

# ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAKKIN ŞERHİ

Yard. Doç. Dr. Suat Sarı\*

## I. Genel Olarak

Bilindiği üzere, özel hukuk hakları yönünden yapılan temel ayırımlardan bir tanesini, mutlak hak- kişisel (nisbî) hak ayırımı oluşturmaktadır. Bu ayırımda; mutlak haklar, herkesin uygun davranmakla yükümlü bulunduğu ve bu sebeple herkese karşı ileri sürülebilir haklardır. Kişisel haklar ise, sadece belirli bir kişi veya kişilere karşı ileri sürülebilir haklar niteliğindedir<sup>1</sup>. Bununla beraber, taşınmazlara ilişkin bazı kişisel hakların, tapu kütüğüne şerh verilerek etkisinin güçlendirilmesi mümkündür. Ancak, bu imkân yalnızca kanunda öngörülen kişisel haklar yönünden bulunup, kişisel hakların şerhinde sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi geçerlidir<sup>2</sup>. Kişisel hakların şerhinde sınırlı sayı

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Söz konusu ayırım ve tanımlar için, Ferit H. Saymen, Türk Medenî Hukuku, Cilt I: Umumî Prensipler, 3. bası, İstanbul 1960, sh. 198 vd.; Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 13. bası, İstanbul 2006, sh. 120; Selâhattin Sulhi Tekinay, Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. bası, İstanbul 1992, sh. 132 vd.; AYTEKİN ATAAY, Medenî Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler- Genel Kavramlar, 4. bası, İstanbul 1995, sh. 369 vd.; HASAN ERMAN, Medenî Hukuk Dersleri, Başlangıç Bölümü, İstanbul 2004, sh. 63 vd.; MEHMET AYAN, Medenî Hukuka Giriş, 2. baskı, Konya 2005, sh. 85 vd.; SUAT SARI (Mustafa Dural/ Suat Sarı), Türk Özel Hukuku, Cilt I: Temel Kavramlar ve Medenî Kanun'un Başlangıç Hükümleri, 3. bası, İstanbul 2006, sh. 123 vd.

<sup>2</sup> İsmet Sungurbey, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, sh. 4; Nejat Aday, Kişisel Hakların Şerhi, İstanbul Barosu Dergisi, 1992/7-8-9, sh. 610; Mustafa Alper Gümüş, Türk Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2003, sh. 101; Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, 11. bası, İstanbul 2006, sh. 180;

ilkesi, MK. m. 1009/ I'de; "şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir" şeklinde hükme bağlanmıştır<sup>3</sup>. Bu açıdan, kişisel hakların etkisinin güçlendirilmesi hukuk düzenimizde istisnâî bir nitelik taşımaktadır.

Ekonomik ve sosyal ihtiyaçlar nedeniyle şerh verilmesi yoluyla etkisi güçlendirilebilecek kişisel hakların sayısının gün geçtikçe arttığı gözlenmektedir. Nitekim, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ("MK"), yürürlükten kaldırdığı (MK. m. 1028) 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'ne ("EMK") nazaran daha fazla sayıda kişisel hakkın, şerh yoluyla etkisinin güçlendirilmesi imkânını

---

Selâhattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atillâ Altop, Eşya Hukuku, 5. bası, İstanbul 1989, sh. 378; Kemal T. Gürsoy/ Fikret Eren/ Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, 2. bası, Ankara 1984, sh. 273; Jale G. Akipek, Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), Birinci Kitap: Zilyetlik ve Tapu Sicili, 2. bası, Ankara 1972, sh. 388; A. Lâle Sirmen, Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995, sh. 203; Şeref Ertaş/ İlknur Serdar/ Damla Gürpınar, Eşya Hukuku, 6. bası, Ankara 2005, N. 797; sh. 199; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku, Birinci Cilt: Giriş-Zilyetlik-Tapu Sicili, 2. bası, Konya 2000, sh. 297; Peter Tour/ Bernhard Schnyder/ Jörg Schmid/ Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2002, sh. 799; Jürg Schmid, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II: Art. 457- 977 ZGB, Herausgeber: Honsell Heinrich/ Vogt Nedim Peter/ Geiser Thomas, 2. Auflage, Basel/ Genf/ München 2002, Art. 959, N. 1; Jörg Schmid/ Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2003, N. 475; Yarg. HGK. 21.4.1999, 1-222/ 226 (YKD. 2000/ 10, sh. 1491); Yarg. 15 HD. 3.12.1991, 4479/ 5820 (YKD. 1992/ 4, sh. 565); Yarg. 1 HD. 29.12.1981, 13840/ 15199 (YKD. 1982/ 11, sh. 1518); Yarg. 15 HD. 11.12.1997, 4209/ 5345 (YKD. 1998/ 5, sh. 709). Anılan son Yargıtay kararında; eşya hukukunda sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesinin geçerliliği ve kişisel hakların kıyas yoluyla şerh verilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmişken; Tapu Sicili Tüzüğü'nde yapılacak düzenlemeler yoluyla kişisel hakların şerhi olanağının getirebileceğinin belirtilmesi yerinde olmamıştır; bkz. aşağıda not 3.

<sup>3</sup> Bu genel ilkeye her zaman uyulduğunu söylemek mümkün değildir. 18.05.1994 tarihli ve 94/ 5623 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Tapu Sicil Tüzüğü'nün (RG. 07.06.1994, sayı 21953) 55. maddesinin (c) bendinde, "bağışlama vaadi ve kat karşılığı inşaat hakkı"nın şerh edilebileceği ifade edilmiştir. Tapu Sicil Tüzüğü'nün yürürlüğe girdiği dönemde, bu hakların her ikisinin de şerhine dayanak oluşturabilecek bir yasal düzenleme mevcut değildi. Tüzük ile şerh imkânının getirilmesinin mümkün olmadığı gibi, tüzüklerin yasalara uygun olması genel kuralı da bu düzenleme ile göz ardı edilmiştir. MK. m. 1009'un yürürlüğe girmesi ile, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi yasal bir temele kavuşmuş olmakla beraber, bağışlama vaadi açısından söz konusu hukuka aykırılık hâlen devam etmektedir. Bu şekildeki bir düzenlemenin tasvip edilmesi mümkün gözükmemektedir (Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi, Eşya Hukuku, 8. bası, İstanbul 2001, sh. 178, not 424a; Gümüş, sh. 118).

tanımıştır<sup>4</sup>. Bunlardan bir tanesini de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi oluşturmaktadır (MK. m. 1009). Bu çalışmada, arsa payı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi üzerinde durulacaktır.

## II. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi

MK. m. 1009/ I'e göre: "Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir." MK. m. 1009/ I'de yapılan bu düzenleme ile; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkın, şerh yoluyla etkisinin güçlendirilmesi imkânı tanınmıştır. Hükümde de belirtildiği üzere, şerh edilecek ve etkisi bu yolla güçlendirilecek hususu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi değil, bu sözleşmeden doğan hak oluşturmaktadır. Esasen, bu durum; şerhin, kişisel hakların etkisini güçlendiren bir hukukî araç olması genel kuralı ile de uyumludur<sup>5</sup>.

MK. m. 1009/ I'de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edileceği belirtilmiş, ancak sözleşmeden doğan hangi hakkın şerh edileceğine değinilmemiştir. MK. m. 1009/ I'de bir açıklık bulunmaması karşısında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hangi hakkın şerh edileceğinin belirlenmesi ihtiyacı bulunmaktadır. Bu konuda bir sonuca varılabilmesi ise; her şeyden önce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakların ortaya konulmasına bağlıdır. Tespit edilen bu haklardan hangisinin şerh edilebileceğinin tayini ise, kişisel hakların şerhinin genel özellikleri ve hukukî yapısı dikkate alınarak yapılacak değerlendirilme ile mümkün olacaktır.

### 1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Asli Edim Yükümlülükleri

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sözleşme özgürlüğü ilkesine çerçevesinde, Türk Hukuku uygulamasında isimsiz

<sup>4</sup> 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu tarafından ilk defa şerh imkânı tanınan nisbî haklar için bkz. Gümüş, sh. 101 vd.

<sup>5</sup> Yukarıda da belirtildiği üzere, kural olarak, şerh nisbî (kişisel) hakların etkisinin güçlendirilmesinde kullanılan bir araçtır. Sözleşme ise, ancak bir hakkın kaynağını ve dayanağını oluşturabilir. Buna karşılık, içeriğinden tek bir hak doğsa dahi, sözleşme ile hak arasında nitelik itibarıyla bir ayniyetin olduğundan söz etmek mümkün değildir. "Arsa payı karşılığı yapı sözleşmesinin şerhi"nin söz konusu olduğu yönünde; Gümüş, sh. 118 vd.

(atipik) bir sözleşme olarak ortaya çıkmıştır. MK. m. 1009'da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın tapu kütüğüne şerh edilebileceğinin belirtilmesiyle, isimsiz bir sözleşme hem kanunda zikredilmiş olmakta, hem de isimsiz sözleşmeden doğan bir hakkın şerh yoluyla etkisinin güçlendirilebileceği öngörülmektedir. Şerh edilebilecek hakların sayılması çerçevesinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine kanunda yer verilmesi, bu sözleşmeyi isimsiz sözleşme olmaktan çıkarmamaktadır<sup>6</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; genel olarak, taraflardan birinin (müteahhidin) diğer tarafın (arsa sahibinin) sahibi olduğu arsada, bütün maliyeti kendisine ait olmak üzere bağımsız bölümlerden oluşan bir bina inşa etmeyi, diğer tarafın (arsa sahibinin) da bunun karşılığında arsa üzerindeki mülkiyetinin belirli orandaki payını<sup>7</sup> devretmeyi taahhüt ettiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır<sup>8</sup>. Bu tanım dikkate alındığında; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, aslî edim yükümlülükleri olarak, satım sözleşmesine ait mülkiyeti devir borcu ile eser sözleşmesine ait eser meydana getirme borcunun bir arada bulunduğu görülmektedir. Buna bağlı olarak, satım ve eser sözleşmelerine ait unsurların, kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya getirilmesi ile oluşan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, çifte tipli karma sözleşme niteliği taşımaktadır<sup>9</sup>.

Sözleşmeden doğan söz konusu aslî edim yükümlülüklerine bağlı olarak, müteahhidin öngörülen miktarda arsa payının mülkiyetini devrini talep hakkı, arsa sahibinin ise arsa üzerinde belirlenen özellikleri taşıyan bir binanın inşa edilerek, teslim edilmesine ilişkin alacak hakkı bulunmaktadır. Bir borç sözleş-

<sup>6</sup> Öz, sh. 98.

