². Bu durumda arsa sahibinin başvurabileceği tek yol, ileride açıklayacağımız üzere sözleşmeden dönme olur¹⁵³.

1. ARSA PAYI KARŞILIĞI KAT YAPIM SÖZLEŞMELERİNDE OLUMLU ZARAR HESAPLAMA YÖNTEMLERİ

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde iki türlü olumlu zarar hesaplama yöntemi vardır. Bunlardan bir tanesi değişim(mübadele) yöntemiyle olumlu zarar hesabı, diğeri ise fark kuramına göre olumlu zarar hesabıdır.

¹⁴⁸ REİSOĞLU, (2006), s. 335; KILIÇOĞLU, (2014), s. 704-705; AKINCI, (2013), s. 238; DİRİCAN, (2007), s. 59.

¹⁴⁹ KILIÇOĞLU, (2014), s. 705; ÖNGÖREN, (2016), s. 262; DİRİCAN, (2007), s. 59; Yargıtay 23 HD., 06.12.2018 T., 2017/2252 E., 2018/5681 K. sayılı kararı: "...Mahkemece, davacı arsa sahibinin talebinin aynen ifadan vazgeçerek ifa yerine olumlu zarar olduğu, müspet zararın talebi halinde arsa sahibine verilecek bağımsız bölümlerin yerine bağımsız bölümlerin temerrüt tarihi itibarıyla bitmiş haldeki değerlerinin ödenmesi gerektiği...davacı arsa sahibi geç teslimden kaynaklı aylık 500 Euro kira alacağını talep etmiş ise de ifa yerine olumlu zararın talep edilmesi halinde gecikme tazminatına hükmedilemeyeceği...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

¹⁵⁰ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1116; DUMAN, (2016), s. 605.

¹⁵¹ AKINCI, (2013), s. 238.

¹⁵² REİSOĞLU, (2006), s. 335.

¹⁵³ ÖZ, (2013), s. 164.

a. Fark kuramı yöntemiyle olumlu zarar hesabı:

Haksız fiil sorumluluğunda mal varlığının zarara uğradıktan sonraki durumu ile eğer ki mal varlığı zarara uğramamış olsaydı bulunacağı durum arasındaki fark bize zararı göstermektedir¹⁵⁴. Sözleşme gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı alacaklının muhtemel malvarlığı değeri ile sözleşmenin yerine getirilmemiş olması nedeniyle alacaklının halihazırdaki malvarlığı değeri arasındaki fark, alacaklının zararıdır¹⁵⁵.

Fark kuramına göre olumlu zarar hesabında tarafların edim borcu sona erer, bu edim borçlarının parasal değeri göz önünde bulundurulur¹⁵⁶.

Fark kuramında arsa sahibinin yükleniciye devredilmesi gereken arsa paylarını devretme yükümlülüğü ortadan kalkar¹⁵⁷. Ancak arsa sahibinin hesaplanan olumlu zararından, kendi edimi olan arsa payını devretme borcunun parasal karşılığı düşülür. Çünkü sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı bu arsa paylarının yükleniciye devredilmesi gerekirdi. Şu hâlde arsa payları kendi malvarlığı içerisinde kalan arsa sahibi, arsa payları yönünden bir zarara uğramamıştır. Dolayısıyla hesaplanan olumlu zarardan arsa paylarının değerinin düşülmesi gerekmektedir¹⁵⁸.

Aynen ifa bildiriminin karşı tarafa ulaştığı anda arsa sahibine kalacak olan bağımsız bölümlerin rayiç değerinden yükleniciye devredilmesi gereken bağımsız bölümlerin değerinin düşülmesi, arsa sahibinin fark kuramına göre olumlu zararını verir. Pek tabii arsa sahibinin zararına gecikmeden kaynaklanan zararı da dahildir¹⁵⁹.

Fark kuramını formüle etmek gerekirse:

Arsa sahibinin olumlu zararı=arsa sahibine kalacak dairelerin aynen ifadan vazgeçme tarihindeki rayiç değeri-yükleniciye devri gereken arsa paylarının değeri+gecikme nedeniyle arsa sahibinin uğradığı zarar+inşaatın kalan kısmını tamamlamak için gereken tutar¹⁶⁰.

¹⁵⁴ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 522; SÜTÇÜ, (2016), s. 1090.

¹⁵⁵ AKINCI, (2013), s. 238.

¹⁵⁶ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1118; DUMAN, (2016), s. 609.

¹⁵⁷ DİRİCAN, (2007), s. 60.

¹⁵⁸ YENER, (2014), s. 73.

¹⁵⁹ ERMAN, (2007), s. 93.

¹⁶⁰ DUMAN, (2016), s. 610.

Belirtmek gerekir ki yüklenici inşaata hiç başlamamış ise yüklenicinin ediminin değeri ile arsa sahibinin ediminin değeri arasındaki fark doğrudan olumlu zararı verir. Eğer inşaata başlanmış ise inşaatın imalat değeri, inşaat arsa sahibine kalacağı için hesap edilen olumlu zarardan düşülür. İnşaatın seviyesi ilerledikçe imalat bedeli de artacağından arsa sahibinin olumlu zararı sifıra yaklaşacak, yapılan bağımsız bölümlerin yükleniciye verilecek olan arsa paylarının değerini geçtiği hallerde arsa sahibinin olumlu zararı teoride eksiye düşecektir¹⁶¹.

Burada göz ardı edilmemesi gereken bir husus, yüklenicinin yapmış olduğu imalatın kendisine olan maliyetini tazminattan indirim nedeni sayamayacağıdır¹⁶². Arsa sahibine kalacak imalatın değeri objektif ölçülere göre hesaplanır arsa sahibinin olumlu zararından düşülecektir.

Fark teorisinin inşaatın çoğunluğunun tamamlanmadığı hallerde uygulanması dürüstlük kurallarına uygun olacaktır. Fark teorisi ile değişim(mübadele) teorisi arasındaki olumlu ve olumsuz yanlara değişim teorisi ile ilgili kısımda değinilecektir.

b. Değişim(mübadele) yöntemiyle olumlu zarar hesabı:

Değişim teorisine göre olumlu zarar hesabında arsa sahibinin edimi olan arsa paylarını devir borcu ile yüklenicinin borcu olan bina yapma ve bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etme borcu arasında değişim(mübadele) gerçekleşir¹⁶³.

