

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞERHİ VE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ SEBEBİYLE AYNEN İFADAN VAZGEÇİLEREK MÜSPET ZARARIN İSTENDİĞİ HÂLLERDE SÖZLEŞMENİN ŞERHİNİN HUKUKİ AKİBETİ^(*)

Burak YAKAN^(**)

Prof. Dr. Murat DOĞAN^(***)

Öz

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, isimsiz sözleşmeler içerisinde çifte tipli karma bir sözleşme özelliğine sahiptir. Bu isimsiz sözleşmeden doğan hakkın tapu siciline şerh edilebileceğine ilişkin yasal dayanak ilk kez Türk Medeni Kanunu'nda yer almıştır.

Alacak hakkı, nispi bir hak niteliğinde olması nedeniyle yalnızca sözleşmenin taraflarına karşı ileri sürülebilir. Nispi hakkın tapu siciline şerhi ile etkisi kuvvetlendirilerek sözleşme tarafları dışında, sicilde hak sahibi olacak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir duruma gelir. O hâlde, kişisel hakkın tapu siciline şerhi ile hak sahibi alacaklı, mutlak hak sahibi taşınmaz malikinin yapacağı tasarruf işlemlerine karşı korunmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin kusuru ile temerrüde düşen yükleniciye karşı seçimlik hakları bulunmaktadır. Bunlardan biri de aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmin edilmesi talebidir. Arsa sahibinin bu talebi mevcut hukuki ilişkiyi ortadan kaldırmaz, ancak içeriğini değiştirir, bu nedenle değiştirici yenilik doğuran bir haktr. Müspet zararın tazmininin talep edilmesi hâlinde yüklenicinin yaptığı inşaata karşılık olarak bağımsız bölüm mü yoksa bedel mi isteyebileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Buna ilaveten müspet zararın tazmini talebinin tapu sicilindeki şerhi nasıl etkiyeceği de yine üzerinde durulması gereken sorunlardan biridir.

Bu çalışmada, öncelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hangi kişisel hakkın şerh edilebileceği, şerhin hangi menfaati koruduğu ve bu menfaatin sözleşen taraflardan hangisine ait olduğu üzerinde durulmuş; akabinde şerhin şartları, süresi, hüküm ve sonuçları incelenmiştir. Daha sonra, arsa sahibinin mütemerrit yükleniciden müspet zararın tazminini talep etmesi hâlinde, müspet zararın kapsamı belirlenerek zararın giderim şekline ilişkin teoriler ele alınmıştır. Bu kapsamda, mübadele ve fark teorilerinden hangisinin seçildiğine göre tapu sicilinde yer alan şerhin hukuki durumu doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Şerh, Temerrüt, Müspet Zarar, Terkin.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi](#): 24.07.2024 - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih](#): 18.10.2024
[DOI No](#): 10.54704/akdhfd.1521685

^(**) Cumhuriyet Savcısı;
Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Programı Öğrencisi / Kayseri, Türkiye
[E-posta](mailto:yakanburak@gmail.com): yakanburak@gmail.com
[Orcid Id](https://orcid.org/0000-0002-3115-9597): <https://orcid.org/0000-0002-3115-9597>

^(***) Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı / Kayseri, Türkiye
[E-posta](mailto:murat.dogan@erciyes.edu.tr): murat.dogan@erciyes.edu.tr
[Orcid Id](https://orcid.org/0000-0002-5428-5254): <https://orcid.org/0000-0002-5428-5254>



ANNOTATION OF THE DEVELOPMENT AGREEMENT AND LEGAL CONSEQUENCES IN CASES OF WAIVING SPECIFIC PERFORMANCE AND CLAIMING COMPENSATION FOR POSITIVE DAMAGES DUE TO CONTRACTOR'S DEFAULT

Abstract

A development agreement in exchange for a share of the land possesses the characteristic of a hybrid, dual-type contract among unnamed contracts. The legal basis for the annotation of rights derived from this unnamed contract in the land registry was first established in the Turkish Civil Code.

The right to claim, being a relative right, can only be asserted against the parties to the contract. With the annotation of the relative right to the land registry, its effect is strengthened and it becomes assertable against third parties who will have rights in the registry, other than the parties to the contract. Therefore, with the annotation of the personal right to the land registry, the creditor who has the right is protected against the disposals to be made by the immovable property owner who has the absolute right.

In the context of such a development agreement, the landowner has several elective rights against the contractor who defaults due to the owner's negligence. One of these rights includes waiving specific performance in favor of claiming compensation for positive damages. This request of the landowner does not abolish the existing legal relationship, but it changes its content, therefore it is a right that gives rise to modification. When such compensation is claimed, it must be determined whether the landowner can demand the actual constructed units or their monetary value. Additionally, how the claim for compensation of positive damages affects its annotation in the land registry is another significant issue that requires attention.

This study primarily focuses on which personal rights arising from the development agreement can be annotated, what interests this annotation protects, and which party benefits from this protection. Subsequently, the conditions, duration, rulings, and outcomes of such annotations are analyzed. Later, when a landowner claims compensation for positive damages from a delinquent contractor, the scope of these damages is defined, and theories regarding the methods of remedying the damages are discussed. In this context, depending on whether the exchange or difference theory is selected, the legal status of the registry entry is determined in light of doctrinal views and judicial decisions.

Keywords

Development Agreement, Annotation, Default, Positive Damages, Cancellation.

Extended Abstract

Annotation is a procedure that involves recording specific legal situations or rights related to real estate into the relevant section of the land registry electronically. The legal framework allowing the right arising from a development agreement in exchange for a share of the land to be annotated in the land registry first found its legal basis with the Turkish Civil Code (TCC Art. 1009).

The right originating from the development agreement and requiring protection through annotation is the claim right related to the transfer of ownership of the land share, which can affect the real rights on the property. The interest that needs to be protected by the annotation relates to the transfer of the land share or the constructed independent units in accordance with the contract provisions. This interest may belong to either the landowner or the contractor. The landowner's transfer of the agreed land share or the entire property ownership before the contractor fulfills its obligations does not hinder the protective function of the annotation.

According to TCC Art. 1020, the annotation also serves to eliminate good faith. Through this function, the landowner can prevent third parties, who have acquired a share from the contractor, from acquiring real rights under TCC Art. 1023. If the landowner exercises their right to rescind the contract, and if the third party has acquired a share from the contractor, it can be asserted through the annotation that the third party was or should have been aware of the landowner's rescission, thus lacking good faith.

No separate agreement for the annotation of the right arising from the development agreement is required, and each party can request the annotation. The maximum legal duration for the annotation is five years. If the development agreement has not concluded by the end of the annotation period, the annotation can be renewed in the land registry. However, in this case, an annotation agreement should be sought; otherwise, unilateral renewal may detrimentally affect the landowner's interest for an extended period.

In our view, as rightly argued by proponents of the classical perspective, since the rights and obligations of the parties arise at the moment the development agreement in exchange for a share of the land is established, there is no property-linked debt effect when the right arising from this agreement is annotated in the land registry. However, due to the additional effect, the transfer of the land share from a third party can be requested. In this situation, since the third party is not a party to the debt relationship, they cannot demand the counter-performance from the person to whom they transferred the land share.

The landowner has elective rights against the contractor who defaults due to negligence. One of these rights is waiving specific performance in favor of claiming compensation for positive damages. This request by the landowner does not abolish the existing legal relationship but changes its content; therefore, it creates a modifying, innovative right.

There are two theories regarding the remedy for positive damages: "exchange" and "difference." According to the exchange theory, the landowner must perform their primary obligation exactly. In the difference theory, the landowner is not required to perform their primary obligation exactly; instead, the claim for compensation (positive damages) and the contractor's claim for the corresponding share of the land constructed are offset against each other.

Due to the Supreme Court's insistence on applying the exchange theory in development agreements in exchange for a share of the land, it has become practically impossible for the landowner to exercise their elective right to claim compensation for positive damages. This is because the landowner will often rightfully want to remove the defaulting contractor from the property.

The requirement for the landowner to perform the obligation of transferring the land share exactly in case of the contractor's default is not only inequitable but also deepens the dispute. If the contractor compensates for the positive damages, both the landowner and the contractor will have joint ownership over the property. This further deepens the dispute and ultimately risks losing all rights and authority over the property. Therefore, we advocate for the application of the difference theory.

When the difference theory is applied, if the difference between the landowner's claim for compensation (positive damages) and the contractor's claim for the corresponding share of the constructed land is positive, this positive value is added to the assets of the landowner's estate; if negative, the liabilities of the landowner's estate are reduced by the amount of positive damages to compensate for the loss. Since there is no difference between an increase in assets or a decrease in liabilities, the difference theory should be applicable in all cases. If the positive damages are less than the value of the land share to be transferred to the contractor (negative difference), the landowner should be able to escape the obligation of transferring the land share by depositing the difference in the court's treasury. In this case, the court should conclude the trial with a determination ruling, even if it does not issue a performance ruling. If the calculated positive damages exceed the value of the land share to be transferred to the contractor, the difference will be positive. In this case, the court should issue a performance ruling for the contractor to compensate for the difference. Additionally, if a claim for the cancellation of the annotation is also present in the compensation lawsuit where both negative and positive differences emerge, since the contractor's claim for the transfer of the land share has been eliminated, a decision should also be made to cancel the annotation.

If the right to property has previously passed to the contractor and the compensation for positive damages is demanded according to the difference theory, since the landowner's obligation to perform the primary duty of transferring the land share is eliminated, the previously transferred land share must be returned. Whether the difference is positive or negative, since the contractor's claim for the transfer of the land share has been eliminated, a decision should also be made to cancel the annotation.

I. GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

A. TANIMI VE TARAFLARIN ASLİ EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, mevzuat kapsamında tanımına yer verilmeyen isimsiz bir sözleşmedir¹. Bu sözleşmeyi, yüklenicinin arsa sahibine ait taşınmaz üzerinde bağımsız bölümlerden müteşekkil bir yapı inşa ederek teslim etmeyi, arsa sahibinin ise yüklenicinin yaptığı iş karşılığında kararlaştırdıkları arsa payını ve arsa payına karşılık gelen bağımsız bölümlerin mülkiyetini devretmeyi taahhüt ettiği sözleşme şeklinde tanımlayabiliriz². Tanımdan da anlaşılacağı üzere, yüklenicinin asli edim yükümlülüğünü, bağımsız bölümlerden müteşekkil bir yapı inşa ederek arsa sahibine teslim etmek; arsa sahibinin asli edim yükümlülüğünü ise, kararlaştırmış oldukları arsa payını ve bu paya karşılık gelen bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretmek edimleri oluşturmaktadır.

Tarafların asli edim yükümlülükleri göstermektedir ki bu sözleşmede para borcu bulunmamaktadır³. Bu durum, taraflar için önemli bir finansman kolaylığı sağlamakta olup bu sözleşmeye uygulamada sıkça yer verilmesine sebebiyet vermektedir. Söz

¹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yalnızca isim olarak Türk Medenî Kanunu m. 1009 f. 1, Tapu Kanunu m. 26 f. 8 ve Tapu Sicili Tüzüğü m. 47 f. 1 b. (c)'de yer alsa da bu sözleşmenin isimsiz bir sözleşme olma özelliğini ortadan kaldırmaz. (Bkz. M. Turgut Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, 4. Baskı (İstanbul: Vedat, 2021), 128; İsmail Atamulu, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi* (Ankara: Yetkin, 2014), 33; E. Saba Özmen ve Müge Ürem, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan Avans Tapu Kavramına Yönelik Eleştiriler", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (2016): 14; Suat Sarı, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 64/2 (2006): 276; Ali Avcı, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Tapuya Şerhi ve Hukuki Sonuçları", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/1 (2015): 43.)

² Tanımlar için bkz. Atamulu, *Kat Karşılığı*, 25; Etem Saba Özmen ve Tuba Akçura Karaman, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları", *İstanbul Barosu Dergisi*, 87/1 (2013): 47-48; Sarı, "Arsa Payı", 276; Ali Avcı, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumları* (Ankara: Yetkin, 2021), 4 ve 8; Derya G. Bütün Yılmaz, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 38 (2019): 109 ve 118; Güler Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Şerhi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16/2 (2017): 772; Hasan Erman, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 3. Baskı (İstanbul: Der, 2010), 1-2; Gökhan Şahan, *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi* (Ankara: Seçkin, 2020), 57; Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler*, 2. Baskı (İstanbul: Vedat, 2007), 114; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, 3. Baskı (İstanbul: Filiz, 2018), 401; Hatice Polat, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Kişisel Hakların Şerhi* (Ankara: Seçkin, 2022), 15-16; Safa Reisoğlu, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 24/2 (2007): 5; İbrahim Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri* (Ankara: Yetkin, 2013), 270; Tarkan Erdal, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tapu Siciline Şerh Edilmesi ve Şerhin Etkisi.", içinde *Legal Hukuk Dergisi Rona Aybay'a Armağan Cilt I*, editör Ramazan Çakmakçı, (İstanbul: Legal, 2014), 846; Zekeriya Kuşat, *İnşaat Sözleşmesi* (İstanbul: Filiz, 2017), 7; Cevdet Yavuz, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/2 (2017): 116; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı (İstanbul: Beta, 2014), 1066-1067.

³ Sözleşme özgürlüğü kapsamında, tarafların belirtilen asli edim yükümlülükleri dışında ayrıca kısmen para borcu ile yükümlülük altına girmeleri de mümkündür. (Bkz. Sarı, "Arsa Payı", 277.)

konusu finansman kolaylığı, arsa sahibi yönünden para ödemeksizin inşa edilecek yapıdan bağımsız bölüm mülkiyeti kazanılması ile kendini göstermektedir. Yüklenici yönünden ise, inşa edeceği yapıdan elde edeceği ve kendisine düşen bağımsız bölümleri alacağı devri yoluyla ya da arsa payının (kat irtifakı kurulmuş ise bu arsa payına karşılık gelen bağımsız bölümleri) taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi yoluyla üçüncü kişilere devri karşılığında finanse edilmesi söz konusudur⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olan taşınmazın tapuya kayıtlı olmasının gerekip gerekmediği ile ilgili doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. İlkine göre⁵, bu sözleşmeye konu taşınmazın tapuya kayıtlı olması zorunludur. İkincisine göre⁶, taşınmazın tapuya kayıtlı olması zorunlu olmamakla birlikte taşınmazın fiilen ve hukuken yapı yapmaya elverişli olması gerekli ve yeterlidir. Burada, ikinci görüş tercih edilir ise taşınmaza ait resmî bir tapu sicili bulunmamasından şerhten de bahsedilemez.

B. HUKUKİ ÖZELLİKLERİ VE ŞEKLİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sağlamış olduğu finansman kolaylığı nedeniyle uygulamada sıkça yer almasına rağmen, henüz kanunla düzenlenmemiş, doktrin ve yargı kararları ile gelişimini sürdüren isimsiz bir sözleşmedir⁷. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, isimsiz sözleşmeler içerisinde çifte tipli karma bir sözleşmedir⁸. Şöyle ki, yüklenicinin, bir yapı inşa ederek arsa sahibine teslim etme borcu eser sözleşmesinin asli unsurunu; arsa sahibinin, kararlaştırılan arsa payını ve bu paya karşılık gelen bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretme borcu ise taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin asli unsurunu ihtiva etmektedir. O hâlde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sözleşme özgürlüğü kapsamında isimli iki farklı sözleşmeye ait asli unsurların karşılıklı borçlanılması, bir diğer ifadeyle, kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesi ile oluşturulan isimsiz bir sözleşmedir. Karma sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesi ile ilgili doktrinde asıl kabul gören kıyas teorisidir⁹.

⁴ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 25; Erdal, "Arsa Payı", 845; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, 7; Yavuz, "Arsa Payı", 115; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1064-1065.

⁵ Avcı, *Bağımsız Bölüm Alan*, 5; Reisoğlu, "Arsa Payı", 5-6; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri*, 270.

⁶ Erman, *Arsa Payı*, 2; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1068; Ayşe Karakoç Karaibrahim, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sonu Ermesinin Sözleşmeden Hak Kazanan Üçüncü Kişilere Etkisi" (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019), 5.

⁷ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 32; Özmen ve Ürem, "Eleştiriler", 14; Özmen ve Akçura Karaman, "Uygulama Hataları", 50; Sarı, "Arsa Payı", 275.

⁸ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 32-33; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 7; Sarı, "Arsa Payı", 275-276; Erman, *Arsa Payı*, 4-5; Polat, *Arsa Payı*, 25; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri*, 271; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1071-1072; Erden Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, 2. Baskı (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013), 12 ve 161; Karakoç Karaibrahim, "Arsa Payı", 11-12.