<sup>7</sup> Belirli orandaki mülkiyet payının devrinin taahhüt edildiği taşınmaz üzerinde kat irtifakı kurulmuş olabileceği gibi, kurulmamış da olabilir. Kat irtifakının kurulduğu durumlarda, arsa payının kat irtifakından bağımsız olarak devri mümkün değildir. Bu durumda, belirli orandaki arsa payının ve ona bağlı olarak kat irtifakının devri taahhüt edilecektir (Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 6. baskı, İstanbul 2002, sh. 513- 514).

<sup>8</sup> Hasan Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1993, sh. 1; Yavuz, sh. 504; Gümüş, sh. 118; Bilal Kartal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, sh. 15; Cengiz Kostakoğlu, İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5. bası, İstanbul 2006, sh. 65; Turgut Uygur, İnşaat Hukuku, Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, sh. 601.

<sup>9</sup> Erman, sh. 4; Yavuz, sh. 507 ve orada not 16'da anılanlar; Turgut Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2006, sh. 19; Gümüş, sh. 119; Kartal, sh. 26; Uygur, sh. 602- 603; Yarg. 15 HD. 3.12.1991, 4479/ 5820 (YKD. 1992/ 4, sh. 565- 566).

mesinden doğan her iki hak da, kişisel hak niteliğindedir. Ayrıca, gerek sözleşmenin niteliğine, gerekse tarafların yaptıkları düzenlemelere bağlı olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden çeşitli yan borçlar<sup>10</sup> da doğmaktadır. Arsa sahibinin, arsayı inşaat yapmaya elverişli şekilde müteahhide teslim etmesi<sup>11</sup> sözleşmenin niteliğinden; arsa sahibinin veya müteahhidin ayrıca belirli bir miktar para ödemesi, tarafların yaptıkları düzenlemelerden doğan yan borçlara örnek teşkil eder.

## 2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şerh Edilen Kişisel Hak

Yukarıda belirtildiği üzere, kişisel hakların şerhi, kişisel hakların etkisinin güçlendirilmesini sağlamaktadır. Kişisel hakların şerhinin, tapu kütüğünde yapılan kayıtlardan biri olması, etkisi güçlendirilen kişisel hakların da taşınmazlara ilişkin bulunması sonucunu doğurmaktadır. Şerh yolu ile etkisi güçlendirilebilecek kişisel hakların bütünü göz önünde tutulduğunda, genel olarak, bunların taşınmaz üzerinde aynı hak değişikliğine ya da taşınmazdan yararlanmaya ve/veya kullanmaya yönelik olduğu görülmektedir<sup>12</sup>. Esasen, tapu kütüğüne yapılan kişisel hak şerhi, belirli bir taşınmaza ilişkin söz konusu hakların, başlangıçta öngörülen şekilde gereği gibi gerçekleştirilmesini,

<sup>10</sup> Sözleşmede, aslî edim yükümlülüğü dışında doğan diğer yükümlülüklerin sınıflandırılması ve isimlendirilmesi konusunda doktrinde bir bütünlük olduğundan söz etmek mümkün değildir. Aslî edim yükümlülükleri dışında doğan yükümlülüklerin tamamı yan borç olarak ifade edilebilir; bu yan borçlar da; aslî edim yükümlülüğü ile ilişkisine, özellikle de ayrı bir şekilde dâva ve talep edilip edilememelerine göre ikili bir ayırma tâbi tutularak, bağımsız yan borçlar ve bağımlı yan borçlar şeklinde isimlendirilebilir (Oğuzman/ Barlas, 214; Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. bası, İstanbul 2005, sh. 318 not 138; Sarı (Dural/ Sarı), sh. 206, not 267; Suat Sarı, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004, sh. 303, not 139). Burada, bu ayırım ve ifade şekli benimsenmiştir. Bazı yazarlar ise, bu ayırımı; aslî ve yan olmak üzere kendi içinde de ikiye ayrılan edim yükümleri ve yan yükümler olarak veya aslî edim yükümlülüğü, yan edim yükümlülükleri, davranış ve koruma yükümlülükleri şeklinde de yapmaktadır (Bu konuda geniş bilgi için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, yayımlanmakta olan fasiküller, § 2, N. 11 vd.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 8. bası, İstanbul 2003, sh. 30 vd.). Esasen, farklı ifadeler, belirli bir yükümlülüğün bağımsız olarak dâva edilip edilememesi, belirli bir yükümlülüğün ihlâlinin karşılıklı edim ilişkisi çerçevesinde tanınan ödemezlik def'i ve ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmini veya sözleşmeden dönme haklarının kullanılmasına dayanak teşkil edip edemeyeceği hususları dikkate alınarak kullanılmaktadır.

<sup>11</sup> Arsa sahibinin söz konusu borcu için; Erman, sh. 42; Kartal, sh. 105, Kostakoğlu, 359.

<sup>12</sup> Sungurbey, sh. 41- 42.

gereğinin yerine getirilmesini ve özellikle bu kişisel hak bir alacak hakkı ise, aynen ifanın sağlanmasını amaçlanmaktadır<sup>13</sup>.

Bu esaslar çerçevesinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklar değerlendirildiğinde; şerh edilecek kişisel hakkın, arsa üzerindeki mülkiyetin belirli orandaki payının devrine ilişkin alacak hakkı olduğu ortaya çıkmaktadır<sup>14</sup>. Zira, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğup, taşınmaz üzerinde aynî hak değişikliğine yönelik olan hak, müteahhidin, mülkiyet payının devrine ilişkin alacak hakkıdır. Yine, taşınmazın malikinin değişmesinden veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak tesis edilmesinden etkilenmesi söz konusu olacak ve bu nedenlerle aynen ifası imkânsızlaşabilecek alacak hakkı, arsa payının devrine ilişkin olandır. Bu alacak hakkı çerçevesinde, yan borçlar da şerhin etkisinden yararlanacaklardır. Bu alacak hakkının, gereği gibi ifasına yardım eden ve bağımsız olarak talep ve davası mümkün olmayan bağlı yan borçlar açısından, bu etki şerh edilen alacak hakkı kapsamında ortaya çıkacaktır. Buna karşılık, söz konusu alacak hakkının amacına ulaşmasına yardım eden bağımsız yan borçların şerhten yararlanması, taşınmaza ilişkin bulunmasına bağlıdır. Söz gelimi, arsa sahibinin arsayı inşaat yapmaya elverişli şekilde müteahhide teslim etmesi ve inşaat süresince müteahhidin arsa üzerinde faaliyetini yürütmeye elverişli olarak zilyetliğe sahip kılınmasına ilişkin alacak hakkının bu çerçevede değerlendirilmesi mümkündür.

Arsa sahibinin, bina inşa edilmesine ilişkin alacak hakkı, taşınmazda aynî hak değişikliğine yönelik olmadığı gibi, bu hakkın müteahhide karşı ileri sürülmesi taşınmaz üzerindeki aynî hak değişikliklerinden de etkilenmemektedir. Diğer taraftan, müteahhide mülkiyet payının devredildiği durumlarda, müteahhitten bu payları devralan üçüncü kişilere karşı da, arsa sahibinin alacak hakkının etkisi şerh yoluyla güçlenmiş olmaz<sup>15</sup>.

### **III. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerh Edilmesi İhtiyacının Değerlendirilmesi**

#### **1. Genel Olarak**

İsimsiz bir sözleşme olduğundan ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde uygulamada ortaya çıkmış bulunduğundan, arsa payı

<sup>13</sup> Sungurbey, sh. 6- 7.

<sup>14</sup> Gümüş, sh. 119.

<sup>15</sup> Öz, sh. 99.

karşılığı inşaat sözleşmesinin tipik bir görünüm şeklinin varlığından söz etmek mümkün değildir. Gerek tarafların sözleşmeden doğan borçları ifasına ilişkin tercihleri, gerekse tâbi olduğu hükümler ve bunların uygulanmasının yol açtığı hukukî sonuçlar, uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin farklı görünüm şekillerine rastlanmasına yol açmaktadır. Bu nedenle, müteahhidin korunması açısından<sup>16</sup>, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkın şerhine ihtiyaç bulunup bulunmadığı sorusunun, genel olarak cevaplandırılması mümkün değildir. Her bir görünüm şekli açısından, kişisel hakkın şerhine ihtiyaç bulunup bulunmadığının, kişisel haklarının şerhinin işlevleri göz önünde tutularak belirlenmesi gerekmektedir.

## 2. Genel Tanımına Uygun Yapılan Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Açısından Şerh İhtiyacı

Arsa sahibinin, arsa üzerindeki mülkiyetinin belirli orandaki payını devretmeyi taahhüt ettiği göz önünde tutulduğunda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan bir sözleşmedir. MK. m. 706/ I'e göre: "Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır." Dolayısıyla, yukarıda verilen genel tanıma uygun olarak yapılacak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli olması için, resmî şekilde düzenlenmesi zorunludur. Diğer taraftan, Tapu Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca, taşınmaz mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşmelerin tapu sicil memurları tarafından düzenlenmesi gerekir. Bu durum karşısında, genel tanıma uygun bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli olabilmesi, tapu sicil memurları tarafından düzenlenmesine bağlıdır<sup>17</sup>.

Mevcut hukukî durum bu olmakla beraber, uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu sicili nezdinde yapılmasına hemen hemen hiç rastlanmamaktadır<sup>18</sup>. Bunun nedeni, büyük ölçüde mevcut tapu sicili uygulamasıdır. Tapu sicili uygulamasında, borç doğuran sözleşme ile tescil talebini bir arada ihtiva eden basılı formüllerler kullanıldığından, mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşmelerin yapılmasının ardından, bu sözleşmelerden doğan borcun ifasını teşkil eden tescil işlemi de

<sup>16</sup> Şerh dışında, taşınmaz üzerinde kat irtifakı kurulması yoluyla müteahhidin korunması için bkz. Öz, sh. 96.

<sup>17</sup> Erman, sh. 13 ve orada not I'de anılanlar; Yavuz, sh. 512- 513; Öz, sh. 19, 20; Kartal, sh. 42; Kostakoğlu, sh. 65; İlker Hasan Duman, İnşaat Hukuku, İstanbul 2006, sh. 80.

