

G İ R İ Ő

Ekonomik geliŐmiŐliđin ve refahın görece artması, çarpık kentleŐme ve deprim tehlikesi nedeniyle ülkemizde inşaat sektörünün son on yıldıki hızlı ilerleyiŐi bu sözleşmelere olan ilgiyi ve talebi arttırmıŐtır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri eser sözleşmeleri içinde belirgin farklılıkları ile birlikte zgn bir yere sahiptir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kendine özgü bir yapısı olan inşaat sözleŐmesidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici, arsa payı karŐılıđında bir eseri inşa edip arsa sahibine teslim etme yükümlülüğü altına girerken, arsa sahibi de belirlenen arsa paylarını yükleniciye devretmekle yükümlüdür. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiŐ sözleşmelerden değildir. Bu sözleşme karma sözleşmelerden ifte tipli bir sözleşmedir. Sözleşme ile arsa sahibi yükleniciye arsa paylarını devretmeyi borçlanmakta, yüklenici de bunun karŐılıđında bağımsız bölümler inşa etmeyi üstlenmektedir. Buradan çıkan sonuca göre de arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen ve ani edimli bir sözleşmedir. Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinin konusu taşınmaz olduğu için noter tarafından düzenleme Şeklinde yapılmaktadır. Bu durum sözleşmenin geçerlilik Şartı olarak karŐımıza çıkmaktadır.

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi son yıllarda uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir sözleşme çeŐididir. Arsa sahibi olup da inşaat iŐleri ile bizzat uđraŐmak istemeyen kiŐiler arsalarını yükleniciye devretmektedirler. Yüklenici de bu devir karŐılıđında bağımsız bölümler inşa etmektedir. Bu bağımsız bölümler yapılan anlaŐmaya göre yüklenici ve arsa sahibi arasında paylaŐılmaktadır. Yükleniciler kendilerine düşen bağımsız bölümleri üçüncü kiŐilere satarak kazanç sağlamaktadırlar. Arsa payı karşılığı uygulamada dört Şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu sözleşmenin konusu bir eser meydana getirme olduğu için en fazla karşılaşılan sorun yapılan bağımsız bölümlerdeki ayıplar ve yüklenicinin temerrddr.

Bu çalışma kat karşılığı inşaat sözleşmesinde karşılaşılan en önemli sorunlardan biri olan yüklenicinin temerrüdü nün sonuçları konusunu ele almaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin diğer unsurları başka çalışmaların konusunu oluşturduğundan ve daha önce anlatıldığından bu çalışmada doğrudan kendi konumuz olan yüklenicinin temerrüdünün sonuçlarına odaklanılmıştır.

Çalışmamızda, yüklenicinin temerrüdünün şartları üzerinde kısaca durulduktan sonra esas konumuz olan yüklenicinin temerrüdünün sonuçlarına yani arsa sahibinin seçimlik hakları konusuna detaylı şekilde giriş yapılmıştır. Konuyla ilgili öğretilerdeki görüşlerin yanı sıra Yargıtay içtihatlarına da mümkün olduğunca fazla yer vermeye gayret edilmiştir.

ARSA PAYI KARŞILI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ

A. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

Borçlunun temerrüdü için TBK. m. 117’de, muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer denilmektedir. Temerrüt, borçlunun ifa etmekten kaçınamayacağı, muaccel ve mümkün bir edimi zamanında yerine getirmediği için alacaklının ihtarına maruz kalması halinde bu suretle gerçekleşen sorumluluk sebebi olarak tanımlanmaktadır¹.

Öğretide, buna borcun ifasının imkânsız olmamasını ve alacaklının ifayı kabul etmeye hazır olması şartlarını da ilave etmek gerektiğini söyleyip, kanunun temerrüt için borçlunun kusurundan bahsetmemesine rağmen, kusurun temerrüdün bir şartı sayılıp sayılmayacağı konusu üzerinde de durulmasının uygun olduğunu belirtilmektedir². Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise taraflardan birinin temerrüde düşmesi için; borcun muaccel olması, edimin ifasının mümkün olması, ifa mümkün olmasına rağmen edimin yerine getirilmemiş olması ve ihtar koşullarının varlığının aranacağı belirtilmektedir³. Temerrüdün gerçekleşmesi için yüklenicinin gecikmede kusurlu olması şart değildir, gecikmenin yüklenicinin objektif yükümlülüklerine aykırı olarak gerçekleşmesi gerekir.

