

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAKKIN ŞERHİ

Annotation of the Construction Contract in Return for Land Share

Arş. Gör. Derya G. BÜTÜN YILMAZ¹

Geliş Tarihi: 30.04.2018 Kabul Tarihi: 04.02.2019

ÖZET

İsimsiz (atipik) sözleşmelerden biri olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, günümüzde çok sık karşılaşılan sözleşmelerdendir. Bu sözleşmenin tarafları yüklenici ve arsa sahibidir. Sözleşme gereğince yüklenicinin, arsa sahibinden sözleşmede kararlaştırılan arsa paylarının mülkiyetinin kendine geçirilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Yüklenicinin sahip olduğu bu hak, tapu kütüğüne şerh edilebilen kişisel haklar arasında yer alır. Gerçekten de, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile şerhlere ilişkin getirilen yenilikler çerçevesinde bu hakkın şerhi mümkün kılınmıştır. Çalışmada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici lehine doğan arsa payının mülkiyetinin kendisine geçirilmesine ilişkin olan hakkın tapu kütüğüne şerh edilmesi ele alınmaktadır. Konunun incelenmesi bakımından öncelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin genel bilgilere yer verilecektir. Genel bilgiler içinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımına, unsurlarına, görünüm biçimlerine ve bu sözleşmeden doğan haklara değinilecektir. Sözleşmeye ilişkin genel bilgilerden sonra, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hangi hakkın şerh edilebileceği incelenecektir. Bu sözleşmeden doğan hakkın şerhi halinde şerh anlaşmasının aranıp aranmayacağı netleştirilecektir. Sözleşmeden yüklenici lehine doğan hakkın ne kadar süreyle tapu kütüğüne şerh edileceği ve hakkın şerh edilmesinin etkisi üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Kişisel Hakların Şerhi, Şerh Anlaşması, Şerh Süresi, Şerhin Etkisi.

ABSTRACT

One of the atypical contracts is the contract of construction of the land share, which is one of the most frequently encountered examples of contracts today. The parties to this contract are contractors and landowners. According to the contract, the contractor has the right to request the ownership of the land shares agreed upon by the landowner. This right that the contractor has is included in the personal rights that can be annotated the title deed. So much so that it is possible to annotation this right within the framework of the innovations brought about the Turkish Civil Code numbered 4721. In the article, the right to transfer the ownership of the land share to the contractor in the construction contract is annotated in the title deed. For the examination of the matter, first of all, general information about the construction agreement for land share will be given. Within the general information, the definition of the construction contract in return for land share, its elements, appearance forms and the rights arising from this contract will be referred to. After the general information on the contract, it will be examined which right arising from the construction contract in return for land share can be annotated. It will be clarified that the right of arising from this agreement will be searched for in the annotation agreement. It will focus on the extent to which the right to the contractor's right to be annotated on the title deed and the effect of the annotated of the right will be discussed.

Keywords: Construction Contract in Return for Land Share, Annotation of the Personal Rights, Contract of Annotation, Time of Annotation, Effects of Annotation.

¹ Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. e-posta: derya_4511@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-5748-7986

GİRİŞ

Hızla artan konut ihtiyacının hukuki alana yansımalarından biri olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, elinde arsası olmasına karşılık üzerine inşaat yapma imkânı olmayan arsa sahibinin, yükleniciye belli arsa payını vermesi karşılığında yüklenici tarafından inşaatın yapılmasını içeren sözleşmeyi ifade etmektedir².

Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 1009, tapu kütüğüne şerh edilebilecek sınırlı sayıda sayılan kişisel hakların içinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkı da düzenlemektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel (nisbi) hakkın tapu kütüğüne şerh edilmesi ile birlikte söz konusu hak, taşınmazı devralan üçüncü kişilere de yöneltilebilen kuvvetli bir nisbi hak haline gelecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hangi hakkın şerh edileceği ise önem arz etmekte olup, bu hakkı belirlemek üzere çalışmada öncelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hakkında bilgilere yer verilmiştir. Ardından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilmesi incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken tapu kütüğüne yapılan şerhlerden, kişisel hakların şerhine değinilmiş ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinin yapılması, şerh süresi gibi daha spesifik konular ele alınmıştır.

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

1. Tanımı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi³, kanunlarda belli maddelerde (TMK m.1009, Tapu Kanunu(TK) m.26/7) adı zikredilmesine rağmen; tanımı, unsurları veya uygulanacak hükümlere ilişkin düzenlemelerin bulunmadığı bir sözleşmedir. Bu durumda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi isimsiz bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır.

² Karahasan, Mustafa Reşit: İnşaat İmar İhale Hukuku, C. 1, Beta, İstanbul 1997, s. 623; Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 1064-1065.

³ Aynı sözleşmeye ilişkin farklı isimlendirmeler de kullanılmaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi ifadesi için bkz. Ertaş, Şeref: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birselle Armağan, İzmir 2001, s. 79 vd.; arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi ifadesi için bkz. Karahasan, s. 623 vd. ; Durak, Yasemin: “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi”, İnÜHFD, Özel Sayı, C. 1, 2015, s. 207 vd.; arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapımı sözleşmesi için bkz. Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Vedat Kitapçılık, 5. Basım, İstanbul 2010, s. 29 vd. ; Arsa payı karşılığı yapı sözleşmesi ifadesi için bkz. Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 113. Çalışmamızda TMK m. 1009’da yer alan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ifadesi kullanılacaktır.

Kanunlarda tanımı bulunmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hakkında doktrinde farklı tanımlar verilmektedir. Kartal'a göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; *"Yüklenicinin, iş sahibinin arsası üzerinde ve arsada belli veya belirlenebilir payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümlerin bir bütünlük taşıy biçimde inşa edilmesini üstlendiği bir sözleşmedir"*⁴.

Erman bu sözleşmeyi; *"Arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında, müteahhide devretmeyi taahhüt etmesidir"*⁵ şeklinde tanımlamaktadır.

Yavuz, *"bir tarafın (yüklenici), diğer tarafın (arsa sahibinin) arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümler inşa etmek suretiyle bütünlük arz eden bina yapma borcu altına girmekte ve bunlar arasında bu hususları konu edinen bir anlaşma yapılmaktadır"*⁶ ifadelerini kullanarak, bu sözleşmeyi tanımlamaktadır.

Gümüş'ün tanımı ise *"Yüklenicinin arsa sahibine karşı arsa üzerinde "bağımsız bölümlerden oluşan bir ana yapı" ve/veya "bütünlük taşıyan bağımsız bölümler" inşaat etme borcu; arsa (iş) sahibinin ise karşılık olarak arsadaki mülkiyetinin belirli bir payını veya meydana getirilecek ana yapıdaki bağımsız bölümlerden bir kısmının mülkiyetini yükleniciye devir borcu altına girdiği sözleşmedir"*⁷ şeklindedir⁸.

Söz konusu sözleşmeye ilişkin verilen tanımlardan genel olarak şunlar çıkarılabilir; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları arsa sahibi ve yüklenici (müteahhit)dir. Arsa sahibi, arsanın üzerinde bağımsız bölümlere sahip bir binanın (yapının) inşa edilmesi için yüklenici ile anlaşmaktadır. Kararlaştırılan binanın yapılması karşılığında arsa sahibi yükleniciye, bağımsız bölümlere karşılık gelen arsa paylarını devretme borcu altına girmektedir. Yüklenici ise bağımsız bölümlere sahip bir binayarak, teslim etme borcunu üstlenmektedir.

⁴ Kartal, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi (Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi), Matsa Basımevi, Ankara 1993, s. 15.

⁵ Erman, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul 2010, s. 1.

⁶ Yavuz, s. 1066.

⁷ Gümüş-Borçlar, s. 113.

⁸ Bu sözleşmeye dair verilen başka tanımlar için bkz. Kırca, Çiğdem: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu-Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 2007, s. 81; Kaya, Özgür Katip: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Kazancı Hukuk Yayınları No:124, İstanbul 1993, s. 5.

2. Unsurları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi üç unsura sahiptir⁹. Bu unsurlar; arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu altına girmesi, yüklenicinin bağımsız bölümlere sahip bina yapma ve teslim etme borcu altına girmesi ve arsa sahibi ile yüklenici arasında anlaşmanın bulunması olarak sıralanabilir. Unsurlara kısaca değinecek olursak; ilk olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi nedeniyle arsa sahibinin, sözleşmede belirlenen arsa paylarına karşılık gelen bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretme borcu bulunmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi eser sözleşmesine ilişkin özellikler barındırmasına rağmen, eser sözleşmesinden farklıdır. Zira arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye, eser sözleşmesinde olduğu gibi bir ücret ödenmemekte; onun yerine inşa edilen binadan bazı bağımsız bölümler verilmektedir¹⁰.