<sup>18</sup> Yavuz, sh. 513; Kartal, sh. 29 vd.; Öz, sh. 20.

hemen gerçekleştirilmektedir<sup>19</sup>. Bu ise, müteahhit henüz borcunu ifa etmeden, hattâ borcunun ifasına yönelik faaliyetlere başlamadan, arsa sahibinin sözleşmeden doğan borcunu ifa etmesi anlamı taşımaktadır. Bunun, arsa sahibinin menfaatlerinin korunması açısından olumsuz bir durum yarattığı açıktır. Diğer taraftan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, isimsiz (atipik) bir sözleşme olması, büyük ölçüde işlemlerin önceden hazırlanmış formüller çerçevesinde yapıldığı tapu sicilinde bu sözleşmenin yapılması açısından tereddütlere yol açtığı düşünülmektedir.

Belirtilen şekilde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasına engel olması bir tarafa, tapu sicilindeki söz konusu uygulama, müteahhidin alacak hakkının şerhini gereksiz de kılmaktadır. Zira, tapu sicili nezdinde yapılacak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi metninde, ayrıca tescil talebi de yer aldığından, müteahhidin arsa üzerindeki mülkiyetin belirli orandaki payının devrine ilişkin alacak hakkının ifasını teşkil eden tescil işleme sözleşmenin hemen ardından gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, alacağın konusu olan arsa payını iktisap ederek, müşterek malik konumuna gelen müteahhit için, alacak hakkının etkisinin güçlendirilmesi ihtiyacı bulunmamaktadır. Esasen, aynı hak değişikliğine yönelmiş kişisel hakların şerhi imkânı, hakkın doğumu ile bu hakkın kullanılması veya yerine getirilmesi arasında belirli süre geçeceği düşünülen haklara ilişkin olarak tanınmıştır<sup>20</sup>. Böylelikle, bu süre zarfında taşınmaz üzerindeki aynı hak değişikliklerinden kişisel hakkın etkilenmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Mevcut tapu sicili uygulaması devam ettiği sürece, tapu sicili nezdinde yapılacak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan mülkiyet payının devrine ilişkin alacak hakkının şerhi ihtiyacı bulunmamaktadır.

Mevcut uygulamaya rağmen, hukuken arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu sicili nezdinde düzenlenmesine ve bu sözleşmeden doğan arsa üzerindeki mülkiyetin belirli orandaki payını devretme borcunun, vâde veya şart hükümlerine göre, ileriye bırakılmasında herhangi bir hukukî engel bulunmamaktadır. MK. m. 706'da, genel olarak taşınmaz mülkiyetini devir amacı taşıyan sözleşmelerden söz edilmesi ve borçlar hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesinin geçerli olması, arsa payı

<sup>19</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, sh. 172, not 561; Akipek, 363; Gürsoy/Eren/ Cansel, sh. 247; Sirmen, sh. 177.

<sup>20</sup> Sungurbey, sh. 7.



karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu sicilinde düzenlenmesini mümkün kılmaktadır<sup>21</sup>. Diğer taraftan, bu şekilde sözleşmenin düzenlenmesi ile birlikte tescil talebinde bulunulmasına ilişkin hukukî bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu yolun tercih edilmesi hâlinde; ifası ileriye bırakılan, mülkiyetin belirli orandaki payının devrine ilişkin alacağın, taşınmazdaki aynî hak değişikliklerinden etkilenmemesi için şerhe ihtiyaç olacaktır. Ancak, yukarıda belirtildiği üzere, uygulamada bu yola başvurulduğuna hemen hemen hiç rastlanmamaktadır.

### **3. Taşınmaz Satış Vaadine Bağlı Olarak Yapılan Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmeler Yönünden Şerhin Değerlendirilmesi**

#### **a. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Taşınmaz Satış Vaadine Bağlı Olarak Yapılması ve Bunun Görünüm Şekilleri**

Genel tanımına uygun bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmasının tâbi olduğu hükümler ve bunların uygulanmasının yol açtığı sonuçlar karşısında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri uygulamada hemen hemen her zaman noter nezdinde düzenleme şeklinde gerçekleştirilmektedir<sup>22</sup>. Alışılmış bir durumun ifadesi olan bu hareket tarzına bağlı olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin noter tarafından düzenlenmesi, sözleşmenin geçerliliği için gerekli ve yeterli görülmektedir<sup>23</sup>. Bir taraftan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin isimsiz (atipik) bir sözleşme olması, diğer taraftan verilen genel tanıma uygun olarak yapılacak sözleşmenin geçerliliğinin tapu sicilinde düzenlenmesine bağlı bulunması nedeniyle, sözleşmenin yapılmasında taşınmaz satış vaadinden yararlanılmaktadır<sup>24</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi ile ilintili olarak yapılarak, sözleşme açısından ortaya çıkması muhtemel şekle aykırılık yaptırımının önüne geçilmektedir. Noterlik Kanunu'nun 60. maddesinin 3. bendine göre, taşınmaz satış vaadinin noterlerde düzenleme şeklinde yapılabilmesi, bu noktada kolaylık sağlamaktadır.

Buna göre; taraflar arasında, arsa üzerindeki mülkiyetin belirli orandaki payını konu alan bir taşınmaz satış vaadi ile söz konusu arsada bağımsız bölümlerden oluşan bir binanın inşa-

<sup>21</sup> Öz, sh. 20.

<sup>22</sup> Erman, sh. 9; Yavuz, sh. 510 vd., 513; Öz, sh. 19, 20; Gümüş, sh. 119 vd.; Kartal, sh. 29 vd.

<sup>23</sup> Erman, sh. 14; Yavuz, sh. 513; Öz, 19; Kartal, sh. 42- 43.

<sup>24</sup> Erman, sh. 14; Yavuz, sh. 513; Öz, sh. 19.

sına ilişkin eser sözleşmesi birlikte yapılmakta; ancak satış vaadi ve nihayetindeki satış sözleşmesindeki satış bedeli yerine bağımsız bölümlerden oluşan binanın yapılarak, belirlenen sayıda bağımsız bölümün arsa sahibine teslimi kararlaştırılmaktadır<sup>25</sup>. Aynı şekilde, eser sözleşmesinde iş sahibinin ödemesi gerekli olan ücretin yerine, belirli orandaki mülkiyet payının devredileceği kabul edilmektedir. Esas itibarıyla, bu durumda satış vaadi ve sonrasında satış sözleşmesi ile eser sözleşmesinden doğan karşılıklı para alacakları birbirleriyle -zımnen- takas edilmiş olmaktadır<sup>26</sup>. Her ne kadar, genel tanımı uygun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, çift tipli bir karma sözleşme niteliği taşıyorsa da; taşınmaz satış vaadi ve eser sözleşmesinin birlikte yapıldığı bu görünüm biçiminde, bir birleşik sözleşme özelliği kazanmaktadır<sup>27</sup>.

Taşınmaz satış vaadi ile bağlantılı yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de, uygulamada çeşitli görünüm biçimleri bulunmaktadır. Bazan, taşınmaz satış vaadi ile inşaat sözleşmesi aynı metin içinde yer alırken; bazı durumlarda, eser sözleşmesi adî yazılı şekilde yapılmakta, noterin düzenlediği taşınmaz satış vaadinde, adî yazılı şekilde yapılan sözleşmeye atıfta bulunmaktadır. Yine, taşınmaz satış vaadini düzenleyen noterde, adî yazılı şekilde yapılmış eser sözleşmesinin imza ve tarih tasdikinin yaptırılması da uygulamada sık karşılaşılan bir durumdur<sup>28</sup>.

Taşınmaz satış vaadi ile bağlantılı yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borçların ifa zamanının belirlenmesindeki tercihler de, bu konuda farklı uygulamaların görünmesine neden olmaktadır<sup>29</sup>. Bazı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibi, müteahhide devretmeyi taahhüt ettiği mülkiyet payını sözleşmenin kurulmasından hemen sonra

<sup>25</sup> Erman, sh. 9; Yavuz, sh. 511; Öz, sh. 19; Gümüş, sh. 123; Kartal, sh. 31.

<sup>26</sup> Tarafların noter nezdinde, genel tanıma uygun olarak, doğrudan arsa üzerindeki mülkiyetin belirli orandaki payının devri karşılığında, arsada maliyeti müteahhide ait olmak üzere bağımsız bölümlerden oluşan bir bina inşa edilmesi şeklinde bir sözleşme yapmaları ise mümkün değildir. Zira, Noterlik Kanununda sadece taşınmaz satış vaadi yönünden resmî senet düzenleme yetkisi verilmiştir. Bu yetkinin genişletilmesi mümkün değildir (Öz, sh. 20). Ancak, bu sözleşmeden doğan borçların ifa edilmesinden veya en azından ifasına başlanmasının ardından şekle aykırılığın ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturabilecektir (Erman, sh. 18 vd.; Öz, sh. 20).

<sup>27</sup> Gümüş, sh. 123- 124; Yavuz, sh. 512.

<sup>28</sup> Öz, sh. 19- 20.

<sup>29</sup> Erman, sh. 9; Yavuz, sh. 510; Gümüş, sh. 119; Kartal, sh. 29.

devretmektedir. Bu amaçla, taraflar arasında tapu sicilinde ayrıca bir taşınmaz satım sözleşmesi<sup>30</sup> yapılmakta ve bu sözleşmeye dayanarak, arsa sahibi öngörülen mülkiyet payının müteahhide devri için tescil talebinde bulunmaktadır. Müteahhidin bağımsız bölümlerden oluşan bina inşa etme borcunun teminatı olarak, müteahhide devredilen mülkiyet payları üzerinde, satış sözleşmesindeki satış bedeline bağlı olarak ipotek tesis edilmektedir. Binanın inşası ilerledikçe, bu ipotek kademeli olarak sona erdirilmektedir<sup>31</sup>. Buna benzer şekilde, bazan, müteahhidin rahatça iş görmesini sağlamak amacıyla, arsanın mülkiyetinin tamamı düzenlenen satım sözleşmesine<sup>32</sup> dayanılarak, müteahhide devredilmekte; binanın tamamlanmasının ardından ise, müteahhit arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin mülkiyetini devretmektedir. Arsa sahibinin ihtiyaç duyduğu güvence ise, taşınmaz üzerine konulan ipotek ile sağlanmaktadır<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borçların ifası çerçevesinde yapılan bu satım sözleşmesi, esasen sözleşmenin niteliğinde muvazaa nedeniyle geçersizdir. Zira, tarafların, aralarında bir satım sözleşmesi yapma gerçek ortak arzu ve amacı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, sadece görünüşte yapılan satım sözleşmesi muvazaa nedeniyle geçersizdir. Buna karşılık, tarafların gerçek ortak arzusunu oluşturan ve tescilin gerçek nedenini teşkil eden arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi resmî şekilde yapılmadığı için geçersizdir. Gerçekleştirilen tescilin, geçerli bir hukukî sebebi olmaması ise, bu tescili yolsuz hâle getirmektedir (Öz, sh. 20 ve orada not 9; Gümüş, sh. 122). Buna karşılık, söz konusu uygulama Yargıtay tarafından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifası olarak kabul edilmekte; bina inşa etme borcunun da kısmen veya tamamen ifa edilmesi hâlinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yönünden mevcut şekle aykırılığın ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırı görülerek, gerçekleştirilen işlemler geçerli sayılmaktadır (Erman, sh. 18 vd.; Yavuz, sh. 515 vd.; Duman, sh. 82; Yarg. 15. HD. 2.4.1991, 4631/ 1666 (Uygur, sh. 632- 633); Yarg. 15 HD 2.7.1991, 768/ 3431 (Uygur, sh. 633); Yarg. 15. HD. 19.2.1992, 3622/ 741 (Kostakoğlu, sh. 101); Yarg. 15. HD 29.4.1999, 893/ 1686 (Kostakoğlu, sh. 102- 103); aynı yönde Yargıtay Kararları için bkz. (Kostakoğlu, sh. 100 vd).