⁹ Mehmet Deniz Yener, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları* (İstanbul: Beta, 2011), 5; Atamulu, *Kat Karşılığı*, 35; Erman, *Arsa Payı*, 7-8; Gümüş, *Borçlar Hukuku*, 405; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, 8; Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, 138 vd.

Buna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine, muhtevasında yer alan eser sözleşmesi ya da taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesine ilişkin hükümler doğrudan uygulanamaz¹⁰. Bu isimli sözleşme hükümleri, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygun düştikleri ölçüde kıyasen uygulanmalıdır¹¹.

Tarafların, birbirlerine yönelik karşılıklı (*sinallagmatik*) asli edimleri üzerinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ortaya koymaları ile sözleşme kurulacağından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen¹², rızai¹³ bir sözleşmedir.

Özellikle sözleşmeden dönme veya feshin belirlenmesinde önem arz eden ifa süresi ile ilgili doktrinde üç farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre¹⁴, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin yapı inşasına yönelik edimi zamana yayılsa da bu durum hazırlık hareketi niteliğinde olup arsa sahibinin ifaya olan menfaati teslim ile sağlandığından sözleşme, ani edimlidir. İkinci görüşe göre¹⁵, yüklenici teslimden önce yapının inşasını kısımlar hâlinde yerine getirecek borcunu ifa ettiğinden sözleşme, sürekli borç ilişkisi doğurur. Üçüncü görüşe göre¹⁶, eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kural olarak ani edimli ise de somut olayın özelliklerine göre sürekli borç ilişkisi oluşturduğu da kabul edilebilir. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ani-sürekli karmaşığı borç ilişkisi doğurur. Nitekim, Yargıtay da 1984 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile ani-sürekli karmaşığı borç ilişkisi görüşünü kabul etmiştir¹⁷.

Doktrindeki hâkim görüşe göre¹⁸, karma sözleşmenin şeklini, onu oluşturan unsurların ait olduğu sözleşmenin geçerlilik şekli belirlemektedir. O hâlde, karma sözleşmenin unsurlarından biri geçerlilik şekline tabi ise diğer unsurlar bu şekle tabi olmasalar dahi karma sözleşme, bütünüyle aynı şekilde düzenlenmelidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarını, eser sözleşmesi ve taşınmaz satışı ya da taşınmaz satış vaadi sözleşmesi oluşturmaktadır. Eser sözleşmesi, herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir (TBK m. 470). Taşınmaz satışı veya taşınmaz

¹⁰ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 41; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, 7.

¹¹ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 42; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, 21; Erman, *Arsa Payı*, 17-18; Reisoğlu, "Arsa Payı", 10.

¹² Atamulu, *Kat Karşılığı*, 32; Sarı, "Arsa Payı", 275; Erman, *Arsa Payı*, 2-3; Polat, *Arsa Payı*, 24; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1073.

¹³ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 28; Polat, *Arsa Payı*, 21-22; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, 52.

¹⁴ Yavuz, "Arsa Payı", 117; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1073-1074.

¹⁵ Erman, *Arsa Payı*, 8-9.

¹⁶ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 36-37; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, 58; Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Baskı (İstanbul: Vedat, 2007), 166 ve 175-176.

¹⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 27.02.1984, E. 1983/3, K. 1984/1, RG. 27.02.1984, S. 18325.

¹⁸ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 43; Erman, *Arsa Payı*, 17-18; Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, 160-161. Karşı yönde bkz. Hasan Erman, "Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 50/1-4 (1984): 511-514.

satışı vaadi sözleşmelerinin geçerliliği ise, resmî şekilde düzenlenmelerine bağlıdır (TMK m. 706, TBK m. 237). Bu durumda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, unsurları itibarıyla taşınmaz devri ihtiva eden sözleşmelerden olduğundan, resmî şekilde yapılması bir geçerlilik koşuludur¹⁹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kendisini oluşturan unsurların ait olduğu sözleşmelerden ayrı ve bağımsız karakterde bir sözleşme olması nedeniyle, sadece arsa sahibinin taşınmaz devrine yönelik borcu nedeniyle değil, ayrıca yüklenicinin yapı inşa etme ve teslim borcu yönüyle de resmî şekilde yapılmak zorundadır²⁰. Buradaki resmî şekil, tapu sicil müdürü veya memuru tarafından gerçekleştirilebileceği gibi noterde düzenleme şeklinde de gerçekleştirilebilir (TK m. 26 f. 1; NK m. 60 b. (3); NK m. 89²¹).

II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN KİŞİSEL HAKKIN ŞERHİ

A. YASAL DAYANAK

Şerh, taşınmazlarla ilgili belirli hukuki durumların veya hakların, tapu sicilinin ilgili bölümüne işlenmesi ile elektronik olarak kayıt altına alınan tapu sicili işlemidir²². Üçüncü kişilerin taşınmazla ilgili belirli hukuki durumları veya hakları öğrenmesini sağlar²³. Şerh bir tapu sicili işlemi olduğundan, sınırlı sayıda olma (numerus clausus) ilkesine tabidir²⁴. Yani, yasada öngörülmeleyen bir hukuki

¹⁹ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 42; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 7; Avcı, *Bağımsız Bölüm Alan*, 29.

²⁰ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 43; Erman, *Arsa Payı*, 17-18.

²¹ "Kural olarak eser sözleşmesi ilişkisinin kurulması herhangi bir şekil şartına tabi olmayıp, tarafların "ıcap" ve "kabil" iradelerinin birleşmesiyle sözleşme ilişkisi kurulur. Şekil şartı, sözleşmenin geçerlilik şartı olmayıp, ispat külfetine yönelik bir şarttır. Genel kural böyle olmakla birlikte bazı eser sözleşmelerinin belli şekil şartında yapılması gerekmektedir. Buna göre; mülkiyet nakli borcunu içeren bir eser sözleşmesi yapılmışsa bunun resmi şekilde yapılması zorunludur. Resmi şekil ise, tapu sicil müdürlüğünde sözleşmenin yapılmasıdır. Yine eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, "gayrimenkul satış vaadini" de kapsadığından noterden re'sen düzenleme şeklinde yapılması gerekir (TBK 237, M.K.706, Tapu Kanunu 26, Noterlik Kanunu 60). Sayılan bu istisnai durumlar sözleşmelerin geçerlilik şartı olup, bu şekil şartına uygun yapılmayan sözleşmeler geçerli olmayacağı gibi, taraflar geçersiz bir sözleşmenin ifasını isteyemez, geçersiz sözleşmeye dayanılarak müspet zararlar da istenemez." Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 22.02.2022, E. 2021/940, K. 2022/1271, UYAP, E.T. 24.12.2023.

²² Şerhin tanımı için bkz. Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 115; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 29; Gümüş, *Yeni Şerhler*, 3-4; Akın Ünal, *Tapu Sicilinde Geçici Tescil Şerhi* (Ankara: Adalet, 2019), 21; Murat Doğan, *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisinin Sınırlanmasının Şerhi* (Ankara: Seçkin, 2004), 12 ve 15; Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 2019), N. 467.

²³ Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 782; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 29; Gümüş, *Yeni Şerhler*, 4.

²⁴ Sarı, "Arsa Payı", 273; Avcı, *Bağımsız Bölüm Alan*, 265; Avcı, "Şerhi ve Hukuki Sonuçları", 51; İsmet Sungurbey, *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi* (İstanbul: Sermet, 1963), 4; Gümüş, *Yeni Şerhler*, 1-4; Ünal, *Geçici Tescil Şerhi*, 21; Doğan, *Tapu Sicilinde*, 12; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N. 468; Ahmet Cahit İyilikli, "Şerhedilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Vaat Borçlusunun Cüz'i Halef ve Alacaklıları ile Taşınmaz Üzerindeki Diğer Takyidatlara Etkisi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18/2 (2021): 969; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz, 1989), 378.

durum veya hakkın tapu siciline şerh edilmesi mümkün değildir²⁵. Türk Medenî Kanunu (TMK)'nda şerhler, kişisel hakların şerhi (m. 1009), tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler (m. 1010) ve geçici tescil şerhi (m. 1011) olmak üzere üç başlık altında düzenlenmiştir. Ancak şerhi mümkün haklar yalnızca burada sayılanlarla sınırlı olmayıp özel bir yasada da hakkın şerhine izin verilmesi mümkündür²⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın tapu siciline şerh edilebileceğine ilişkin yasal düzenleme ilk kez Türk Medenî Kanunu ile birlikte yasal dayanağa kavuşmuştur. Buna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklar, tapu kütüğüne şerh edilebilir (TMK m. 1009 f. 1). Türk Kanunu Medenîsi döneminde, şerhin yasal bir dayanağı bulunmamasıyla birlikte eski Tapu Sicili Tüzüğü (eTST)'nde kişisel hakların şerhine ilişkin aranacak belgeler arasında "arsa payı karşılığı inşaat hakkı için noterce düzenlenmiş sözleşme" de sayılarak şerhe imkan tanınmıştı²⁷ (eTST m. 55 b. (c)). Ancak şerh edilebilir hakların yasal dayanağı bulunması gerektiğinden yasallık şartını ihlal eden bu durum eleştirilmekteydi²⁸. Söz konusu eleştirileri dikkate alan kanun koyucu, TMK m. 1009 hükmünün gerekçesinde, yasallık şartının sağlanmasına yönelik ihtiyacı belirterek hükmün kapsamında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhine de yer verildiğini ifade etmiştir²⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhindeki usule ilişkin diğer hükümleri ise Tapu Kanunu (TK) m. 26 f. 8; m. 26 f. 9 ve Tapu Sicili Tüzüğü (TST) m. 47 b. (c) oluşturmaktadır.

B. ŞERH İLE KORUNAN MENFAATİN TESPİT EDİLMESİ

1. Genel Olarak

Türk Medenî Kanunu m. 1009 f. 1'de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilebileceği belirtilmiş ise de bu hakkın ne olduğu ile ilgili bir açıklığa yer verilmemiştir. Bu nedenle, öncelikle şerh ile korunan hakkı ve bunun kapsamını belirlemek gerekir³⁰.

Şerhin, taşınmaza ilişkin bir tapu sicili işlemi olduğunda tereddüt yoktur. Şerh ile korunan hakkın belirlenebilmesi için şerh ile taşınmaz üzerinde ulaşılmak

²⁵ Şahan, *Tapu Sicilinde*, 30; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı (İstanbul: Beta, 2018), 315; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 10. Baskı (Ankara: Yetkin, 2022), 223; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 23. Baskı (İstanbul: Filiz, 2021), N. 891.

²⁶ TMK m. 1009'da yer alan "şerhdilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar" ifadesi ile bu durum ifade edilmektedir. Şerhdilebilen haklarla ilgili bkz. Şahan, *Tapu Sicilinde*, 50; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 224-225; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 894 vd.

²⁷ RG. 07.06.1994, S. 21953. Daha sonra bu tüzük yeni Tapu Sicili Tüzüğü'nün yayımı ile yürürlükten kalkmıştır (RG. 17.08.2013, S. 28738).

²⁸ Sarı, "Arsa Payı", 274 dn. 3; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 117; Gümüş, *Yeni Şerhler*, 113-114.

²⁹ Türk Medenî Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/611, 1/425, 2/361, 2/680), Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayı No: 723, (E.T. 24.12.2023) <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m.htm>

³⁰ Sarı, "Arsa Payı", 275 vd.

istenilen amacın belirlenmesi gerekir. TMK m. 1009 f. 1 hükmünde yer alan alım, gerialım ve önalım sözleşmelerinden doğan haklar yenilik doğuran hak niteliğindedir; kira, taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklar ise alacak hakkı niteliğine sahiptir³¹. Bu sayılanlardan kira sözleşmesinden doğan hakkın şerhi, sürekli borç ilişkisi içerisinde kiracının kullanma ve yararlanma hakkını korumaktadır³². Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, alım, önalım ve gerialım sözleşmelerinden doğan alacak hakkı veya yenilik doğuran hak kullanıldığında, tapu siciline yer alan aynı hak sahibi değişmektedir³³. Alacak hakkı ve yenilik doğuran haklar nispi hak niteliğinde olmaları nedeniyle yalnızca sözleşmenin taraflarına karşı ileri sürülebilir. Aynı haklar gibi mutlak haklar da herkese karşı ileri sürülebilir. Bu durumda, sözleşme kurulduktan sonra mevcut mutlak hak sahibi malikin, sözleşmeden doğan nispi hakkın, aynen ifasına engel olacak şekilde tasarrufta bulunma ihtimali hâlen devam etmektedir³⁴. Nispi hakkın tapu siciline şerhi ile etkisi kuvvetlendirilerek sözleşme tarafları dışında, sicilde hak sahibi olacak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir duruma gelir. O hâlde, kişisel hakkın tapu siciline şerhi ile hak sahibi alacaklı, mutlak hak sahibi taşınmaz malikinin yapacağı tasarruf işlemlerine karşı korunmaktadır³⁵. Bu nedenle, şerh ile korunan hakkın ileride taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğinde değişikliğe sebebiyet verebilecek haklar olduğu kabul edilmektedir³⁶. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel haklar, yapı inşası ve teslimi ile kararlaştırılan arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkıdır. Yapı inşası ve teslimine ilişkin alacak hakkı, taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğinde değişikliğe sebebiyet verebilecek bir hak değildir³⁷. Ancak kararlaştırılan arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkı, taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğinde değişikliğe sebebiyet verebilecek bir haktır³⁸.

³¹ Şahan, *Tapu Sicilinde*, 36 ve 39.

³² Şahan, *Tapu Sicilinde*, 117 vd.; Sungurbey, *Kişisel Hakların*, 7; Pınar Altınok Ormancı, "Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: 'Satım Kirayı Bozamaz' İlkesinin Sonuçları", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 12/24 (2013): 135 vd.; Meliha Sermin Paksoy, "Kira Sözleşmesinin Şerhinin Hüküm ve Sonuçları", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10/1 (2019): 136 vd.

³³ Sarı, "Arsa Payı", 277; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 118; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 36; Sungurbey, *Kişisel Hakların*, 41-42.

³⁴ Şahan, *Tapu Sicilinde*, 30; Doğan, *Tapu Sicilinde*, 15.

³⁵ Sarı, "Arsa Payı", 280-281; Avcı, *Bağımsız Bölüm Alan*, 267; Avcı, "Şerhi ve Hukuki Sonuçları", 50; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 118; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 773; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 29-30; Sungurbey, *Kişisel Hakların*, 7.

³⁶ Sarı, "Arsa Payı", 277-278; Avcı, *Bağımsız Bölüm Alan*, 267; Avcı, "Şerhi ve Hukuki Sonuçları", 5; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 118; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 773; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 62-63; Sungurbey, *Kişisel Hakların*, 6-7.

³⁷ Sarı, "Arsa Payı", 278; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 118; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 773; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 62-63.

³⁸ Sarı, "Arsa Payı", 278; Avcı, "Şerhi ve Hukuki Sonuçları", 50; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 118; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 773; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 62-63.

Bir görüşe göre³⁹, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin alacak hakkı, taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğinde değişikliğe sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu nedenle şerh ile korunması gereken yüklenicinin alacak hakkıdır.

Diğer bir görüşe göre⁴⁰, TMK m. 1009 f. 1 hükmü uyarınca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklar hem arsa sahibinin yapı inşası ve teslimine hem de yüklenicinin kararlaştırılan arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkı olduğundan, her iki alacak hakkı da şerhin koruması kapsamında.

Kanaatimizce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan ve şerh ile korunması gereken hak, taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğinde değişikliğe sebebiyet verebilecek nitelikteki arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkıdır. Ancak şerh ile korunması gereken menfaat, söz konusu sözleşme hükümlerine riayet edilerek arsa payının veya inşa edilen bağımsız bölümlerin devrine ilişkin menfaattir. Bu menfaat arsa sahibine de yükleniciye de ait olabilir. Nitekim, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüklerinin ifa zamanlarına bağlı olarak mülkiyet devrini talebe yönelik alacak hakkı bazen arsa sahibine bazen yükleniciye aittir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde şerh ile korunan hak, arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkı ise de şerhin kapsamı yalnızca bununla sınırlı değildir. Söz konusu alacak hakkının aynen ifasına hizmet eden ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bazı yan borçlar da şerhin kapsamına dahildir. Şöyle ki, arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkının talep edilebilmesi için öncelikle yapı inşası ve teslimine yönelik borcun ifası gerekir (TBK m. 97, m. 479 f. 1). Yapı inşası ve teslimi borcunun yerine getirilebilmesi ise arsa üzerinde hak sahibi olan kişinin bazı yan borçları yerine getirmesine bağlıdır. Bu nedenle, yapı inşası ve teslimi borcunun yerine getirilmesine hizmet eden bağlı yan borçlar ile taşınmaza ilişkin olmak koşulu ile bağımsız olarak dava ve talep edilebilen yan borçların şerhin kapsamında olduğu kabul edilmektedir⁴¹. Örneğin, sözleşme konusu arsayı, üzerinde yapı inşasına elverişli şekilde teslim etme ve sözleşme süresince buna uygun bulundurma, yapı inşasına yönelik fiili ve hukuki engelleri kaldırma, yapı kullanma izni veya inşaat ruhsatı alma ya da

³⁹ M. Turgut Öz, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şerhi ve Kat İrtifakı", içinde *İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, editör Emrehan İnal ve Başak Baysal, (İstanbul: On İki Levha, 2017), 445; Sarı, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", 277-278; Avcı, *Bağımsız Bölüm Alan*, 267; Avcı, "Şerhi ve Hukuki Sonuçları", 50; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 118; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 773; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 62-63; Duygu Koçak Diker, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 72/3 (2023): 1442.