Yüklenicinin TBK m. 97 ve 98’deki geciktirici def’ileri ileri sürmesi, işsahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi ve gecikmenin işsahibinden kaynaklanan nedenlerle ortaya çıkması halinde yükümlülüğe aykırı bir gecikme sözkonusu olmaz, bu hallerde eserin meydan getirilmesi halen mümkünse ve sözleşmede aksine hüküm yoksa, teslim süresi tarafların varsayılan iradesine dayanarak haklı gecikme süresine kadar uzatılmış sayılacaktır⁴.

¹ **TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet /BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla**, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 911.

² **OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut**, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I”, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 456.

³ **ERMAN, Hasan**, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, Der Yayınları, İstanbul, 2010, s. 61.

⁴ **ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan**, “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri”, 11. Baskı, Yetkin

Temerrüt halinde yüklenici, beklenmedik hallerden de sorumlu olacaktır. Sadece imkansızlıktan kusurlu olmadığını ispat etmesi sorumluluktan kurtulmasına yetmeyecek ayrıca TBK m. 119 gereği temerrüte düşmekte de kusuru olmadığını ispat etmelidir aksi takdirde doğacak zararlarda yüklenicinin sorumluluğu yoluna gidilecektir⁵.

Kural olarak, yüklenicinin temerrüde düşmesi için, işsahibinin bir ihtarda bulunması gerekir ancak teslim tarihi sözleşmede taraflarca belirlenmiş ise, dürüstlük kuralına göre ihtar yapılmasına gerek bulunmuyor ise, kanunda ihtar şartı aranmadan temerrüt gerçekleşeceği belirtiliyorsa veya ihtarın faydasız olacağı önceden anlaşılıyorsa da yüklenici ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşebilecektir⁶.

Alacaklı kısmı ifayı kabul ettiği ya da dürüstlük kuralları gereğince kabul etmek zorunda kaldığı hallerde temerrütten kaynaklanan haklarını ifa edilmeyen kısım için kullanabilecektir. Önemle belirtmek gerekir ki, kısmi ifanın mümkün olabilmesi için borcun bölünebilir olması gerekir ve bu bölünme borcuna niteliğinde bir azalma meydana getirmemelidir. Eğer kısmi ifanın kabulü dürüstlük kurallarına aykırı ise, borcun değerinde bir azalma meydana getiriyorsa ve kısmen ifa edilecek kısım alacaklı için yarar getirmeyecekse alacaklı kısmi ifayı reddedebilir ve bu durumda borç ifa edilmediğinden temerrüt söz konusu olur. Bu durumda temerrüt hükümleri uyarınca seçimlik haklarını kullanabilir⁷.

Yayınları, Ankara, 2015, s. 395.

⁵ **Yargıtay 15. HD. 25.04.2008 T. 2008/1407 E., 2008/2771 K. sayılı kararı:** “Somut olayda, bedeli dava edilen dükkan niteliğindeki bağımsız bölümün, davacı arsa sahibine yapılarak teslimi davalı şirket tarafından yüklenilmiştir. İmar mevzuatı gereğince, davalı temerrüdünden önce sözü edilen dükkanın yapılmasına olanak yok ise, objektif imkansızlık sözkonusu olacağından davalı yapılamayan bağımsız bölümün bedelinden ötürü sorumlu tutulamaz (BK. m. 117). Ancak yasal engel bulunmadığı halde veya temerrüde düştükten sonra yasal engel gerçekleşmiş ise, yüklenici tarafından teslimi yüklenilen dükkan yapılmamış ise, kusurlu imkansızlık sözkonusu olacağından bağımsız bölüm bedelini arsa sahibi davalı yükleniciden isteyebilir (BK. m. 96).” Erişim: www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 28.12.2017.

⁶ **SÜTÇÜ, Nezh,** “Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi Cilt-I”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 880-881.

⁷ **YENER, Deniz Mehmet;** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul, 2011, s. 43-45.

B. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

TBK'da borçlunun temerrüde düşürülmesi için gerekli düzenlemeler 117 ve 126. maddeler arasında düzenlemiştir. TBK m. 118-119 tüm sözleşmelerdeki temerrüt hallerine uygulanır karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde genel hükümler yerine TBK m. 123 hükmü uygulanacaktır. Öğretide bir tarafın diğer tarafın arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümler inşa etmek suretiyle bütünlük arzeden bina yapma borcu altına girdiği sözleşme şeklinde tanımlanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden olduğundan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde temerrüt hükümleri yönünden TBK m. 123 hükmü uygulanması gerekmektedir⁸.

Kural olarak yüklenicinin temerrüde düşürülmesi için kusur şartı aranmayacaktır ancak yüklenici kusursuzluğunu ispat edemedikçe aynen ifaya ek olarak iş sahibinin gecikmeden doğan zararının tazmini, varsa cezai şartın ödenmesi, kaza ve beklenmedik hallerden kaynaklanan sorumluluklar gibi başkaca yükümlülüklerin de altına girmiş olacaktır⁹.

Borçlunun temerrüde düşmesi durumunda alacaklı gecikmiş ifa ile gecikme tazminatını isteyebilecektir, bu kural borçlunun temerrüdüne esas sonucudur. Bu unsurlar diğer borç ilişkilerinde de temerrüt halinde her zaman talep edilebilecektir. TBK m. 125 hükmü alacaklıya, gecikmiş ifa ile gecikme tazminatının yanı sıra iki ayrı seçimlik hak talep etme imkanı daha tanımaktadır. Bu hükümden hareketle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, TBK m. 125'te ifade edilen üç seçimlik haktan birini kullanabilecektir¹⁰. TBK'da borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlerde de öngörülen aynen ifa ile gecikme tazminatına ilave olarak aynen ifayı reddederek müspet zararın tazmini veya sözleşmeden dönme ile menfi zararın talebi olarak sıralayabiliriz.

⁸ **YAVUZ, Cevdet / Acar, Faruk / ÖZEN, Burak**, "Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler", 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.1067-1068.

⁹ **ÖZ, M. Turgut**, "İnşaat Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat", Yamener Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2006, s. 134-135.

¹⁰ **GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, "Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-II", 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.38-39.

1. Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Aynen İfa ile Gecikme Tazminatını Talep Hakkı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi durumunda, arsa sahibinin sözleşme ediminin aynen ifasını ve gecikme tazminatını talep etme hakkı vardır. Arsa sahibi, bu hakkını kullanabilmek için yükleniciye ayrıca bir süre vermek zorunda değildir. Arsa sahibinin yükleniciye süre vermesi fakat süre sonunda aynen ifadan vazgeçtiğini yükleniciye derhal bildirmemiş olması halinde gecikmiş ifayı istediği karine olarak kabul edilmektedir¹¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibi, masrafları yüklenici tarafından karşılanmak suretiyle, ifanın kendisi veya üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmesini talep edebilir. İnşaatı temerrüde düşen yüklenicinin veya bizzat arsa sahibinin tamamlaması halinde arsa sahibi her iki durumda da gecikme tazminatını talep etme hakkına sahiptir¹².

Arsa sahibinin, aynen ifa talebinde bulunması durumunda ifanın gecikmesi üzerine gecikme sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep etme hakkı da mevcuttur. Söz konusu gecikme tazminatının kapsamı, yüklenicinin temerrüt tarihi ile borcun ifa edildiği tarih aralığında meydana gelen zararlardan ibarettir. Gecikme zararı arsa sahibinin ifanın gecikmesi üzerine uğradığı zarar; gecikme taminatı ise yüklenicinin bu zararın ortadan kaldırılması için ödemesi gereken tazminattır. Gecikme tazminatının amacı; inşaatın süresinde teslim edilip edilmemesine göre arsa sahibinin malvarlığında oluşacak kaybın ortadan kaldırılmasıdır¹³. Bu gecikme tazminatı; fiili zararlar ile yoksun kalınan karı içermektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi aynen ifadan vazgeçerek yükleniciden temerrüt sebebiyle uğradığı zararların tazminini talep edemez çünkü gecikme tazminatı sadece aynen ifanın istenebileceği hallerde talep edilebilir.

¹¹ **ERMAN, s. 86.**

¹² **SÜTÇÜ, s. 926-930.**

¹³ **ŞAHİN, Turan,** “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 252.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine ek süre vermiş ise bu sürenin sonunda, ek süreye gerek olmayan durumlarda ise temerrüdün gerçekleşmesi ile derhal seçimlik haklarından hangisini kullanacağını yükleniciye bildirmemişse, bu durum arsa sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatı istediğine karine teşkil etmektedir. Burada gecikme ile meydana gelen zararı ispat yükü arsa sahibindedir¹⁴.