Arsa sahibinin, belirlenen arsa paylarını devir borcu, yüklenicinin sözleşme gereğince yapmak ve teslim etmek borcu altına girdiği edimin karşılığını ve sebebinin oluşturmaktadır¹¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ikinci unsuru ise yüklenicinin arsa üzerinde bağımsız bölümlere sahip bir bina inşa etmesi ve bunu arsa sahibine teslim etmesidir. Yüklenicinin bu edimi, eser sözleşmesinde yer alan eser yapma borcuna ilişkindir¹². Yüklenici sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümlerin kendisine geçirilmesini istemek için, bağımsız bölümleri ve ana taşınmazı tamamlamak zorundadır¹³.

Son unsur, arsa sahibi ile yüklenicinin, sözleşmenin esaslı noktalarında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile anlaşmış olmalıdır (TBK m. 2 vd.)¹⁴. Yapılan anlaşmanın hukuki niteliğine ve şekline daha sonra değinilecektir¹⁵.

B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Sözleşme serbestisi içinde yer alan tip serbestisinin görünümü olarak, taraflarca kanunda düzenlenmeyen bir sözleşmenin yapılması veya kanunda düzenlenen sözleşmelerin birbirlerine bağlanarak yeni bir sözleşme meydana getirilmesi mümkündür. Sözleşme serbestisinin bir görünümü de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, unsurları

⁹ Yavuz, s. 1066-1069; Erman, s. 2-4; Kartal-Kat Karşılığı, s. 15-21; Kartal, Bilal: "Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi", Yargıtay Dergisi, C. 9, S. 1-2, Ocak-Nisan 1983, s. 98-103; Kaya, s. 6-10.

¹⁰ Yavuz, s. 1068.

¹¹ Erman, s. 2.

¹² Yavuz, s. 1068.

¹³ Erman, s. 2-3.

¹⁴ Yavuz, s. 1069; Erman, s. 3.

¹⁵ Bkz. I-B ve I-D.

kanunda yer almayan isimsiz¹⁶ bir sözleşmedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin isimsiz sözleşme tiplerinden hangisine girdiği, başka bir deyişle hukuki niteliğinin ne olduğu önem teşkil eder. Taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklara uygulanacak hükümler sözleşmenin hukuki niteliğine göre belirlenecektir.

İsimsiz sözleşmeler, içerdikleri esaslı unsurlar bakımından karma sözleşmeler, bileşik sözleşmeler ve kendine özgü (sui generis) yapısı olan sözleşmeler olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Karma sözleşmeler, kanunda düzenlenen isimli sözleşmelerden iki veya daha fazlasının unsurlarının kısmen veya tamamen bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşmelerdir. Karma sözleşmeler kendi içerisinde çifte tipli karma sözleşme, bileşik tipli (kombine) karma sözleşme ve eklemli karma sözleşme olarak üç başlıkta incelenmektedir. Karma sözleşmelerden olan çifte tipli karma sözleşme, kanunda düzenlenen iki tipik sözleşmeye ait asli edimlerin kanunda öngörülmeyen bir şekilde bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşmeyi ifade etmektedir. Bu sözleşmede taraflar karşılıklı olarak kanunda düzenlenen sözleşmelerdeki asli edimleri yüklenmektedir¹⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarında değinildiği gibi, yüklenici bağımsız bölümler içeren bir bina yapma ve teslim etme; arsa sahibi ise belli arsa paylarını yüklenicinin mülkiyetine geçirme borcu altındadır. Bu durumda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin borcu açısından taşınmaz satım sözleşmesine; yüklenicinin bina yapma ve teslim etme borcu açısından da eser sözleşmesine ait özellikleri barındırmaktadır. Böylece arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibi ve yüklenicinin birbirlerine karşı edimleri açısından kanunda düzenlenen iki sözleşmenin (taşınmaz satımı ve eser) hükümlerinin kanunda öngörülmeyen şekilde birleştirildiği çifte tipli karma bir sözleşme niteliğindedir¹⁸. Yargıtay'da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini çifte tipli karma sözleşme olarak kabul etmektedir¹⁹.

¹⁶ Bu sözleşmelerin isimsiz sözleşme olarak adlandırılmaları kanunda özel bir şekilde, az ya da çok düzenlenmemiş olmalarından kaynaklanmaktadır. Bu sözleşmelerin de isimleri olup, bazıları kanunlarda ismen geçmektedir. Bu tür isimsiz sözleşmelere kanunda adı zikredilmiş isimsiz sözleşmeler denilmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de kanunda adı anılan isimsiz sözleşmelerdendir. İsimsiz sözleşmelerden bazıları da günlük hayatta çok sık kullanılmalarından ötürü tipikleşmiş isimsiz sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise ismi kanunda anılan ve tipikleşmiş isimsiz sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 933-935.

¹⁷ Eren, s. 938-940.

¹⁸ Erman, s. 4-5; Eren, s. 941; Gümüş-Borçlar, s. 113; Sarı, s. 276; Karahasan, s. 628; Yavuz, s. 1071; Durak, s. 211; Erdal, s. 847; Kartal-Kat Karşılığı, s. 26; Kartal-Arsa Payı, s. 112; Kırca, s. 81; Kaya, s. 16-17.

¹⁹ "6098 sayılı TBK'nın 470. vd maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan "arsa

C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Farklı Görünüm Biçimleri

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sıkça karşılan çeşitlerini dörde ayırarak ele almak mümkündür²⁰.

Bunlardan ilki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin belli arsa paylarının yükleniciye devredilmesi suretiyle yapılmasıdır. Arsa sahibi, belli arsa paylarını tapuda yükleniciye devretmektedir. Arsa sahibinin devrettiği arsa payları üzerindeki haklarının korunması için arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmektedir. İnşaatın ilerlemesine göre de ipotek kısım kısım kaldırılmaktadır. Arsa sahibinin yükleniciye yaptığı devir, satım işlemigibi görünmesine rağmen, devrin hukuki sebebi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir²¹.

İkinci çeşit arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tipi, arsanın tamamen yükleniciye devri suretiyle gerçekleştirilmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bu tipinde, arsa tamamıyla yükleniciye geçirilmekte ve taraflar arasında inşaatın yapımına ilişkin bir sözleşme bulunmaktadır²². Arsa sahibinin haklarını korumak amacıyla birinci tipteki gibi yine arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmektedir²³.

Üçüncü tip ise arsa sahibinin arsa paylarını elinde tuttuğu ancak inşaatın ilerlemesine göre yükleniciye payları kısım kısım devrettiği veya yükleniciyi payların üçüncü kişilere satılmasına ilişkin olarak yetkilendirdiği²⁴ arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini ifade etmektedir²⁵.

Dördüncüsü ise taşınmaz satış vaadi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir arada bulunduğu bir çeşit arsa payı karşılığı inşaat

payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir” 23. HD, 03.05.2016, E.2016/3493, K. 2016/2846; aynı yönde kararlar 14. HD, 04.07.2017, E.2016/11967, K. 2017/5639; 14. HD, 25.04.2017, E.2016/9083, K. 2017/3378; 23. HD, 27.05.2016, E. 2015/1825, K.2016/3295 www.legalbank.net.

²⁰ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin çeşitleri doktrinde farklı ayrımlarla incelenmektedir. Bu sözleşmenin görünüm biçimleri Erman tarafından üçe ayrılarak ele alınmaktadır (Erman, s. 11-15). Yavuz ise sözleşmenin çeşitlerine dört başlıkta değinmektedir (Yavuz, s. 1075-1077). Gümüş, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin beş ayrı tipine yer vermektedir (Gümüş-Borçlar, s. 114-115).

²¹ Erman, s. 11-13; Gümüş-Borçlar, s. 115; Yavuz, s. 1074; Kaya, s. 24-25.

²² Kartal-Kat Karşılığı, s. 30; Kartal-Arsa Payı, s. 104; Erman, s. 11-13; Gümüş-Borçlar, s. 114; Kaya, s. 25-26.

²³ Erman, s. 12; Gümüş-Borçlar, s. 114; Yavuz, birinci tip olarak ele aldığımız belli arsa paylarının yükleniciye devredildiği durumda arsa üzerinde kat irtifakı olduğunu ifade etmektedir. Ancak arsa paylarının tamamının devredildiği ikinci durumda arsa üzerinde kat irtifakı kurulmasının gerekli olmadığını belirtmektedir (Yavuz, s. 1074-1075).

²⁴ Yükleniciye temsil yetkisi verilmesine rağmen satış bedelinin arsa sahibinde değil, yüklenicide kaldığı bu tip arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli kabul edilmesinin isabetsiz olduğuna dair bkz. Gümüş-Borçlar, s. 115.

²⁵ Erman, s. 14-15; Kartal-Kat Karşılığı, s. 29-30; Kartal-Arsa Payı, s. 105; Yavuz, s. 1075-1076; Kaya, s. 26.

sözleşmesidir. Burada hem taşınmaz satış vaadi hem de inşaat yapımına ilişkin olan sözleşme bir aradadır. Arsa sahibinin satış vaadinde bulunduğu şey, yükleniciye ait olduğu kararlaştırılan bağımsız bölümlere karşılık gelen arsa paylarıdır. Yüklenici ise arsa üzerinde inşaat yaparak, bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi taahhüt etmektedir²⁶.

D. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satım sözleşmesi ile eser sözleşmesine ilişkin edimlerin karşılıklı olarak taraflara yüklendiği sözleşmedir. Arsa sahibinin edimi taşınmaz satım sözleşmesine ilişkin olup, taşınmaz satım sözleşmesi resmi şekle tâbidir (TMK m. 706). Ancak yüklenicinin edimi, eser sözleşmesinin şekle tâbi olmaması nedeniyle, herhangi bir şekil gerektirmemektedir. Karşılıklı edimlerden birinin şekle tâbi olması, diğerinin olmaması sonucunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekil sorunu gündeme gelmektedir²⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliğinin resmi şekle bağlı olduğu kabul edilmektedir (TMK m.706)²⁸. Ancak resmi şeklin nasıl verileceği, sözleşmenin tapu memuru önünde mi yoksa noterde mi yapılacağı hususunda farklı değerlendirmeler bulunmaktadır. Arsa sahibinin ediminin taşınmaza ilişkin olması nedeniyle TK m. 26 uyarınca sözleşmenin tapu memurunca yapılması gerektiği ifade edilmektedir²⁹. Ancak uygulama bu durumdan farklı bir şekilde biçimlenerek, noterde yapılan sözleşmeleri geçerli saymaktadır³⁰. Uygulamada gelişen bu eğilim sonucunda günümüzde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri noterde akdedilmektedir.

Resmi şekle uymama halinde sözleşmenin geçersiz olduğu, yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğu belirtilmektedir. Ancak şekil eksikliği nedeniyle sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımı teşkil ediyorsa, bu durumda şekle aykırılığın ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir³¹.

²⁶ Erman, s. 15; Gümüş-Borçlar, s. 114; Kartal-Kat Karşılığı, s. 31; Yavuz, s. 1076-1077; Kaya, s. 27-28; kurulan bu sözleşmenin birleşik sözleşme niteliğinde olduğuna dair bkz. Sarı, s. 282; Gümüş, Mustafa Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 119.

²⁷ Yavuz, s. 1066; Erman, s. 17.

²⁸ Ertaş-Kat Karşılığı, s. 80; Yavuz, s. 1066; Erman, s. 17; Durak, s. 216; Gümüş-Borçlar, s. 116; Sarı, s. 279; Kırca, s. 81; Yener, Mehmet Deniz: "Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları", İÜHFİM, C. LXV, S. 2, 2007, s. 372.

²⁹ Gümüş-Borçlar, s. 116; Sarı, s. 279; Kırca, s. 81; Durak, s. 216.

³⁰ Yargıtay İBK, 24.04.1978, E.3, K.4; 15. HD, 15.11.2001, E. 2001/3091, K.2001/5233, www.legalbank.net; sözleşmenin en azından noterlerce düzenlenmiş olmasının geçerlilik koşulu olduğu hakkında bkz. Ertaş-Kat Karşılığı, s. 80.

³¹ Yavuz, s. 1083-1084.

E. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklar

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin asli borcu, bağımsız bölümlere sahip yapının yapılarak teslim edilmesi iken; arsa sahibinin sözleşmede belirtilen arsa paylarına karşılık gelen bağımsız bölümleri yükleniciye devretmesidir³².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen sözleşme olması³³ nedeniyle taraflardan birinin borcu diğerinin hakkına karşılık gelmektedir. Yüklenici, yapının yapılarak teslim edilmesi ediminin borçlusu iken, arsa sahibi bu edimin alacaklısıdır. Yapının teslim edilmesi ile arsa sahibinin bağımsız bölümleri yükleniciye devretme borcu doğar ve arsa sahibi bu borcun borçlusu olurken, yüklenici bağımsız bölümlerin devrini isteyebilecek alacaklı konumunda olur. Bu durumda yüklenicinin arsa sahibine yöneltebileceği, bağımsız bölümleri kendisine devretmesine ilişkin bir hakkı bulunmakta olup; buna dayanarak devri ve tapu kütüğünde tescili talep etme imkânına sahiptir.

Sözleşmede belirlenen koşulların yerine getirilmesiyle yüklenici lehine kişisel hak doğmaktadır. İnşaatı tamamlayarak kazandığı kişisel hak gereğince yüklenici, belirlenen bağımsız bölümlerin kendisine devredilmesini ve tapu kütüğünde kendi adına tescil edilmesini talep edebilmektedir³⁴.

Arsa sahibi ise, sözleşme çerçevesinde inşaatın yapılmasını ve teslim edilmesini talep etme hakkına sahiptir. Tarafların belirttiğimiz asli borçları dışında, yüklenicinin özen ve sadakat; arsa sahibinin ise inşaatın yapılması için kendi üzerine düşen yükümlülükleri yapma borçları da bulunmaktadır³⁵. Ancak bunlar yan borçlardır. Tarafların sahip olduğu bu haklar, arsa payından doğan hangi kişisel hakkın şerh edileceği konusunda önem arz etmektedir³⁶.

II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAKKIN TAPU KÜTÜĞÜNE ŞERH EDİLMESİ

A. Şerh Hakkında Genel Bilgiler

Tapu kütüğüne tescil yoluyla kaydedilebilen haklar; aynı haklardır. Ancak aynı hak dışındaki bazı hakların, tapu kütüğünde belli bir yere kaydedilebilme imkânı bulunmaktadır. Kanun koyucu, sınırlı sayıdaki³⁷ bazı hakların veya

³² Erman, s. 33-52; Sarı, s. 276.

³³ Erman, s. 4; Yavuz, s. 1073; Kaya, s. 18-19.

³⁴ Yener, s. 373-374.

³⁵ Erman, s. 36-59.

³⁶ Bkz. II-B-2-a.

³⁷ Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, Savaş Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2017, s. 355; Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku I, Seçkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2016, s. 402; Tekinay, Selâhattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla: Tekinay Eşya Hukuku, C. I, Filiz Kitabevi, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 378.

durumların tapu kütüğünde yer alan “Şerhler” kısmına kaydedilebilmesini düzenlemektedir (TMK m. 1009-1011). Buna göre şerhler sütununa bazı kişisel (şahsi) haklar³⁸, tasarruf yetkisinin kısıtlamaları ve geçici tesciller kaydedilebilecektir. Şerh ise aynı haklar dışında sınırlı sayıda öngörülen bu hak veya durumların tapu kütüğünde şerhler için ayrılan sütuna yazılmasını ifade eder³⁹.

Şerh edilebilecek kişisel haklar TMK m. 1009/1’de sıralanmaktadır. Bu hüküm uyarınca; “*Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalm, gerialım sözleşmelerinden doğan hakların*” tapu kütüğüne şerh edilmesi mümkündür. Ancak sayılan bu haklar dışında, kanunlarda açıkça şerh edilebileceği öngörülen diğer haklar da tapu kütüğüne şerh edilebilir⁴⁰. Şerh edilebilecek kişisel hakların kanunlarla öngörülmesi, sınırlı sayıda olma ilkesinin bir gereğidir⁴¹. Bir yönetmelik veya tüzük gibi düzenleyici işlemlerle şerh edilebilecek bir kişisel hakka yer verilse bile bu hakkın şerhe ilişkin hükümlerden yararlanması mümkün değildir⁴².

Kişisel hakların şerhi için, tescilde olduğu gibi, bir hukuki sebebin varlığı ve talepte bulunulması gerekmektedir. Şerhin hukuki sebebinin şerhe ilişkin olarak yapılacak anlaşma oluşturur. Bu anlaşmaya ise şerh anlaşması adı verilmektedir. Şerh anlaşması, kişisel hakkı doğuran (esas) sözleşmenin içinde yer alabileceği gibi, ayrı olarak da yapılabilir. Ayrı olarak düzenlenen şerh anlaşmasının, esas sözleşmenin tâbi olduğu şekle uygun yapılması gerekmektedir⁴³.

Şerhin yapılması için gerekli diğer şart; şerhin kütüğe işlenmesine dair talepte bulunulmasıdır. Talepte bulunması gereken kişi, kural olarak taşınmazın

³⁸ Kişisel hak terimi yerine “*nisbi nitelikte hak*” ifadesinin kullanılmasının uygun olduğu yönünde bkz. Aybay, Aydın / Hatemi, Hüseyin: Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul 2014, s. 92; nispi hakların şerhi kullanımı için bkz. Nomer, Haluk Nami / Ergüne, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku (Zilyetlik ve Tapu Sicili), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 121 vd.

³⁹ Ünal/Başpınar, s. 354.

⁴⁰ TMK m. 1009 dışında şerh edilebilecek kişisel haklara örnek olarak; rehinli alacaklının boş dereceye ilerleme hakkı (TMK m. 871/3), yasal ön alım hakkından feragat sözleşmesi (TMK m. 733/2) verilebilir.