⁴⁰ Nezih Sütçü, *Uygulama ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi Cilt I*, 5. Baskı (Ankara: Seçkin, 2016), 446-447.

⁴¹ Sarı, "Arsa Payı", 278; Avcı, "Şerhi ve Hukuki Sonuçları", 48; Polat, *Arsa Payı*, 71.

bunların alınabilmesi için yetki verme şerh kapsamındaki yan borçlardandır^{42,43}. Ancak yan borç, taşınmaza ilişkin değilse şerh kapsamına girmez⁴⁴. Örneğin, yapı inşasının sağlanmasına ilişkin verilen bir miktar para veya malzeme borcu, şerh kapsamında korunur nitelikte değildir⁴⁵. Özetle, bu yan borçların ifası, arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkına kavuşmayı sağlamaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tarafların asli edim yükümlülüklerini yerine getirme zamanlarına göre farklı görünüş biçimlerine sahiptir. Aşağıda, söz konusu durumlarda şerh ile korunan menfaat tespit edilmeye çalışılmıştır.

2. Arsa Sahibinin Yükleniciye Arsa Payını Yapı Tamamlandıktan Sonra Devredeceğini Taahhüt Etmesi Hâlinde

İlk ve genel olarak, arsa sahibi, kararlaştırdıkları arsa payını ve eğer kat irtifakı kurulmuş ise bu paya karşılık gelen bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretmeyi yalnızca taahhüt eder. Arsa sahibinin borcunu ifası, yüklenicinin yapı inşası ve teslimi borcunu yerine getirmesine bağlıdır. Bu borç yerine getirilmediği sürece arsa sahibi yükleniciye karşı ödemezlik def'i ileri sürebilir (TBK m. 97, m. 479 f. 1). Bu durumda, arsa sahibi mülkiyet hakkına sahip olduğundan taşınmaz üzerinde en geniş yetkiye sahip ve en avantajlı konumdaki kişidir. Arsa sahibi, sözleşme kurulduktan sonra, taşınmazı bir başka kişiye devredebilir, taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesis edebilir, başka bir şahsi hakkı tapu siciline şerh vererek kuvvetlendirebilir ya da taşınmaz cebri icra yolu ile satılabilir. Bu ihtimallerin her birinde, yükleniciye verilmesi kararlaştırılan arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacağın sözleşme hükümlerine uygun şekilde ifası riske girmektedir. Bu riski bertaraf edecek olan ise nispi nitelikteki bu hakkın tapuya şerh edilerek etkisinin kuvvetlendirilmesidir. Zira, şerh ile korunan hak, taşınmaz üzerindeki ayni hak sahipliğinde değişikliğe sebebiyet verebilecek nitelikteki arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkıdır. O hâlde bu durumda, şerh ile yüklenicinin menfaatinin korunduğunda şüphe yoktur.

3. Arsa Sahibinin Yükleniciye Arsa Payını Yapının İnşa Aşaması İlerledikçe Kısım Kısım Devredeceğini Taahhüt Etmesi Hâlinde

İkinci olarak, taraflar yüklenicinin yapı inşasına ilişkin borcunu bölümlere ayırarak her bir bölüme karşılık gelen arsa payını da belirleyebilirler. Bu durum-

⁴² Sarı, "Arsa Payı", 278; Polat, *Arsa Payı*, 72-73.

⁴³ Bir görüşe göre; şerhin koruma kapsamına giren yan borçlar, sözleşme konusu arsa üzerindeki mülkiyet hakkı sahibi kişi tarafından yerine getirilebilir niteliktedir. Bu nedenle, yapı inşasına başlanıp devam edilebilmesi için malikin mülkiyet hakkı kapsamında kullanabileceği yetkiler de şerhin kapsamında kabul edilmelidir (Koçak Diker, "Arsa Payı", 1455.). Kanaatimizce, mülkiyet hakkı en geniş yetkiye sahip ayni hak ise de mülkiyet hakkı sahibi bu yetkisini taşınmaz üzerinde üçüncü kişilere başka haklar tanıyarak sınırlandırabileceğinden, burada yan borçların muhatabını yalnızca malik ve dolayısı ile mülkiyet hakkıyla sınırlandırmak isabetli değildir.

⁴⁴ Polat, *Arsa Payı*, 71-72.

⁴⁵ Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 129.

da, inşa seviyesi ilerledikçe yüklenici, bu seviyeye karşılık gelen arsa payının devrini talep edebilir. Aslında burada taraflar, hukuki mahiyette bölünebilir niteliği bulunmayan yapı inşası ve teslimine ilişkin borcu, bölünebilir nitelikte bir borca dönüştürmektedir⁴⁶. Ancak, yine yüklenicinin kararlaştırılan arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacağının aynen ifası riske girmektedir. Zira, arsa sahibi, sözleşme kurulduktan sonra, taşınmazı bir başka kişiye devredebilir, taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesis edebilir, başka bir şahsi hakkı tapu siciline şerh vererek kuvvetlendirebilir ya da taşınmaz cebri icra yolu ile satılabilir. Sözleşmede kararlaştırılan en son inşa seviyesi tamamlanarak teslim edildikten sonra yüklenici, en son kısma karşılık gelen arsa payı alacağını talep edene kadar bu risk devam eder.

Kısmi ifanın mümkün olduğu hâllerde, kısmi temerrüt söz konusu olacağından, tarafların karşılıklı ifa ettikleri kısma ilişkin borç, sözleşmenin sona ermesinden etkilenmez ve geçerlidir. Yüklenicinin, bu kısma karşılık gelen arsa payının devrini talep etmesi mümkündür. Meğerki, bu geriye kalan ve ifa edilmeyen kısım olmasaydı sözleşmenin yapılmayacak olduğu ispat edilebilirdi⁴⁷. O hâlde, bu durumda da kural olarak, şerh ile öncelikle yüklenicinin menfaati korunmaktadır.

4. Arsa Sahibinin Yükleniciye Arsa Payını Hemen Devretmesi Hâlinde

Üçüncü ve son olarak, arsa sahibi, yüklenicinin yapı inşası ve teslimi borcunu ifa etmesini beklemeksizin, sözleşme kurulduktan sonra kararlaştırdıkları arsa payını ya da taşınmazın tamamını yükleniciye devredebilir. Arsa sahibi, eğer taşınmazın tamamını yükleniciye devrederse, yüklenici yapı inşasını tamamladıktan sonra kararlaştırdıkları arsa payını ve bu paya karşılık gelen bağımsız bölümlerin mülkiyetini arsa sahibine (aslında eski malike) devreder⁴⁸. Bu yöntemde, taşınmaz mülkiyetini kısmen veya tamamen kaybeden eski maliki korumak için onun lehine teminat ipoteği tesis edilmekte ve genellikle de inşa seviyesi ilerledikçe ipotek çözülmektedir⁴⁹. Ancak, taşınmaz üzerindeki ipotek malikin tasarruf yetkisini kısıtlamadığından, taşınmaza ilişkin arsa payı her zaman üçüncü kişilere satılabilir. Bu durum, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki finansman ihtiyacının üçüncü kişiler aracılığı ile karşılanmasını sağlamaktadır.

Yüklenici tarafından yapının inşası ve/veya kararlaştırılan arsa paylarının devri borcu yerine getirilmez ise, eski malik taşınmazdan pay alan üçüncü kişi-

⁴⁶ Yener, *Arsa Payı*, 45.

⁴⁷ Yener, *Arsa Payı*, 44, 47.

⁴⁸ Sarı, "Arsa Payı", 283 ve 285; Avcı, "Şerhi ve Hukuki Sonuçları", 49-50; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 112 ve 118-119; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 773-774; Gümüş, *Yeni Şerhler*, 115; Polat, *Arsa Payı*, 36-37; Serkan Ayan, *İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü* (Ankara: Seçkin, 2008), 39 dn. 86; Karakoç Karabrahim, "Arsa Payı" 19-20.

⁴⁹ Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 128; Sarı, "Arsa Payı", 283 ve 285; Avcı, "Şerhi ve Hukuki Sonuçları", 49-50; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 112; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 773-774; Gümüş, *Yeni Şerhler*, 117; Polat, *Arsa Payı*, 36-37.

lerden ipotek bedelini talep edebilir, ancak elde ettikleri payın kendisine iadesini isteyemez⁵⁰. Yani, buradaki ipotek, yüklenicinin borcunu tam ve gereği gibi yerine getirmemesi hâlinde ödeyeceği tazminatın teminatı işlevini görür⁵¹. Ayrıca, yüklenici ipotek bedelinin tamamını ödeyerek taşınmazı ipoteksiz bir şekilde de kazanabilir⁵². Görüldüğü üzere, şerh ile kıyaslandığında, teminat ipoteği, eski malike istenilen korumayı sağlamakta yetersizdir⁵³.

Doktrindeki hâkim görüşe göre⁵⁴, yüklenici, kararlaştırılan arsa payı veya taşınmazın tamamı üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olduğundan, artık onun yönünden tapu sicilinde yer alan şerhin koruyucu herhangi bir fonksiyonu yoktur. Zira, yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacak hakkına zaten kavuşmuş vaziyettedir.

Kanaatimizce, taşınmaz üzerinde henüz kat irtifakı kurulmamış⁵⁵ ise yüklenicinin de tapu sicilinde yer alan şerhin koruyucu fonksiyonundan yararlanma

⁵⁰ Polat, *Arsa Payı*, 74.

"Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde; yükleniciye verilmesi gereken bağımsız bölümlere ilişkin arsa payları, sözleşmenin imzalanmasına müteakip, ifadan önce tapuda yüklenici üzerine geçirilebilir. Bu yol tercih edilerek arsa sahibi kendini güvence altına almak amacıyla; yükleniciye devredeceği tapu kayıtları üzerine, kendi lehine ipotek tesis ederek tapu devrini yapabilir. Ayıplı ve eksik işlerle gecikme zararının varlığı hâlinde, ipotek paraya çevrilerle zararın giderilmesine çalışılır. Somut olayda, taraflar arasında düzenlenen 12.09.2011 tarihli ipotek sözleşmesi ile tapuda düzenlenen takip dayanağı ipotek akıt tablosunun, içerikleri itibarıyla tamamen birbiri ile uyumlu ve aynı şartları ihtiva ettikleri, ipotek sözleşmesinin 13.07.2007 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin eki niteliğinde olduğunun açıkça düzenlendiği bu itibarla; ipoteğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi nedeniyle tapuların peşin olarak verilmesinin teminatını teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle; mahkemenin takip konusu ipoteğin kesin borç ipoteği olduğu yönündeki kabulü hatalıdır. Yüklenicinin arsa sahibine inşaatın tamamlanması için verdiği ipotek, inşaatın tam ve eksiksiz teslim edildiği ispatlanmadığı sürece terkin edilemeyeceğinden, mahkemece bu yönde araştırma yapılarak oluşacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerektiğinden, eksik inceleme dayalı olarak yanlış gerekçe ile yazılı şekilde hüküm tesisinde isabet görülmemiştir." Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 07.10.2019, E. 2016/5225, K. 2019/4066, UYAP, E.T. 24.12.2023.

⁵¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 3396 dn. 254.

⁵² Ayan, *İnşaat Sözleşmelerinde*, 39 dn. 86; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1074; Karakoç Karabrahim, "Arsa Payı", 20-21.

⁵³ Erman, *Arsa Payı*, 13; Koçak Diker, "Arsa Payı", 1445.

⁵⁴ Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 128; Sarı, "Arsa Payı", 283 ve 285; Avcı, "Şerhi ve Hukuki Sonuçları", 49-50; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 112 ve 118-119; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 773-774; Gümüş, *Yeni Şerhler*, 117; Polat, *Arsa Payı*, 36-37; Ayan, *İnşaat Sözleşmelerinde*, 39 dn. 86; Karakoç Karabrahim, "Arsa Payı", 19-20.

⁵⁵ Taşınmaz üzerinde kat irtifakı kurulması ile arsa paylarına karşılık gelen bağımsız bölümler belirlenmekte, bütün paydaşlar birbirlerine karşı taşınmaz üzerindeki inşanın tamamlanması ve kat mülkiyetine geçme yükümlülüğü altına girmektedir (KMK m. 17 f. 1; m. 26 f. 1). Kat irtifakının, paya bağlı bir irtifak hakkı olması sayesinde, inşanın tamamlanması ve kat mülkiyetine geçme yükümlülüğü taşınmazı devralan üçüncü kişileri de bağlayıcı olmaktadır (KMK m. 3 f. 3). Taşınmaz üzerinde pay devralan üçüncü kişi inşanın yapılmasını engellerse, yüklenicinin de yer aldığı paydaşlar, bu kişinin payının kendilerine devrini talep edebilirler (KMK m. 26 f. 2). Özetle, kat irtifakı, arsa payını devralan maliklere, inşanın tamamlanması ve kat mülkiyetine geçme yükümlülüğü yüklemektedir. (Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 133; Etem Saba Özmen ve Gülşah Vardar Hamamcioğlu, *Kat İrtifakı*, 2. Baskı (Ankara: On İki Levha, 2015), 25 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 2150; Arzu Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti I* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 217 vd.)

ihtiyacı olabilir. Şöyle ki, yüklenicinin, mülkiyet hakkını elde ettiği arsa payları üzerindeki aynı hakkını koruyabilmesi, bu kazanmanın dayanağını teşkil eden sözleşmedeki borcunu ifa etmesine bağlıdır. Kat irtifakı kurulmamış bir taşınmaz üzerindeki çoğunluğa tekabül eden arsa payını devralan üçüncü kişinin, yapı inşasına engel olması ihtimal dahilindedir. Yapı inşası ve teslimi borcunun yerine getirilmesine hizmet eden bağlı yan borçlar ile taşınmaza ilişkin olmak koşulu ile bağımsız olarak dava ve talep edilebilen yan borçlar şerhin kapsamındadır. O hâlde, yüklenici, arsa payını devralan üçüncü kişiden taşınmazı, üzerinde yapı inşasına elverişli şekilde teslim etmesini ve sözleşme süresince buna uygun bulundurmasını şerh kapsamında talep edebilir.

Yüklenicinin sözleşme kurulduktan hemen sonra kararlaştırılan arsa payı veya taşınmazın tamamı üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olduğu durumda, arsa sahibinin (yani eski malikin) şerhin koruyucu fonksiyonundan yararlanıp yararlanamayacağı ile ilgili doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre⁵⁶, daha henüz yüklenici asli edim borcunu yerine getirmeden kendi asli edim borcunu ifa eden arsa sahibi, karşı tarafın borcunu gereği gibi yerine getirmeme riskini üstlenmiş olduğundan, şerh ile korunmasını gerektiren bir sebep yoktur. Bu durumda arsa sahibinin, taşınmaz üzerinde teminat ipoteği veya kat irtifakı kurulması yolu ile korunması gerekir. Kanun koyucunun şerh ile ulaşmak istediği amaç, malvarlığının aktif değerindeki mülkiyet hakkını devreden arsa sahibini, almış olduğu bu riskten korumak değil, tam aksine, yüklenicinin kararlaştırılan arsa payının mülkiyetinin devrine yönelik alacak hakkını korumaktır. Arsa sahibi kendi oluşturduğu riske kendisi katlanmalıdır. Ayrıca, arsa sahibinin sözleşmeden doğan yapı inşası ve teslimine yönelik alacak hakkı, taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğinde değişikliğe sebebiyet verebilecek bir hak değildir. Bu nedenle, şerh ile korunmasına da lüzum yoktur. Nitekim, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan tüm hakların tapu siciline şerh edilebileceğini kabul etmek, sınırlı sayıda olma (*numerus clausus*) ilkesinin geçerli olduğu şerhin kapsamını bu ilkeye ters düşecek şekilde genişletir.