Özetle, gecikme tazminatının istenebilmesi için; yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmüş olması, bunun sonucunda bir zarar doğmuş olması, bu zarar ile yüklenicinin eseri geç teslim etmesi arasında uygun illiyet bağının bulunması ve neticede bu zararın yüklenicinin kusurundan ileri gelmesi gerekmektedir¹⁵. Örneğin, yüklenici belediye işlemleri süresinde başvurusunu yapmış fakat haksız ve keyfi engellemelerle karşılaşmışsa veya SGK işlemlerinde yükleniciden kaynaklanmayan gecikmeler yaşanmışsa ve bu tüm engeller karşısında yüklenicinin temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını ispat etmesi durumunda yüklenicinin gecikme tazminatı sorumluluğu bulunmayacaktır.

2. Aynen İfadan Vazgeçip Müspet Zararın Tazmini Talebi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü halinde, arsa sahibi seçimlik haklarını işin durumuna göre ve menfaatlerini gözeterek kullanacaktır. Arsa sahibi için inşaatın tamamlanmasının bir anlamı ve önemi kalmamışsa arsa sahibi ifa yerine diğer iki hakkından birini tercih edecektir. Arsa sahibinin sözleşmeden kaynaklanan müspet zararı menfi zararından fazlaysa ifa yerine tazminat istemesi, menfi zararı müspet zararından daha fazla ise sözleşmeden dönme yoluna gitmesi menfaatlerine daha uygun düşecektir. Buna karşılık arsa sahibi için verdiği geri almak tazminatın tutarından önemliyse, müspet zarar daha fazla olsa dahi yine de sözleşmeden dönmeyi tercih etmesi gerekecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin müspet zararı borcun ifasının gerçekleşmemesi sebebiyle uğradığı zarardır. YHGK bir kararında müspet zararı

¹⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Turhan Kitabevi, 20. Baskı, Ankara, 2013, s. 692.

¹⁵ EREN Fikret; “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2015, s. 1102.

“sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarar” olarak tanımlamış ve müspet zararın kar mahrumiyetini de içerdiğini kabul etmiştir¹⁶.

Müspet zarar, arsa sahibinin malvarlığındaki, borcun ifa edilip edilmemesi arasındaki farka göre göstereceği değişimi ifade eder¹⁷. Arsa sahibi müspet zararın tazminini talep ederse inşaat sözleşmesi yürürlükte kalmaya devam eder ancak içeriği değişir, yüklenicinin asıl borcu olan inşaatı tamamlama ve teslim borcu yerini tazminat borcuna bırakır¹⁸. Burada, müspet zararın iki unsuru öne çıkmaktadır, bunlar yüklenicinin ifa etmediği edimin değeri ve alacaklının teslimde gecikmeden kaynaklı uğradığı zararlardır. İnşaatı teslim borcunda temerrüde düşen yüklenicinin, sadece ifa etmediği edimin değerini değil, arsa sahibinin inşaatı teslimindeki gecikme nedeniyle uğradığı ve bu gecikme ile uygun illiyet bağı olan başkaca tüm zararları da tazmin etmesi gerekecektir. Arsa sahibinin bu zararları; malvarlığında bir azalmaya yol açan fiili zararlar ve inşaatın teslimindeki gecikmeden dolayı yoksun kaldığı kar olmak üzere iki türdür.

¹⁶ **YHGK 17.01.1990 T. 990/13-392-990/1 sayılı kararı, (KOSTAKOĞLU, Cengiz, “İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri”, Beta Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, 2011, s. 588.)**