⁴¹ Ünal/Başpınar, s. 355; Ayan, s. 402; Aybay/Hatemi, s. 92.

⁴² Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın tapu kütüğüne şerhinin önceden Tapu Sicil Tüzüğünde düzenlendiği, kanunla düzenlenmeyen bir hususun tüzükle öngörülmesi sebebiyle Anayasa m. 35 ve TMK m. 706’ya aykırılık oluşturduğu hakkında bkz. Ertaş, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2017, s.170.

⁴³ Ayan, s. 411; Ünal/Başpınar, s. 356; Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 20. Baskı, İstanbul 2017, s. 215; Ertaş-Eşya Hukuku, s. 171. ancak şekil şartına bağlı olmasa bile şerh anlaşmasının en azından yazılı şekilde yapılması gerektiğine dair bkz. Ayan, s. 411; Sirmen, A. Lale: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 209; Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut: Eşya Hukuku, Beta, İstanbul 2009, s. 316.

malikidir. Ancak istisnaen taşınmaz satış vaadinden doğan hakkın şerhi için sözleşme taraflarından herhangi birinin talepte bulunması kabul edilmektedir (TK m.26/7)⁴⁴.

Kişisel hakların şerhinde değinilmesi gereken bir diğer husus ise şerhin ne kadar süreyle geçerli olacağıdır. Kanunlarda öngörölmüş bir süre mevcut değilse, şerhin süresi alacağın süresinden fazla olamaz. Diğer bir deyişle kişisel hakkın süresi kadar şerh yapılabilir. Ancak bazı durumlarda şerhin yapılabileceği azami süre belirlenmiştir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde bu süre 5 yıl olarak verilmişken (TK m. 26/8), ön alım, alım ve geri alım sözleşmelerine ilişkin şerh en fazla 10 yıl için yapılabilir (TMK m. 735/2, 736/2)⁴⁵.

Kişisel hakların şerhi açısından verdiğimiz bu genel bilgilerin sonrasında esas konumuz olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi ayrıntılı şekilde ele alınacaktır.

B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi

1. Kanuni Dayanak

TMK m. 1009 ile şerhler açısından getirilen bir yenilik, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerh edilebilen kişisel haklara eklenmesidir. TMK m. 1009 gereğince şerh edilecek olan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi değildir. Şerh ile etkisi kuvvetlendirilmek istenen, bu sözleşmeden doğan hak⁴⁶. Söz konusu madde ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi yasal dayanağa kavuşmuş bulunmaktadır.

TMK m. 1009 düzenlemesinden önce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilebileceği, herhangi bir kanunda yer almamıştır. Ancak 7.6.1994 tarihli ve 21953 sayılı RG’de yayınlanan Eski Tapu Sicil Tüzüğü (ETST) 55/1-c, kişisel hakların şerhi için aranacak belgeler arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini “*kat karşılığı inşaat hakkı için noterde düzenlenen sözleşme*” ifadesini kullanarak zikretmektedir. Görölmektedir ki, ETST m. 55 kişisel hakkın şerhi için aranan belgeler arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini sayarak, bu sözleşmeden doğan hakkın şerh edilebileceğini öngörmektedir. Oysa şerh sınırlı sayıda belirtilen hak veya durumların tapuya kaydedilmesini ifade etmektedir. Kişisel hakların şerhinin ilk koşulu ise, hakkın şerh edilmesine imkân sağlayan kanuni bir düzenlemenin varlığıdır. TMK m. 1009 düzenlemesinden önce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilebileceğine dair herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle ETST m. 55’te kişisel hakkın şerhi

⁴⁴ Ayan, s. 412; Ertaş-Eşya Hukuku, s. 171; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 215; Akipek/Akintürk, s. 316.

⁴⁵ Sirmen, s. 210; Akipek/Akintürk, s. 320; Ünal/Başpınar, s. 357-358; Ertaş-Eşya Hukuku, s. 172.

⁴⁶ Sarı, s. 275.

için aranan belgeler arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sayılmış olması, sınırlı sayıda olma ilkesine aykırı görülmekte ve belirtilen sebeple de doktrinde eleştirilmektedir⁴⁷.

TMK m. 1009'da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilebileceğine yer verilmesiyle, bu konuda kanuni dayanak sağlanmıştır. Böylece şerhler açısından geçerli olan sınırlı sayıda olma ilkesine aykırılık ortadan kalkmıştır. Madde gerekçesinde de, uygulamada sıkça karşılaşılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhinin ETST m. 55'te yer almasına rağmen kanuni dayanağı bulunmadığı ifade edilmiş ve kanuni dayanağı sağlamak üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın TMK m. 1009'a eklendiği belirtilmiştir⁴⁸.

2. Şerhin Yapılması

Kişisel hakların şerhi için öncelikle kanuni bir dayanak olması gerektiğini belirtmiştik. Şerh edilmesine ilişkin kanuni dayanağı bulunan hakkın, tapu kütüğündeki şerh sütununa şerhinin yapılması içinse, şerhin hukuki sebebini teşkil edecek şerh anlaşması ile şerhe ilişkin talebin yapılması gerekmektedir. Bu durumda kişisel hakkın şerhi için gerekli olan şerh anlaşması ve şerhe ilişkin talep konularına değinmek gerekir. Ayrıca şerhin ne kadar süreyle verildiği de değinilmesi gereken diğer bir konudur. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinin yapılması hakkındaki bu konulara geçmeden önce, bu sözleşmeden doğan hangi hakkın şerh edileceği incelenmelidir.

a. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan ve Şerhi Mümkün Olan Hak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklar yukarıda ele alınmıştır. Tarafların asli borçlarının; yüklenici bakımından bina yapma yani eser meydana getirme borcuna karşılık, arsa sahibinin sözleşmede kararlaştırılan arsa paylarını yüklenici üzerine geçirmesi borcunun olduğu ifade edilmişti. Asli borçların yanı sıra yan borçların da bulunduğu, arsa sahibinin arsayı, üzerinde inşaat yapmaya uygun olarak teslim etmesinin buna örnek olduğu belirtilmişti⁴⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bu hakların hangisinin şerh edileceği ya da hangi hakkın kuvvetleneceği, ortaya çıkacak sorunların çözülmesi bakımından önem arz etmektedir.

⁴⁷ Sarı, s. 274, dn.3; Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 8. Bası, İstanbul 2001, s. 178, dn.424a.

⁴⁸ Helvacı, İlhan: Türk Medeni Kanunu, C. IV, Eşya Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 743.

⁴⁹ Bkz. I-E.

Şerhi mümkün olan kişisel hakların, taşınmazın kullanılması veya taşınmazda aynı hak değişikliğine yol açması ile ilgili olduğu ifade edilmektedir⁵⁰. Başka bir ifadeyle, kanunlarda şerhi mümkün kılınan haklar taşınmazla ilgili olması sebebiyle, tapu kütüğünde ayrı bir sütuna kaydedilme imkânını elde etmişlerdir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ise yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan arsa payının kendisine devrini isteme hakkı karşısında arsa sahibinin binanın yapılmasına dair bir alacak hakkı bulunmaktadır. Bu açıdan yüklenicinin hakkı taşınmazda aynı hak değişikliğine yol açabilecek niteliktedir. Yüklenicinin arsa sahibine karşı hakkını ileri sürmesi ile belli arsa payları yükleniciye geçirilecek ve bu durumda taşınmazda aynı hak değişikliği meydana gelecektir. Belirtilen sebeple, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan, yüklenicinin sözleşmede belirlenen arsa payının kendisine geçirilmesini isteme hakkının tapu kütüğüne şerh edilebilen bir hak olduğu kabul edilmektedir. Arsa sahibinin inşaatın yapılmasına dair hakkı, taşınmazda aynı hak değişikliğine yol açmaması nedeniyle, şerhle etkisi kuvvetlendirilen bir hak olarak görülmemektedir⁵¹. Ayrıca yüklenicinin yapıyı yapıp, teslim etmesine kadar ki süre içinde arsa sahibinin arsa üzerinde tasarruf yetkisine dayanarak, arsayı üçüncü kişilere devretme imkânı vardır. Şerh imkânının esas olarak yükleniciyi bu duruma karşı korumak amacıyla getirildiği ifade edilmektedir⁵². Görülmektedir ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilmesinden, bu sözleşme dolayısıyla yüklenici lehine ortaya çıkan ve belli arsa paylarının kendine geçirilmesini içeren hakkın şerhi anlaşılmalıdır. Aksi takdirde, bu sözleşmeden doğan tüm hakların şerh edilebileceğinin kabulü, sınırlı sayıda olma ilkesinin geçerli olduğu şerhler açısından kapsamı oldukça genişletecek ve sınırlı sayıda olma ilkesine ters düşecektir.