Öz'e göre⁵⁷, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi asıl olarak yüklenici tarafı korumaktaysa da sınırlı bazı durumlarda, arsa sahibi de şerhin koruyucu fonksiyonundan yararlanmaktadır. Buradaki koruma, arsa payının yükleniciye devredilmesi sonrasında, arsa sahibinin bu payı geri alma hakkının aynen ifa edilmesi noktasında önem arz etmektedir. Bir diğer ifadeyle, yüklenicinin malik olduğu arsa payının üçüncü kişilere devri hâlinde, ileride bu payın arsa sahibine iadesinin sağlanmasında şerh önemli bir görev üstlenmektedir. Ancak yazar, şerhin klasik etkisine ilişkin (TMK m. 1009 hükmünden doğan etkisi) arsa sahibini koruyucu fonksiyonunu şu hâllere özgü olacak şekilde sınırlandırmıştır:

⁵⁶ Sarı, "Arsa Payı", 278; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 118-119; Koçak Diker, "Arsa Payı", 1445-1446.

⁵⁷ Öz, "Arsa Payı", 447-450 ve 455.

Sübjektif sonraki imkansızlığı düzenleyen TBK m. 486 hükmünün uygulandığı durumda, arsa sahibi yüklenicinin kısmi ifasına karşılık gelenden fazla arsa payı devretmiş ise bu fazlaya ilişkin kısmın kendisine iadesinde; yüklenici temerrüdü varsa, arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini fark teorisi kapsamında istemesi durumunda (TBK m. 125), fark teorisinin uygulanabileceği kabul edilirse, yüklenicinin ödeyeceği müspet zararın, elde edeceği arsa payı değerinden fazla olması koşulu ile aradaki bu pozitif farkı arsa sahibinin tazminat olarak istemesi hâlinde daha önce devrettiği arsa paylarının iadesinde; yüklenicinin ayıplı ifade bulunması hâlinde arsa sahibinin seçimlik haklarını düzenleyen TBK m. 475 hükmünün uygulandığı ve arsa sahibinin ayıp oranında bedelde indirim istediği durumda, arsa sahibi indirilen bedele karşılık gelenden fazla arsa payı devretmiş ise bu fazlaya ilişkin kısmın kendisine iadesinde, şerhin arsa sahibini koruyucu fonksiyonu söz konusu olur.

Diğer bir görüşe göre⁵⁸, arsa sahibi şerhin klasik etkisinden (TMK m. 1009 hükmünden doğan etkisinden) hiçbir zaman yararlanamaz ise de sözleşmeden dönme hâlinde, tapu sicilindeki şerh arsa sahibi yönünden önem arz eder. Şöyle ki, sözleşmeden dönme hâlinde, aynı etkili dönme kuramına göre, tapu sicilindeki kayıt sözleşmenin kurulduğu zamandan bu yana geçmişe etkili şekilde yolsuz hâle gelir. Bu durumda, tapu sicilindeki şerh sayesinde arsa sahibi, yolsuz tescile dayanarak hak iktisap edenlerin iyiniyetli olmadıklarını iddia edebilir. Bir diğer ifadeyle, şerh sayesinde arsa sahibi, üçüncü kişilerin kazanımlarının TMK m. 1023 hükmü kapsamında korunmasını engelleyebilir.

Aybay/Hatemi'ye göre⁵⁹, şerh ile amaçlanan, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkının yeni maliklere karşı güçlendirilmesi değildir. Burada, şerhin asıl amacı, yeni paydaşların (yani yeni arsa sahiplerinin) arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine bağlılığını sağlamaktır. Dolayısıyla bu bir bağlayıcılık şerhidir.

Sütçü'ye göre⁶⁰, arsa sahibinin başlangıçta, daha karşı edim yerine getirilmeden yükleniciye pay devrettiği hâllerde, bu payları yüklenicinin üçüncü kişilere devretmesi durumunda oluşacak hak kayıplarının önlenmesi için arsa sahibi de sözleşmenin şerhini talep edebilir.

Yargıtay'ın yerleşik "avans tapu" içtihadına göre ise⁶¹, yüklenici ve yükleniciden pay devralarak onun halefi konumunda bulunan üçüncü kişilerin arsa pa-

⁵⁸ Gümüüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 774; Erman, *Arsa Payı*, 10-11; Polat, *Arsa Payı*, 74-75.

⁵⁹ Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, 4. Baskı (İstanbul: Vedat, 2014), 95-96.

⁶⁰ Sütçü, *Uygulama ve Teoride*, 443.

⁶¹ "Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca; yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan tapu kaydı ya da bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi için inşaatı sözleşme ve ekleri, tasdikli ruhsat ve projesine, imar ile fen ve tekniğine uygun olarak tamamlayıp teslim etmesi gerekir. Uygulamada, yüklenici tapuya hak kazanmamasına rağmen finans temini olanağı sağlamak üzere sözleşmenin başlangıcında ya da aşamalı olarak tapu devri yapılacağı kabul edilmekte ve yapılmaktadır. Ancak yapılan bu devirler avans niteliğinde olup tapu payı devredilmiş olsa dahi

yının mülkiyetini kazanabilmeleri için yüklenicinin yapı inşası ve teslimine ilişkin borcunu yerine getirmesi gerekir. Bu borca aykırı davranılması sonucu arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi hâlinde sözleşme geçmişe etkili şekilde ortadan kalkacağından, yüklenici ve onun halefi üçüncü kişilerin adına yapılan tescil de baştan itibaren yolsuz hâle gelir. O hâlde, aynı hakka dayalı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası, arsa sahibi tarafından yüklenici ve halefi üçüncü kişilere karşı her zaman açılabilir. Görüldüğü üzere, Yargıtay, yükleniciden pay devralan üçüncü kişilerin kötüniyetli olduklarına dair kanunun aksine bir karine kabul etmektedir. Hâlbuki asıl olan iyiniyetin varlığı olup bunun aksini iddia edenin ispat etmesi gerekir (TMK m. 3 f. 1). Bu hatalı içtihat nedeniyle uygulamada, tapu sicilindeki şerhin üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırma fonksiyonuna ihtiyaç kalmaksızın üçüncü kişilere karşı her zaman tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilmekte ve iyiniyetle aynı hak iktisap etmeleri engellenmektedir⁶². Bir diğer ifadeyle, Yargıtay uygulaması, şerh ile sağlanan korumadan daha ötede bir koruma sağlamaktadır⁶³.

Kanaatimizce, arsa sahibinin asli edim borcunu yüklenicinin borcunu ifa etmesinden önce yerine getirmesi, onun şerhin koruyucu fonksiyonundan yararlanmasına engel değildir. Bu durum, arsa sahibinin, arsa payını (veya taşınmazı) yükleniciye devretmeden önce hâlihazırda tapu sicilinde yer alan şerh için de

yüklenici edimini tamamen yerine getirmediği sürece aynı hakkı kazanması mümkün değildir. Bu nedenle arsa sahibi avans niteliğinde devrettiği arsa paylarının iadesini isteyebilir. Eğer yüklenici üçüncü kişiye temlik etmiş veya satış vaadinde bulunmuş ise, burada üçüncü kişinin iyiniyet iddiası dinlenilmeden tapu arsa sahibine iade edilir. Zira ancak gerçek alacak (hak kazanılan) temlik edilebileceğinden yüklenicinin kazanamadığı hakkın temlikinden söz edilemez. Bu temlik işlemine dayanılarak hak talebinde bulunulamaz. Bu genel ilke ve kurallar Dairemiz ve HGK'nın birçok içtihadında kabul edildiği gibi (Emsal Yarg. HGK 2014/15-605 Esas 2016/293 Karar 09.03.2016 tarih) Anayasa Mahkemesinin 27.09.2017 tarihli 30193 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan başvuru numarası: 2014/12321 olan 20.07.2017 tarihli kararında "[...] Sonuç olarak tüm bu hususlar birlikte gözetildiğinde yükleniciye düşen arsa paylarını satın alan başvurucuların, halefi oldukları yüklenici tarafından sözleşmenin gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle tapu kayıtlarının iptâl edilmesi suretiyle yapılan müdahale yönünden mülkiyet hakkına yönelik bir ihlalin olmadığına açık olduğu anlaşılmıştır..." denilerek Dairemizin ve HGK'nın uygulamalarının yerinde olduğu ortaya konulmuştur." Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 24.10.2023, E. 2022/3570, K. 2023/3432, UYAP, E.T. 24.12.2023.

⁶² Sarı, "Arsa Payı", 291; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 782; Polat, *Arsa Payı*, 50. Yargıtay'ın "avans tapu" içtihadının eleştirisi için bkz. Özmen ve Ürem, "Eleştiriler", 11 vd.; Saba Özmen, "2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Hakkında Aynı Etkili Dönme Görüşüne ve Özellikle Yargıtay 15. HD.'nin Yerleşik Kararlarındaki "Avans Tapu" Nitelemesine İlişkin Eleştiriler)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 30/135 (2018): 501 vd.; Polat, *Arsa Payı*, 123 vd.; Gülşah Sinem Aydın, "Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 141 (2019): 427 vd.; Zafer Kahraman, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu", içinde *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan*, editör Burcu Göçet, (İstanbul: Der, 2015), 439 vd.

⁶³ Öz, "Arsa Payı", 450-451.

daha sonradan yüklenici tarafından arsa sahibi (eski malik) lehine verilen şerh için de aynıdır. Şerh ile korunan hak, taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğinde değişikliğe sebebiyet verebilecek nitelikteki arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkıdır. Bir diğer ifadeyle, şerh ile korunan sözleşme hükümlerine riayet edilerek taşınmaz payının devrini sağlayan alacaktır. Sonuç olarak şerh, arsa payı mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkının sözleşme hükümlerine uygun şekilde ifa edilmesine hizmet etmektedir.

Kararlaştırılan arsa payının mülkiyetinin aynen ifası ile oluşacak hukuki durumun korunması, karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin karşı edimi olan yapı inşası ve teslimi borcunun sözleşme hükümlerine uygun şekilde yerine getirilmesine bağlıdır. Aksi hâlde, somut olayın özelliğine göre arsa payının mülkiyetinin iadesi, sözleşmeye veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebilir. Sebepsiz zenginleşme, kanundan doğan, nispi ve şahsi karakterde bir alacak hakkıdır (TBK m. 77-82). Bu nedenle ancak sonradan ortadan kalkan sebebe bağlı olarak zenginleşen muhataba karşı ileri sürülebilir. Sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Burada, borç ilişkisine dayalı bir sözleşmeden doğan alacak söz konusu olmadığı için şerhten de bahsedilemez. Zira şerh, sözleşmeden doğan hakkın tapu siciline işlenmesi ile ilgilidir. Oysa, sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkının kaynağı kanundur. O hâlde, devredilen arsa payının mülkiyetinin iadesine ilişkin alacağın, borç ilişkisine bağlı olarak, yani sözleşmeye dayanarak talep edilmesi hâlinde tapu sicilinde yer alan şerhin koruyucu fonksiyonu elzemdir. Zira, mülkiyeti elinde bulunduran ve borcunu ifa etmeyen yüklenicinin üçüncü kişilere pay devretmesi hâlinde, sözleşmeden doğan ve iadeye yönelen alacak hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi şerh ile mümkün hâle gelmektedir.

Şerhin, TMK m. 1009 hükmü gereği, sözleşmeden doğan şahsi hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesine imkan sağlama fonksiyonu dışında, iyiniyetin ortadan kaldırılmasına yönelik fonksiyonu da vardır. Tapu sicili aleni olduğundan, şerh ile hukuki durum veya hakkın üçüncü kişi tarafından da öğrenilmiş olduğu varsayılr (TMK m. 1020 f. 3). Şerhin, iyiniyetin ortadan kaldırılmasına yönelik bu fonksiyonu sayesinde arsa sahibi, yükleniciden pay devralan üçüncü kişilerin TMK m. 1023 kapsamında aynı hak iktisabını engelleyebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin Yargıtay, aynı etkili dönme kuramını kabul etmektedir. Buna göre, kural olarak ani edimli kabul edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesi hâlinde, sözleşme kurulduğu andan itibaren geçmişe etkili (*ex tunc*) şekilde ortadan kalkar. Türk Hukukunda, tescil sebebe bağlı olduğundan, hukuki sebebin geçmişe etkili şekilde ortadan kalkması hâlinde tescil de kurulduğu andan itibaren geçersiz, bir diğer ifadeyle yolsuz hâle gelir (TMK m. 1024 f. 2). Tescil geçmişe etkili şekilde ortadan kalktığından, devredilen arsa payı arsa sahibinin uhdesinden hiç çıkmamış gibi kabul edilir.

Bu durumda, arsa sahibi aynı hakka dayalı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ile yükleniciden arsa payını geri alabilir. Ancak, tapu sicilindeki yolsuz tescile güvenerek yükleniciden arsa payı iktisap eden üçüncü kişiler, iyiniyetli olmaları kaydı ile TMK m. 1023 hükmünden yararlanabilirler ve kazanımları korunur. Üçüncü kişinin iyiniyeti, arsa payının iktisabı sırasında arsa sahibinin yüklenici ile arasındaki sözleşmeden döndüğünü bilmemesi şeklindedir.

Sözleşmenin kurulduğu andan, arsa sahibinin sözleşmeden dönmeye ilişkin bozucu yenilik doğuran hakkını kullandığı vakte kadar, üçüncü kişi yükleniciden arsa payı iktisap etmişse, bu kazanımı iyiniyet aranmaksızın korunmalıdır. Meğerki, arsa sahibi tarafından ileri sürülen muvazaa iddiası ispat edilsin. Burada, üçüncü kişinin aynı hak iktisap ettiği sırada tapu sicilinde yolsuz bir tescil bulunmamaktadır. Yolsuz tescil bulunmayan bir yerde iyiniyet araştırmasına da yer yoktur. Ancak Yargıtay, “avans tapu” içtihadı ile üçüncü kişinin ileride gerçekleşebilecek sözleşmeden dönme hâlini de bilmesi gerektiğini ve bu nedenle iyiniyetli olmadığını kabul etmektedir.

Arsa sahibi, sözleşmeden dönmeye ilişkin bozucu yenilik doğuran hakkını kullandıktan sonra, üçüncü kişi yükleniciden arsa payı iktisap etmişse, bu durumda tapu sicilinde yer alan şerhin, üçüncü kişinin iyiniyeti üzerinde hukuki bir etkisi olabilir. Zira, arsa sahibinin dönme beyanı ile tapu sicilindeki tescil, kurulduğu andan itibaren yolsuz hâle gelmiştir. Yolsuz tescile iyiniyetle dayanarak aynı hak iktisap eden kişilerin kazanımları korunur (TMK m. 1023). Tapu sicilindeki şerh sayesinde, üçüncü kişinin, arsa sahibinin sözleşmeden döndüğünü bildiği veya bilebilecek durumda olduğu varsayımı ile iyiniyetli olmadığı ileri sürülebilir (TMK m. 1023 f. 3).

Bir görüşe göre⁶⁴, üçüncü kişi arsa sahibinin sözleşmeden döndüğünü bilecek durumda değil ise sicildeki şerhe rağmen kazanımı korunmalıdır. Zira, TMK m. 1009’da yer alan şerh, sadece sözleşmeden doğan şahsi hakkın varlığını gösterir. Ancak, şahsi hakkın ortadan kalkıp kalkmadığını veya aynı hak sahibinin değiştiğini göstermez. Bu durumda bize göre, şerhin fonksiyonunu güçlendirmek için üçüncü kişinin, arsa sahibinin sözleşmeden döndüğünü bilebilecek durumda olduğu varsayımı ile iyiniyetli olmadığı kabul edilmelidir. Ancak Yargıtay “avans tapu” içtihadı ile tapu sicilinde şerh bulunsun veya bulunmasın üçüncü kişinin, arsa sahibinin sözleşmeden döndüğünü bilecek durumda olduğunu ve bu nedenle iyiniyetli olmadığını kabul etmektedir.

C. ŞERHİN ŞARTLARI

Kişisel hakkın tapu siciline şerhi için kural olarak üç temel şart aranır. Birincisi, ilgili kişisel hakkın tapu siciline şerh verilebileceğine ilişkin yasal bir düzenleme (yasallık şartı); ikincisi, kişisel hakkın doğumu sağlayan hukuki ilişkinin

⁶⁴ Öz, “Arsa Payı”, 453.

tarafı tarafından yapılan şerh anlaşması; üçüncüsü ise, taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi bulunan kişinin şerh talebinde bulunmasıdır⁶⁵. Yasallık şartına ilişkin açıklamalara daha önce yer verildiğinden burada sadece şerh anlaşması ve şerh talebine ilişkin açıklamalara yer verilecektir⁶⁶.