Değişim teorisinde yüklenicinin binayı yapma ve bağımsız bölümleri teslim etme borcu tazmin borcuna dönüşmekte, arsa sahibinin edimi ise aynen devam etmekte yani kararlaştırılan arsa paylarını yükleniciye devretmektedir¹⁶⁴.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü üzerine ifa yerine tazminatın değişim teorisine göre hesaplaması şu şekilde yapılmalıdır:

Arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin yüklenicinin temerrüde düştüğü tarihteki rayiç değeri dikkate alınarak bu değer arsa sahibine verilmesi, bunun karşılığında arsa sahibinin de arsanın tümünü yükleniciye

¹⁶¹ SÜTÇÜ, (2016), s. 1091.

¹⁶² SÜTÇÜ, (2016), s. 1092.

¹⁶³ DUMAN, (2016), s. 609.

¹⁶⁴ YENER, (2014), s. 72.

devretmesi gerekir. Bu gibi hallerde arsa sahibi gecikmeden kaynaklı zararını isteyememelidir. Çünkü arsa sahibine kalacak bitmiş haldeki bağımsız bölümlerin rayiç değeri, temerrüt tarihi itibari ile belirli hale gelmiştir. Arsa sahibinin gecikmeden kaynaklı zararları temerrüt faizi ile karşılanabilecektir¹⁶⁵.

Bu haliyle değişim teorisi, fark teorisine çok yaklaşmaktadır. Aradaki fark, değişim teorisinde arsa paylarının tamamının yükleniciye devredilecek olmasıdır. Bu halde, yüklenicinin inşa etmekte olduğu binanın imalat bedeli, bina yüklenicide kalacağı için bu konuda herhangi bir hesaplama yapıp tazminattan indirim yapılmayacağı için bir sorun da oluşmaz¹⁶⁶.

2. OLUMLU ZARAR HESAPLAMA YÖNTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanaatimizce yüklenicinin inşaata hiç başlamadığı veya çok az seviyede inşaatı yaptığı hallerde fark teorisine göre arsa sahibinin olumlu zararı hesaplanmalıdır. Çünkü inşaatı hiç yapmayan veya arsa sahibi açısından kayda değer bir yarar sağlamayacak seviyede inşaatı yapan yüklenici, arsa paylarına sahip olamamalıdır. Bu halde arsa sahibine kalacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlerin teslim edilmesi gereken tarihteki rayiç değeri ile arsanın tamamının değeri arasındaki fark arsa sahibinin olumlu zararını verir. Eğer ki arsa üzerinde yapılmış bir yapı varsa, bu yapının imalat bedeli hesaplanan tazminattan düşülür. Çünkü arsa, arsa sahibinin mülkiyetinde kalmıştır. Aksi durum, arsa sahibinin sebepsiz olarak zenginleşmesine yol açar.

İnşaatın ileri denilecek bir seviyede yapıldığı hallerde ise değişim teorisine göre hesaplama yapılmalıdır. Çünkü; inşaatın büyük çoğunluğunu yapan yüklenicinin elinde olmayan nedenlerle inşaatı tamamlayamadığı hallerde, arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin temerrüt tarihindeki rayiç değerini arsa sahibine vererek arsanın mülkiyetini istemesi dürüstlük kurallarına aykırı sayılmamalıdır¹⁶⁷.

D. SÖZLEŞMEDEN DÖNÜLEREK OLUMSUZ ZARARIN TAZMİNİ TALEBİ

Genel olarak dönme hakkı; iki tarafa borç yüklenen sözleşmelerde sözleşmenin baştan itibaren hükümlerini ortadan kaldırmaya yönelik karşı

¹⁶⁵ SÜTÇÜ, (2016), s. 1086.

¹⁶⁶ SÜTÇÜ, (2016), s. 1099.

¹⁶⁷ YENER, (2014), s. 72.

tarafa varması gerekli, bir kere kullanılmakla geri dönüşü mümkün olmayan, şekle bağlı olmayan, yenilik doğurucu(inşai) bir irade beyanıdır¹⁶⁸.

Dönme beyanı, kural olarak sözleşmenin kurulma anından itibaren hükümden düşmesi sonucuna yol açar¹⁶⁹. Ancak inşaatın geldiği seviye dikkate alınarak dönme hakkının kullanıldığı andan itibaren ileriye etkili sonuç doğurması da mümkündür¹⁷⁰.

Kural olarak dönme beyanının açık ve anlaşılır olması gerekmektedir. Ancak somut olayın özelliklerine göre yükleniciye ulaştırılan beyan açık bir biçimde sözleşmeden dönme anlamında ise arsa sahibinin sözleşmeden döndüğünün kabulü gerekir¹⁷¹. Örneğin; arsa sahibinin daha önce yükleniciye devrettiği arsa payları için tapu iptali ve tescil davası açması, arsa paylarının devredilmediği hallerde arsa sahibinin yükleniciye işten el çekirmek için el atmanın önlenmesi davası açması gibi haller sözleşmeden örtülü olarak dönüldüğünü gösterir¹⁷².

Dönme hakkının kullanılabilmesi için kural olarak arsa sahibinin yükleniciye edimini yerine getirmesi için uygun bir süre tayin etmesi, bu sürenin sonunda sözleşmeden dönüleceğinin bildirilmesi gerekir. Kural olarak denilmesinin nedeni yüklenicinin inşaatı tamamlamayacağına hal ve şartlardan anlaşıldığı hallerde arsa sahibinin süre tayin etme zorunluluğunun olmadığı istisnai hallerdir¹⁷³.

Türk Borçlar Kanununun Seçimlik Haklar başlıklı 125' nci maddesi:

“(2) Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.

(3) Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri

¹⁶⁸ SEROZAN, Rona, (2007), Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul, Ağustos, 2007, s. 45; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1120; AKINCI, (2013), s. 239; SÜTÇÜ, (2016), s. 1101.

¹⁶⁹ OĞUZMAN / ÖZ, (2005), s. 411.

¹⁷⁰ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 495; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1128; AKINCI, (2013), s. 240; DUMAN, (2016), s. 601.

¹⁷¹ OĞUZMAN / ÖZ, (2005), s. 407; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1120.

¹⁷² DUMAN, (2016), s. 630.

¹⁷³ YENER, (2014), s. 74.

isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.”

Sözleşmeden dönülebilmesi için yüklenici temerrüde düşmüş olmalı, yüklenici edimini büyük ölçüde yerine getirmemiş olmalı ve arsa sahibinin sözleşmeden dönmeye yönelik irade beyanının karşı tarafa ulaştırılmış olması gerekmektedir¹⁷⁴.