Şimdiye kadar bahsettiğimiz durum, yüklenicinin yapıyı yapıp teslim etmesi ile arsa sahibinden sözleşmede belirlenen bağımsız bölümlerin devrini talep edebileceği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkindir. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sözleşme serbestisi gereğince farklı çeşitlerde yapılabilmektedir⁵³. Sözleşmenin türüne göre yüklenicinin korunma ihtiyacı değişmekte, dolayısıyla yüklenicinin hakkını şerh ettirmesi veya gereği de ortadan kalkabilmektedir.

Arsa payının tamamının işin başında yükleniciye devredildiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, artık arsa sahibinin arsa paylarını üçüncü

⁵⁰ Sungurbey, İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, Sermet Matbaası, İstanbul 1963, s. 41-42; Akipek/Akıntürk, s. 314; Sarı, s. 277.

⁵¹ Sarı, s. 278; Gümüşsoy Karakurt, Güler: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şerhi", Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ'a Armağan, C. I, İKÜHFD, C. 16, S. 2, Temmuz 2017 (Özel sayı), Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 773.

⁵² Gümüşsoy Karakurt, s. 773.

⁵³ Bkz. I-C.

kişilere satma imkânı yoktur. Bu nedenle yüklenicinin korunması için hakkını şerh ettirmeye ihtiyacı kalmadığından şerh de gerekli olmamaktadır⁵⁴. Ancak bu çeşit sözleşmenin yüklenici açısından bir menfaat sağlamayacağını belirten ve yapılan şerhin arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullandığı durumlarda önem arz edeceğini ifade eden bir görüş bulunmaktadır. Buna göre yüklenicinin üçüncü kişilere payları devrettiği ve arsa sahibinin de sözleşmeden dönme hakkını kullandığı durumda, şerhin varlığı ile tescillerin yolsuz hale geleceği belirtilmektedir. Bu durumda yolsuz tescile dayanarak devralan üçüncü kişilerin (TMK m. 1023) şerh nedeniyle iyi niyet iddialarının dinlenmeyeceği savunulmaktadır⁵⁵.

Buna karşılık Aybay/Hatemi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhi ile amaçlananın, arsa sahibinin dönme hakkının yeni maliklere karşı güçlendirilmesi olmadığını ifade etmektedir. Yazar, şerhin esas amacının yeni paydaşların sözleşme hükümleri ile bağlılığını sağlamak olduğunu belirterek; bu sözleşmeden doğan şerhin bağlayıcılık şerhi olduğunu savunmaktadır⁵⁶. Sarı ise arsanın yükleniciye geçirildiği durumlarda, yüklenicinin payları üçüncü kişilere devretmesine rağmen, şerh ile arsa sahibinin hakkının güçlenmeyeceğini belirtmektedir⁵⁷. Kanımızca, arsa payı sahibinin sözleşmeden doğan alacak hakkı taşınmazda aynı hak değişikliğine ilişkin değildir. Bu nedenle arsa sahibinin hakkının, şerhten etkilenmesi isabetli olmayacaktır. Ayrıca arsanın yükleniciye sözleşme başında veya inşaat ilerledikçe arsa payını devretmesi gibi sözleşmenin çeşitli hallerinde, arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmektedir. Bu durumda arsa sahibinin tamamen korumasız olmasından da bahsedilemez.

Sözleşmede yükleniciye verileceği kararlaştırılan arsa paylarının, yükleniciye işin başında devredildiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin korunma ihtiyacı olmadığından şerhten bahsedilememektedir. Çünkü yüklenici, hakkına en baştan kavuşmuş olmaktadır⁵⁸.

İnşaatın geldiği aşamaya göre kısım kısım devrin yapıldığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise arsa sahibinin, payları üçüncü kişilere satma ihtimali gündeme geleceği için yüklenicinin şerh ile korunma imkânı kabul edilmektedir⁵⁹. Sözleşmenin ve yükleniciye verilen temsil yetkisinin resmi şekilde yapıldığı durumda ise yüklenicinin aynen ifa talebinin varlığı nedeniyle şerhin mümkün olduğu belirtilmektedir⁶⁰.

⁵⁴ Sarı, s. 285; Gümüşsoy Karakurt, s. 773; Gümüş-Şerh, s. 117.

⁵⁵ Gümüşsoy Karakurt, s. 774; Erman, s. 10-11.

⁵⁶ Aybay/Hatemi, s. 95-96.

⁵⁷ Sarı, s. 278.

⁵⁸ Gümüş-Şerh, s. 118.

⁵⁹ Gümüşsoy Karakurt, s. 776.

⁶⁰ Temsil yetkisi tanınmanın ifa uğruna edim sayıldığına dair bkz. Gümüş-Şerh, s. 119.

Şerh imkânının olup olmadığı düşünülürken şu tarzda bir genellemeye başvurulabilir; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tiplerinden, mülkiyet payı devrinin ileriki bir tarihe bırakılması durumunda yüklenicinin korunma ihtiyacı doğacağından bu koşulu sağlayan sözleşmelerde, hakkın şerhi mümkündür. Ancak mülkiyet payına ilişkin ifa, süre geçmeden gerçekleştirildiyse şerhin herhangi bir işlevi olmayacağından, şerhten bahsedilemez⁶¹.

Son olarak yan borçların şerhinin mümkün olup olmadığından bahsetmek gerekir. Sarı, yüklenicinin alacak hakkı yanında alacak hakkının ifasına yardım eden ve bağımsız olarak talep ve dava imkânı olmayan yan borçların taşınmaza ilişkin olması durumunda şerh etkisinden yararlanılacağını ifade etmektedir. Şerhin etkisinden yararlanabilecek yan borca örnek olarak; arsa sahibinin yükleniciye arsayı, üzerine yapı yapmaya elverişli olarak teslim etmeye ilişkin borcu verilebilir. Bu yan borçtan doğan yükleniciye ait alacak hakkı bu etkiden yararlanabilecektir⁶².

b. Şerh Anlaşması

Kişisel hakların şerh edilebilmesi için alacağı meydana getiren sözleşmenin yanı sıra şerhe ilişkin ayrı bir anlaşmanın yapılması gerekir. Şerh anlaşması, şerhin yapılmasını amaçlayan sözleşmeye verilen isimdir⁶³. Bu sözleşme, kişisel hakkı doğuran sözleşmenin içinde yer alabileceği gibi, esas sözleşmeden ayrı da yapılabilir. Ancak taşınmaz satış vaadinden doğan hakkın şerhi açısından bir istisna bulunmaktadır. Buna göre taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın şerhi için şerh anlaşması yapılması aranmamaktadır⁶⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerh edilebilmesi için şerh anlaşmasının aranıp aranmayacağı hakkında Erdal, iki görüş bulunduğunu ifade etmektedir⁶⁵. Buna göre birinci görüş, genel kural gereğince şerh anlaşmasının yapılması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁶. Ayrıca Sarı, taşınmaz vaadi sözleşmesiyle bağlantılı olarak yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin

⁶¹ Sarı, s. 285.

⁶² Sarı, s. 278.

⁶³ Ünal/Başpınar, s. 356.

⁶⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 379-380; Ayan, s. 411-412; Sirmen, s. 210; Ünal/Başpınar, s. 357; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 215; Aybay/Hatemi, s. 105; Ertaş-Eşya Hukuku, s. 171; Akipek/Akıntürk, s. 316; Sungurbey, s. 47.

⁶⁵ Erdal, s. 855.

⁶⁶ Gümüş-Şerh, s. 120; Sarı, s. 288-289. Bazı yazarlar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi için şerh anlaşmasının aranıp aranmayacağına dair ifadeye yer vermemektedir. Ancak bu yazarlar şerh anlaşmasının aranmadığı kişisel hak olarak, taşınmaz satış vaadinden doğan hakkı göstermektedir. Dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhini istisna içinde değerlendirmediklerinden, bu yazarların da bu sözleşmeden doğan hakkın şerhi için şerh anlaşmasının varlığını aradığı sonucu çıkarılabilir. bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 215-216; Ünal/Başpınar, s. 357.

şerh edilmesinde dahi şerh anlaşmasının yapılması gerektiğini; bu sözleşmenin taşınmaz vaadi sözleşmesi ile bağlantılı olmasının istisnai duruma yani şerh anlaşmasının aranmamasına yol açmadığını belirtmektedir⁶⁷.