<sup>31</sup> Yavuz, sh. 510; Öz, sh. 20- 21; Gümüş, sh. 121; Kartal, sh. 29.

<sup>32</sup> Arsa üzerindeki mülkiyetin belirli orandaki payının devri borcu doğuran satım sözleşmesinde olduğu gibi, mülkiyetin tamamının devrini amaçlayan bu satım sözleşmesi de, esas itibarıyla, muvazaa nedeniyle geçersizdir. Bu durumda; taraflar arasında, satım, arsa payı karşılığı inşaat ve inanç sözleşmeleri olmak üzere, üç ayrı sözleşme bulunduğu, tarafların aslında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile inanç sözleşmesinden meydana gelen birleşik sözleşme yapmak istedikleri, mevcut birleşik sözleşmenin yanlış nitelendirilmesinden doğan ve üçüncü kişileri aldatma kastı bulunmayan görünüşteki satım sözleşmesinin geçersiz sayılmaması yönünde; Gümüş, sh. 120- 121.

<sup>33</sup> Yavuz, sh. 510; Gümüş, sh. 119- 120; Kartal, sh. 30. Bu durumda da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin karma sözleşme niteliği taşıdığı yönünde; Yarg. 15 HD. 3.12.1991, 4479/ 5820 (YKD. 1992/ 4, sh. 565- 566).

Bazı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, mülkiyet payları müteahhide inşaat ilerledikçe kısımlar hâlinde devredilmektedir. Bu durumda, devredilecek her bir kısım için taraflar tapu sicili nezdinde taşınmaz satış sözleşmesi yapmaktadır<sup>34</sup>. Bu konuda ortaya çıkan üçüncü ihtimal ise, arsa sahibinin, inşaat karşılığı belirlenen mülkiyet payını inşaatın tamamlanması ve bağımsız bölümler üzerinde oturma izni alınarak teslimin gerçekleşmesinden sonra devretmesidir. Taşınmaz satış vaadine bağlı olarak yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa üzerinde kat irtifakının kurulma zamanı açısından da, tarafların tercihlerine bağlı olarak farklılıklar ortaya çıkabilmektedir. Bazan, sözleşmenin kurulmasına paralel olarak, arsa üzerinde kat irtifakı kurulduğu gibi; bazı durumlarda inşaatın belirli bir aşamaya gelmesinden sonra kat irtifakı tesis edilmesi tercih edilebilmektedir.

### **b. Taşınmaz Satış Vaadine Bağlı Olarak Yapılan Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Şerh İhtiyacının Değerlendirilmesi**

Görüldüğü üzere; her biri, bir arsa üzerindeki mülkiyetin belirli orandaki payının devri karşılığında, bir binanın yapılması ekonomik amacına yönelik olsa da; tarafların taşınmaz satış vadinden yararlanma şekli ve özellikle bunlardan doğan borçların ifası konularında farklı tercihleri, uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin çeşitli görünüm biçimlerinin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bu farklılıklar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan arsa üzerindeki mülkiyetin belirli orandaki payının devrine ilişkin alacak hakkının şerhine ihtiyaç olup olmaması konusunda da etkili olmaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan, belirli orandaki mülkiyet payının devrine ilişkin müteahhidin alacak hakkının şerh yoluyla güçlendirilmektedir. Şerh, taşınmaz üzerindeki aynî hak değişikliklerinin, bu alacağın aynen ifasını engellemesi tehlikesini bertaraf etmektedir. Dolayı-

<sup>34</sup> Yavuz, sh. 511. Bazan, inşaatın ilerlemesine paralel olarak, mülkiyet payı devri yerine, arsa sahibi müteahhide pay devri konusunda temsil yetkisi vermekte, temsil yetkisine dayanarak satım sözleşmesi ve pay devri yapan müteahhit, satış bedelini kendi nezdinde tutmaktadır (Yavuz, sh. 511; Gümüş, sh. 122- 123). Bu ihtimalde, temsil yetkisinin kullanılması çerçevesinde oluşan vekâlet sözleşmesinden doğan satış bedelini arsa sahibine verme borcu ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan pay devri borcu tarafların anlaşmasına dayanarak karşılıklı olarak sona erdirildiğinin (ifa yerine edim) kabul edilmesi mümkündür.

sıyla, şerhin bir işlevinden söz edilebilmesi, sözleşmenin kurulması ile bu sözleşmeden doğan alacak hakkının ifası arasında belirli bir sürenin geçmesine bağlıdır. Taşınmaz satış vaadine bağlı olarak yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, devri taahhüt edilen mülkiyet payının, sözleşmenin kurulmasından hemen sonra, yapılacak satış sözleşmesine dayanılarak devredildiği durumlarda, müteahhit alacağını elde ettiğinden, ayrıca şerh yoluyla korunma ihtiyacı yoktur<sup>35</sup>. Dolayısıyla, bu tür arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, mülkiyet payının devrine ilişkin alacağın şerhi de gündeme gelmeyecektir.

Buna karşılık, taşınmaz satış vaadine bağlı olarak yapılan ve gerçekleştirilecek satış sözleşmesine dayanılarak mülkiyet payının devrine ilişkin alacak hakkının ifasının ileriye bırakıldığı durumlarda, taşınmaz üzerindeki aynı hak değişikliklerine karşı müteahhidin korunması ihtiyacı bulunmaktadır. Bu ihtiyaç, mülkiyet payı devrinin; gerek inşaatın ilerlemesine bağlı olarak zaman içinde kademeli olarak yapılacağı; gerekse inşaatın tamamlanarak, bağımsız bölümler üzerinde oturma izni alınarak teslimin sonra gerçekleştirileceği sözleşmelerde mevcuttur. Bu hâllerde, şerhin varlığı, müteahhidin alacak hakkının güçlendirilmesini ve bu alacak hakkının taşınmaz üzerindeki aynı hak değişikliklerinden etkilenmeksizin aynen ifasını mümkün kılacaktır.

Mülkiyet payı devrine ilişkin borcun ifasının ileriye bırakıldığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, taşınmaz satış vaadi ile bağlantılı olarak yapıldığı göz önünde tutulduğunda; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi imkânı getiren özel bir yasal düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Nitekim, MK. m. 1009 yürürlüğe girmeden önce de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bünyesinde yer alan satış vaadinin şerhinin mümkün olduğu, böylelikle de mülkiyet payı devrine ilişkin müteahhidin alacağının etkisinin güçlendirilebileceği savunulmaktaydı<sup>36</sup>. Gerçekten, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi ile bağlantılı olarak yapıldığında, taşınmaz satış vaadinin şerhinin; taşınmaz üzerindeki aynı hak değişikliklerine karşı mülkiyet payının devrine ilişkinin müteahhidin alacağının ihtiyaç duyduğu korumayı sağlayacağı düşünülebilir. Bunun kabulü, arsa payı karşılığı

<sup>35</sup> Öz, sh. 99; Gümüş, sh. 121, 122.

<sup>36</sup> Kartal, sh. 34- 35; Öz, sh. 98.

inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilebileceğine ilişkin olarak ayrıca bir yasal düzenleme yapılmasını gereksiz kılacaktır.

743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin yürürlükte olduğu dönemde, Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin görünüm şekillerinden birini oluşturan ve inşaat sözleşmesi ile birlikte yapılan taşınmaz satış vaadinin şerhinin mümkün olmadığı yönünde karar vermiştir. Yargıtay'a göre, şerh imkânı münhasıran taşınmaz satış vaadi yönünden mevcuttur. Buna karşılık; "düzenleme şeklinde kat karşılığı gayrimenkul satış vaadi ve inşaat sözleşmesi" başlığı altında yapılan sözleşmeler, karma sözleşme niteliğindedir. Bu sözleşmelerin ağırlıklı unsuru eserin yapımı olup, içeriğindeki satış vaadi, eser yapımının karşı edimidir. Bu nedenle, bu tür bir sözleşmeden doğan hakkın tapuya şerh verilebilmesi, kanunda buna ilişkin bir düzenleme bulunmadığı için mümkün değildir<sup>37</sup>.