Dönme beyanı, bu beyanın yükleniciye ulaşmasından itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Bu bağlamda edimini ifa etmeyen taraf ifadan kaçınabilir, geri verme borcu kapsamında edimi ifa eden tarafın alacağı muaccel hale gelir¹⁷⁵. Tarafların geri verme borcu da dönmenin hüküm ve sonuç doğurduğu tarihe göre belirlenir.

Her ne kadar dönme beyanı tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılabilir olsa da Yargıtay; dönmenin haklılığı konusunda taraflar arasında uyumsuzluk olduğu hallerde yani, yüklenicinin dönmeyi kabul etmediği hallerde dönme hakkının mahkeme kararıyla kullanılabileceğini kabul etmektedir¹⁷⁶.

Sözleşmeden dönülebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması aranmaz¹⁷⁷. Ancak sözleşmeden dönülerek dönmeden kaynaklı olumsuz zararların istenebilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olması

¹⁷⁴ ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 184; SÜTÇÜ, (2016), s. 1102.

¹⁷⁵ AKINCI, (2013), s. 239; SÜTÇÜ, (2016), s. 1108.

¹⁷⁶ ERMAN, (2007), s. 95; KIRMIZI, (2014), s. 691; Yargıtay 23. HD. 03.07.2018 T., 2015/9748 E., 2018/3897 K. sayılı kararı: “...arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri eser ve satış vaadi sözleşmelerinden oluşan karma nitelikli akitlerden olup, satış vaadini (arsa payının devrini) de içerdiğinden, tek taraflı irade beyanı ile feshi mümkün değildir. Dairemizin kararlılık gösteren içtihatlarında bu tip sözleşmelerin tarafların iradelerinin birleşmesi halinde ya da haklı sebeplerin bulunması durumunda mahkemenin vereceği fesih kararı ile sona ereceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf, dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hâkimin kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda feshi(dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir...”, (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019)).

¹⁷⁷ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1123; KILIÇOĞLU, (2014), s. 709; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 222.

gerekir¹⁷⁸. Temerrüde düşmede kusurlu olmadığını ispat yükü yükleniciye aittir¹⁷⁹.

Sözleşmeden dönen arsa sahibi, sözleşmeden dönülmesi nedeniyle yükleniciden olumsuz zararlarının tazminini talep edebilir. Cezai şart ve gecikme tazminatı gibi sözleşmenin geç ifası nedeniyle uğranılan zararlar, aksi kararlaştırılmış olmadıkça dönme halinde istenemez. Çünkü cezai şart ve gecikme tazminatı sözleşmenin hükmünü yitirmediği hallerde talep edilebilir. Sözleşmeden dönülmesi halinde, sözleşme kurulma anından itibaren hükmünü yitirmiş olmaktadır¹⁸⁰.

Olumsuz(menfi) zarar sözleşmeye duyulan güven nedeniyle sözleşmenin kurulması, yürütülmesi için yapılmış olan masrafların sözleşmeden dönülmesi nedeniyle boşa çıkmasıdır. Bu zarar, arsa sahibi sözleşmeyi hiç yapmamış olsaydı uğramayacağı zarardır¹⁸¹. Olumsuz zararın hesabında gecikmiş ifa nedeniyle uğranılan zararlar, aksi kararlaştırılmamışsa dikkate alınmaz¹⁸². Bu halde edimin ifa edilmemesinden kaynaklanan zararlar bir kenara bırakıldığında olumsuz zarar kapsamına; sözleşmeye güvenme

¹⁷⁸ KILIÇOĞLU, (2014), s. 709; DİRİCAN, (2007), s. 62.

¹⁷⁹ AKINCI, (2013), s. 239; ÖZ, (2013), s. 170.

¹⁸⁰ YENER, (2014), s. 75.

¹⁸¹ SÜTÇÜ, (2016), s. 1213; DİRİCAN, (2007), s. 61; Yargıtay 23. HD. 03.07.2015 T., 2015/4713 E., 2015/5234 K. sayılı kararı: "...Olumsuz zarar; sözleşmenin, karşı tarafça yerine getirileceğine olan güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan eylemli zarardır. Başka bir anlatımla, sözleşme yapılmıyaydı, uğranılmayacak olan zarardır. Dolayısıyla, karşı tarafın malvarlığına girsin veya girmesin, sözleşme nedeniyle alacaklının cebinden (malvarlığından) çıkan ve yasal olarak harcanan paradır. Doktrinde hâkim olan görüşe ve Yargıtay uygulamasına göre, burada oluşan zarar menfi (olumsuz) zarardır. Menfi zarar genel bir anlatımla hukuken geçerli olmayan bir borç ilişkisinin geçerli olduğuna inanmaktan (güvenmekten) doğan zarardır. Kısaca bu zarar, alacaklının sözleşme yaptığı için uğradığı, sözleşme yapmamış olsa idi uğramayacağı zarar olup, sözleşmeye güvenilerek yapılan harcamaların (giderlerin) tamamı, başka bir anlatımla karşı tarafın malvarlığına girmese bile o sözleşme nedeniyle cepten çıkan paradır. Olumlu zarar ise, sözleşme nedeniyle cebe girmesi gereken paranın, girmemesi nedeniyle meydana gelen zarardır..." (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

¹⁸² ERMAN, (2007), s. 76.

nedeniyle yapılan masraflar, bu sözleşmeyi yapmış olma nedeniyle başka bir sözleşmeyi yapmaktan vazgeçme nedeniyle kaçırılan fırsatlar girer¹⁸³.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.01.1990 T. ve 392/1 sayılı kararında menfi zarar kalemleri şu şekilde ifade edilmiştir:

“Uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar, borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi sonucu sözleşmenin hüküm ifade etmemesi nedeniyle ortaya çıkar. Bu konu TBK’nın 125/3 maddesindeki düzenlemeden kaynaklanmıştır: Burada alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararların tazmini söz konusudur. Çünkü sözleşme feshedilerek hükümsüz olduktan sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan söz edilemez.; istenilecek olan menfi zarardır.