Tescilde olduğu gibi kişisel hakların şerhinde de bir hukuki sebebin varlığı ve şerh talebinde bulunulması gerekir (TMK m. 1015'e kıyasla). Şerhin hukuki sebebinin, şerh anlaşması oluşturur. Şerh anlaşması, şerhin yapılmasını amaçlayan sözleşmedir⁶⁷. Şerh anlaşması, kişisel hakkı doğuran sözleşmenin içerisinde olabileceği gibi ayrı ve bağımsız bir sözleşme şeklinde de olabilir⁶⁸. Ancak şerh anlaşmasının, asıl sözleşmenin tabi olduğu şekle uygun yapılması gerekir⁶⁹.

Şerh için aranan diğer şart, şerhin tapu siciline işlenmesine yönelik taleptir. Talep sahibi kural olarak tapu siciline hak sahibi olan taşınmaz malikidir⁷⁰. Kişisel hakkın tapu siciline şerhine ilişkin genel kural bu olmakla birlikte, Tapu Kanunu (TK) m. 26 f. 8'de taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile ilgili bu kurala her iki yönüyle istisna getirilmiştir. Şöyle ki, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın tapu siciline şerhi için şerh anlaşması aranmadığı gibi sözleşmenin taraflarından herhangi biri şerh talebinde bulunabilir. Sadece arsa malikinin şerh talebinde bulunma zorunluluğu yoktur. TK m. 26 f. 8'de yer alan gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ibaresinin yanına "ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" ibaresinin eklenmesi ile söz konusu istisnalar artık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için de geçerli hâle gelmiştir⁷¹. Yani, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın tapu siciline şerhi için bir şerh anlaşmasına gerek olmadığı gibi taraflardan her biri şerh talebinde bulunabilir. Bir diğer ifadeyle, taşınmaz maliki olmayan taraf da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini tapu idaresine ibraz ederek şerh talebinde bulunabilir.

⁶⁵ Sarı, "Arsa Payı", 288.

⁶⁶ Yasallık şartı ile ilgili bkz. II, A.

⁶⁷ Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 9. Baskı (Ankara: Savaş, 2017), 356.

⁶⁸ Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 120.

⁶⁹ Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku - I (Zilyetlik ve Tapu Sicili)*, 14. Baskı (Ankara: Adalet, 2020), 457; Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 356; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 910; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (İzmir: Barış, 2017), 171. Kişisel hakkı doğuran sözleşme şekil şartına bağlı olmasa bile şerh anlaşmasının dayanak belge olması nedeniyle en azından yazılı şekilde yapılması gerektiği yönünde bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 317; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 226.

⁷⁰ Ayan, *Eşya Hukuku*, 412; Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 458; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 317; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 910.

⁷¹ 15.01.2009 tarih ve 5831 sayılı Tapu Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 1 ile hükme "ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" ibaresi eklenmiştir. Bu ibare eklenmeden önceki durumda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tapu siciline şerhi için şerh anlaşması gerekip gerekmediği yönündeki doktrin tartışmaları için bkz. Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 120-121.

D. ŞERHİN SÜRESİ

Sözleşmeden doğan kişisel hakkın şerhi, kural olarak, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, herhangi bir süreye bağlı değildir. Şerhin koruduğu kişisel hak sona ermediği sürece şerh de etkisini göstermeye devam eder⁷². Taraflar, şerh süresi için yasada üst sınır belirlenmiş ise bu süreyi aşmamak kaydı ile daha kısa bir süre belirleyebilirler⁷³.

Doktrindeki hâkim görüşe göre⁷⁴, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh süresi için yasal üst sınır beş yıldır. TK m. 26 f. 8'de yer alan gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ibaresinin yanına “ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri” ibaresinin eklenmesi ile şerh süresine üst sınır getiren TK m. 26 f. 9 hükmü, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için de geçerli hâle gelmiştir. Taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin şerh anlaşması olmaksızın taraflardan birinin talebi ile tapu siciline şerhine izin veren TK m. 26 f. 8 hükmü, devamı konumundaki TK m. 26 f. 9 hükmü ile birlikte değerlendirilmeli, beş yıllık azami şerh süresinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için de geçerli olduğu sonucuna varılmalıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sona ermeden şerh süresinin sona erdiği hâllerde, tapu siciline yeniden şerh verilebilir. Ancak bu durumda, yeniden şerhin hangi usulle verileceğinin belirlenmesi gerekir.

Bir görüş⁷⁵, şerh süresi sona erdikten sonra artık kişisel hakların şerhindeki genel kuralın uygulanacağını, yani şerh anlaşmasının aranacağını savunmaktadır. Diğer bir görüş⁷⁶ ise, taraflar arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflarca şerh yapılamayacağı belirtilmemiş veya arsa sahibi, kanun hükmü gereği yükleniciye verdiği sözleşmeyi şerh verme yetkisini kaldırmamışsa, yüklenicinin sözleşmeyi ibraz ederek yeniden şerh tesis edebileceğini kabul etmektedir.

Kanaatimizce, tarafların menfaatinin dengelenmesi adına en uygun çözüm, yeniden şerh hâlinde şerh anlaşmasının aranmasıdır. Aksi hâlde, yüklenicinin kusuru ile temerrüde düştüğü hâllerde, taşınmaz üzerindeki şerhin bir an önce kaldırılarak taşınmazın ekonomik değerine kavuşması şöyle dursun, şerh tek taraflı şekilde yenilenmekle, arsa sahibinin menfaati daha uzun süre zedelenebilir. Bu durumda, şerhin ortadan kaldırılması için tek çare, şerhin dayanağı borç ilişkisinin taraflarca sona erdirilmesi ya da geçersiz olması sebebiyle terkinin kalır. Bu ise menfaatler dengesine uygun bir çözüm değildir.

⁷² Sarı, “Arsa Payı”, 298; Polat, *Arsa Payı*, 48; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 228.

⁷³ Polat, *Arsa Payı*, 48.

⁷⁴ Özmen ve Akçura Karaman, “Uygulama Hataları”, 72; Bütün Yılmaz, “Arsa Payı”, 123-124; Gümüşsoy Karakurt, “Arsa Payı”, 780; Polat, *Arsa Payı*, 68; Erdal, “Arsa Payı”, 857-858.

⁷⁵ Gümüşsoy Karakurt, “Arsa Payı”, 781; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1476.

⁷⁶ Polat, *Arsa Payı*, 70-71.

Yine doktrinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, mahiyeti gereği büyük yapı işlerinin inşa sürecinin uzun sürebileceği ve bu nedenle beş yıllık şerh süresinin yetersiz kaldığı ifade edilmiştir⁷⁷. Ancak kanaatimizce, taraflar yapacakları şerh anlaşması ile her zaman sözleşmeden doğan hakkı yeniden tapu siciline şerh verebilir. Her iki tarafın da hakkını korumak adına kanun koyucunun yapı inşalarındaki ortalama süreyi beş yıl olarak belirlemesinde herhangi bir hak kaybı bulunmamaktadır.

E. ŞERHİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Şerhin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı an, şerh talebinin yevmiye defterine kaydedilme anıdır (TMK m. 1022'ye kıyasla). Şerh, sözleşmeden doğan alacak hakkının nispi niteliğini değiştirerek onu mutlak hakka dönüştürmez. Yani, şerh ile alacak hakkı aynı bir hak gibi herkese karşı ileri sürülebilir duruma gelmez⁷⁸. Şerh ile alacak hakkının ileri sürülebildiği çevrenin genişlemesi, şerhten sonra taşınmaz üzerinde hak kazanan kişilerle sınırlıdır⁷⁹. Kıdeme itibar ilkesi gereği, şerh ile korunan hak, şerh anından itibaren kendisinden sonra gelen ve aynen ifayı engelleyen tüm işlemlere karşı korunur⁸⁰. Sonuç olarak şerh, alacak hakkını belirli ve sınırlı bir çevreye karşı korumaktadır.

Doktrindeki bir görüşe göre şerh, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine aleniyet kazandırmaktadır⁸¹. Kanaatimizce, TMK m. 1009 hükmünde yer alan sözleşmeden doğan hakkın şerhi, hakkın aynen ifasını amaçlamaktadır. Şerh edilen hakkı alenileştirmek gibi bir amacı bulunmamaktadır. Şerh bir tapu sicili işlemi olması nedeniyle, bahse konu aleniyet, TMK m. 1009 hükmünden değil, TMK m. 1020 hükmünden kaynaklıdır.

Kişisel hakkın tapu siciline şerhi ile birtakım sonuçlar meydana gelmekte olup bunlar şerhin etkisi veya şerhin hükmü olarak ifade edilmektedir. Ancak şerhin bu etkiyi (veya hükmü) nasıl sağladığı ile ilgili doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

Şerhin nesnel (ayni) etkililiği görüşüne göre⁸², sözleşmeden doğan kişisel hakkın tapu siciline şerhi hâlinde, hiçbir zaman borç ilişkisinin tarafları değişmez. Ancak, kişisel haktan doğan talep aynı etkili olur. Yani, şerhe bağlı alacak hakkı, söz-

⁷⁷ Özmen ve Akçura Karaman, "Uygulama Hataları", 72; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 781; Polat, *Arsa Payı*, 69.

⁷⁸ Sarı, "Arsa Payı", 291.

⁷⁹ Polat, *Arsa Payı*, 50; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 383; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229.

⁸⁰ Polat, *Arsa Payı*, 50; İyilikli, "Şerhedilmiş Taşınmaz", 970; Şafak N. Erel, *Eşyaya Bağlı Borç* (Ankara: Ankara Üniversitesi, 1982), 84-85; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 319.

⁸¹ Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 782; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 29; Polat, *Arsa Payı*, 77; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 321.

⁸² Sungurbey, *Kişisel Hakların*, 102 vd.

leşmenin değişmeyen taraflarına karşı her zaman ileri sürülebileceği gibi sonradan taşınmaz üzerinde hak kazanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir.

Doktrindeki hâkim görüşe göre⁸³, kişisel hakkın şerhi eşyaya bağlı borç ilişkisi oluşturur. Bu görüşü savunanlara göre, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi ve munzam etki olmak üzere iki tür etkisi vardır⁸⁴. Eşyaya bağlı borç etkisine göre, şerhe konu kişisel hakkın yerine getirilmesine ilişkin yükümlülük taşınmaza (eşyaya) bağlanmaktadır⁸⁵. Burada, herhangi bir borçlanma iradesi aranmaksızın sadece eşyaya malik veya zilyet olmakla yükümlülüğün de üstlenildiği kabul edilmektedir⁸⁶. Bir diğer ifadeyle, taşınmaz devredildiğinde, şerh edilmiş kişisel hakkın borçlusu da değişir. Ancak belirtmek gerekir ki eşyaya bağlı borç etkisinin ne zamana kadar devam edeceği ile ilgili bu görüş taraftarları arasında da görüş ayrılığı bulunmaktadır. Klasik görüşe göre⁸⁷, her malik kendi döneminde doğan borçtan sorumlu tutulabilir. Yani, borcun doğumu sırasında taşınmaza malik olan kişi borç ilişkisinin tarafı hâline gelir. Ancak borç doğduktan sonra taşınmaz devredilirse, eşyaya bağlı borç etkisi ile borç yeni malike geçmez⁸⁸. Kısaca, eşyaya bağlı borç etkisinin zamansal sınırını borcun doğumu anı oluşturur. Borç doğduktan sonra artık munzam etki söz konusu olur⁸⁹. Aksi yöndeki görüşe göre⁹⁰, eşyaya bağlı borç etkisi borcun doğumundan sonra da devam eder. Yani, borç doğduktan sonra da taşınmazı devralan yeni malik borç ilişkisinin tarafı olur.

Eşyaya bağlı borç ilişkisi görüşünün diğer bir etkisi olan munzam etki sayesinde ise, şerhten sonra taşınmaz üzerinde kazanılan hakların, şerh edilen kişisel hakkın aynen ifasını engellemeleri ya da ona zarar vermeleri bertaraf edilir⁹¹. Böylece, şerh edilen kişisel hak, şerhten sonra kazanılan sınırlı aynı hak veya kuvvetlendirilmiş şahsi hak sahipleri ile haciz alacaklılarına ya da iflas masasına karşı da ileri sürülebilir⁹². Yani, taşınmaz üzerinde hak kazanan kişiler, şerh ile

⁸³ Özmen ve Akçura Karaman, "Uygulama Hataları", 69; Rona Serozan, "Nisbi Hakların Güçlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 40/1-4 (1974): 474-476; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 385-388; Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 205-206; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 319-320; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1039 vd.

⁸⁴ Özmen ve Akçura Karaman, "Uygulama Hataları", 69; Sarı, "Arsa Payı", 293; Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 205-206; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1039 vd.

⁸⁵ Sarı, "Arsa Payı", 294; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 228-229; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1039 vd.

⁸⁶ Şahan, *Tapu Sicilinde*, 42; Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 5 ve 39.

⁸⁷ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1039 ve 1041.

⁸⁸ Sarı, "Arsa Payı", 294; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1041.

⁸⁹ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1041.

⁹⁰ Şahan, *Tapu Sicilinde*, 167; Koçak Diker, "Arsa Payı", 1453; Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 206.

⁹¹ Özmen ve Akçura Karaman, "Uygulama Hataları", 69; Sarı, "Arsa Payı", 292; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1039 vd.

⁹² Polat, *Arsa Payı*, 81; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 230; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1043.

korunan hakka katlanmak zorunda kalırlar⁹³. Şerhin munzam etkisi kanunda, şerh edilen hakkın, taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kişilere karşı ileri sürülebileceği şeklinde ifade edilmiştir (TMK m. 1009 f. 2). Bu etki, mahiyeti gereği borcun doğumundan sonra ortaya çıkar⁹⁴.

Eşyaya bağlı borç ilişkisi taraftarları içerisindeki klasik görüşü savunanlara göre⁹⁵, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın tapu siciline şerhi hâlinde, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi yoktur. Şöyle ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulduğu anda tarafların hak ve borçları da doğar. Şerh hâlinde, artık arsa payını devralan malik, yani üçüncü kişi, sözleşmenin tarafı hâline gelmez. Zira, borç doğduktan sonra şerhin eşyaya bağlı borç etkisi değil, ancak munzam etkisi söz konusu olur. Burada da munzam etki sayesinde, üçüncü kişiden arsa payının devri istenebilir. Ancak üçüncü kişi, borç ilişkisinin tarafı olmadığı için arsa payını devrettiği kişiden karşı edimi talep edemez. Örneğin, arsa sahibinden pay devralan üçüncü kişi, yüklenici tarafa munzam etki gereği arsa payını devretmek zorunda kalır ancak borç ilişkisine taraf olmadığı için yükleniciden karşı edim olarak yapı inşası ve teslimi borcunu talep edemez. Yüklenici, yapı inşası ve teslimi borcunu, borç ilişkisinin tarafı olan eski malike (pay devreden arsa sahibine) karşı yerine getirir.

Klasik görüşün aksini savunanlara göre⁹⁶, borç eski malik döneminde doğmuş olsa bile şerhin eşyaya bağlı borç etkisi söz konusu olmalıdır. Borç ister eski malik ister yeni malik döneminde doğmuş olsun taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olanlara karşı şerhin eşyaya bağlı borç etkisi, diğer hak sahiplerine karşı munzam etki söz konusudur. Yani, taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanan üçüncü kişi, borç ilişkisinin tarafı hâline gelir. Bu durumda, örneğin, arsa sahibinden pay devralan üçüncü kişi, borç ilişkisine taraf olduğu için yükleniciye arsa payını devreder, ancak karşı edim olarak yapı inşası ve teslimi borcunu da talep edebilir.

Gümüş'e göre⁹⁷, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde şerhin, eşyaya bağlı borç etkisinden bahsedilemez. Zira, sözleşmenin kurulması ile eski malik döneminde borç doğmuştur. Burada, şerhin etkisi yasal sözleşme devri ile açıklanabilir. Buna göre, yeni malik arsa payını devraldığı anda eski malik ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini aynı şartlarla, yasa gereği devralır. Yani, yeni malik artık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hak ve borçlara sahiptir. Üçüncü kişi, taşınmaz mülkiyetinin tamamını elde etmişse, tek

⁹³ Koçak Diker, "Arsa Payı", 1454.

⁹⁴ Öz, "Arsa Payı", 456.

⁹⁵ Sarı, "Arsa Payı", 294; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 782; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1041.

⁹⁶ Koçak Diker, "Arsa Payı", 1453; Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 206.

⁹⁷ Gümüş, *Yeni Şerhler*, 121.

başına arsa sahibi sıfatını almış, eğer ki bir kısım arsa payını devralmışsa, o hâlde devraldığı oranda arsa sahibi sıfatının getirdiği hak ve borçları elde etmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı sahibi dışındaki diğer hak sahiplerine karşı şerhin munzam etkisi söz konusudur.