¹⁷ **Yargıtay 23. HD, 03.12.2015 T. 2014/6623 E., 2015/7866 K. sayılı kararı:** “Müspet zarar ise, sözleşme sebebiyle cebe girmesi gereken paranın, girmemesi sebebiyle meydana gelen zarardır. Bu niteliği gereği, müspet zarar daima ileriye dönük olup, bir beklenti kaybıdır. Diğer bir ifadeyle müspet zarar, akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarar şeklinde de tanımlanabilir. Binaların bitirilmiş olması halinde getirmesi beklenen kira geliri kaybı, geciken ifa sebebiyle ifaya bağlı ceza (TBK 179/2), seçimlik ceza (TBK 179/1.), eksik işler bedeli, kâr kaybı, gecikme tazminatı (TBK 125/1) müspet zarar; inşaatın yapımı süresince oturulacak ev için ödenmesi gereken kira bedeli ile yıkılan binanın enkaz bedeline yönelik talepler menfi (olumsuz) zarar kapsamındaki alacak kalemlerindedir. Olumsuz zarar, sözleşmeden dönen alacaklının haklı olması halinde, kusurlu borçludan isteyebileceği, diğer anlatımla, borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi sebebiyle sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkan zarardır. Sözleşmenin feshini isteyen ve fesihle haklı olan tarafın TBK'nın 125. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi uyarınca menfi zararını talep etme hakkı vardır.” Erişim: www.kazancı.com.tr, Erişim Tarihi: 28.12.2017.

¹⁸ **Yargıtay 15. HD, 14.10.2005 T. 2005/5335 E., 2005/5448 K. sayılı kararı:** “Davacı arsa sahibi, kendi yararına göre Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinde kendisine tanınan haklardan “ifa yerine geçen olumlu zararının” tazminini istemekte haklıdır. O halde, davacı yanlar arasındaki sözleşme gereğince kendisine düşen bağımsız bölümlerin teslimi gereken 26.01.2001 tarihi itibarıyla bitmiş haldeki rayiç bedellerini müspet zarar olarak isteyebilir. Bu hukuksal nedenle, yanlar arasındaki akit tarihi ve Bayındırlık Bakanlığı'nun belirlediği birim fiyatları esas alınarak bina değerlerinin ve rayiçe göre arsa payı bedellerinin aynı ayrı hesaplanıp toplanmasıyla bulunan daire bedelini saptayan bilirkişi raporunun hükme dayanak alınarak her bir bağımsız bölüm için (15.000.000.000.-) TL bedele mahkemece hükmedilmesi doğru olmadığından hükmün bozulmasını gerektirir. Buna göre, mahkemece yapılacak iş; bir inşaat mühendisi, bir mimar ve rayici bilen bir emlakçıdan oluşan bilirkişi kurulu aracılığıyla yerinde keşif ve inceleme yapılarak, yukarıda açıklanan yöntemle göre 26.01.2001 tarihi itibarıyla davacı tarafa sözleşme gereğince verilmesi gereken bağımsız bölümlerin bitmiş haldeki serbest piyasa rayiçlerine göre bedellerini saptamak ve saptanan bedeller, hükmü temyiz eden davalı tarafın kazanılmış haklarının gözetilmesi gerektiğinden önceki karar ile hükmedilen bedellerden fazla ise önceki kararda hükmedilen bedellerin tahsiline; az ise yeniden saptanan bedellerin ödetilmesine ve herhalde kira tazminatı istenemeyeceğinden buna yönelik davanın reddine karar vermektense ibaret olmalıdır.” Erişim: www.kazancı.com.tr, Erişim Tarihi: 28.12.2017.

Arsa sahibinin müspet zararının hesaplanmasında esas alınacak tarih sözleşmenin ifasından vazgeçme beyanında bulunduğu tarih olacaktır. Bu tarihten sonra edimin değerindeki artış veya azalmanın bir önemi yoktur, arsa sahibinin edimi reddettiği tarih önemlidir.

Öğretide, müspet zararının tazminin isteyen arsa sahibi TBK m. 486/son hükmünün kıyasen uygulanması sonucu inşaatın kullanılması kabil kısmını kabul etmek ve bu kısmın bedelini ödemek zorunda olduğu dile getirilmektedir¹⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, aynen ifadan vazgeçerek temerrüde düşen yükleniciden müspet zararın giderilmesini isteyen arsa sahibinin kendisine düşen karşı edimi yerine getirip getirmemesi gerektiği öğretide tartışmalı bir konudur. Bu konunun çözümünde tam iki taraflı sözleşmelerde, tazminatın kapsamını belirleme konusunda “mübadele” veya “fark” teorilerinden hareketle sonuç elde edilebilecektir. Birinci görüş, mübadele teorisine göre, arsa sahibinin ifa edilmeyen kısım zararını yükleniciden tazmin edecek olması karşısında kendisine düşen karşı edimi de yerine getirmesi gerektiği yönündedir²⁰. Kanaatimizce de mübadele görüşü daha hakkaniyete uygun düşmektedir.