İkinci görüş,TK m. 26/7’de bulunan ifadeye dayanarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi için şerh anlaşmasının aranmadığını savunmaktadır⁶⁸. TK m. 26/7; “*Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi*⁶⁹*mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir*” ifadelerine yer vermektedir. Buna göre, geçerli bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerh için yeterli olduğu, ayrıca bir şerh anlaşmasına gerek olmadığı belirtilmektedir⁷⁰. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinde, şerh anlaşmasının aranmadığına ilişkin olarak gösterilen diğer dayanak ise TST’nin 47. maddesidir. TST m. 47/1-c kişisel hakların şerhi için aranan belgeler arasında; “*Alım, taşınmaz satış vaadi, başıslama vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat hakkı için noterce düzenlenen sözleşmeyi*” saymakta ve bu düzenlemenin de şerh anlaşmasına gerek olmadığını teyit edici nitelikte olduğu ifade edilmektedir⁷¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinde şerh anlaşmasının gerekli olup olmadığının anlaşılması için TK 26/7’nin incelenmesi gerekir. TK’nın 26/7. maddesine karşılık gelen, eski 26/5. maddesi “*Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir*” şeklindeydi. Bu madde çerçevesinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın şerhi açısından şerh anlaşmasının aranmadığı ifade edilmekteydi⁷². Ancak 15.1.2009 tarihli 5831 sayılı Tapu Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un birinci maddesi, bu hükmü “*ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri*” ifadesini eklemiştir. Böylece TK m. 26/7; “*Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Görülmektedir ki, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi için şerh anlaşmasının aranmadığı yönünde yorumlanan hükmün anlamı değiştirilmemiş, sadece hükme arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ifadesi eklenmiştir. Buradan da arsa payı

⁶⁷ Sarı, s. 290-291.

⁶⁸ Ayan, s. 412; Erdal, s. 855; Sirmen, s. 210; Gümüşsoy Karakurt, s. 779; Nomer/Ergüne, s. 122.

⁶⁹ Şimdiki 1512 sayılı Noterlik Kanunu 60. madde.

⁷⁰ Sirmen, s. 210.

⁷¹ Erdal, s. 856.

⁷² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 380.

karşılığı inşaat sözleşmesinin, hükmün kapsamına dâhil olması nedeniyle; bu sözleşmeden doğan hakkın şerhi için şerh anlaşmasının aranmadığı sonucuna ulaşılabilecektir.

Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi için genel kurallar gereğince şerh anlaşmasının gerekli olduğu yönündeki savunma, bahsettiğimiz TK'nın 2009 değişikliğinden önceki 26/5. maddesinin bulunduğu düzenlemeye ilişkindir. TK'nın eski 26/5. maddesi bakımından birinci görüşün savunulması isabetlidir. Ancak 2009 değişikliği ile bu maddeye yapılan ekleme sonucunda birinci görüşün herhangi bir hükmünün kalmadığı söylenebilir.

Son olarak belirtilmelidir ki, hâlihazırda yürürlükte olan TK m.26/7 karşısında ikinci görüş geçerli ve isabetlidir.

c. Şerh Talebi

Tapu kütüğüne yapılan kayıtlar bakımından aranan ve şerh için de olması gereken diğer bir şart, yetkili kişi tarafından talepte bulunulmasıdır (TST m. 16). Şerhin yapılması için talepte bulunacak kişi, tapu sicilinde hak sahibi olan taşınmaz malikidir (TST m. 17)⁷³. Ancak istisnai olarak taşınmaz satış vaadi sözleşmesi açısından sözleşmenin her iki tarafının da talepte bulunma imkânı vardır (TK m. 26/7)⁷⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhini kimin talep edebileceği ise cevaplanması gereken bir sorudur. Bu sözleşmeden doğan hakkın şerhini talep edebilecek kişi sadece taşınmaz maliki midir yoksa taraflardan herhangi biri şerhin yapılmasını isteyebilecek midir? Doktrinde bazı yazarlar⁷⁵ taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yanı sıra arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarından her birinin şerhi isteyebileceğini belirtmektedir.

Kanımızca, bahsettiğimiz soruya cevap verebilmek için taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde taraflardan herhangi birinin talepte bulunmasını öngören TK m. 26/7'yi incelemek gerekir. Söz konusu madde, noterlerce düzenlenen taşınmaz satış vaadi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflardan birinin istemi üzerine tapu siciline şerh verilebileceğini düzenlemektedir. TK'daki bu düzenlemeye, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ifadesi, 15.1.2009 tarihli 5831 sayılı Tapu Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un birinci maddesi ile eklenmiştir.

Görülmektedir ki, Tapu Kanununda, 2009'da yapılan değişiklik öncesinde taraflardan herhangi birinin talepte bulunacağı istisna hal olarak sadece taşınmaz satış vaadi öngörülmektedir. Ancak 2009'da yapılan ekleme ile

⁷³ Ünal/Başpınar, s. 356; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 215; Ayan, s. 412; Akipek/Akıntürk, s. 316; Nomer/Ergüne, s. 122.

⁷⁴ Ayan, s. 412; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 215; Ünal/Başpınar, s. 356-357.

⁷⁵ Sirmen, s. 210; Ayan, s. 412; Nomer/Ergüne, s. 122; Gümüşsoy Karakurt, s. 780.

arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hak açısından da istisna kabul edilerek, bu hakkın şerhine ilişkin talebi taraflardan herhangi birinin yapabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilmesini taşınmazın maliki isteyebileceği gibi, yüklenici de şerhe ilişkin talepte bulunabilecektir.

d. Şerhin Süresi

Kişisel hakların tapu kütüğüne şerh verilmesinde önemli diğer bir husus şerhin ne kadar süreyle yapılacağıdır. Bazı hakların ne kadar süreyle şerh edilebileceği kanuni bir düzenleme ile belirtilmiştir. Alım, geri alım ve ön alım hakkına ilişkin getirilen azami şerh süresi şerh tarihinden itibaren 10 yıldır (TMK m. 735/2, 736/2). Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi açısından bu süre şerh tarihinden itibaren 5 yıl olarak belirlenmiştir (TK m. 26/8). Bunların dışındaki diğer şerhi mümkün olan kişisel hakların şerh süresi, taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Bu haklar açısından kanuni azami süre öngörülmemesine rağmen, şerh ancak kişisel hakkın var olduğu sürede geçerli olacak, kişisel hakkın ya da bunu sağlayan sözleşmenin süresinin sona ermesi ile şerh de sona erecektir⁷⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi için herhangi bir süre olup olmadığına değinmek gerekir. Bu konuda, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi için 5 yıllık süreyi öngören TK m. 26/8 incelenmelidir. İlgili hüküm “Şerhten itibaren beş yıl içinde satış yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse işbu şerh tapu *sicilmüdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından re’sen terkin olunur*” şeklindedir. Bu düzenlemeden taşınmaz satış vaadinden doğan hakkın şerhinin en fazla 5 yıl için yapılabileceği sonucu çıkarılmaktadır. Şerh anlaşması ve şerh talebi konularında bahsettiğimiz gibi 2009 yılında TK eski m. 26/5’e arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi eklenmiştir. Bu ekleme ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından da şerh anlaşmasının aranmayacağı sonucu ortaya çıkmıştır. TK’nın eski 26/5. maddesine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin bir ifade eklenmesine rağmen, eski 26/6. maddesine (şimdiki TK m. 26/8) bu sözleşmeye ilişkin bir ibare eklenmemiştir. Şerhlerin sınırlı sayıda olması nedeniyle şerhe ilişkin yapılacak istisnaların kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu durumda TK m. 26/8’de belirlenen 5 yıllık sürenin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin şerh açısından geçerli olup olmayacağı ortaya konulmalıdır.

Doktrinde bir görüş⁷⁷ taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerhinde olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından da azami 5 yıllık olan şerh süresini kabul etmektedir.

⁷⁶ Sirmen, s. 211; Ertaş-Eşya Hukuku, s. 172; Akipek/Akıntürk, s. 320; Ünal/Başpınar, s. 357-358.

⁷⁷ Sirmen, s. 210; Gümüşsoy Karakurt, s. 780.

2009 değişikliği öncesinde belirtilen bir diğer görüş ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için herhangi bir süre öngörülmediği, bu nedenle de hakkın sona ermesine kadar şerhin geçerli olduğunu kabul etmektedir⁷⁸. Bu görüş değişiklik öncesi durum açısından isabetli olup, şerh anlaşması açısından da ifade ettiğimiz gibi şu anki düzenleme karşısında hükümsüzdür.

Aybay/Hatemi ise bu şerhin dar anlamda nisbi hak şerhi değil bağlayıcılık şerhi olduğunu ifade ederek; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, kat mülkiyetine geçiş tamamlanıncaya kadar şerh süresinden yararlanabileceğini ifade etmektedir⁷⁹.

Özmen/Karaman ise amaçsal yoruma dayanarak inşaatın farklı esaslı noktalara dayandığı gerekçesiyle beş yıllık sürenin bitmesi ile şerhin resen terkin edilmemesi gerektiğini savunmaktadır⁸⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhi için 5 yıllık azami süreyi kabul etmesine rağmen, şerhlerin sınırlı sayıda olmasından ötürü TK m. 26/8'in daha açık olarak düzenlenmesi gerektiğini ifade eden bir görüş de yer almaktadır⁸¹. TK 26/8'in daha açık bir düzenlemede bulunması elbette yerinde olacaktır; ancak kanımızca bu haliyle de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanması açısından herhangi bir sakınca olmadığı benimsenmelidir. Nitekim TK m. 26/7 ile 26/8 bağlantılı fıkralar olup, 26/7'ye eklenen ifade TK 26/8 açısından da geçerli olacaktır. Ayrıca Tapu Kadastro Müdürlüklerine gönderilen 2009/6 sayılı Genelge de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından 5 yıllık sürenin uygulanacağını belirtmektedir⁸². Kanımızca, mevcut düzenleme arsa payı

⁷⁸ Bu konuda istisnai düzenleme olmadığı ve şerhe dair genel kuralların uygulanacağı hakkında bkz. Sarı, s. 291.