Menfi zarar kapsamına şunların gireceği kabul edilmektedir:

- a. *Sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler: Harçlar, posta giderleri, noter ücreti gibi.*
- b. *Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılıklı edanın kabulü için yapılan masraflar.*
- c. *Sözleşmenin yerine getirilmesi nedeniyle uğranılan zarar: Gönderilen ürünün yolda bozulması gibi.*
- d. *Sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar: hükümsüz sayılan sözleşme zamanında 100 liraya yaptırılacak bir işin dönmeden sonra 150 liraya yaptırılacak olması.*
- e. *Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zarar*
- f. *Dava masrafları*

Davacı idare, davalının sözleşmeyle yüklediği fiyatla bunun yerine getirilmemesi nedeniyle aynı malı almak için üçüncü kişiye ödediği fiyat arasındaki farkı yani müspet zararını istemiştir. Ancak sözleşme davacı tarafından feshedildiğine göre hükümsüz olan sözleşmeye tekrar dönerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararını isteyemez. İstenebilecek zarar, sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine dayanarak kaçırılmış elverişli

¹⁸³ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1124; REİSOĞLU, (2006), s. 338; AKINCI, (2013), s. 239; YENER, (2014), s. 76.

fırsatlara göre değerlendirilecektir. Başka bir anlatımla, davacı sözleşmeye konu olan nesneyi davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkı yani menfi zararını ister. Çünkü davacı, davalıya güvenerek o tarihte başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmıştır; başkasıyla sözleşme yapsaydı sözleşme feshedilmeyecek ve belki zararı da gerçekleşmeyecekti.

Burada üzerinde tartışılması gereken bir yön de menfi, zararın belirlenmesinde ve özellikle kaçırılan fırsatın değerlendirilmesinde ilk ihaleye davalıdan başka katılanların olup olmamasının etkisidir. Sözleşmeye konu olan mal ülkemizde bol miktarda üretilen ve her zaman ve her yerden temin edilebilecek bir maldır. İhaleye davalıdan başka bir kimse katılmamışsa davacının bunu piyasadan bunu o günkü koşullara göre temin etme olanağı olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle ihaleye başka birinin katılmamış olması halinde kaçırılan fırsatın olmadığı ve bu nedenle mendi zararın oluşmayacağı görüşü kabul edilememiştir¹⁸⁴.

Olumsuz zararın kapsamına öncelikle sözleşme yapılması için yapılan masraflar girer. Noter ücret ve harçları, plan proje masrafları, bina yapılacak arsada mevcut olan evin yıkılması için yapılan masraflar, evin bedeli, alacaklının açmak zorunda kaldığı tespit davası nedeniyle ödediği vekalet ücreti gibi kalemler bu kapsamdadır¹⁸⁵.

Arsa sahibinin sözleşme nedeniyle kaybettiği malvarlığı değerleri de olumsuz zarar kapsamındadır. Örneğin, yükleniciye devredilen arsa paylarının yüklenici tarafından da iyiniyetli üçüncü kişilere devredilmesi nedeniyle kaybettiği arsa payı değeri bu kapsamdadır¹⁸⁶.

Sözleşmeden dönülmesi ile tarafların birbirlerinden aldıklarını iadesi gündeme gelir¹⁸⁷. Dönme, kural olarak geriye etkili (ex tunc) sonuç doğurur¹⁸⁸. Yani sözleşme; hüküm ve sonuç doğurmaya başladığı tarihten

¹⁸⁴ DUMAN, (2016), s. 667.

¹⁸⁵ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1125; ÖZ, (2013), s. 177.

¹⁸⁶ ÖZ, (2013), s. 177.

¹⁸⁷ KILIÇOĞLU, (2014), s. 707-708.

¹⁸⁸ OĞUZMAN / ÖZ, (2005), s. 415; KILIÇOĞLU, (2014), s. 709; ÖZ, (2013), s. 171.

itibaren hükmünü yitirir, taraflar edim yükümlülüklerinden kurtulur ve ifa edilmiş olan edimlerin iadesi karşı taraftan istenebilir¹⁸⁹.

Sözleşmenin geriye etkili olarak feshi(dönme) üzerine arsa sahibi, yüklenicinin yerine getirdiği edimleri iade ile yükümlü hale gelir. Arsa sahibinin iade yükümlülüğü dayanağını TBK. m. 125/3'den almaktadır. Yargıtaya göre; arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde, sözleşmeden yüklenicinin temerrüdü nedeniyle dönülmesi halinde yüklenicinin dönme tarihine kadar yapmış olduğu işin bedeli sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre arsa sahibinden istenebilir¹⁹⁰. Sözleşmeden dönmenin inşaata hiç başlanmadan önce gerçekleşmesi halinde, inşaat için o zamana kadar yapılan hazırlık masraflarının arsa sahibinin işine yaradığı nispette arsa sahibinden talep edilebileceği söylenebilir¹⁹¹.

İade mümkün oldukça ayın(şey) olarak gerçekleşir¹⁹². Eğer iade, ayın olarak mümkün olmazsa bu ayınların parasal karşılığı iadeye tabi olur. Bu suretle yüklenici; arsaya yapmış olduğu imalatı hasarsız olarak söküp alabileceksa, bunların karşılığını para olarak talep edemez. Tarafların aksini kararlaştırmaları mümkündür. Yüklenici burada, yapmış olduğu işin objektif ölçülere göre maliyetini talep edebilir. Yüklenici; binayı tamamlamış olsaydı elde edeceği kâr payını imalata oranla isteyemeyeceği gibi, sanki arsa sahibi ile arasında götürü bedel ile bir eser sözleşmesi varmış gibi yapılan imalata da kâr payı koyamaz¹⁹³.

Yüklenicinin yaptığı imalat bedeli, dönmenin hukuksal sonuç doğurmaya başladığı an olan dönmenin muhatabına ulaştığı tarih itibarıyla belirlenir. Çünkü iade borcu, dönmenin sonuç doğurmaya başladığı an muaccel hale gelmiştir¹⁹⁴.

¹⁸⁹ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1121; AKINCI, (2013), s. 239; KOSTAKOĞLU, (2017), s. 803.

¹⁹⁰ SÜTÇÜ, (2016), s. 1154; DİRİCAN, (2007), s. 61.

¹⁹¹ Yargıtay 23. HD. 16.09.2018 T., 2018/1692 E., 2018/5534 K. sayılı kararı: "...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi feshedildiğinde, yüklenici arsaya yaptığı imalatın bedelini eserin imara, sözleşme ve projesine uygun olması ve davalıların yararına olması halinde fesih tarihindeki mahalli rayiçlere göre isteyebilir...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

¹⁹² EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1123.

¹⁹³ ÖZ, (2013), s. 173.