Buna karşılık öğretide AYAN ve DİRİCAN tarafından benimsenen fark teorisine göre, temerrüde düşen tarafın ifa etmediği kısım ile alacaklının edimi arasındaki fark tazmin edilecek ve alacaklı karşı edimi yerine getirmek zorunda kalmayacaktır²¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin sözleşmenin ihlalinde ya da zararın artmasında kısmen sorumlu olması, borçlunun kusurunun hafifliği, mali durumu, ifayı istemeyen alacaklının bundan elde ettiği menfaatler gibi unsurlar tazminatın indirilmesini sağlayabilir. Her ne kadar Borçlar Kanunu’nda açıkça ifade edilmemiş olsa da hukukumuzda, kanunda belirtilen istisnalar hariç olmak üzere tazminat sorumluluğu açısından kusur arandığından, arsa payı karşılığı inşaat

¹⁹ TANDOĞAN, Haluk, “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt-II”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1977, s. 134; ARAL /AYRANCI, s. 396.

²⁰ ÖZ, s. 183, 138; GÜMÜŞ, s. 39; ERMAN, s. 94.

²¹ DİRİCAN, Gökhan; Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulamaları, İstanbul, 2007 s. 60; AYAN, Serkan; İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 231.

sözleşmesinde yüklenicinin tazminat yükümlülüğü için kusurlu olarak temerrüde düşmüş olması şartı aranacaktır²².

3. Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazmini Talebi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde aynen ifa talebinde bulunmayarak diğer seçimlik haklarından olan sözleşmeden dönmeyi seçerek, yükleniciden menfi zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Arsa sahibinin menfi zararının müspet zararından fazla olduğu durumlarda arsa sahibinin sözleşmeden dönme seçeneğini tercih etmesi menfaatlerine daha uygun düşecektir²³. Arsa sahibi için sözleşmede, yükleniciye teslim ettiği arsasını geri almak tazminatın tutarından daha önemli ise, müspet zarar miktarı daha fazla olsa bile sözleşmeden dönmesi arsa sahibinin menfaatlerine uygun olacaktır. Öğretideki hakim görüşe göre arsa sahibi sözleşmeden dönme ile birlikte uğramış olduğu menfi zararın tazminini talep edebilir²⁴. Arsa sahibinin sözleşmedeki menfi ve müspet zararlarını birlikte talep edebilmesi mümkün değildir ve bu nedenle arsa sahibi menfaatlerini gözeterek bir tercih yapmak zorundadır. Arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde menfi zararının tazminini talep etmesi gerekecektir.

Menfi zarar, fiili zarar kalemleri kadar üçüncü bir kişiyle daha elverişli koşullarda sözleşme akdetme fırsatının kaçırılmasından doğan zararları da kapsar; örneğin 1000 TL karşılığı inşaat yapımı için arsa sahibi ve yüklenici M1 anlaşmış ve bu nedenle arsa sahibi, M2'nin 1100 TL'lik teklifini reddetmişse, arsa sahibi dönme sonrası M3'e aynı işi 1400 TL'ye yaptırmışsa $1400 - 1100 = 300$ TL arsa sahibinin menfi zararı olarak ileri sürülebilir²⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin menfi zararı; inşaat sözleşmesine duyulan güven nedeniyle uğranılan zarardır. Başka bir deyişle, arsa sahibinin menfi zararı, inşaat sözleşmesi sonucunda bağımsız bölümlerin teslim alınacağına güvenilmesine rağmen sözleşmenin temerrüt nedeniyle sona ermesi sonucunda doğan zarardır. Özetle, arsa sahibinin menfi zararı, sözleşmenin hüküm

²² TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 871-872.

²³ OĞUZMAN / ÖZ, C. I, s. 508.

²⁴ ÖZ, s. 271; ERMAN, s. 76; KOSTAKOĞLU, s. 472-473.

²⁵ GÜMÜŞ, s. 40.

ifade etmemesi sonucu mevcut malvarlığı durumuyla bu olayın hiç gerçekleşmemiş olması halinde oluşacak malvarlığı durumu arasındaki farktır. Sözleşmenin kurulması için yapılan noter ve benzeri masraflar, yapılması halinde ulaşım ve konaklama giderleri, mevcut sözleşmeye güvenilerek kaçırılan başka sözleşme fırsatları arsa sahibinin menfi zararlarına örnek olarak gösterilebilir.