Öz'e göre⁹⁸ ise, *Gümüüş*'ün bahsettiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki arsa sahibi sıfatının mülkiyetin devri ile üçüncü kişiye geçtiği yönündeki kabulün, eşyaya bağlı borç ilişkisinden hiçbir farkı yoktur. Burada, şerhin amacından hareket edilerek, borç ilişkisi doğduktan sonra gerçekleşen mülkiyet devirlerinde de borç ilişkisi tarafının değiştiği kabul edilerek klasik görüşten ayrılan bir durum olduğu kabul edilmelidir. Eğer ki eşyaya bağlı borç ilişkisine ait klasik görüşten ayrılma istenmiyorsa, eski malik tarafından yeni malike arsa payı devredilirken yükleniciden olan yapı inşası ve teslimi alacağının da alacağın devri yoluyla yeni malike geçtiği kabul edilmelidir (TBK m. 183-194). Nitekim, üçüncü kişiye yapılan pay devirleri sırasında kullanılan ve resmî şekle tabi taşınmaz satış vaadi ve taşınmaz satışı sözleşmeleri, alacağın devrine ilişkin yazılı şekil koşulunu evleviyetle karşılamaktadır (TBK m. 184). Yine, bu sözleşmelerde tarafların gerçek iradeleri esas alınacağından, üçüncü kişinin arsa payı devralırken taşınmaz üzerinde inşa edilen bağımsız bölümün de sahibi olmak için bu payı devraldığı, yine eski malikin arsa payını satarken bu paya isabet eden bağımsız bölüm alacağını da devretmek istediği görülmektedir (TBK m. 19). Keza, kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulurken tüm paydaşların katılımı ve taşınmaz üzerindeki bağımsız bölümlerin değerleri oranında arsa payı belirlenmesi kuralı da bu sonucu gerektirmektedir. Eski malik, taşınmazın tamamını üçüncü kişiye devrederse şerhin munzam etkisi gereği, üçüncü kişi yükleniciye kararlaştırılan arsa payını devretmekle yükümlü olacağı gibi, yeni malik eski malikin alacağını da alacağın devri yolu ile devralmış kabul edileceğinden, eski malik borç ilişkisinden tamamen ayrılmış olmaktadır.

Sütçü'ye göre⁹⁹, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmesi sonrası arsa sahibi veya yükleniciden pay devralan üçüncü kişilerin, devraldıkları pay oranında (kısmen veya tamamen) sözleşmeye katıldıkları kabul edilmelidir. Alacağın temlik veya borcun naklinde, sözleşme ilişkisinin tamamı değil, münferit bir alacağın devredilmesi ya da borcun üstlenilmesi söz konusudur. Sözleşmeye katılmada ise, sözleşmeden doğan hak ve borçların tamamı sözleşme taraflarının birinin yanında üçüncü kişiye geçmektedir (TBK m. 206). Yani katılmada, münferit bir alacağın temlik ya da borcun nakli söz konusu değildir. Burada, arsa sahibi veya yüklenici tarafından üçüncü kişiye yapılan satımın zımnen sözleşmeye katılma iradesini içerdiği varsayılmalıdır. Sözleşme tapu siciline şerh verilmekle ve sözleşmeye katılmaya açıkça karşı çıkılmadıkça arsa sahibi ve

⁹⁸ Öz, "Arsa Payı", 458.

⁹⁹ Sütçü, *Uygulama ve Teoride*, 445-446.

yüklenicinin, katılmaya zımni muvafakatleri vardır. Sözleşmeye üçüncü kişilerin katılmasını istemeyen taraf, sözleşmenin şerhini yasaklamalıdır. Katılma sonrası, asıl sözleşenler sözleşme ilişkisinden çıkmazlar. Üçüncü kişiler, aldıkları payla orantılı şekilde asıl sözleşenlerle birlikte müteselsil sorumlu olurlar.

Kanaatimizce de klasik görüşü savunanların haklı olarak belirttiği gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulduğu anda tarafların hak ve borçları da doğacağından bu sözleşmeden doğan hakkın tapu siciline şerhi hâlinde, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi yoktur. Ancak munzam etki sayesinde, üçüncü kişiden arsa payının devri istenebilir. Bu durumda, üçüncü kişi, borç ilişkisinin tarafı olmadığı için arsa payını devrettiği kişiden karşı edimi talep edemez.

Şerhin üçüncü kişilere etkisine ilişkin yukarıda yer verilen görüşlerden bağımsız olarak yüklenicinin, arsa payı alacağını üçüncü kişilerden hangi ölçüde talep edebileceği de belirlenmelidir. Doktrindeki hâkim görüşe göre¹⁰⁰, arsa sahibinin elindeki pay miktarı yüklenicinin arsa payı alacağının aynen ifasına yetiyor ise yüklenici alacak hakkını arsa sahibine yöneltmelidir. Bu durumda, yüklenicinin, üçüncü kişilerden alacak hakkını isteyemeyeceği kabul edilmelidir. Yani, şerh ile korunan hakkın aynen ifa edilmesine ilişkin menfaat ihlal edildiği ölçüde tapu sicilindeki şerh işlevsel olmalıdır. Şayet, arsa sahibinin elindeki pay miktarı yüklenicinin alacağını karşılamıyor ise yüklenici, üçüncü kişilerden alacak hakkını talep edebilir. Ancak, üçüncü kişilerin sorumluluğu, arsa sahibinin elindeki payların, yüklenicinin alacağını karşılamaya yetmediği kısım kadardır. Taşınmaz üzerindeki üçüncü kişiler (ve varsa sözleşme tarafları) arasında paylı mülkiyet ilişkisi bulunduğundan, üçüncü kişilerin bu yükümlüğe payları oranında katlanması gerekir (TMK m. 694). Müteselsil sorumluluk ya açık bir kanun hükmü ya da tarafların bu konuda anlaşmaları ile doğacağından, yüklenicinin arsa payı alacağının tamamını belirlediği tek bir üçüncü kişiden talep etme imkanı bulunmamaktadır (TBK m. 162).

III. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ SEBEBİYLE AYNEN İFADAN VAZGEÇİLEREK MÜSPET ZARARIN İSTENDİĞİ HÂLLERDE ŞERHİN HUKUKİ DURUMU

A. TEMERRÜT HÂLİNDE ARSA SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

Karma sözleşme niteliğindeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin muhtevasında bulunan eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin, karma sözleşmeye uygun düştükleri ölçüde kıyasen uygulanabileceğini, daha önce belirtmiştik. Eser sözleşmesinde, yüklenici temerrüdüne ilişkin kanunda özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle, borçlu temerrüdüne ilişkin kanunun genel hükümleri, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine de uygulanmalıdır (TBK m. 117-126¹⁰¹).

¹⁰⁰ Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 129; Öz, "Arsa Payı", 459-461; Sarı, "Arsa Payı", 298; Polat, *Arsa Payı*, 78.

¹⁰¹ Erman, *Arsa Payı*, 85; Özer Seliçi, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu* (İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi, 1978), 69.

Özellikle, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü hâlinde, alacaklının seçimlik hareketlerine ilişkin hükümler, önem arz etmektedir (TBK m. 123-126). Buna göre, arsa sahibinin, kusuru ile temerrüde düşen yükleniciye karşı üç seçimlik hakkı vardır. Öncelikle, yüklenicinin yapı inşası ve teslimi borcunu aynen ifa etmesini ve varsa gecikmeden doğan zararının tazminini isteyebilir. Kural olarak yükleniciye vereceği ek bir süre sonunda hâlen aynen ifa sağlanamamış ise, bu kez derhal seçimini bildirmek şartı ile aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini isteyebilir. Türk Hukukunda, tazminat borcu kural olarak kusur şartına bağlı olduğundan (TBK m. 112 vd.), yüklenicinin temerrüde düşmekte kusuru bulunmuyorsa, arsa sahibinin iki seçimlik hakkı vardır. Öncelikle, yüklenicinin borcunu aynen ifa etmesini isteyebilir. Kural olarak yükleniciye vereceği ek bir süre sonunda hâlen aynen ifa sağlanamamış ise, sözleşmeden dönebilir. Ancak arsa sahibi, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep edemez.

Aşağıda, arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçerek müspet zararını talep etmesi durumu incelenecektir. Arsa sahibi, bu duruma ulaşmak ve zararını tazmin ettirmek için yükleniciye karşı üç seçimde bulunması gerekir. İlk seçimde, borcun aynen ifasını isteyip istemediğine karar vermelidir. Aynen ifadan vazgeçmesi hâlinde ikinci seçimde, müspet zararının tazminini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini belirlemelidir. Müspet zararının tazminini belirlemesi hâlinde, üçüncü ve son olarak, müspet zararın mübadele teorisi ile mi yoksa fark teorisi ile mi tazmin edileceğini seçmelidir¹⁰².

B. AYNEN İFADAN VAZGEÇİP MÜSPET ZARARIN TAZMİNİNİ TALEP HAKKI

1. Genel Olarak

Müspet zarar, yüklenicinin edimini hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş olması nedeniyle arsa sahibinin malvarlığının mevcut durumu ile yüklenici edimini sözleşmeye uygun şekilde yerine getirmiş olsaydı arsa sahibinin malvarlığının alacağı durum arasındaki farkı ifade eder¹⁰³. Yani müspet zarar, arsa sahibinin ifaya olan menfaatini, bir diğer ifadeyle, yüklenicinin sözleşmeden doğan borcunu tam ve süresinde ifa edeceğine ilişkin güveni ve beklentiyi korur¹⁰⁴.

Arsa sahibinin, mütemerrit yükleniciye yönelik aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini istediğine dair bildirim, mevcut hukuki ilişkiyi ortadan kaldırmaz, ancak içeriğini değiştirir, bu nedenle değiştirici yenilik doğuran bir

¹⁰² Ayan, *İnşaat Sözleşmelerinde*, 210.

¹⁰³ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul, Filiz, 1993), 855; Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (İstanbul: Vedat, 2010), 426; Ayşe Havutçu, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 1995), 68.

¹⁰⁴ Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (İstanbul: Sermet, 1976), 949; Mehmet Serkan Ergüne, *Olumsuz Zarar* (İstanbul: Beta, 2008), 57.

haktır¹⁰⁵. Bunun sonucu olarak, arsa sahibinin, aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep etmesi hâlinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sona ermemekte, sadece yüklenicinin aynen ifaya ilişkin asli edim yükümlülüğü, ikincil (tali) edim olan müspet zararın tazminine yönelik yükümlülük ile değişmektedir¹⁰⁶. Yani, sözleşme ayakta kalarak yüklenicinin yapı inşası ve teslimine yönelik borcu, müspet zararın tazminine dönüşmektedir¹⁰⁷. Sonuç olarak, sözleşme geçerli şekilde devam ettiği için tazminat talebi sözleşme hükümlerine dayanmaktadır¹⁰⁸. O hâlde, asıl borca karşı ileri sürülebilir her türlü itiraz ve defî, asıl borcun dönüştüğü tazminat borcuna karşı da ileri sürülebilir¹⁰⁹. Yine, yüklenicinin yapı inşası ve teslimine ilişkin borcunu temin için vermiş olduğu teminatlar, artık müspet zararın tazminini temin için geçerliliğini korurlar¹¹⁰.

Yargıtay'a göre¹¹¹, müspet zararın tazmini için arsa sahibinin kusursuz olması gerekir. Az da olsa kusuru bulunan taraf, müspet zararın tazminini isteyemez: *"Tazminat borcunun doğması için temel koşul "kusur" olduğundan, tazminat isteyen tarafın "kusursuz" olması gerekir. Bir tarafın "az kusurlu", diğer tarafın "çok kusurlu" olmasının bir önemi yoktur. Az kusurlu olan taraf da (...) tazminat isteyemez."*

Kanunda arsa sahibine müspet zararının tazminini isteyebilmek için kusursuz olma gibi bir yükümlülük yüklenmemiştir. Bu nedenle, hafif kusuru bulunan arsa sahibinin de müspet zararın tazminini talep edebilmesi, ancak kusuru oranında tazminatta indirimle gidilmesi gerekir¹¹².

2. Müspet Zararın Kapsamı

Müspet zararın ilk unsurunu, vazgeçilen edimin değeri oluşturur¹¹³. Zira, arsa sahibi aynen ifadan vazgeçerek artık vazgeçtiği edimin parasal değerini istemek-

¹⁰⁵ Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Ankara: Yetkin, 2005), 192-193.

¹⁰⁶ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 135; Yener, *Arsa Payı*, 69; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 502; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, 949; Kemal Dayınlarlı, *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları* (Ankara: Dayınlarlı, 2008), 98; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin, 2019), 1161; İlker Hasan Duman, *İnşaat Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2021), 509; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha, 2016), 413, N. 1316; Mustafa Reşit Karahasanoğlu, *Sorumluluk Hukuku Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*, 6. Baskı (İstanbul: Beta, 2003), 442.

¹⁰⁷ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 137.

¹⁰⁸ Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 58; Ş. Deren Gündüz, *Olumlu Zarar* (İstanbul, On İki Levha, 2020), 30.

¹⁰⁹ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ve Refet Özdemir, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (Ankara: Yargıtay, 1987), 246.

¹¹⁰ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 136; Yener, *Arsa Payı*, 70; Velidedeoğlu ve Özdemir, *Şerhi*, 246; Leyla Müjde Kurt, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü* (Ankara: Yetkin, 2012), 257 dn. 331.

¹¹¹ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 03.12.2015, E. 2014/6623, K. 2015/7866, UYAP, E.T. 24.12.2023.

¹¹² Volkan Çetinkaya, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde İş Sahibinin Seçimlik Hakları" (Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, 2022), 125.

¹¹³ Ayan, *İnşaat Sözleşmelerinde*, 235; Yener, *Arsa Payı*, 70; Havutçu, *Tam İki Tarafa*, 74.

tedir. Diğer unsuru ise, ifanın gecikmesi nedeniyle oluşan zararlar oluşturur. Zira, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini talep eden arsa sahibi, gecikmiş aynen ifayı talep ettiği durumdan daha kötü duruma gelmemelidir¹¹⁴. Aynen ifa ile birlikte talep edilen gecikmeden kaynaklı zararın da bir çeşit müspet zarar olması nedeniyle, her iki müspet zarar çeşidinin birbirine karışmaması için, aynen ifa ile birlikte talep edilen gecikme tazminatına “küçük tazminat”, aynen ifadan vazgeçilerek talep edilen müspet zarara ise “büyük tazminat” denilmektedir¹¹⁵.

Müspet zararın temel unsurunu teşkil eden vazgeçilen edimin parasal karşılığının belirlenmesi ile ilgili doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır¹¹⁶. Kanaatimizce, müspet zararın hesabında, yapının tamamlanmış hâlinde arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin rayiç değeri esas alınmalıdır. Şöyle ki, vazgeçilen edimin parasal karşılığı inşaatı tamamlama masrafları olarak kabul edilirse, müspet zararın kapsamını inşaatı tamamlama masrafları ve gecikmeden kaynaklı zarar oluşturur. Bu durumda, aynen ifa ve gecikme tazminatı ile aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmini seçenekleri arasında hiçbir fark kalmaz. Hatta, tazminatın kusur şartına bağlı olması nedeniyle müspet zararın tazminini seçmenin dezavantajı olur. Nitekim, aynen ifa olduğu kabul edilen TBK m. 113 f. 1 gereği, arsa sahibi hâkimden alacağı nama ifa yetkisi ile masrafı yükleniciden alınmak üzere işi bizzat yapabilir veya üçüncü bir kişi aracılığı ile tamamlatabilir. TBK m. 113 f. 1 hükmü yüklenicinin kusurlu olup olmaması ile ilgili de değildir.

Aynen ifadan vazgeçip müspet zararın istendiği hâllerde, zararın hangi ana göre belirleneceği ile ilgili de doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır¹¹⁷.

¹¹⁴ Havutçu, *Tam İki Tarafa*, 73.

¹¹⁵ Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 8. Baskı (İstanbul, On İki Levha, 2022), 316-317, N. 17.