¹⁹⁴ SÜTÇÜ, (2016), s. 1108.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde, dönme üzerine yüklenicinin iade borcunun kapsamını arsa payları oluşturur. Dönme beyanında bulunulmasından önce arsa sahibi kendi edimini yerine getirmişse, yani arsa paylarını yükleniciye devretmişse devredilen bu arsa paylarının arsa sahibine iadesi gerekir. Arsa paylarının iadesi talebi aynı etkili dönme görüşüne göre aynı hakka dayalı bir taleptir. Sözleşmeden dönülmesi ile yükleniciye yapılmış olan tescil yolsuz hale gelmektedir. Bu nedenle TMK. m. 1024/2 gereğince, herhangi bir zamanaşımı süresine bağlı kalınmaksızın yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açılabilir¹⁹⁵.

Yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin durumu ise biraz daha karmaşıktır. Arsa paylarının yükleniciye devredildiği, yüklenicinin de arsa paylarına isabet eden bağımsız bölüm tapularını üçüncü kişilere sattığı durumlarda; yüklenicinin temerrüdü üzerine arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ne gibi sonuçlar doğuracaktır?

Sözleşmeden dönülmesi üzerine yüklenicinin uhdesindeki arsa paylarını iade etmesi gerektiğini, bunun bir aynı yükümlülük olduğunu daha önce ifade etmiştik. Fakat tapuların üçüncü kişilere devredilmesi halinde üçüncü kişilerin TMK. m. 1023'te ifade edildiği gibi tapu siciline güven ilkesine göre mülkiyet hakkını kazanmaları gerekir¹⁹⁶. Arsa sahibinin bu durumda üçüncü kişilere karşı iade talebi olamaz. Üçüncü kişilerin iyiniyetli olmaları gerektiği unutulmamalıdır. Yani üçüncü kişiler; arsa sahibinin iade talebini sonuçsuz bırakmak maksatlı kendilerine bağımsız bölüm devredildiğini biliyor yahut arsa sahibinin sözleşmeden döndüğünü biliyorlar veya bilmeleri gerekiyor ise TMK. m. 1023'teki korumadan yararlanamazlar¹⁹⁷.

Üçüncü kişilerin, almış oldukları bağımsız bölümleri yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi karşılığında elde ettiğini bilmeleri de onların iyiniyetini etkilemez. Onlara, arsa sahibinin ilerleyen zamanlarda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönme ihtimali olduğunu öngörmeleri gerektiği gibi bir yükümlülük yüklenemez¹⁹⁸.

¹⁹⁵ DUMAN, (2016), s. 649.

¹⁹⁶ SÜTÇÜ, (2016), s. 1145.

¹⁹⁷ ATAMULU, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara, 2014, s. 189.

¹⁹⁸ COŞKUN, Mahmut, İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, Ankara, 2017, s.852.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin tapuya şerh verildiği hallerde üçüncü kişilerin iyiniyeti korunmamalı, arsa sahibi sözleşmeden dönmesi halinde yükleniciden tapu devralan üçüncü kişilere karşı da iade talebi ile başvurulabilmelidir¹⁹⁹. Zira bu durumda üçüncü kişiler; devraldıkları tapuların arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi ile şerhli olduğunu, yüklenicinin temerrüt durumuna düşmesi halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönerek devretmiş olduğu tapuları geri alabileceğini ihtimal dahilinde görebilecek durumdadır.

Ancak Yargıtaya göre yüklenicinin üçüncü kişilere yaptığı devirler, alacağın temlik hükmündedir²⁰⁰. Bu durumda yüklenici, arsa sahibinin arsasına yapacağı binaya karşılık bu binadan belirli sayıda bağımsız bölüm elde edecektir. Yüklenicinin elde edeceği bağımsız bölümleri önceden üçüncü kişilere devri, arsa sahibinden olan bağımsız bölüm alacağının devridir. Yargıtay; üçüncü kişileri yüklenicinin halefi olarak kabul etmekte, üçüncü kişilerin arsa sahibinden şahsi ya da aynı bir talepte bulunabilmesi için selefleri olan yüklenicinin arsa sahibine olan yükümlülüklerini yerine getirme şartını aramaktadır²⁰¹.

Yani yüklenici arsa sahibine karşı olan edim yükümlülüğünü yerine getirmedikçe, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişiler arsa sahibinden tescil talebinde bulunamazlar²⁰².

Yargıtay bu görüşünü TBK. m. 188/1'deki "Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir." hükme dayandırmaktadır²⁰³.

¹⁹⁹ DUMAN, (2016), s. 649.

²⁰⁰ ERMAN, (2007), s. 174.

²⁰¹ REMZİ / AYDIN, (2014), s. 321; SÜTÇÜ, (2016), s. 1146.

²⁰² REMZİ / AYDIN, (2014), s. 321; TOKAT, (2016), s. 207.

²⁰³ Yargıtay 14. HD. 07.02.2019 T., 2016/11058 E., 2019/1041 K. sayılı kararı: "...Davacının arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü yükleniciden temlik alması halinde arsa sahibini ifaya zorlayabilmesi için bazı koşulların varlığı gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 188. maddesi gereğince; "Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir." Buna göre temlik öğrenen arsa sahibi, temlik olmasaydı önceki alacaklıya (yükleniciye) karşı ne tür defiler ileri sürebilecekse, aynı defileri yeni alacaklıya (temlik alan davacıya) karşı da ileri sürebilir. Temlikin konusu, yüklenicinin arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca hak kazandığı gerçek alacak ne

Sonuç olarak Yargıtaya göre, yükleniciden bağımsız bölüm alan kişiler yüklenici arsa sahibine karşı olan edimini ifa etmediği sürece aynı hakka sahip olamazlar.

Dönmenin kural olarak geriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğurduğu, sözleşmenin baştan itibaren hükümsüz sayılacağı daha önce ifade edilmişti. Ancak inşaatın ileri seviyelere geldiği hallerde sözleşmeden dönmeyi geriye etkili olarak kabul etmek, hakkaniyetli olmayan sonuçlara yol açabilir²⁰⁴.

İlk olarak imalat bedelini iade etmek zorunda kalacak arsa sahibi, bu bedeli temin etmekte zorlanabilecektir. Her ne kadar arsa sahibinin alacağı olumsuz zarar tazminatından bu bedelin mahsup edileceği ileri sürülse bile, inşaatın geldiği ileri seviye dikkate alındığında arsa sahibinin bedel anlamında borçlu çıkacağı sonucuna varılabilir. Ayrıca yüklenicinin temerrüde düşmede herhangi bir kusuru olmaması durumunda, arsa sahibinin olumsuz zarar talebinde bulunamayacağı da unutulmamalıdır.