Yargıtay'ın bu kararı üzerine; 18.05.1994 tarihli ve 94/ 5623 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan<sup>38</sup> Tapu Sicil Tüzüğü'nün 55. maddesinin (c) bendinde, "kat karşılığı inşaat hakkı"nın şerh edilebileceği ifade edilmiştir. Böylelikle, uygulamada ortaya çıkan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi amacına yönelik olarak yapılan taşınmaz satış vaadi ve eser (inşaat) sözleşmesinden doğan kişisel hakkın şerhinin mümkün olup olmadığı yönündeki tereddüt giderilmeye çalışılmıştır. Ancak, bu dönemde, yasal bir dayanağı olmaksızın tüzük hükmü ile kişisel hakkın şerhi imkânının getirilmesi eleştirilmiş; bununla beraber arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin görünümünü oluşturan satış vaadinin şerhinin, Tapu Kanununun 26. maddesinin be-

<sup>37</sup> Yarg. 15 HD. 3.12.1991, 4479/ 5820 (YKD. 1992/ 4, sh. 565- 566). Bu karara göre: "...Bir hakkın tapuya şerh verilebilmesi için bu hususun kanunda öngörülmesi ve ayrıca bu konuda sözleşme yapılması gerekir. ... Şüphesiz 6217 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanununun 26/ 5. maddesi uyarınca Noterlerce düzenlenen gayrimenkul satış vaadi sözleşmelerinin tapuya şerhi için ayrıca bir şerh anlaşmasına gerek yoktur. Taraflardan birinin talebiyle bu şerhin verilmesi mümkündür. Ne var ki, davada şerhe konu edilen sözleşme münhasıran bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olmayıp 'Düzenleme şeklinde kat karşılığı gayrimenkul satış vaadi ve inşaat sözleşmesidir.' Yani, karma bir akit söz konusu olup sözleşmenin ağırlıklı unsuru eserin yapımı olup karşılığındaki satış vaadi ise eserin bedelini oluşturmaktadır. Bu nedenle, bu tür bir akitten doğan hakkın tapuya şerh verilebilmesi kanunda yer almadığı ve bu konuda sözleşmede bir şerh anlaşması bulunmadığı için mümkün değildir. Sözleşmedeki anlaşma binanın tamamının inşası hâlinde yarısının davalıya verilmesi şartına bağlıdır."

<sup>38</sup> RG. 07.06.1994, sayı 21953.

şinci fıkrası çerçevesinde, mümkün olduğu ifade edilmiştir<sup>39</sup>. Tapu Sicil Tüzüğünde öngörülen şerh imkânının yasal dayanağının bulunmadığına ilişkin eleştiriler, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun hazırlanması sırasında dikkate alınmış ve MK. m. 1009'da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilebileceği ifade edilmiştir. MK. m. 1009'un gerekçesinde; Ülkemizde yaygın bir uygulaması bulunan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin şerh verilebileceğinin Tapu Sicili Tüzüğü'nün 55. maddesinin (c) bendinde belirtildiği, oysa Tüzükteki bu düzenlemenin yasal bir dayanağı bulunmadığı ifade edilmiş, bu aksaklığa son verilmesi için, maddede şerhi mümkün haklar arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakka da yer verildiği belirtilmiştir<sup>40</sup>.

Medenî Kanundaki bu düzenlemeye bağlı olarak Yargıtay uygulaması da değişmiştir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 13.2.2004 tarihli ve 3769/ 719 sayılı Kararında, "bir tarafın inşaat yapımını, diğer tarafın satış vaadini içeren iki taraflı bir sözleşme"nin tapu kütüğüne şerhinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Buna dayanak olarak ise, hem Tapu Kanununun 26. maddesinin beşinci fıkrası, hem de Türk Medenî Kanununun 1009. maddesi gösterilmiştir<sup>41</sup>.

Söz konusu yasal gelişim ve uygulama göz önünde tutulduğunda, MK. m. 1009'da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın tapu kütüğüne şerh verilebileceğinin belirtilmesinin doğrudan etkisinin, taşınmaz satış vaadi ile bağlantılı olarak yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin şerh edilip edilemeyeceği yönündeki tereddütlerin giderilmesi olduğu görülmektedir. Buna yönelik ilk düzenleme Tapu Sicil Tüzüğünde gerçekleştirilmiş, ancak yasada öngörülme-yen bir kişisel hakkın şerhi imkânının tüzük hükmü ile getirilemeyeceği yönündeki

<sup>39</sup> Oğuzman/ Seliçi, sh. 178, not 424a. Yarg. 15. HD. 7.2.2000, 3864/479'de (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Tapu Sicil Tüzüğündeki düzenlemenin dayanağı Tapu Kanununun 26. maddesi ile BK. m. 213 gösterilerek; şerh imkânının, satış vaadinden doğan ve mülkiyeti devrinin sağlanmasını amaçlayan kişisel hakka ilişkin olduğu kabul edilmiştir. Bu karara göre: "Tapu Kanununun değişik 26. maddesince BK. 213. maddesine uygun taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin siciline şerh edilmesi mümkün olduğu gibi, bu kanuna göre çıkartılan Tapu Sicil Tüzüğü'nün 55. maddesinin (c) bendi hükmünce de kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin sicile şerh edilebilecek haklar arasında gösterilmiş olması ile istenilen şerhin verdirilmesine yasal yönden engel değil, cevaz vardır."

<sup>40</sup> Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Türk Medenî Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Ankara 1999, sh. 289.

<sup>41</sup> Kostakoğlu, sh. 79. Aynı karar için ayrıca bkz. "yargitay.gov.tr".

eleştiriler dikkate alınarak, şerhe yasal dayanak sağlanmak istenmiştir. Diğer taraftan, bu düzenleme; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile bağlantılı yapılan ve bu sözleşmenin bir unsuru niteliğinde olan taşınmaz satış vaadinin şerhinin, genel olarak taşınmaz satış vaadinden farklılığının ortaya konulmasına olanak tanımıştır.

#### IV. Tapu Kütüğüne Şerh Verilmesinin Şartları

Genel olarak, bir kişisel hakkın tapu kütüğüne şerhi için üç temel şartın varlığı aranmaktadır. Bunlar; ilgili kişisel hakkın tapu kütüğüne şerh verilebileceğine ilişkin yasal bir düzenlemenin varlığı, kişisel hakkın doğumunu sağlayan hukukî ilişkinin taraflarının şerh anlaşması yapması ve ilgili taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisine sahip kişinin şerh talebinde bulunmasıdır<sup>42</sup>. Bu şartların gerçekleşmesi hâlinde, tapu sicil müdürlüğü tarafından tapu kütüğünde kişisel hak şerh verilecektir.

MK. m. 1009'da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilebileceğinin belirtilmiş olması, yasal dayanak şartını gerçekleştirmektedir. Bu yasal dayanak çerçevesinde söz konusu kişisel hakkın şerhin için, tarafların şerh anlaşması yapması gerekmektedir. Şerh anlaşması, tapu kütüğünde verilecek şerhin hukukî dayanağını oluşturur. Şerh anlaşmasını, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları yapacaktır. Şerh anlaşması, şerh verilecek kişisel hakkın doğumunu sağlayan borç sözleşmesinin şekline tâbidir<sup>43</sup>. Genel tanıma uygun olarak yapılacak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliği tapu sicili nezdinde düzenlenmesine bağlıdır (MK. m.

<sup>42</sup> Sungurbey, sh. 46 vd.; Aday, sh. 619 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Türk Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959; sh. 183, 190 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, sh. 379 vd.; Akipek, sh. 390 vd.; Gürsoy/ Eren/ Cansel, sh. 276 vd.; Sirmen, sh. 204 vd.; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, sh. 182- 183; Hüseyin Hatemi (Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı), Eşya Hukuku, İstanbul 1991, sh. 442; Ayan, sh. 302 vd.; Schmid, Art. 959, N. 12 vd.

<sup>43</sup> Sungurbey, 49- 50; Aday, sh. 622- 623; Akipek, sh. 391; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, sh. 182, not 607; Hatemi (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), sh. 442; Ertaş/ Serdar/ Gürpınar, N. 802, sh. 201; Ayan, sh. 303; Schmid, Art. 959, N. 14. Şerh verilecek kişisel hakkın doğumunu sağlayan sözleşmenin hiçbir geçerlilik şekline tâbi olmadığı hâllerde, en azından yazılı olarak yapılması gerektiği yönünde, Sirmen, sh. 205- 206. Tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşmelerin resmî şekilde olması zorunluluğu nedeniyle, şerh anlaşmasının da resmî şekilde yapılması gerektiği yönünde; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, sh. 380; Gürsoy/ Eren/ Cansel, sh. 277.



706). Bu ihtimalde, şerh anlaşmasının da tapu sicili nezdinde düzenlenmesi gerektiği kabul edilecektir. Ancak, hem uygulamada bu yola hemen hemen hiç başvurulmamakta, hem de mevcut tapu sicili uygulaması bu durumda şerhe ihtiyaç bırakmamaktadır. Uygulamada başvuru, taşınmaz satış vaadi ile birlikte yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliği için ise, bunun noterde düzenleme şeklinde yapılması yeterli kabul edilmektedir<sup>44</sup>. Dolayısıyla, şerh anlaşmasının da noter nezdinde düzenleme şeklinde yapılması gereklidir<sup>45</sup>. Söz konusu şerh anlaşması, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin içeriğinde yer alabileceği gibi, ayrıca düzenlenebilir<sup>46</sup>.

Şerh anlaşmasının aslî edim yükümlülüğü, tapu sicili nezdinde şerh talebinde bulunma yükümlülüğüdür. Taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisine bağlı olarak, şerh talebinde, taşınmazın maliki bulunacaktır. Taşınmaz malikinin bu yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınması hâlinde, müteahhit dava açıp, elde edeceği karar ile şerhin verilmesini sağlayacaktır. Bu davanın tâbi olduğu esaslar ve özellikle de hâkimin vereceği kararın hukukî niteliği doktrinde tartışmalıdır. Tartışmanın özünü, MK. m. 716 hükmünün, kişisel hakların şerhi yönünden de uygulanıp uygulanmayacağı oluşturmaktadır<sup>47</sup>. Hâkim kararıyla mülkiyetin geçtiği bir sistemde, kişisel hakkın etkisinin hâkim kararıyla evleviyyetle güçleneceğini kabul eden görüş, bu durumda MK. m. 716'nın uygulanacağını kabul etmektedir<sup>48</sup>. Buna karşılık, MK. m. 716 hükmünün istisnâî bir nitelik taşımasından hareket eden diğer düşünce, MK. m. 716'nın uygulama alanının kıyas yoluyla genişletilmesinin mümkün olmadığını, hâkimin kararının taşınmaz malikinin iradesinin yerine geçeceğini ve bunun tapu siciline ibrazı yoluyla şerhin sağlanacağını kabul etmektedir<sup>49</sup>.

Tapu Sicil Tüzüğü'nün, "Kişisel Hakların Şerhi İçin Aranacak Belgeler" başlığını taşıyan 55. maddesinin (c) bendinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın<sup>50</sup> şerhi için noterce düzenlenmiş sözleşmenin varlığı aranmaktadır. Şerh veri-

44 Bkz. yukarıda III, 3, a.

45 Öz, sh. 98; Gümüş, sh. 125.