⁷⁹ Aybay/Hatemi, s. 105.

⁸⁰ Özmen, Etem Saba/Karaman, Tuba Akçura: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları", İBD, C. 87, S. 1, Ocak-Şubat 2013, s. 72.

⁸¹ Erdal, s. 857-858.

⁸² "B - SATIŞ VAADİ VE ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN ŞERHİ VE TERKİNİ: 5831 Sayılı Kanunun 1 nci maddesi ile değişik 2644 sayılı Kanunun 26 ncı maddesinin 7 nci fıkrası " Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir." Ve ayrıca 8 nci fıkrası " Şerhten itibaren beş yıl içinde satış yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse işbu şerh tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından re'sen terkin olunur." Hükmündedir. Buna göre; Satış Vaadi veya Arsa Payı Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin mevzuat çerçevesince Noterlerce düzenlenmiş ve sözleşmenin şerh edilemeyeceğine dair aksine bir hüküm yok ise şerh taraflardan birinin talebi ile şerh edilebilir. Tapu siciline şerh edilmesinden itibaren 5 yıl sonra sözleşme şartları yerine getirilmez ise tapu maliki talep etmesi ve terkin harcının yatırılması halinde terkin edilmesini isteyebilir. Şerh terkin edilmesi halinde Türk Medeni Kanununun 1019 maddesi uyarınca lehtar bilgi verilmesi gerekmektedir. Ayrıca, Satış Vaadi veya Arsa Payı Kat Karşılığı Sözleşmeleri şerh edildikten sonra; şerhin süresi dolmadan, terkin harcı tahsil edilmek kaydı ile şerh lehtarı tarafından talep etmesi halinde şerh terkin edilebilir".

karşılığı inşaat sözleşmesine 5 yıllık süreyi uygulamak için yeterli olup, açık bir düzenlemenin yapılması elzem değildir.

3. Şerhin Etkisi

Kişisel hakkın şerh edilmesi ile bir takım sonuçlar meydana gelecektir. Şerhin yapılması ile meydana gelen sonuçlar, şerhin etkisi ya da şerhin hükmü olarak ifade edilmektedir. TMK m. 1009/2; “*Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir*” şeklindeki düzenleme ile şerhin etkisini belirtmektedir. Ancak şerhin bu etkiyi nasıl sağladığı doktrinde tartışmalı olup, bu konu hakkında değişik görüşler mevcuttur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hak açısından şerhin etkisini incelemek için önce bu görüşlere değinmek gerekir⁸³.

Şerhin iki etkisi olduğunu savunan hâkim görüşe göre⁸⁴; kişisel hakkı doğuran ilişkiden meydana gelen yükümlülüğün, taşınmaz mülkiyetine bağlandığı ve böylece eşyaya bağlı borç ilişkisinin oluştuğu belirtilmektedir. Bu durumda şerhten sonra arsayı devralan yeni malikin borçtan sorumluluğu ortaya çıkar. Şerhin “*eşyaya bağlı borç etkisi*” olarak adlandırılan etkinin, şerhi mümkün olan hak için ilgili hükümlerde ayrı ayrı belirtildiği ifade edilmektedir (TMK m. 695/2, m.735, m.736, m. 871/3, TK m. 26/6). Şerhin diğer etkisi ise, şerh edilen hak ile bağdaşmayan ve şerhten sonra kazanılansınırlı aynı hakların veya bir başka kişisel hakkın şerhi yoluyla kazanılan hakların⁸⁵ bertaraf edilmesini sağlayan “*munzam (ayni)*” etkidir. Munzam etkinin, şerh edilen kişisel hakların hepsi açısından TMK m. 1009/2 ile kabul edildiği ifade edilmektedir.

Şerhin eşyaya bağlı borç etkisine ilişkin olarak ise taşınmazın borç doğduktan sonra yeni malike devri ile borç doğmadan önce devri arasında farklı görüşler mevcuttur. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, eşyaya bağlı borç etkisinin borcun doğumuna kadar olabileceğini ifade etmekte, borcun doğumu ile munzam etkinin başladığını savunmaktadır⁸⁶. Sirmen de taşınmazın her malikin kendi döneminde doğacak borçlardan sorumlu olduğunu ifade etmektedir⁸⁷. Buna

⁸³ Ünal/Başpınar, şerhin etkisini incelerken klasik ve modern olmak üzere iki görüşe yer vermektedir. Klasik görüşe göre şerh ile hak, aynı etki kazanarak taşınmaz üzerinde şerhten sonra hak kazananlara ileri sürülebilmektedir. Taşınmaz devredildiğinde yeni malik şerh edilen hakkın kullanılmasına katlanacaktır. Modern görüş ise şerhin eşyaya bağlı hak niteliği kazandırmasına yöneliktir. Ünal/Başpınar, s. 409-410; Klasik ve modern görüş şeklindeki ayırım için ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 384-385.

⁸⁴ Erel, Şafak N.: Eşyaya Bağlı Borçlar, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1982, s. 205-206; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 385-387; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 249-251; Sirmen, s. 211; Ertaş-Eşya Hukuku, s. 170-171; Ayan, s. 416-417; bu görüşten farklı olarak aynı etki görüşü hakkında bkz. Sungurbey, s. 102 vd.; Aybay/Hatemi, s. 103-104; şerhin iki etkisine ilişkin görüşün eleştirisi hakkında bkz. Aybay/Hatemi, s. 104.

⁸⁵ Sirmen, s. 211.

⁸⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 249-250.

⁸⁷ Sirmen, s. 211.

karşılık, Erel, borç eski malikin döneminde doğmuş olsa bile yeni malikin bu borçtan sorumlu olduğunu kabul etmektedir⁸⁸.

Gümüş, şerhin etkisini hakkın niteliğine göre iki farklı biçimde açıklamaktadır. Bunlardan ilki şerhten sonra taşınmaz üzerindeki üçüncü kişiler tarafından kazanılan sınırlı aynı haklar veya şerh edilen kişisel hakların, şerh edilen hakla uyumadığı ölçüde bertaraf edilmesine ilişkindir. İkincisi ise, taşınmaz mülkiyetinin devredildiği hallerde, her kişisel hakkın etkisinin kendi içerisinde değerlendirilmesiyle ayrı ayrı ele alınması şeklindedir⁸⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi ile yüklenicinin mülkiyet devrine ilişkin hakkı kuvvetlenmiş olur. Böylece hakkın, sözleşmenin tarafı olmayan ancak sonradan arsaya ilişkin hak kazanan üçüncü kişilere karşı dahi ileri sürülmesi imkânı doğar. Şerh edilen hak, aynı hakka dönüşmez; sadece etkisi kuvvetlendirilmiş nisbi hak haline gelir. Hakkın şerh edilmesi ile ortaya çıkan bu etkinin nasıl sağlandığı ise doktrinde tartışmalıdır.

Gümüş, şerhin etkisini yasal sözleşme devrine dayalı olarak açıklamaktadır. Buna göre şerh edilen hakka ilişkin olarak arsa sahibi üçüncü kişiye (yeni malik) devir işlemini gerçekleştirdiğinde, yeni malik yasa gereği sözleşmeyi aynı şartlarda devralmış sayılacaktır. Şerhin yasal sözleşme devri etkisi ile yüklenici munzam etki kapsamında hakkını engelleyen sınırlı aynı hakların bertaraf edilmesini isteyebilecektir⁹⁰.

Diğer bir görüş ise şerhin, eşyaya bağlı borç etkisi ile devralan yeni maliki bağlayacağını belirtmekte ve yüklenicinin haklarını bertaraf edecek nitelikteki hak sahipleri açısından ise, munzam etkinin ortaya çıkacağından bahsetmektedir⁹¹. Ancak Gümüş, burada eşyaya bağlı borç ilişkisinin kurulmasının olanaksız olduğunu savunmakta, bunun nedenini ise sözleşmenin yapıldığı anda devir borcunun doğması olarak göstermektedir⁹². Sarı ise sözleşmenin kurulması ile borç doğduğundan eşyaya bağlı borç ilişkisinden bahsedilemeyeceğini ve sadece şerhin munzam etkisinin işlerlik kazanacağını ifade etmektedir⁹³.

Sonuç olarak, yüklenicinin hakkı ile bağdaşmayan diğer hak sahipleri açısından munzam etkisinin varlığı kabul edilmektedir. Ancak eşyaya bağlı borç etkisinin var olup olmadığı net değildir. Eğer eşyaya bağlı borç etkisinin borcun doğumuna kadar olduğu görüşü kabul edilirse, yüklenici şerh edilmiş

⁸⁸ Erel, s. 206.