İkinci olarak, inşaatı ileri seviyeye getiren yükleniciye sadece imalat bedelini vermek hakkaniyete uygun düşmez. Çünkü yüklenicinin sözleşme ile güttüğü amaç kar elde etmektir.

İşte bu gibi durumlarda geriye etkili dönmeyi kabul etmek yerine ileriye etkili dönme şeklinde (fesih) görüşünü kabul etmenin hak ve nesafet kurallarına daha uygun düşeceği fikri ortaya atılmıştır.

Dönme hakkının ileriye etkili olarak kullanılması gerektiğini ileri süren yazarlar, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerini ani-sürekli karması bir sözleşme olarak kabul etmektedirler²⁰⁵. Bilineceği üzere dönme kavramı ani edimli sözleşmelerde söz konusu olmaktadır. Sürekli edimli sözleşmelerde

ise o olacağından, temlik eden yüklenicinin arsa sahibinden kazanmadığı hakkı üçüncü kişiye temlik etmesinin arsa sahibi bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Diğer taraftan, yüklenici arsa sahibine karşı edimini tamamen veya kısmen yerine getirilmeden kazanacağı şahsi hakkı üçüncü kişiye (davacıya) temlik etmişse, üçüncü kişi (davacı) Türk Borçlar Kanunu'nun 97. maddesi hükmünden yararlanma hakkı bulunan arsa sahibini ifaya zorlayamaz...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

²⁰⁴ REMZİ / AYDIN, (2014), s. 320; ERMAN, (2007), s. 97.

²⁰⁵ YÜCEL, Özge, (2013), "Yargıtay Kararı Işığında Geçersiz veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 62, Sayı 2, Yıl 2013, s. 546; TOKAT, (2016), s. 218.

ise fesih kavramından söz edilir²⁰⁶. Dönmenin ileri etkili sonuç doğuracak şekilde hüküm doğurması gerektiği kabul edildiğine göre dönme terimi yerine fesih terimini kullanmak daha yerindedir²⁰⁷.

Dönmenin ileriye etkili sonuç doğurması gerektiğini ileri süren yazarlar inşaatın geldiği seviyeyi(%90-95) dikkate alarak yüklenicinin dönmenin zararlarından korunması gerektiğini ifade etmektedirler²⁰⁸.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi niteliği gereği arsa sahibinin arsası üzerinde ifa edilir. Bu nedenle ileri seviyede yapılan yapıyı söküp alma imkânı olmadığına göre dönme, ileriye etkili sonuç doğurmalıdır.

İnşaatın geldiği seviyenin ileri derecede olduğu hallerde fesih halinde TBK. m. 475'e göre kıyas yapılması gerektiği ileri sürülmektedir.

TBK. m. 475/1: "Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine ayını ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme."

Maddeden hareketle inşaatın geldiği seviye, arsa sahibinin inşaatı kullanabileceği veya ifayı kabule zorlanabileceği durumdaysa arsa sahibinin bedelde indirim hakkını kullandığı varsayılarak yüklenicinin inşaatın geldiği seviye ile orantılı arsa paylarına ve bu paylara isabet eden bağımsız bölümlere sahip olması gerekmektedir²⁰⁹. Bu durumda yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin, yüklenicinin bağımsız bölümlere hak kazandığı oranda onların mülkiyet haklarına dokunulmaz²¹⁰. Yüklenici

²⁰⁶ SEROZAN, (2007), s. 115.

²⁰⁷ SEROZAN, (2007), s. 115; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 221.

²⁰⁸ REMZİ / AYDIN, (2014), s. 320; YENER, (2014), s. 98.

²⁰⁹ YENER, (2014), s. 99; Yargıtay 15. HD., 20.02.2019 T., 2018/5526 E., 2019/704 K. sayılı kararı: "...İleriye etkili fesih kararı verilmesi halinde tasfiyenin, fesih tarihinde eksik ve kusurlar da dikkate alınıp düşülmek suretiyle kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi ile üstlendiği işlerin tamamına göre yüklenicinin gerçekleştirdiği imalâtın fiziki oranı tespit ve bu oranın sözleşmede kararlaştırılan paylaşım durumuna göre yükleniciye kalan arsa payı ya da bağımsız bölüm sayısına uygulanarak yüklenicinin hak ettiği arsa payına da bağımsız bölümlerin yükleniciye bırakılarak yüklenicinin hak etmediği arsa payları ve bağımsız bölümün arsa sahibinde kalacak şekilde yapılması gerekir..." (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019)).

²¹⁰ AVCI, Ali, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları, Ankara, 2015, s.176, s.188; COŞKUN, Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara, 2010, s.160.

temerrüde düşmede kusurlu bile olsa bu hüküm kıyasen uygulanmalı, yüklenici arsa paylarına ve bağımsız bölümlere ifasıyla orantılı hak kazanmalıdır. Yüklenicinin kusuru pek tabii olumsuz zarar kalemlerinde dikkate alınabilecektir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 25.01.1984 T., 19983/3 E., 1984/1 K sayılı kararının ilgili kısmı: *“Şayet olayın niteliği(yüklenicinin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği(uyuşmazlığın yalnızca TBK 106-108’ nci maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin nu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin yüklenicinin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez. Ancak olayın niteliği ve özelliğinin(uyuşmazlığa TBK 106-108’ nci maddelerinin uygulanması sonucu ortaya çıkacak adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanun’un 2’ nci maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin(sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da temerrüde düşen yüklenici; kısmi ifanın bedelini arsa sahibinden ve arsa sahibi de yüklenicinin kusuruna bağlı tüm zararları talep edebilecekler ve bu suretle tarafların zararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır”²¹¹.*

Sonuç olarak yapılan inşaatın bütününe oranla az bir kısım teşkil ettiği hallerde, dönmeyi geriye etkili olarak uygulamak amaca uygun düşer²¹². Çünkü bu halde yapılan kısmi ifanın arsa sahibi açısından kayda değer bir yanı yoktur. O yapının kalan kısmını tamamlattırmak için yeni bir yüklenici ile sözleşme imzalayacak, yeni zahmetler altına girecektir. Buna rağmen feshi ileri etkili kabul edip, yüklenicinin yapılan kısım ile orantılı arsa payı ve bağımsız bölüme sahip olması arsa sahibi için aşırı bir külfet getirir. Edimin ifasına kavuşamayan arsa sahibini böyle bir davranışa zorlamak, adalete uygun olmayacaktır.