46 Genel olarak, şerh anlaşması yönünden; Aday, sh. 620 ve orada not 43'de anılanlar; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, sh. 379; Gürsoy/ Eren/ Cansel, sh. 277; Akipek, sh. 391; Sirmen, sh. 205; Ayan, sh. 303.

47 Tartışmanın pratik bir öneminin bulunmadığı yönünde, Aday, sh. 628.

48 Sungurbey, sh. 67- 68; Gürsoy/ Eren/ Cansel, sh. 278.

49 Kocayusufpaşaoğlu, sh. 193, not 29 ve orada anılanlar.

50 Düzenlemede bu hakkı ifade etmek için "kat karşılığı inşaat hakkı" ibaresi kullanılmıştır.

len hakkın kapsamının belirlenebilmesi için, şerh talebi ile birlikte, şerh edilen kişisel hakkın doğumunu sağlayan sözleşmenin de tapu siciline ibrazı gerekecektir. Bu açıdan sözleşme, MK. m. 1002/ II'de belirtilen tapu işleminin dayanağı olan belge niteliği taşımaktadır.

Bilindiği üzere, Tapu Kanununun 26. maddesinin beşinci fıkrasına göre; "noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri<sup>51</sup>, taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir." Bu düzenleme ile, taşınmaz satış vaadinden doğan satın alma hakkının şerhi imkânı tanınmaktadır. Bu hüküm, kişisel hakların tapu kütüğüne şerh verilmesine ilişkin genel esaslara iki açıdan istisna getirmektedir. Bunlardan biri tarafların, ayrıca bir şerh anlaşması yapma zorunluluğunun olmamasıdır. İkincisi ise, taşınmazın maliki yanında, kişisel hak sahibinin de şerh talebinde bulunabilmesidir. Diğer bir ifade ile, Tapu Kanununun 26. maddesi, bir taraftan taşınmaz satış vaadinden doğan hakkı yasa gereği şerh edilebilir bir kişisel hak olarak kabul etmekte; diğer taraftan, hak sahibine şerh talebinde bulunabilmesi konusunda tasarruf yetkisi tanımaktadır<sup>52</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere, uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taşınmaz satış vaadi ile bağlantılı olarak yapılmakta; esasen şerh ihtiyacı, bu hukukî yapı içerisinde mülkiyet payının devrine ilişkin müteahhit alacağının ifasının ileriye bırakıldığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Şerh yoluyla etkisi güçlendirilen, mülkiyet payını devir alacağının taşınmaz satış vaadinin kapsamına dahil olması da göz önünde tutulduğunda, Tapu Kanununun 26. maddesinin beşinci fıkrasının, taşınmaz satış vaadi ile birlikte yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinde de uygulama alanına sahip olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Şerh anlaşması ve şerh talebi yönünden genel kurallardan ayrılan ve hukukumuzda istisnaî bir nitelik taşıyan bu hükmün, yalnızca saf taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde uygulanması yerinde olacaktır. Nitekim,

<sup>51</sup> Düzenlemede, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin şerhinden söz ediliyorsa da, bunun taşınmaz satış vaadinden doğan satın alma hakkının şerhi olarak anlaşılması gerekmektedir (Kocayusufpaşaoğlu, sh. 190; Sungurbey, sh. 41-42; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, sh. 314, not 372).

<sup>52</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, sh. 314; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, sh. 379- 380; Sirmen, sh. 204- 205; Hatemi (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), sh. 443; Aday, sh. 620- 621; Ertaş/ Serdar/ Gürpınar, N. 798, sh. 200, N. 802, sh. 201; Ayan, sh. 303- 304. Aksi fikirde, Sungurbey, sh. 47-48; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 191. MK. m. 1009'un, Tapu Kanununun 26. maddesinin beşinci fıkrasını ilga etmediği yönünde, Gümüş, sh. 115.

mevcut hukukî durumu ve uygulamayı bilen kanun koyucu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhini özel olarak öngörmüş, ancak buna ilişkin düzenlemede genel kurallar açısından istisnâî bir düzenleme yapmamıştır. Bu durum karşısında, taşınmaz satış vaadi ile bağlantılı olarak yapılsa da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinde, yukarıda belirtilen genel kurallar uygulanacaktır<sup>53</sup>. Buna karşılık, Yargıtay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkın Tapu Kanununun 26. maddesi uyarınca şerh verilebileceğini kabul etmektedir<sup>54</sup>. Bu uygulamanın, Yargıtay'ın önceki kararları ile çeliştiği gibi, genel kurallara ve mevcut yasal düzenleme ile onun gelişimine uygun olmadığı düşünülmektedir.

## V. Şerhin Etkisi

### 1. Genel Olarak Kişisel Hakların Şerhinin Etkisi

Kişisel hakkın şerhinin, ilgili hakkın etkisini güçlendireceğinde herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Yine, şerhin, kişisel hakkı bir mutlak hak, özellikle de bir aynî hak hâline getirmeyeceği genel kabul görmektedir<sup>55</sup>. Bunun beraber, şerhin kişisel hakkın etkisini ne şekilde güçlendirdiği ve şerhin kişisel hak üzerinde ne gibi bir etki yarattığı, üzerinde farklı fikirlerin ileri

<sup>53</sup> Öz, sh. 98- 99; Gümüş, sh. 125; Metin Yeşil, Tapu İşlemleri, 8. baskı, İstanbul 2002, sh. 263; Yarg. 15 HD. 11.12.1997, 4209/ 5345 (YKD. 1998/ 5, sh. 709). Bu karara göre: "Karma nitelikli "kat karşılığı inşaat sözleşmeleri" satış vaadinden ziyade eser ağırlıklı sözleşmelerdir. Bu nedenle, Tapu Kanunu'nun 26. maddesindeki salt "gayrimenkul satış vaadi"ne ilişkin olan tek taraflı şerh, eser sözleşmelerinde uygulanamaz. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin tapuya şerh verdirilmesi için taraflarca bir şerh anlaşmasının yapılması zorunludur."

<sup>54</sup> Yarg. 15 HD. 13.2.2004, 3769/ 719 (Kostakoğlu, sh. 79. Aynı karar için ayrıca bkz. "yargitay.gov.tr"). Karara göre: "Dava konusu sözleşme bir taraf inşaat yapımını, diğer taraf satış vaadini içeren iki taraflı bir sözleşme olup, Tapu Kanununun değişik 26/5 maddesi uyarınca tapuya tescil edilebileceği gibi, sözleşmenin 29. maddesindeki şerhe ilişkin anlaşma uyarınca da tescili istenebilir." Kararda şerh kavramı yerine veya şerh kavramı ile birlikte "tescil" kavramının kullanılması da doğru bir ifade şekli olmamıştır. Aynı yönde; Gürsel Öcal Dörtgöz, Açıklamalı Tapu Sicili (Tapu Sicili Tüzüğü Şerhi), Ankara 2005, sh. 284.

<sup>55</sup> Sungurbey, sh. 88; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, sh. 383; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, sh. 209; Aday, sh. 633; Akipek, sh. 393; Sirmen, sh. 206- 207; Gürsoy/ Eren/ Cansel, sh. 278; Ertaş/ Serdar/ Gürpınar, N. 799, sh. 200.

sürüldüğü bir konudur. Bugün, Türk Hukukunda söz konusu fikirlerden iki tanesi ön plana çıkmaktadır<sup>56</sup>.

Bunlardan biri, “şerh edilen kişisel haktan doğan istemin nesnel (aynî) etkililiği görüşü”dür. Bu görüşe göre; şerh edilen kişisel hakka ilişkin borç ilişkisi, şerhten sonra da taraflar arasında kalmaya devam eder ve buna bağlı olarak kişisel hakkın borçlusu veya muhatabı değişmez. Diğer bir ifade ile, şerh, edilen kişisel hakka ilişkin borç ilişkisinin taraflarında hiçbir zaman bir değişiklik yaratmaz. Buna karşılık, kişisel haktan doğan talep, şerh ile birlikte aynî etkili olur. Mevcut veya şerh edilen kişisel hakka bağlı olarak doğacak olan mülkiyetin devrine ya da taşınmazdan yararlanmaya yönelik talepler, şerhten sonra da hep aynı kalacak olan ve borcun yerine getirilmesinden sorumlu bulunan karşı tarafa ileri sürülebileceği gibi, taşınmaz üzerinde sonradan aynî hak kazanan diğer kişilere de ileri sürülebilecektir<sup>57</sup>.

Bizim de katıldığımız, eşyaya bağlı borç görüşüne göre ise, şerhin iki etkisi vardır. Şerh verilen kişisel hakkın konusunda borç doğuncaya kadarki ilk etki, şerh verilen hak ile ilgili borç ilişkisini, eşyaya bağlı borç durumuna koyar. Şerh, söz konusu borç ilişkisindeki taraf sıfatını, taşınmaz üzerindeki hak sahipliğine bağlı hâle gelir. Buna göre, şerhten sonra taşınmazın her maliki kendi mülkiyeti esnasında doğacak borç ile yükümlü olur. Bu etki, şerh olanağı tanınan her bir hak için kanunda ayrı ayrı belirtilmiştir. “Munzam etki” veya “aynî etki” olarak isimlendirilen, şerhin ikinci etkisi ise, borç doğduktan sonra ortaya çıkar. Aynî etki, şerhten sonra taşınmaz üzerinde kazanılmış olup, doğmuş borcun gereği gibi ifasına engel olan hakların bertaraf edilmesini sağlar. Bu etki, MK. m. 1009/ II’de: “Bunlar şerh verilmele o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.” şeklinde ifade edilmiştir<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Şerhin etkisine ilişkin diğer görüşleri de kapsayan açıklamalar için bkz. Sungurbey, sh. 79 vd.; Aday, sh. 632 vd.

<sup>57</sup> Sungurbey, sh. 102 vd.; Hatemi (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), sh. 441 vd.

<sup>58</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, sh. 209- 210; Aday, sh. 637 vd.; Şafak N. Erel, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, sh. 205 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, sh. 385 vd., 388; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 200 vd.; Sirmen, sh. 207- 208; Akipek, sh. 393 vd.; Ertaş/ Serdar/ Gürpınar, N. 800- 801, sh. 200; Schmid/ Hürliman-Kaup, N. 478; Schmid, Art. 959, N. 2; Yarg. 4. HD. 26.1.1987, 7807/ 482 (YKD 1987/ 5, sh. 692- 693).