⁸⁹ Gümüş-Şerh, s. 103-104.

⁹⁰ Gümüş-Şerh, s. 121; bu görüşe uygun olarak yeni malikin, eski malikin yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı haline geleceğine dair bkz. Erman, s. 10.

⁹¹ Avcı, Ali: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Tapuya Şerhi ve Hukuki Sonuçları", SHD, C. 3, S. 1, Temmuz 2015, s. 61; Özmen/Karaman, s. 69.

⁹² Gümüş-Şerh, s. 121.

⁹³ Sarı, s. 294.

hakkını yeni malike karşı ileri süremeyecektir. Aksi olarak borcun eski ya da yeni malik zamanında doğmasının bir fark yaratmayacağı kabul edilirse, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi eşyaya bağlı borç etkisi çerçevesinde ele alınabilecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığında yükleniciye ait ifa ileriye bırakılmaktadır. Ancak ifa ileriye atılsa da bu sözleşmeden borç doğmuş kabul edilmektedir⁹⁴. Bu nedenle eşyaya bağlı borç etkisinin borcun doğumuyla ilgili verilen görüşlerin kabulüne göre durum farklılaşacaktır.

Kanımızca, Gümüş'ün ileri sürdüğü yasal sözleşme devri görüşü, bu sözleşmenin isimsiz bir sözleşme olması ve şerh açısından yasal devre ilişkin de herhangi bir düzenlemenin bulunmaması yönüyle, kabul edilmesi güç bir görüştür. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinin eşyaya bağlı borç etkisine değerlendirilmesi konusunda ise bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Ayrıca bu etkinin borcun doğumuna kadar mı mevcut olacağı ya da borç doğsa bile nasıl etkinin bulunacağı net değildir. Ama şu an mevcut olan şerhin iki etkisine dair hâkim görüş karşısında, bu sözleşmenin eşyaya bağlı borç etkisinin bulunmadığı savunulabilir.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, adı TMK m. 1009'da şerh edilebilecek kişisel haklar içinde yer alan isimsiz bir sözleşmedir. Sözleşme serbestisinin sonucu olarak karşılaştığımız bu sözleşme, uygulamada sıkça kullanılmaktadır. Söz konusu sözleşme uygulamada yer bulduğu ölçüde belli sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu sözleşmeye ilişkin olarak netleştirilmesi gereken bir konu ise hangi hakkın, nasıl ve hangi süre için şerh edilebileceği, ayrıca şerh ile nasıl bir etkinin ortaya çıkacağıdır.

Tapu siciline şerh edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi değil, bu sözleşmeden doğan haktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, bir tarafın borcu diğerinin alacak hakkına denk gelmektedir. Tapudaki şerh sütununa şerh edilecek hak ise, yüklenicinin taşınmazda aynı değişikliğe yol açabilecek hakkıdır. Bu hak, arsa sahibinin sözleşmede belirlenen arsa paylarına karşılık gelen bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devrine ilişkindir. Arsa sahibinin hakkı ise bağımsız bölümlere sahip yapının yapılmasına yönelir. Arsa sahibinin hakkı taşınmazda aynı hak değişikliğine mahal verecek bir hak olmayıp, şerhi de mümkün değildir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin şerh imkânının varlığı, yüklenicinin sahip olduğu hakkın, şerh ile korunma ihtiyacına göre değişmektedir. Uygulamada bu sözleşmenin farklı görünüm biçimleri bulunmakla birlikte, yüklenicinin işin başında arsa paylarına kavuştuğu biçimler açısından korunma ihtiyacı bulunmamaktadır.

⁹⁴ Sarı, s. 294.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi için şerh anlaşmasının gerekli olup olmadığı hakkında iki görüş varmış gibi görünmesine karşılık, şerh anlaşmasını gerekli gören birinci görüşün, Tapu Kanunu'na 2009 yılında getirilen değişiklikten önceki düzenlemeye ilişkin olması nedeniyle; şu an için geçerli tek bir görüşün olduğu savunulabilir. Bu görüşe göre, TK m. 26/7 gereğince bu sözleşmeden doğan hakkın şerhi için herhangi bir şerh anlaşması aranmamaktadır.

Kanun koyucu bazı şerh edilebilecek haklar açısından azami şerh süresi öngörmektedir. Azami şerh süresi öngörülen hallerde bu sürenin sona ermesi ile şerh de sona erer. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için TK'ya 2009 yılında getirilen değişiklik öncesinde azami süre öngören bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak TK m. 26/8'e yapılan ekleme ile bu maddenin ilişkili olduğu TK m. 26/8 bu sözleşmeden doğan hakkın şerhi için uygulanarak, bu sözleşmeye dair şerh azami olarak 5 yıl süreyle yapılacaktır.

Şerhin yapılması için şerh anlaşması dışında bulunması gereken bir diğer şart ise şerhe ilişkin talepte bulunmaktır. Kural olarak şerhi talep edebilecek kişi taşınmaz maliki olup, TK m. 26/7'ye yapılan ekleme sonucunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan şerhin talebi her iki tarafça dayanabilir. Bu durumda şerhi arsa sahibinin yanı sıra yüklenicinin de talep etme imkânı mevcuttur.

Kişisel hakların şerh edilmesi halinde, kişisel hak kuvvetlenerek sözleşmenin tarafı olmayan ve şerh sonrasında taşınmaz üzerinde hak kazanan üçüncü kişilere ileri sürülebilir. Şerhin bu etkisi doktrinde değişik şekillerde açıklanmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinin etkisi de, bu sözleşmenin isimsiz sözleşme olması ve ayrıntılı düzenlemelere sahip olmamasından ötürü tartışmaya açıktır. TMK m. 1009/2 gereği bu sözleşmedeki şerhin munzam etkisinin olduğu tartışmasızdır. Ancak, eşyaya bağlı borç etkisinin bulunup bulunmadığı konusunda bir netlik olmasa da, borcun sözleşme ile doğması ve ifanın ileriye atılmasının bu durumu değiştirmemesi nedeniyle bu etkinin bulunmadığı görüşüne katılmak mümkündür.

KAYNAKÇA

- Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut: Eşya Hukuku, Beta, İstanbul 2009.
- Avcı, Ali: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Tapuya Şerhi ve Hukuki Sonuçları", SHD, C.3, S.1, Temmuz 2015, s.41-66.
- Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin: Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, 4.Bası, İstanbul 2014.
- Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku I, Seçkin Yayınları, 13.Baskı, Ankara 2016.
- Durak, Yasemin: "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi", İnÜHFD, Özel Sayı, C.1, 2015, s.207-252.
- Erel, Şafak N.: Eşyaya Bağlı Borçlar, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1982.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2018.
- Erman, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul 2010.
- Ertaş, Şeref: "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri", Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birselle Armağan, İzmir 2001, s. 79-92 (Ertaş-Kat Karşılığı).
- Ertaş, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2017 (Ertaş-Eşya Hukuku).
- Gümüş, Mustafa Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Vedat Kitapçılık, 2.Bası, İstanbul 2007 (Gümüş-Şerh).
- Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, Vedat Kitapçılık,3. Bası, İstanbul 2014 (Gümüş-Borçlar).
- Gümüşsoy Karakurt, Güler: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şerhi", Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ'a Armağan, C.I, İKÜHFD, C.16, S.2, Temmuz 2017 (Özel sayı), Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s.769-785.
- Helvacı, İlhan: Türk Medeni Kanunu, C. IV, Eşya Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Karahasan, Mustafa Reşit: İnşaat İmar İhale Hukuku, C.1, Beta, İstanbul 1997.
- Kartal, Bilal: "Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi", Yargıtay Dergisi, C.9, S.1-2, Ocak-Nisan 1983, s.96-113 (Kartal-Arsa Payı).
- Kartal, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi (Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi), Matsa Basımevi, Ankara 1993 (Kartal-Kat Karşılığı).

Kaya, Özgür Katip: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Kazancı Hukuk Yayınları No:124, İstanbul 1993.

Kırca, Çiğdem: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu-Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 2007, s.77-98.

Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku (Zilyetlik ve Tapu Sicili), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 8.Bası, İstanbul 2001.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 20.Baskı, İstanbul 2017.

Özmen, Etem Saba/Karaman, Tuba Akçura: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”, İBD, C.87, S.1, Ocak-Şubat 2013, s.47-74.

Sirmen, A. Lale: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2018.

Sungurbey, İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, Sermet Matbaası, İstanbul 1963.

Tandoğan, Haluk: Borçlar hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Vedat Kitapçılık, 5.Basım, İstanbul 2010.

Tekinay, Selâhattin Sulhi/ Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: Tekinay Eşya Hukuku, C.I, Filiz Kitabevi, 5.Bası, İstanbul 1989.

Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, Savaş Yayınevi, 9.Baskı, Ankara 2017.

Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta, 10.Bası, İstanbul 2014.

Yener, Mehmet Deniz: “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları”, İÜHFİM, C.LXV, S.2, 2007, s.371-382.

www.legalbank.net