Ancak yapılan inşaat bütününe oranla büyük bir kısım teşkil ediyorsa feshi ileriye etkili kabul etmek, yüklenicinin edimini tamamen feda etmemek anlamına gelecektir ki bu; sözleşme ile güdülen amacı gerçekleştirecektir. Yüklenici kararlaştırılan bağımsız bölümlere sahip olmak için birçok masraf yapmış, başka kişilerle sözleşme imzalamış, birçok külfet altına girmiş, ancak her nasılsa edimin ifasına çok az kala bunu gerçekleştirememiştir. Bu

²¹¹ KOSTAKOĞLU, (2017), s. 804.

²¹² TOKAT, (2016), s. 220.

durumda sözleşmeden dönmeyi kabul etmek yüklenicinin hiç bağımsız bölüm elde edememesine, sadece yapmış olduğu imalat bedelini elde etmesine yol açacaktır ki bu; arsa sahibinin sözleşme ile güttüğü amaçtan aşırı şekilde fazla yarar elde etmesine yol açacaktır. Çünkü yüklenicinin sözleşme ile güttüğü amaç kar elde etmektir. Dönmeyi kabul ettiğimizde yüklenicinin kâr marjını arsa sahibine vermiş oluruz. Bu nedenle inşaatın geldiği seviye dikkate alınarak arsa sahibinin ifayı kabule zorlanması makul, hakkaniyete uygun denilebiliyorsa arsa sahibi sözleşmeden dönemelidir²¹³. Bu durumda sözleşmenin feshi yoluna gidilmeli fesih tarihi itibarıyla tarafların edimleri arasında bir denge kurulmalı, taraflar sözleşmeden beklediği yararları kısmen dahi olsa elde etmelidir.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesine uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır. Bu sözleşme ile yüklenici arsa sahibinin arsasına bina yapmayı taahhüt etmekte, arsa sahibi de yapılacak binada sözleşme ile kararlaştırılan bağımsız bölümleri yükleniciye devretmeyi taahhüt etmektedir.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi esasen taşınmaz satım sözleşmesi ve eser(istisna) sözleşmesinin hükümlerini içerdiğinden öğretide çift(iki) tipli karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Çift tipli karma sözleşme tabiri ile ifade edilmek istenen iki ayrı tipte sözleşme değil, iki ayrı tipte edimdir. Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde taşınmaz satım veya satım vaadi sözleşmesi ile eser sözleşmesini özellikleri bir araya gelmekte, her iki sözleşme de bağımsızlıklarını koruyamamakta, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin kendine özgü hukuki durumu ortaya çıkmaktadır.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda herhangi bir düzenleme yer almaması nedeniyle, eser sözleşmesine taşınmaz satış vaadine ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesine de uygulanacaktır. Eser sözleşmesi hiçbir şekilde tabi olmamakla birlikte, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin Noterlik Kanunu 60' nci maddesine göre düzenleme şeklinde yapılması gerekir. Bu itibarla niteliği gereği taşınmaz devrini konu olan arsa

²¹³ TOKAT, (2016), s. 219.

payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin, en azından noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir. Şekil şartına uyulmaması, kural olarak sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurur. Ancak sözleşmede hüküm altına alınan edimlerin kısmen veya tamamen ifasından sonra şekil eksikliğine ileri sürerek sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia etmek, iyiniyet esaslarına ve dürüstlük kurallarına aykırı kabul edilerek hukuki himaye görmez.

Sözleşmede yüklenicinin borçları; kararlaştırılan arsaya bağımsız bölüm yapma ve teslim etme, ayıba karşı tekeffül, inşaat ruhsatını ve oturma iznini alma ve inşaattan doğan vergi borçlarını ödeme olarak sıralanabilir. Yüklenicinin bu borçlarından birini yerine getirmemesi durumunda yüklenici temerrüde düşecek, arsa sahibi de TBK. m. 125'te sayılan seçimlik haklarını kullanabilecektir.

Anılan sözleşmede yüklenicinin temerrüdü genel olarak binayı yapma ve teslim etme noktasında meydana gelmektedir. Uygulamada sıklıkla, yüklenici kararlaştırılan tarihte ve şekilde binayı teslim edememekte, kimi zaman inşaaata bile başlamamış olmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nda yüklenicinin işe zamanında başlamama ve işin vadede bitirilemeyeceğinin anlaşılması hallerinde m. 473 hükmü olmakla birlikte, yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi hallerinde özel bir hüküm yoktur. O halde yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düştüğü durumlarda Türk Borçlar Kanununun genel hükümlerindeki borçlu temerrüdüne ilişkin kuralları, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde de uygulanacaktır.

Yüklenicinin temerrüdünden bahsedilebilmesi için; yüklenicinin borcunun muaccel olması, borcun ifasının mümkün olması, edimin ifasına yönelik kural olarak ihtarda bulunulmuş olması son olarak arsa sahibinin kendisinin temerrüt durumunda olmaması gerekmektedir.

Yüklenicinin temerrüde düşmesi sonucunda arsa sahibinin, kural olarak borcun aynen ifasını dilediği kabul edilir. Arsa sahibinin aksi yönde bir talebinin olması halinde bunu, yükleniciye derhal bildirmesi gerekmektedir. Aynen ifanın bir başka görünümü de nama ifadır. Nama ifada arsa sahibi, yüklenicinin yerine geçerek yüklenicinin yapması gereken kalan edimini kendisi yapmaktadır. Pek tabii arsa sahibi, kalan kısmın yapılması için bir başka yüklenici ile de sözleşme yapabilir. Arsa sahibi, nama ifa sonucu yapılan masrafı ise temerrüde düşen yükleniciden talep edebilir. Yüklenici, temerrüde düşmede kusurunun bulunması halinde talep halinde arsa sahibinin gecikmeden doğan zararlarını gidermek zorundadır. Gecikmeden

doğan zararların en başında arsa sahibinin kira kaybı gelmektedir. Ayrıca arsa sahibi, sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde yükleniciden cezai şart da talep edebilir. Yine cezai şart alacağının doğması için aksi kararlaştırılmış olmadıkça, yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olması gerekir.