## 2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhinin Etkisi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinin etkisinin de eşyaya bağlı borç görüşü çerçevesinde açıklanması mümkündür. Kabul etmek gerekir ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin isimsiz sözleşme niteliği taşıması, genel kurallar kapsamında tâbi olduğu hükümler ve bunların sonuçları ile tapu sicilinin mevcut uygulama biçimi; tarafları gerek sözleşmenin kurulmasında, gerekse sözleşmeden doğan borçların ifasında bazı yapay ve dolaylı yollara sevk etmektedir<sup>59</sup>. Bu durum, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinin etkisine ilişkin yapılacak açıklamalar yönünden de yansıma bulmaktadır. Uygulamada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulmasında, taşınmaz satış vaadinden yararlanılması ve taşınmaz satış vaadinden doğan hakkın şerhinin mümkün olması da, şerhin etkisinin açıklanmasında ayrıca göz önünde tutulması gereken bir özellik olarak ortaya çıkmaktadır. Bu husus; şerhin etkisine ilişkin yapılacak açıklamalarda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin uygulamadaki farklı görünüm biçimlerinin ve her bir görünüm şeklinin taşıdığı özelliklerin dikkate alınmasını zorunlu kılmaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere<sup>60</sup>, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, genel olarak; taraflardan birinin sahip olduğu arsa üzerindeki mülkiyetinin belirli orandaki payını devretmeyi, diğerinin ise bunun karşılığında maliyeti kendisine ait olmak üzere arsada bağımsız bölümlerden oluşacak bina inşa etmeyi taahhüt ettiği sözleşme biçiminde tanımlanmaktadır. Bu şekildeki genel tanıma uygun yapılacak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliği tapu sicili nezdinde düzenlenmesine bağlıdır (MK. m. 706/ I). Mevcut tapu sicili uygulaması çerçevesinde, borçlandırıcı işlemin hemen ardından, bu sözleşmeden doğan belirli orandaki mülkiyet payının devri borcunun ifasını teşkil eden tescil işlemi gerçekleştirilmektedir<sup>61</sup>. Sözleşmeden doğan alacak hakkının ifasının, hemen bu sözleşmenin ardından gerçekleştirilmesi şerh ihtiyacına yer bırakmamaktadır.

<sup>59</sup> Öz, sh. 20- 21. Bu durum karşısında; en azından geçerlilik şekli yönünden arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kanunda düzenlenmesinde fayda olduğu düşünülmektedir (Öz, sh. 21).

<sup>60</sup> Bkz. yukarıda II, 1.

<sup>61</sup> Bkz. yukarıda III, 2.

Her ne kadar, bugünkü mevcut uygulamaya imkân tanımıyor olsa da; tapu sicili nezdinde yapılacak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan belirli orandaki mülkiyet payının devri borcunun ifasının ileriye bırakılmasına herhangi bir hukukî engel bulunmamaktadır. Buna göre, tapu sicilinde yalnızca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlenmekle yetinilip, tescil talebinde bulunma ve buna dayanarak tescilin gerçekleştirilmesi ileriye bırakılabilir. Bu ihtimalde, belirli orandaki mülkiyet payının devri alacağının güçlendirilmesinde müteahhidin menfaati olacaktır. Bu durumda, sözleşmenin düzenlenmesiyle belirli orandaki mülkiyet payını devir borcu doğacağından, bu borcun ifasından, sözleşmenin yapılması sırasında taşınmazın maliki olan ve aynı zamanda da sözleşmenin karşı tarafı olan kişi sorumlu olacaktır. Sözleşmenin kurulması ile borç doğduğundan ve sonrasında yalnızca bu borcun ifası söz konusu olacağından, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi artık söz konusu olmayacaktır<sup>62</sup>. Borcun doğumundan sonra ise, artık şerhin munzam (aynî) etkisi bulunacaktır. Buna göre, şerh sayesinde belirli orandaki mülkiyetin devrine ilişkin alacak hakkı, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilecektir (MK. m. 1009/ II). Şerh; şerhten sonra taşınmaz üzerinde kazanılmış olup, belirli orandaki mülkiyet payının devri borcunun gereği gibi ifasına engel olan hakların bertaraf edilmesini sağlayacaktır.

Diğer taraftan; bu durumda, şerhin etkisine ilişkin, yukarıda belirtilen iki görüş arasında büyük bir fark kalmamaktadır. Esasen, bu görüşler arasında önemli pratik farklar, yenilik doğuran hak ve sürekli edim ihtiva eden alacak hakkı niteliğindeki kişisel hakların şerhi açısından ortaya çıkmaktadır<sup>63</sup>. Zira, bu hakların

<sup>62</sup> Yukarıda belirtildiği üzere, eşyaya bağlı borç etkisi, şerh olanağı tanınan her bir hak için kanunda ayrı ayrı belirtilmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; isimsiz sözleşme niteliği taşıdığından ve tâbi olduğu hükümler kanunda özel olarak düzenlenmediğinden, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi bu sözleşmeden doğan hak açısından kanunda ifade edilmiş de değildir. Bununla beraber; genel tanıma uygun bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin doğrudan yapıldığı hâllerde, sözleşmenin yapılması ile şerh verilen kişisel hakka ilişkin borcun doğumu, eşyaya bağlı borç etkisine yer bırakmamakta, söz konusu yasal eksiklik önemli bir soruna yol açmamaktadır.

<sup>63</sup> Buna karşılık, borcun doğumunun şarta veya vadeye bağlandığı durumlarda şerhin eşyaya bağlı borç etkisi de önem taşıyabilecektir. Her ne kadar, doğumu şarta bağlı kişisel haklarının şerhinin mümkün olmadığı belirtilmekteyse de (Turgut Öz, Taşınmazda Mevcuttan Fazla Pay Satımında Şerhedilmiş Satış Vaadinin Önceliği ve Konudaki Yargıtay Kararının Eleştirisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, sh.

söz konusu olduğu durumlarda, mevcut hukukî ilişki çerçevesinde şerhten sonra da borç doğabilmektedir. Buna karşılık, anı edim içeren alacak haklarının şerhinde; sözleşmenin kurulması ile borç doğduğundan ve yeni borçların doğması da, kural olarak, mümkün bulunmadığından, eşyaya bağlı borç görüşü yönünden de üçüncü kişiler açısından, kural olarak, yalnızca aynı etki uygulama alanı bulmaktadır<sup>64</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taşınmaz satış vaadi ile bağlantılı yapılması hâlinde, şerh ihtiyacı, arsa sahibinin belirli orandaki mülkiyet payını devir borcunu ileriye bırakılması hâlinde ortaya çıkacaktır<sup>65</sup>. Ancak, bu durumda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan belirli orandaki mülkiyet payının devrine ilişkin alacağın şerhinin görünüm şeklini; taşınmaz satış vaadinden doğan kişisel hakkın şerhi oluşturacaktır<sup>66</sup>. Her ne kadar, bir arada yapılan taşınmaz satış vaadi ve inşaat sözleşmesi, bir bütün olarak değerlendirildiğinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak nitelendirilse de, taraflar arasında tek bir sözleşmenin varlığının kabulüne ve bu sözleşmeden doğan kişisel hakkın şerhine, mevcut hükümler çerçevesinde olanak tanımamaktadır. Dolayısıyla, bu ihtimalde şekli

---

746); buna hukukî bir engel bulunmadığı düşünülmektedir. Özellikle, şerh talebinin şerhe bağlı yapılamayacağı, şerh edilen kişisel hakkın doğumunun şarta bağlı olmasından farklı bir hususu oluşturmaktadır. Şerh talebinin şarta bağlı yapılamaması, tescil talebinde olduğu gibi, tapu sicili yönünden mevcut olan kesinlik ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Şerh edilen kişisel hakkın doğumunun şarta bağlı olduğu hâllerde, söz konusu kesinliği kaldıran bir durum söz konusu değildir. Önalım hakkı, bağışlamadan rucü hakkı, rehinli alacaklının boş dereceye ilerleme hakkı gibi hakların şerhi imkânını kabul eden kanunun ruhunun da buna izin verdiği düşünülebilir.

64 Karş. Öz, Şerhedilmiş Satış Vaadinin Önceliği, sh. 737.

65 Bkz. yukarıda III, 3, b.

66 Nitekim, Yargıtay da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile bağlantılı yapılan ve onun bir unsurunu oluşturan taşınmaz satış vaadin şerhini, genel olarak taşınmaz satış vaadinin şerhi olarak kabul etmektedir: Yarg. 15 HD. 13.2.2004, 3769/ 719 (Kostakoğlu, sh. 79. Aynı karar için ayrıca bkz. "yargitay.gov.tr"); Yarg. 15 HD. 11.12.1997, 4209/ 5345 (YKD. 1998/ 5, sh. 709); Yarg. 15. HD. 7.2.2000, 3864/ 479'de (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Bununla beraber, bu ihtimalde taşınmaz satış vaadinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir unsuru olmasının; şerhin verilmesinin şartları, şerhin süresi gibi, çalışmada yeri geldikçe belirtilen konularda, genel olarak taşınmaz vaadinin şerhinden farklı hükümlerin uygulanmasını gerektireceği düşünülmektedir (Yarg. 15 HD. 11.12.1997, 4209/ 5345; YKD. 1998/ 5, sh. 709). Türk Medenî Kanunu yürürlüğe girdikten sonra verdiği kararda ise, Yargıtay, herhangi bir hüküm farkı yaratmama eğiliminde gözükmektedir: Yarg. 15 HD. 13.2.2004, 3769/ 719 (Kostakoğlu, sh. 79. Aynı karar için ayrıca bkz. "yargitay.gov.tr")

açından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yapılan ve onun bir unsurunu oluşturan taşınmaz satış vaadinden doğan belirli orandaki mülkiyet payını satın alma hakkının şerhi söz konusu olacaktır. Sözleşmede, mülkiyet payının devri için öngörülen, inşaatın belirli seviyeye getirilmesi, bağımsız bölümlerin teslim edilmesi veya benzeri şekildeki şartların gerçekleşmesi hâlinde; müteahhit söz konusu borcun ifasını talep edebilecektir. Bu talebin görünüm şeklini ise, satış vaadine dayanarak, belirli oranda mülkiyet payının devrini amaçlayan satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin yenilik doğuran hakkın<sup>67</sup> kullanılması oluşturacaktır. Eşyaya bağlı borç etkisine göre; taşınmaza bu hakkının kullanıldığı anda malik olan kişi, yenilik doğuran hakkın kullanılması ile doğan satış sözleşmesi yapma ve kurulacak satış sözleşmesinden doğacak, belirli orandaki mülkiyet payını devir borçlarını sırasıyla ifa ile yükümlü olacaktır<sup>68</sup>. Belirtilen şekilde borcun doğumundan sonra ise, şerhin aynî etkisi ortaya çıkacaktır. Buna göre; şerh, şerhten sonra taşınmaz üzerinde kazanılmış olup, belirli orandaki mülkiyet payının devri borcunun gereği gibi ifasına engel olan hakların bertaraf edilmesini sağlayacaktır<sup>69</sup>.