Arsa sahibinin fiili zararlarının tespiti ve ispatı daha kolaydır. Fatura ve makbuzlarla ispat mümkün olamasa da hakim hayatın olağan akışına göre ortaya çıkan zararın miktarını hakkaniyete uygun bir biçimde belirleyebilecektir. Arsa sahibinin yüklenici ile anlaşarak eski binasının yıkılarak yeni ve daha büyük bir bin yapılacağı inancıyla eski binasını yıktırarak arsa sahibinin uğramış olduğu zararların tespiti bu zarara örnek olarak verilebilir²⁶. Arsa sahibi açısından kaçırılan fırsatların ispatı ise nispeten daha zordur. Arsa sahibinin kendisine yapılan teklifi reddettiğini ispatı bir yönüyle farazi bir zarar olduğu için çok kolay olmayacaktır. Bu nedenle mahkemece, arsa sahibi sözleşme kurulduğu dönemde başka bir yükleniciden teklif almış ise o teklife göre, teklif alınmamış ise o dönemdeki piyasa rayicine göre hesap yapılacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde sözleşmeden dönme ve menfi zararının tazminini talep hakkını kullanmak isteyen arsa sahibi, temerrüde düşen yükleniciye bir ek süre vermeli, bu sürenin geçmesi üzerine aynen ifadan vazgeçip sözleşmenin feshedilmesini istediğini derhal bildirmelidir. Arsa sahibinin bu hakkını derhal kullanmaması hâlinde, aynen ifadan vazgeçme hakkını kullanabilmesi için yükleniciye tekrar ek süre vermesi gerekmektedir. Fesih beyanı ek süre verilmesi ile ilgili yapılan bildirimde de yer alabilir. Ek süre verilmesine ihtiyaç olmayan durumlarda ise arsa sahibi yükleniciye ek süre vermeden sözleşmeden döndüğünü bildirebilir. TBK. m.124, süre verilmesini gerektirmeyen durumlar olarak şunları belirtmiştir:

- a. Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa,
- b. Borçlunun temerrüdü sonucunda borcuna ifası alacaklı için yararsız kalmışsa,

²⁶ **BUZ, Vedat;** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998 Baskıdan Tıpkı Basım, 2014, s. 246.

- c. Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa.

Sözleşmeden dönme; taraflardan birinin, elinde bulunan hakkı uyarınca geçerli bir sözleşmeyi tek taraflı bir beyan ile ve geçmişe etkili olarak sonlandırmasıdır. Dönme, ifanın alacaklı bakımından faydasız ve talep edilecek tazminatın ödenip ödenemeyeceği hususunun şüpheli hale gelmesi halinde alacaklıyı borçluya karşı koruma amacı taşır²⁷. Sözleşmeden dönme; kural olarak yenilik doğuran ve tek taraflı irade beyanı ile kullanılan bir haktır. Bu sebeple sözleşmeden dönmek için dava açmaya lüzum yoktur, dönme beyanının yükleyiciye ulaşması sonuç doğurması için yeterlidir ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesinin kendine has yapısı sebebiyle, ilgili Yargıtay kararında da görüldüğü üzere; karşı tarafın kabulü olmadığı durumlarda sözleşmeden dönmek isteyen tarafın mahkemeden bu yolda bir karar alması gerekmektedir. Açılan davada mahkeme sözleşmeden dönme talebinin haklı veya haksız olmadığını değerlendirip sonuca göre sözleşmenin feshine ya da davanın reddine karar verebilir. Davanın reddi halinde sözleşme yürürlükte kalmaya devam edecektir²⁸.

Sözleşmeden dönme beyanı için bir şekil şartı olmamakla beraber tarafların tacir olduğu inşaat sözleşmelerinde TTK m.18/3 uyarınca beyanın noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü mektup ya da telgraf ile yapılması gerekir. Beyanın yapılma şekli, sözleşmeden dönme zamanının belirlenmesi için ispat kolaylığı sağlamaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, 1984 tarihli YİBK'da²⁹ da benimsendiği üzere ani-sürekli karmaşığı niteliktedir. Bu sebeple yüklenicinin temerrüde düşmesi neticesinde arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin özellikleri dikkate alınarak bunun geçmişe etkili (ex tunc) veya ileriye etkili (ex nunc) sona erip ermediği her somut olayda incelenmelidir³⁰.