Arsa sahibinin ikinci başvurulabileceği yol, ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep etmektir. Olumlu zarar; sözleşme gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı alacaklının muhtemel malvarlığı değeri ile sözleşmenin yerine getirilmemiş olması nedeniyle alacaklının halihazırdaki malvarlığı değeri arasındaki farktır. Arsa sahibi, bu yolu seçmesi halinde artık ifayı talep edemez. Arsa sahibi sadece borç ifa edilmiş olsaydı elde edeceği malvarlığı değerinin bedelini yükleniciden talep edebilir. Arsa sahibinin olumlu zararı ise fark kuramı ve değişim(mübadele) olmak ise iki farklı yöntemle hesaplanmaktadır. Fark kuramında arsa sahibinin edimleri ile yüklenicinin edimleri değer olarak belirlenmekte, bu edimlerin arasındaki fark ise arsa sahibinin olumlu zararını vermektedir. Değişim teorisinde ise edimlerin karşılıklı değişimi yapılmaktadır. Bu teoriye göre arsa sahibi arsanın tamamını yükleniciye devredecek, yüklenici de arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin rayiç değerini arsa sahibine ödeyecektir. Dikkat etmek gerekirse, fark kuramında arsa payları arsa sahibinde kalırken; değişim teorisinde arsa sahibi, arsa paylarını yükleniciye devretmektedir.

Arsa sahibinin başvurabileceği bir diğer yol ise sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini talep etmektir. Dönme hakkının kullanılabilmesi için kural olarak arsa sahibinin yükleniciye edimini yerine getirmesi için uygun bir süre tayin etmesi, bu sürenin sonunda sözleşmeden dönüleceğinin bildirilmesi gerekir. Kural olarak denilmesinin nedeni, yüklenicinin inşaatı tamamlamayacağına hal ve şartlardan anlaşıldığı hallerde arsa sahibinin süre tayin etme zorunluluğunun olmadığı istisnai hallerdir. Arsa sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için inşaatın ileri seviyede(%90-95) inşa edilmemiş olması gerekmektedir. Bu gibi hallerde arsa sahibi sözleşmeden dönemeyecek, sadece sözleşmeyi ileriye etkili olacak şekilde feshedebilecektir. Çünkü borcu ifa etmeye yönelik uzun zamandır emek ve mesaisini harcayan bu yolda masraf yapan yükleniciyi arsa paylarından ve elde edeceği bağımsız bölümlerden mahrum etmek, hak ve nesafet kuralları ile bağdaşmaz.

Sözleşmeden dönen arsa sahibi, sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle uğramış olduğu olumsuz zararların tümünü yükleniciden talep edebilir. Arsa sahibinin olumsuz zararlarının kapsamına; sözleşme yapmak

için yaptığı masraflar, kendi edimini ifa etmek için katlanmak zorunda olduğu giderler, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı tazminatlar, cezai şartlar girer. Ancak arsa sahibi, sözleşmeden dönme ve ileriye etkili şekilde fesih hakkını kullanması halinde sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı olumlu zararların tazminini talep edemez. Çünkü olumlu zararın tazmini sadece aynen ifa talebinin devam ettiği hallerde mümkün olup, bu talep aynen ifaya bağlıdır. O halde sözleşmeden dönüldüğüne, göre arsa sahibinin aynen ifa talebi de olamayacağından olumlu zararının tazmini talep etmesi mümkün değildir.

KAYNAKLAR

- ARAL**, Fahrettin / **AYRANCI**, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara, Ekim, 2014.
- AKKURT**, Sinan Sami, Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı 2, Yıl 2010.
- AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya, Ekim, 2013.
- ATAMULU**, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara, 2014.
- AVCI**, Ali, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları, Ankara, 2015.
- CANSEL**, Erol / **ÖZEL**, Çağlar, “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Sayı 8, Yıl 2013.
- COŞKUN**, Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara, 2010.
- COŞKUN**, Mahmut, İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, Ankara, 2017, s.852.
- ÇELİK**, Ahmet, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri,
<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/arsa-payi-karsiligi-insaat-sozlesmeleri.htm>
- ÇATIKKAŞ**, Özgür / **YENER**, Mehmet Deniz, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Boyutu ve Muhasebeleştirilmesi, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 39, Sayı 1, Yıl 2017.
- DİRİCAN**, Gökhan, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, Mayıs, 2007.
- DUMAN**, İlker Hasan, İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara, Mayıs, 2016.
- DURAK**, Yasemin, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt 1, Yıl 2015.
- ERDAŞ**, Bayram, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.

- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Temmuz, 2012.
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2015.
- ERMAN**, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul, 2007.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, 2. Baskı, İstanbul, Ekim, 2012.
- GÜNAY**, Erhan, Arsa Payı Devri Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlık Rehberi, Güncellenmiş 2. Baskı, Haziran, 2016.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2014.
- KIRMIZI**, Mustafa, Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 1. Baskı, Ocak, 2014.
- KOCAĞA**, Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003.
- KOSTAKOĞLU**, Cengiz, İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 10. Baskı, Ekim, 2017.
- ÖNGÖREN**, Gürsel, İnşaat Hukuku, Mekke, Eylül, 2016.
- OĞUZMAN**, Kemal / **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul, 2005.
- ÖZ**, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve ilgili Mevzuat, 2. Baskı, İstanbul, 2013.
- REİSOĞLU**, Sefa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul, 2006.
- REMZİ**, Mehmet / **AYDIN**, Sezer, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ekim, 2014.
- SEROZAN**, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul, Ağustos, 2007.
- SÜTÇÜ**, Nezh, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Cilt 1, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ocak, 2016.
- TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, 5. Baskı, İstanbul, 2012.
- TOKAT**, Hüseyin, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilceği Çeşitli İhtimaller, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Yıl 2016.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul, 1963.
- YAVUZ**, Cevdet / **ACAR**, Faruk / **ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, Nisan, 2012.

- YENER**, Mehmet Deniz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul, Ekim, 2014.
- YÜCEL**, Özge, Yargıtay Kararı Işığında Geçersiz veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 62, Sayı 2, Yıl 2013.
- ZAPATA**, Tan Tahsin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, Ağustos, 2014.
- ZAPATA**, Tan Tahsin, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Eylül, 2015.
- ZEVKLİLER**, Aydın / **ERTAŞ**, Şeref / **HAVUTÇU**, Ayşe / **AYDOĞDU**, Murat / **CUMALIOĞLU**, Emre, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, İzmir, 2013. ([www.https://karararama.yargitay.gov.tr](https://karararama.yargitay.gov.tr))