Satış vaadi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir unsurunu oluşturduğu için, kurulacak satış sözleşmesinin tâbi olacağı hükümler, satış vaadi ve onunla birlikte yapılan inşaat sözleşmesinin bütününden meydana gelen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hükümlerine tâbidir. Bu nedenle, gerçekleşen satış çerçevesinde, satış bedelinin aynen ifası istenemeyecektir. Taşınmazın mülkiyetini elde eden üçüncü kişiler, mülkiyet payı devrinin karşı edimi olarak, taşınmaz üzerinde maliyeti müteahhide ait olmak üzere inşa edilen binadaki bağımsız bölümlerin, sonuçta kendilerine kalacak mülkiyet payı oranında sahip olmak şeklinde elde edeceklerdir. Aynî etki çerçevesinde, müteahhidin belirli orandaki mülkiyet payının devrine ilişkin alacağını elde etmesine katlananlar ise, müteahhide karşı bir

<sup>67</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, sh. 313. Bu durumda, yenilik doğuran bir hakkın olmadığı, aksine satış vaadinin kurulması ile borcun doğduğu, bu nedenle de, eşyaya bağlı borç etkisinden söz edilemeyeceği, sadece aynî (munzam) etkinin varlığının kabul edilebileceği yönünde; Öz, Şerh Edilmiş Satış Vaadinin Önceliği, sh. 737.

<sup>68</sup> Nitekim, uygulamada, taraflar belirli orandaki mülkiyet payını devir borcunu, tapu sicilinde satım sözleşmesi yapılması ve bu sözleşmeye dayanarak müteahhit adına tescilin gerçekleştirilmesi yoluyla sağlamaktadır (Bkz. yukarıda, III, 3, a).

<sup>69</sup> Şerhin, "yasal sözleşme devri" şeklinde etkisi olduğu görüşünde Gümüş, sh. 125.



talep ileri süremeyecektir. Müteahhidin alacağının ifasının bu açıdan sonuçları, ilgili kişilerle arsa sahibi veya daha sonraki taşınmaz malikleri arasındaki iç ilişkiye tâbidir.

Eşyaya bağlı borç ve aynî etki; müteahhidin, belirli orandaki mülkiyet payının devri amacına yönelik alacak hakkı ile birlikte, bu alacağın gereği gibi ifasına hizmet eden (bağlı) yan borçlar açısından da söz konusu olacaktır. Şerh edilen hakkının amacına ulaşmasına yardım eden bağımsız yan borçların şerhten yararlanması, taşınmaza ilişkin bulunmasına bağlıdır. Bu borçların belirlenmesinde, yalnızca satış vaadi ve buna dayanılarak yapılacak satış sözleşmesinin değil, bir bütün olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ve bu sözleşmenin yöneldiği ekonomik amacın da göz önünde tutulması gerekmektedir. Özellikle, müteahhidin belirlenen orandaki mülkiyet payının elde etme amacı, kendisinin arsa üzerinde inşa edeceği binada, mülkiyet payına tekabül eden bağımsız bölümlerin mülkiyetini kazanma olduğu ve bu açıdan arsa üzerinde bina yapılmasının, eser sözleşmesindeki eserin yapılarak teslim edilmesi borcuna nazaran farklılıklar taşıdığı dikkate alınmalıdır. Diğer bir ifade ile, her ne kadar müteahhidin ilk planda bir borcu görünümü taşısa da, binanın inşasında müteahhidin de menfaati vardır. Arsa sahibinin arsayı inşaat yapmaya elverişli şekilde müteahhide teslim etmesi<sup>70</sup> ve bunun bir uzantısı olarak inşaat süresince müteahhidin arsa üzerinde faaliyetini yürütmeye elverişli olarak zilyetliğe sahip kılınmasına ilişkin alacak hakkının bu çerçevede değerlendirilmesi mümkündür. Bu yan borç açısından da, eşyaya bağlı borç ve aynî etkinin tanınması, inşaatın devamı sırasında taşınmaz üzerindeki aynî hak değişikliklerinden etkilenmeksizin müteahhidin faaliyetini sürdürebilmesine olanak sağlayacaktır.

Buna karşılık, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde, arsa sahibi belirli orandaki mülkiyet payı devir borcundan ayrı olarak, belirli bir miktar para ödenmesi, belirli bir miktar malzeme temin edilmesi gibi başkaca yükümlülükler altına girmişse; taşınmaza ilişkin olmayan bu yükümlülüklerden doğan alacak hakkının şerhin etkisi ile güçlenmesi ve üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesi mümkün değildir<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> Arsa sahibinin söz konusu borcu için; Erman, sh. 42; Kartal, sh. 105, Kostakoğlu, 359.

<sup>71</sup> Öz, sh. 99. Sözleşmedeki bütün hak ve yükümlülükler açısından şerhin etkisinin var olacağı yönünde, Yeşil, sh. 263.

Şerh, müteahhidin belirli orandaki mülkiyet payının devrine ilişkin alacak hakkının etkisini güçlendirmekteyse de, bu alacağın ifasından ilk planda arsa sahibi sorumlu bulunmaktadır. Bu durum, arsa sahibinin taşınmazın tamamını değil de, belirli orandaki mülkiyet payını üçüncü kişilere devretmesi hâlinde önem taşıyacaktır. Arsa sahibi, taşınmaz üzerindeki mülkiyetinin belirli orandaki payını üçüncü kişilere devretmiş olsa bile, hâlâ müteahhide devir ile yükümlü olduğu mülkiyet payına sahipse, müteahhit sadece arsa sahibine karşı talepte bulunabilmesi, sahip olduğu alacak hakkının etkisinin şerh yoluyla güçlendiğini ileri sürerek üçüncü kişilerden mülkiyet paylarının devrini isteyememelidir<sup>72</sup>. Arsa sahibinin kendisinde tuttuğu mülkiyet payının tamamının devrine rağmen, müteahhidin alacağı karşılanmamış olursa; taşınmaz üzerinde pay sahibi olan üçüncü kişilerin hepsi payları oranında müteahhide karşı sorumlu olacaktır. Bu durumda, üçüncü kişilerin iktisap tarihleri sırasıyla veya eşit şekilde pay devri ile yükümlü olabilecekleri de ileri sürülebilirse de; paylı mülkiyette bu ilişkiden kaynaklanan her türlü yükümlülüğü, paydaşların payları oranında üstleneceğine ilişkin MK. m. 694 hükmüne de uygun bu çözüm tarzına üstünlük tanınabilir<sup>73</sup>. Şerh ile alacak hakkının etkisi güçleneceğinden, söz konusu alacağı devralan üçüncü kişiler de şerhin etkisinden yararlanacaktır. Burada bağlı bir hak sahipliği söz konusu olup, şerhin sağladığı yetkiler müteahhidin şahsına değil, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakka bağlıdır<sup>74</sup>. Bu hakkın devri ile şerhin sağladığı yetkiler de, yeni hak sahibi tarafından kullanılacaktır.

Şerhin etkisi, kural olarak, müteahhidin alacak hakkı varlığını koruduğu sürece devam edecektir<sup>75</sup>. Ancak, tarafların yapacakları anlaşma ile şerhin süresini belirlemeleri mümkündür. İfa başta olmak üzere, müteahhidin alacak hakkının herhangi bir sebeple sona ermesi, şerhin etkisinin de ortadan kalkmasına yol açacaktır. MK. m. 1009'da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinin, taşınmaz satış vaadinin şerhinden ayrı ve bağımsız olarak sayılması karşısında, satış vaadinin şerhin süresini azamî beş yıl ile sınırlayan Tapu Kanununun 26. maddesinin altıncı fıkrası, söz konusu hak yönünden uygulama

72 Öz, sh. 99.

73 Öz, sh. 100.

74 Öz, sh. 100.

75 Öz, sh. 100.

alanı bulmayacaktır<sup>76</sup>. Şerhin süresini sınırlayan bu düzenlemenin, kıyasen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yönünden de uygulanması mümkün gözükmemektedir. Özellikle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin bağımsız bölümlerden oluşan bina inşa etme ve oturmaya elverişli şekilde teslim etme borcunun zamana ihtiyaç göstermesi, şerhin süresini sınırlayan söz konusu hükmün uygulanmamasını gerektirmektedir. Yargıtay ise, söz konusu beş yıllık sürenin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinde de uygulanacağını kabul etmektedir<sup>77</sup>.

## VI. Sonuç

MK. m. 1009'da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi imkânının getirilmesi ile, isimsiz (atipik) bir sözleşmeden doğan kişisel hakkın şerhi olanağı tanınmıştır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin isimsiz sözleşme niteliği taşıması, genel kurallar çerçevesinde tâbi olduğu hükümler ve bunların sonuçları ile mevcut tapu sicili uygulaması; tarafları gerek sözleşmenin kurulmasında, gerekse sözleşmeden doğan borçların ifasında bazı yapay ve dolaylı yollara sevk etmektedir<sup>78</sup>. Esasen, MK. m. 1009'da, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkın şerh edilebileceğinin kabul edilmesi de, bu uygulamanın bir sonucudur<sup>79</sup>. Bu durum, çalışmada belirtildiği üzere, şerhin verilmesinin şekli ve şerhin etkisinin açıklanmasında da yansımalar bulmaktadır. Sözleşmenin kurulması ve sözleşmeden doğan borçların ifasındaki yapay ve dolaylı yollarla gerçekleştirilen uygulamada sadelik ve belirlilik sağlanması için, en azından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerlilik şekline ilişkin yasal bir düzenleme yapılmasının faydalı olacağı düşünülmektedir.

<sup>76</sup> Öz, sh. 100; Dörtgöz, sh. 284- 285.

<sup>77</sup> Yarg. 15 HD. 13.2.2004, 3769/ 719 (Kostakoğlu, sh. 79. Aynı karar için ayrıca bkz. "yargitay.gov.tr")

<sup>78</sup> Öz, sh. 21.

<sup>79</sup> Bkz. yukarıda, III, 3, b.