²⁷ ŞAHİN, s. 273.

²⁸ ERMAN, s. 104.

²⁹ YİBK. 25.01.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K.

³⁰ ERMAN, s. 106.

TBK’da sözleşmelere uygulanan kural ve ilkeler dönme beyanı ile doğan borç ilişkisine de uygulanabilecektir³¹.

Son olarak sözleşmeden dönen arsa sahibi bu sebeple uğradığı zararların yanında kimi faydalar da elde etmiş olabilir. Bunlar menfi zarar hesaplanırken zarardan düşülmelidir. Yapılan bu işlem denkleştirme olarak ifade edilmektedir.

³¹ **SEROZAN, Rona;** Sözleşmeden Dönme, İstanbul, Legal Kitapevi, 2007, s. 80.

S O N U Ç

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, karma nitelikli bir sözleşmedir. Hem satış vaadi hem inşaat ve hem de satış hükümleri içerir. Karma türlü bir sözleşme olduğu için arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hazırlanmasında ve yorumunda farklı konulara da kıyasen başvurulması gerekecektir.

Eser sözleşmelerine dahil olan inşaat sözleşmeleri başlığı altında çok önemli bir tutan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde tarafların temerrüdü halinde TBK genel hükümleri uygulanmaktadır ancak bu araştırmamızda da gördüğümüz üzere genel hükümlerin uygulanması bazı durumlarda yetersiz kalmaktadır. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde resmi şekil şartı aranmaktadır, borçlar hukuku sözleşmelerindeki müspet ve menfi zarar kavramlarının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerindeki görünümü daha farklıdır, yine sözleşmeden dönme konusunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde mahkeme kararı aranmaktadır. TBK içindeki eser sözleşmeleri bölümünün genişletilmesi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tanımı, unsurları ve sonuçlarının doğrudan kanunda düzenlenmesi en ideal çözüm olacaktır. Bu durum, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin önemi ve uygulama alanını artırarak devam ettirmesi birlikte değerlendirildiğinde, ilerleyen zamanlarda bir zorunluluk arz edebilecektir. Uygulamada yaşanan ve yaşanacak sorunlar bu şekilde azaltılabilecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin TBK'da geçerlilik koşulu olarak düzenlenmemesine rağmen taşınmaz pay devri hükümleri içerdiği gerekçesiyle Yargıtay içtihatları ile noterde düzenlenmesi zorunluluğu ile karşı karşıyayız. Bu ve bunun gibi pek çok konuda kapsamlı düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri sadece sözleşmenin tarafları olan arsa sahibi ile yükleniciyi ilgilendirmemekte inşaatta hak sahibi olabilecek çok sayıda üçüncü kişinin haklarını da doğrudan ilgilendirmektedir.

KAYNAKÇA

- ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan**, “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri”, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- AYAN, Serkan**; İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- BUZ, Vedat**; Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998 Baskıdan Tıpkı Basım, 2014.
- DİRİCAN, Gökhan**; Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulamaları, İstanbul, 2007.
- DUMAN, İlker Hasan**, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, Legal Yayınları, İstanbul, 2005.
- EREN Fikret**; “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2015.
- ERMAN, Hasan**, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, Der Yayınları, İstanbul, 2010.
- GÜR, Mustafa**, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, “Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-II”, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- KAPLAN, İbrahim**, “İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri”, Beta Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, 2011.
- KILIÇOĞLU, Ahmet**, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Turhan Kitabevi, 20. Baskı, Ankara, 2013.

KOSTAKOĞLU, Cengiz, “İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri”, Beta Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, 2011.

TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993,

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I”, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

ÖZ, M. Turgut, “İnşaat Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat”, Yamener A.Ş., 2. Baskı, İstanbul, 2006.

SEROZAN, Rona; Sözleşmeden Dönme, İstanbul, Legal Kitabevi, 2007.

SÜTÇÜ, Nezih, “Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi Cilt-I”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

ŞAHİN, Turan, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

TANDOĞAN, Haluk, “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt-II”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1977.

YAVUZ, Cevdet / Acar, Faruk / ÖZEN, Burak, “Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler”, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.

YENER, Deniz Mehmet; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul, 2011.

ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre, “Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri”, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.