¹¹⁶ Bir görüşe göre, arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçtiği kısma karşılık gelen edimin parasal değeri inşaatı tamamlama masraflarına göre belirlenmelidir. Yani, arsa sahibi müspet zarar kapsamında, inşaatı tamamlama masrafları ile gecikmeden kaynaklı zararını isteyebilir. Zaten, yapının inşası tamamlandığında, arsa sahibi yapının tamamlanmış hâlinin rayiç değerine de sahip olmaktadır. (Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 191; Ayan, *İnşaat Sözleşmelerinde*, 238; Kurt, *Yüklenicinin Eseri*, 267; Duman, *İnşaat Hukuku*, 553.) Diğer bir görüşe göre, vazgeçilen edimin parasal karşılığı inşaatı tamamlama masraflarına göre değil, yapının tamamlanmış hâlinin rayiç değerine göre belirlenmelidir. Müspet zarar, yüklenici edimini sözleşmeye uygun şekilde yerine getirmiş olsaydı arsa sahibinin malvarlığının alacağı durum ile mevcut durum arasındaki farktır. Yani, yüklenici edimini sözleşmeye uygun şekilde yerine getirmiş olsaydı gerçekleşmeyecek olan zararın, inşaatı tamamlama masraflarına göre değil, yapının tamamlanmış hâlinin rayiç değerine göre hesaplanması gerekir. Bir şeyin rayiç değeri onun maliyetini de (işçilik, malzeme vb.) içermesi sebebiyle, ayrıca inşaatı tamamlama masraflarının hesabına gerek yoktur. (Cengiz Kostakoğlu, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri* (İstanbul: Beta, 2011), 588-589; Çetinkaya, “Arsa Payı”, 133-136.) Ancak Erman’a göre hem arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin rayiç değeri üzerinden hesaplanacak miktar hem de inşaatı tamamlama masrafları, müspet zarar kapsamında birlikte talep edilebilir. (Erman, *Arsa Payı*, 102.)

¹¹⁷ Çoğunluğun kabul ettiği görüşe göre, müspet zarar, arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini talep ettiği ana göre belirlenmelidir. (Atamulu, *Kat Karşılığı*, 137; Erman, *Arsa Payı*, 102; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, 338; Ayan, *İnşaat Sözleşmelerinde*, 315; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, 867; Yener, *Arsa Payı*, 74; Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, 502; Ha-

Yargıtay'a göre, müspet zarar, arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin dava tarihi itibarıyla rayiç değeri esas alınarak belirlenmelidir¹¹⁸. Kanaatimizce, normatif açıdan müspet zararın tespit edileceği zamanın, arsa sahibi tarafından değiştirici yenilik doğuran hakkın kullanıldığı ana göre belirlenmesi gerekir. Ancak ülkemizin ekonomik ve sosyal şartları dikkate alındığında, enflasyonist bir piyasa ortamında alacaklının, yani arsa sahibinin hak kaybına uğramaması için hüküm tarihinin esas alınması gerekir. Bu nedenle, alacaklı tarafa hesaplama zamanına yönelik seçimlik hak tanımak isabetli olur¹¹⁹.

luk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II* (İstanbul: Vedat, 2010), 140; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, 949; Kurt, *Yüklenicinin Eseri*, 266-283; Dayınlarlı, *İstisna Akdinde*, 99; Eren, *Borçlar Hukuku*, 1255; Duman, *İnşaat Hukuku*, 552; Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku Cilt II* (İstanbul: Arkadaş, 1943), 865; Karahasan, *Sorumluluk Hukuku*, 442; Murat Topuz, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi* (Ankara: Seçkin, 2020), 473; Bilal Kartal, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi* (Ankara: Matsa, 1993), 104; Turan Şahin, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü* (Ankara: Seçkin, 2012), 267; Yaşar Engin Selimoğlu, *Eser Sözleşmesi* (Ankara: Adalet, 2016), 357; Mustafa Duhan Demir, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi* (İstanbul: Seçkin, 2017), 81; İsa Enli, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Teslim Borcu ve Temerrüdü* (Ankara: Adalet, 2017), 146; Gizem Kılıç Öztürk, *Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü* (Ankara: Seçkin, 2016), 124; Ezgi Buse Mumay, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdünden Dolayı Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları* (Ankara: Seçkin, 2022), 97.) Diğer bir görüşe göre, müspet zarar, hüküm zamanına ya da hüküm zamanına en yakın ana göre hesaplanmalıdır. Böylece, yüklenicinin borca aykırı davranışı sonucu arsa sahibinin malvarlığı üzerinde oluşan olumsuz etki, yani zarar, mümkün olduğunca gerçeğe yakın, tam ve doğru şekilde belirlenmiş olur. Zira, zararın çok eski ekonomik koşullara göre belirlendiği hâllerde, tazminat çoğu kez yetersiz kalmaktadır. (Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 192; M. Turgut Öz, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, 2. Baskı (İstanbul: Aristo, 1989), 298; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, 867; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 428, N. 1319-1320; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 265; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 351; Feyzi Necmeddin Feyizioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (İstanbul: Fakülteler, 1977), 185; Teoman Akünal, *Haksız Fılden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu* (İstanbul: Sulhi Garan, 1977), 147; Fatih Gündoğdu, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları* (İstanbul, On İki Levha, 2014), 286.)

¹¹⁸ "(...) davalı E. Petrol Ürünleri Ltd. Şti.'nin de yüklenici S. T.'dan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini devraldığı, arsa maliklerinin de devre muvafakat ettikleri, davalı E. Petrol Ürünleri Ltd. Şti.'nin yapıyı tamamladığı, davacıya ait olması gereken dava konusu 10 no.lu bağımsız bölüm üzerine davalı V. lehine davalı E. Petrol Ürünleri Ltd. Şti.'nin borcundan dolayı ipotek konulduğu, bağımsız bölümün daha sonra davacı arsa sahibi M. tarafından üzerindeki ipotekle birlikte çekincesiz olarak devralındığı, taşınmazın da ipotek borcundan dolayı cebir icrayla satılıp diğer davalı M. adına tescil edildiği, (...) davalı yüklenici E. Petrol Ürünleri Ltd. Şti. bakımından ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifası kapsamında devrettiği 10 no.lu bağımsız bölüm şirketin kendi borcu nedeniyle satıldığından, sözleşmeden kaynaklı borcunu hala ifa etmemiş sayıldığı, davacı arsa sahiplerinin müspet zararı olan taşınmazın 190.000,00 TL olan rayiç değerini, davalı yüklenici E. Petrol Ürünleri Ltd. Şti.'den isteyebileceği (...), davalı E. Petrol Ürünleri Ltd. Şti.'ye yönelik terditli davanın kabulüne, 190.000,00 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek ticari faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacı M.'a verilmesine, (...) karar verilmiştir." Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 05.10.2023, E. 2022/2666, K. 2023/3158, UYAP, E.T. 24.12.2023. "(...) Müspet zarardan da borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne vaziyette bulunacak idi ise, bu vaziyette mamelekin hali hazır vaziyeti arasındaki fark anlaşılmalıdır. Bu durumda mahkemece, dava konusu 10 no.lu bağımsız bölümün dava tarihindeki rayiç değeri 70.000,00 TL tespit edilmiş olup, bu bedele hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmektedir." Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 11.02.2019, E. 2018/2918, K. 2019/1087, UYAP, E.T. 24.12.2023.

¹¹⁹ Aynı yönde bkz. Çetinkaya, "Arsa Payı", 159-161.

Bu açıklamalar ışığında müspet zararın kapsamını, yapının tamamlanmış şekli ile arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin hüküm tarihindeki rayiç değerinden arsa üzerindeki mevcut yapının aynı tarihteki değeri arasındaki fark ile gecikmeden kaynaklı diğer zararlar (fiili zarar ve yoksun kalınan kar) şeklinde ifade edebiliriz. Bu sayede, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi sebebiyle arsa sahibinin malvarlığında meydana gelen eksilme giderilmiş, yani ifa menfaatine yönelik zarar tazmin edilmiş olur.

3. Müspet Zararın Tazmin Şeklinin Belirlenmesi

Müspet zararın giderilmesi seçeneği seçildiğinde, alacaklı, yani arsa sahibinin kendi edimini aynen ifa etmesi gerekip gerekmediği ile ilgili herhangi bir açıklık yoktur¹²⁰. Arsa sahibinin kendi edimini ifa etmesi gerekip gerekmediği ile ilgili mübadele ve fark teorisi olmak üzere iki teori bulunmaktadır. Özellikle belirtilmelidir ki bu teoriler zararın miktarının hesaplanmasına ilişkin değil, zararın giderim şekline ilişkindir. Zira, her iki teoride de hesaplanan zarar miktarı aynıdır, değişmez.

Mübadele (değişim) teorisine göre, mütemerrit yüklenicinin ediminin aynen ifasından vazgeçerek müspet zararının tazminini isteyen arsa sahibinin, kendi edimini aynen ifa etmesi zorunludur¹²¹. Bu teoriye göre, değiştirici yenilik doğuran hakkın kullanımı ile yüklenicinin aynen ifaya ilişkin asli edim yükümlülüğü, ikincil (tali) edim olan müspet zararın tazminine yönelik yükümlülük ile değişmekte, arsa sahibinin asli edimi ve yüklenicinin tali ediminin değişimi sonucu karşılıklı şekilde sözleşmenin ifası amaçlanmaktadır.

Fark teorisinde, arsa sahibi kendi asli edimini aynen ifa etmek zorunda olmayıp arsa sahibinin tazminat alacağından (müspet zarardan) yüklenicinin inşa etmiş olduğu kısma karşılık gelen arsa payı alacağı birbiri ile mahsup edilmektedir¹²². Mahsup için alacakların aynı cins olması gerektiğinden, yüklenicinin ediminin karşılığını oluşturan arsa payının parasal değerinin de belirlenmesi gerekir. Bu teoriye göre, değiştirici yenilik doğuran hakkın kullanımı ile arsa sahibinin aynen ifaya ilişkin asli edim yükümlülüğü ortadan kalkmakta, yüklenicinin aynen ifaya ilişkin asli edim yükümlülüğü ise, ikincil (tali) edim olan müspet zararın tazminine yönelik yükümlülük ile değişmektedir. Bu nedenle fark teorisinin, mübadele teorisinin aksine sözleşmenin ifasını değil, tasfiyesini amaçladığı kabul edilmektedir¹²³.

¹²⁰ Havutçu, *Tam İki Tarafa*, 78.

¹²¹ Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 503; Velidedeoğlu ve Özdemir, *Şerhi*, 246; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan, 2006), 538 dn. 733; Mehmet Özgür Avcı, *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünde İfa Yerine Olumlu Zararın Tazmini* (Ankara: Seçkin, 2020), 143; Kurt, *Yüklenicinin Eseri*, 279; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, 865.

¹²² Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, 869; Havutçu, *Tam İki Tarafa*, 77; Eren, *Borçlar Hukuku*, 1253-1254.

¹²³ Serozan, Baysal ve Sanlı, *Serozan Borçlar Hukuku*, 288-289, N. 16; Havutçu, *Tam İki Tarafa*, 77; Gündüz, *Olumlu Zarar*, 404.

Kendi edimini kısmen de olsa yerine getiren arsa sahibi, yüklenicinin temerrüde düşmesi hâlinde yine de fark teorisini tercih edebilir mi? Bu sorunun cevabına yönelik, sınırlı fark teorisi, mutlak fark teorisi ve nispi fark teorisi olmak üzere üç görüş bulunmaktadır¹²⁴. Sınırlı fark teorisine göre, arsa sahibinin fark teorisini seçebilmesi için edimini ifa etmemiş olması gerekir. Eğer ki, edim ifa edilmişse fark teorisi seçilemez, mübadele teorisine göre hareket edilmelidir. Zira, müspet zararın tazmini verilenlerin iadesini sağlamaz, bu ancak sözleşmeden dönme hâlinde mümkündür. Mutlak ve nispi fark teorilerine göre, arsa sahibi ifa ettiği edimi geri isteyebilir. Yani, fark teorisinin talep edilmesi arsa sahibinin edimini ifa edip etmemesinden bağımsızdır. Müspet zarar her durumda, fark teorisine göre talep edilebilir.

Serozan'a göre, karşı tarafın kusurunun şart olmadığı sözleşmeden dönme durumunda veya geçersiz ve bağlayıcı olmayan sözleşmelerde taraflar verdiklerini geri alabilirken, geçerli bir sözleşmede, karşı tarafın kusuru ile borca aykırı davranması hâlinde alacaklının verdiği geri alamamasının haklı bir açıklaması bulunmamaktadır¹²⁵. Kanaatimizce de kusursuz imkansızlık hâlinde alacaklı taraf kendi edimini aynen ifa etmekten kurtuluyor ve verilenleri geri isteyebiliyorsa (TBK m. 136), kusurlu temerrüt hâlinde de evleviyetle bu durumun geçerli olması gerekir. Bu nedenle, arsa sahibi edimini ifa etmiş olsun veya olmasın seçmiş olduğu fark teorisine göre müspet zararın tazminini talep edebilmelidir.

Yargıtay, karşı edimini para borcunun oluşturduğu inşaat sözleşmelerinde fark teorisinin uygulanmasını, karşı edimini arsa payı devrinin oluşturduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise mübadele teorisinin uygulanmasını kabul etmektedir¹²⁶. Bu nedenle, arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçmesi üzerine

¹²⁴ Bu görüşleri savunan yazarlar için bkz. Ayan, *İnşaat Sözleşmelerinde*, 232 dn. 274.

¹²⁵ Serozan, Baysal ve Sanlı, *Serozan Borçlar Hukuku*, 289-290, N. 16.

¹²⁶ Kurt, *Yüklenicinin Eseri*, 278.

"Davacı taraf binanın tamamlanması nedeniyle son iki bağımsız bölüm olan 3 ve 4 no.lu bağımsız bölümlerin adına tescilini istediğine göre, öncelikle sözleşme gereği arsa sahiplerine vermesi gereken 2 adet depoyu teslim etmesi gerekir. Ancak depoların bodrum katta yapılmadığı dosya kapsamı ile sabittir. Bu durumda sözleşmeye göre yapılması gereken bodrum kattaki 1 ve 2 no.lu bağımsız bölümlerin, sözleşme ve eklerinde belirlenen özellik ve nitelikleri ile emsalleri de göz önünde bulundurularak, dava tarihi itibarıyla rayiç bedelinin mahallinde yapılacak keşif sonucu uzman bilirkişiye hesaplatılarak "birlikte ifa" kuralı gereğince yüklenici tarafından mahkeme veznesine depo edilmesi için süre verilmesi, depo etmesi halinde, yüklenicinin edimini ifa etmiş sayılacağı ve tapu iptali ve tescil talebinde bulunmaya hak kazanacağı gözetilerek, dava konusu 3 ve 4 no.lu bağımsız bölümlerin yüklenici adına tesciline karar verilmesi, aksi takdirde ise tapu iptali ve tescile ilişkin davanın şimdiki gibi reddine karar verilmesi gerekmektedir." Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 04.06.2015, E. 2014/4396, K. 2015/4265, UYAP, E.T. 24.12.2023.

Yargıtay'ın mübadele teorisi yönündeki uygulamasının Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından da devam ettirildiğine yönelik bkz. "Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri taraflarına karşılıklı haklar ve borçlar yükler. Öncelikle üzerine inşaat yapılacak arsayı yükleniciye teslim etmesi gereken arsa sahipleri yüklenicinin karşı edimini yerine getirmesinden sonra yükleniciye sözleşmeye uygun arsa veya kurulmuşsa kat irtifak tapusunu devretmekle yükümlüdür. Yüklenicinin temel borcu ise eseri (binayı) meydana getirmektir. Binanın inşasından maksat, yapının

müspet zararının tazminini istediği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda, somut olaya doğrudan fark teorisini tatbik ettiği bir kararı bulunmamaktadır¹²⁷. Yargıtay'ın bu tutumu nedeniyle uygulamada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin müspet zararını talep ettiği duruma, son derece az rastlanmaktadır¹²⁸.

Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde mübadele teorisindeki ısrarı nedeniyle mütemerrit yükleniciye karşı arsa sahibinin, müspet zararın tazmini seçimlik hakkını tercih etmesini fiilen imkansız hâle getirmiştir. Daha önce ifade ettiğimiz üzere, müspet zararın hesabında, yapının tamamlanmış şekli ile arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin rayiç değeri esas alınsa bile sorun çözülmüş değildir. Şöyle ki, arsa sahibi çoğu kez kusuru ile temerrüde düşen yükleniciyi haklı olarak taşınmazdan çıkarmak istemektedir. Bunun için arsa sahibinin elinde sadece sözleşmeden dönme seçeneği bulunmaktadır. Ancak bu seçenek tercih edildiğinde, kusurlu yükleniciden sadece hukuken geçerli olmayan bir borç ilişkisinin geçerli olduğuna güvenilmesinden kaynaklı menfi zarar talep edilebilme olup menfi zarar çoğu defa müspet zararın oldukça altında kalmaktadır¹²⁹.

sözleşmeye, fen kurallarına ve amacına uygun imal edilmesidir. Yüklenici bu nitelikleri taşıyan bir bina meydana getirmişse, sözleşmede aksine hüküm bulunmayan hallerde yapının arsa sahibine tesliminde, sözleşmede ayrı hüküm varsa tesliminden önce ve ancak sözleşme koşullarına uygun oranda arsa payı veya bağımsız bölümün tescilini isteyebilir. Buna göre yüklenicinin sözleşmede aksine bir hüküm (kademeli ferağ gibi) bulunmayan hallerde tescile hak kazanabilmesi için eseri tamamlayıp eksiksiz teslim etmesi gerekir. Ancak eserin (binanın) arsa sahibinin reddedemeyeceği bir seviyeye getirildiği; ancak, yüklenicinin arsa sahibine gerek eksik ve ayıplı işlerden, gerekse sözleşme veya kanundan kaynaklanan nedenlerden dolayı borçlu bulunduğu ortaya çıkarsa yükleniciye bunları yerine getirmek üzere uygun süre tanınmalı ya da olanaklı bulunursa karşılıkları para olarak depo ettirilerek, depo edilecek tutar arsa sahibine ödenmek üzere (birlikte ifa kuralı) kişisel hakların sonuçlarını meydana getirdiği düşünüülüp, istem kabul edilerek tescil hükmü kurulmalıdır. (*Yargıtay 15. HD.'nin 2020/1701 E. 2020/2007 K. Sayılı ilamı da benzer niteliktedir.*) İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi, 30.11.2023, E. 2022/887, K. 2023/1777, UYAP, E.T. 21.01.2024.

¹²⁷ Sütçü, *Uygulama ve Teoride*, 1089.

¹²⁸ Çetinkaya, "Arsa Payı", 148.

¹²⁹ Menfi zararın tanımı için bkz. Öz, *İş Sahibinin*, 284-285; Vedat Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme* (Ankara: Yetkin, 1998), 240-241; Eren, *Borçlar Hukuku*, 1260; Kemalettin Birsen, *Borçlar Hukuku Dersleri Cilt II* (İstanbul: Ahmet Sait, 1948), 504; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, 182.

"Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili feshi [sözleşmeden dönme] halinde arsa sahibi, yükleniciden müspet zararının tazminini isteyemez. Ecrimisil istemi de müspet zarar tazminatı kapsamındadır. Somut olayda, sözleşmenin geriye etkili feshine [sözleşmeden dönmeye] dair verilen karar kesinleşmiş olup, birleşen davada davacı olan arsa sahipleri müspet zarar kapsamındaki ecrimisil talebinde bulunamaz." Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 16.05.2018, E. 2015/7212, K. 2018/3170, UYAP, E.T. 24.12.2023. "Müsbet zarar, akdın hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarar olup binaların bitirilmiş olması halinde getirmesi beklenen kira geliri kaybı, geciken ifa nedeniyle ifaya bağlı ceza, seçimlik ceza, eksik işler bedeli, kâr kaybı, gecikme tazminatı gibi talepler müspet zarar kapsamındaki alacak kalemleridir. Sözleşmeden haklı olarak dönen taraf, temerrüde düşmekte kusurlu olan taraftan dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan BK'nın 108. maddesi uyarınca ancak menfi zararını talep edebilecekler." Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 24.05.2023, E. 2022/3228, K. 2023/2012, UYAP, E.T. 24.12.2023.

Müspet zararın amacı ifaya yönelen menfaati korumak ise de arsa payını devretmek istemeyen arsa sahibi, bu menfaatine hiçbir zaman kavuşamaz.

Arsa sahibinin kusurlu mütemerrit yükleniciye arsa payı devri borcunu aynen ifa etmek zorunda kalması, hakkaniyetli olmadığı gibi uyuşmazlığı da derinleştirmektedir. Yüklenicinin müspet zararı tazmin etmesi hâlinde arsa sahibi ve yüklenici taşınmaz üzerinde müşterek mülkiyete sahip olurlar. Bu durumda, henüz tamamlanmamış vaziyetteki inşaatın tamamlanması için yapacakları arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de dahil olmak üzere önemli tasarruflarda birlikte hareket etmeleri gerekir. Yüklenici, inşaatı kendisi tamamlamak isterse arsa sahibi ya bunu kabul etmek zorunda kalarak kanunun amacına da aykırı şekilde yükleniciye aynen ifaya yönelik yeni bir hak vermeli ya da bu teklifi kabul etmeyerek aralarındaki uyuşmazlığı bu kez taşınmaz üzerindeki tasarrufla ilgili karar verilmesi için yeniden mahkemeye taşınmalıdır. Arsa sahibi en son çare, ortaklığın giderilmesi davası açmalı ya da arsa payını satmalıdır. Arsa payını sattığında ise bu kez yüklenici yasal önalım hakkı sayesinde tüm taşınmaza malik olabilir. Sonuç olarak, müspet zararın tazmininin tercih edilmesi hâlinde, sadece mübadele teorisinin kabul edilmesi taşınmaz üzerindeki hak ve yetkiyi kaybetme tehlikesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müspet zararın tazmini için fark teorisinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

C. AYNE İFADAN VAZGEÇİP MÜSPET ZARARIN TAZMİNİNİ TALEP HÂLİNDE ŞERHİN HUKUKİ DURUMU

1. Genel Olarak Şerhin Kaldırılması

Tapu sicilindeki şerhin, bağlı olduğu kişisel hakkın sona ermesi veya geçersiz hâle gelmesi, süresinin dolması ya da şerh lehtarının taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olması gibi sebeplerle hüküm ve sonuçları ortadan kalabilir¹³⁰. Bu durumda şerhin tapu sicilinden terkin edilmesi gerekir. Zira terkin, tapu sicilinde yer alan bir kaydın üzerinin çizilerek hükümsüz hâle getirilmesi işlemidir (TST m. 70¹³¹).

Terkin, kural olarak, kaydın kendisine hak sağladığı kişinin yazılı istemi üzerine yapılır (TMK m. 1014, TST m. 69 f. 1; m. 16 f. 1). O hâlde, kural olarak, kişisel haklara ilişkin şerhin terkinini ancak şerh lehtarının yazılı talepte bulunması hâlinde mümkündür¹³². Ancak ana kuralın dışında şerhin terkinini bazı hâllerde, taşınmaz malikinin talebi üzerine veya mahkeme kararıyla ya da tapu idaresi tarafından kendiliğinden de gerçekleştirilebilir (TST m. 69). Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinde, şerh süresi dolmuşsa, tapu idare-

¹³⁰ Ayan, *Eşya Hukuku*, 464-465.

¹³¹ O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Eşya Hukuku Cilt IV/1 Marmara Hukuk Yorumu*, 3. Baskı (Ankara: Seçkin, 2019), 660.

¹³² Sungurbey, *Kişisel Hakların*, 138.

si tarafından şerhin kendiliğinden terkinini gerekir (TK m. 26 f. 9¹³³). Yine, şerh edilmiş kişisel hakkın sona ermesi sonucu tapu silindeki kayıt hukuki değerini kaybettiye taşınmaz maliki şerhin terkinini talep edebilir (TST m. 69 f. 4). Tapu idaresi, taşınmaz malikinin talebini yerinde görürse şerhi terkin eder ve yapılan işlemi diğer ilgililere tebliğ eder (TMK m. 1019). İlgililer tebliğden itibaren otuz gün içerisinde terkinine karşı dava açabilir (TST m. 69 f. 4). Hukuka aykırı bir terkin durumunda, şerh lehtarları zarar görmüşse bu durum devletin sorumluluğunu gerektirir (TMK m. 1007¹³⁴).

Yüklenicinin temerrüdü hâlinde, taraflar arasındaki uyuşmazlık nedeniyle tapu sicilinde bulunan şerhin süresi dolmadığı sürece ne şerh lehtarının ne de taşınmaz malikinin talebi ile şerhin terkin edilmeyeceği ortadadır. Bu durumda, müspet zararın istendiği tazminat davasında, şerhin süresinden önce kaldırılabilmesi için aynı davada bu yönde karar verilmesi de talep edilmelidir.

2. Mübadele Teorisinin Seçilmesi Hâlinde

Mübadele teorisine göre, arsa sahibi, müspet zararının tazminini isterse karşılığında sözleşmede kararlaştırdıkları arsa payını yükleniciye devretmek zorunda kalmaktadır. Bu teoride, taraflar karşılıklı şekilde yükümlülüklerini yerine getirmekle borcu sona erdirmektedirler. Yüklenici, ikincil (tali) edimi olan müspet zararın tazmini borcunu, arsa sahibi ise arsa payının devrine ilişkin asli edimini yerine getirmelidir. Görüldüğü üzere, arsa sahibinin edim yükümlülüğünde herhangi bir değişiklik olmadığı için bu teorisinin uygulanmasında sadece yüklenicinin müspet zarar borcunun hesaplanması yeterlidir.

Yükleniciden talep edilecek müspet zararın belirlenmesi için önemli iki bilgiye ihtiyaç vardır. İlki, yapının tamamlanmış şekli ile arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin rayiç değeri, ikincisi ise, inşaatın mevcut durumu itibarıyla arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin değeridir. Her ikisi arasındaki fark arsa sahibinin aynen ifasından vazgeçtiği edimin parasal karşılığını oluşturur. Bu hesaplamada, gerçeğe en yakın değere ulaşabilmek için, karar tarihine veya ona en yakın tarihe göre hesaplama yapılmalıdır. Yine, ifanın gecikmesi nedeniyle oluşan zararlar (fiili zarar ve yoksun kalınan kar) da müspet zarar kapsamındadır. Örneğin, yirmi bağımsız bölümden oluşan ve arsa paylarının yarı yarıya paylaşıldığı bir sözleşmede, arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin rayiç değerinin 100 birim, mevcut inşaat durumu itibarıyla ise 30 birim olduğunu varsayalım. Bu durumda, aynen ifasından vazgeçilen edimin parasal karşılığı 70 birimdir. Dikkat edilirse, burada sadece taşınmaz üzerindeki bağımsız bölümlerin değeri hesaplanmış, arsa payları dikkate alınmamıştır. Çünkü, arsa payı zaten müspet zararını

¹³³ Ancak bu yasal düzenlemeye rağmen Tapu Sicili Tüzüğünde, şerhin süresinin dolması hâlinde terkinin kendiliğinden değil, taşınmaz malikinin talebiyle gerçekleştirileceği düzenlenmiştir (m. 69 f. 3).

¹³⁴ Şahan, *Tapu Sicilinde*, 155.

isteyen taşınmaz malikine aittir. Eğer ifanın gecikmesi nedeniyle oluşan zararlar da 10 birim kabul edilirse, toplam müspet zarar 80 birimden oluşur. Arsa sahibinin açacağı tazminat davası sonunda, yüklenici 80 birim müspet zararın tazminine mahkum edilir. Ancak yüklenicinin şerh ile korunan menfaati hâlen devam ettiğinden, şerh tapu sicilinde kalmaya devam eder. Zira, yüklenici müspet zararı tazmin ettikten sonra arsa sahibi, yükleniciye olan arsa payı devri borcunu yerine getirmelidir. Yüklenici, arsa payı hakkına kavuşuncaya kadar, şerhin koruyucu fonksiyonundan yararlanmaya devam eder. Arsa payının mülkiyeti yükleniciye geçtikten sonra şerh lehtar ve pay maliki sıfatı aynı kişide birleşeceği için şerh de artık taşınmaz malikinin talebi üzerine terkin edilebilir.

3. Fark Teorisinin Seçilmesi Hâlinde

Fark teorisine göre, arsa sahibi, müspet zararının tazminini istediğinde sözleşmede kararlaştırdıkları arsa payını yükleniciye devretmek zorunda değildir. Bu teoride, tarafların karşılıklı yükümlülükleri, arsa sahibinin lehine olacak şekilde ortadan kalkarak borç ilişkisi tek taraflı bir tasfiyeye dönüşmektedir. Ancak yine, yüklenicinin aynen ifaya ilişkin asli edim yükümlülüğü, ikincil (tali) edim olan müspet zararın tazminine yönelik yükümlülük ile değişmektedir. Burada, arsa sahibinin asli edim yükümlülüğü de ortadan kalkacağı için bu teorisinin uygulanmasında hem arsa sahibinin müspet zarardan doğan tazminat alacağı hem de yüklenicinin inşa etmiş olduğu kısma karşılık gelen arsa payı alacağının hesaplanması gerekir. Her iki alacak arasındaki fark pozitif olursa, pozitif değer arsa sahibinin malvarlığının aktifine eklenerek; negatifse, arsa sahibinin malvarlığının pasifi müspet zarar kadar azaltılarak zarar tazmin edilmiş olur.

Fark teorisinin uygulanmasına ve şerhin hukuki durumuna geçmeden önce aşağıda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde fark teorisinin uygulanmasına ilişkin bazı tartışmalı konuları da açıklığa kavuşturmak gerekir.

Ayan'a göre¹³⁵, müspet zararın tazmini fark teorisine göre talep edilmiş ise yüklenici yaptığı inşaat kısmına karşılık gelen arsa payının devrini isteyebilir. Yüklenici temerrüdü hâlinde müspet zarar talep edildiği zaman meydana gelen hukuki durum, ayıplı ifada bedelde indirim hakkının kullanıldığı gibidir. Yani, aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmini talebi geçmiş edimleri etkilemez. Yüklenicinin inşa ettiği kısım, arsa sahibinin TBK m. 486 hükmü gereği yararlanabileceği nitelikte ise kısmi ifa kabul edilmelidir. Arsa sahibi, bu kısmın bedelini yükleniciye arsa payı şeklinde ödemelidir. Kısmi inşaat teknik anlamda kısmi ifa olarak kabul edilemez ise de menfaatler dengesi aynı olduğundan, kısmi ifanın sonuçları inşaat sözleşmelerine de uygulanmalıdır. Kısmi ifada olduğu gibi arsa sahibi temerrüde ilişkin haklarını inşaatın tamamlanmayan kısmı için kullanmalıdır (kısmi temerrüt).

¹³⁵ *Ayan, İnşaat Sözleşmelerinde*, 243-244.

Dayınlarlı'ya göre¹³⁶, inşaat kısmen tamamlanmışsa, yüklenicinin ölümü veya aczi hâlini (sübjektif kusursuz imkansızlık) düzenleyen TBK m. 486 hükmü kıyasen müspet zararın tazmininde de uygulanmalıdır. Yani, inşaatın tamamlanan kısmından arsa sahibinin faydalanması mümkünse, tamamlanan kısım kabul edilmeli ve bu kısmın bedeli ödenmelidir. Buradaki bedel ise, arsa payıdır.

Yener'e göre¹³⁷ ise, kısmi ifanın dürüstlük kuralı gereği kabul edildiği ya da sözleşmeyi geçmişe etkili şekilde ortadan kaldırmanın (dönme) dürüstlük kuralı gereği kabul edilmediği hâllerde, kısmi ifa kabul edilmeli ve temerrüdün sonuçları yüklenici tarafından ifa edilmeyen kısma ilişkin olmalıdır (kısmi temerrüt). Yani, arsa sahibinin, müspet zararın tazminini talep etmesi durumunda, yüklenicinin inşa ettiği kısma (kısmi ifa) karşılık gelen arsa payının devrini gerçekleştirmesi gerekir. Bu durumda fark teorisi seçilse bile sonuç değişmemelidir.

Kanaatimizce, sübjektif kusursuz imkansızlık hâlini düzenleyen TBK m. 486 hükmünün, kusurlu mütemerrit yüklenicinin müspet zararı tazmin borcuna uygulanması mümkün değildir. Zira, kusurlu bir borçluyu kusursuz borçlu ile aynı hukuki statüye getirmeyi gerektiren haklı bir durum bulunmamaktadır. Yine, yapı inşası ve teslimi borcu kural olarak bölünebilir nitelikte bir borç olmadığından, kısmi ifaya elverişli de değildir. Ancak taraflar yapı inşasını iradi şekilde kısımlara bölerek yüklenicinin edimini parça parça yerine getireceğini kararlaştırabileceği gibi dürüstlük kuralı gereği arsa sahibi kısmi ifayı kabul etmek zorunda da kalabilir. Örneğin, inşanın büyük bir kısmının tamamlandığı ve somut olay adaletine göre artık sözleşmeden dönülemeyeceği hâllerde durum böyledir. Bu gibi istisnai durumlar dışında kural, fark teorisinin seçilmesi hâlinde arsa sahibinin kısmi ifayı ve dolayısıyla kısmi temerrüdü kabule zorunlu olmamasıdır. Eğer kısmi ifa söz konusu ise arsa sahibi kısmen ifa edilen kısma karşılık gelen arsa payını yükleniciye devretmek zorundadır¹³⁸.

Öz'e göre¹³⁹, fark teorisi ancak tazminat alacaklısının müspet zararının, mütemerrit borçlunun yerine getirdiği edimin değerinden yüksek olması, yani aradaki farkın pozitif yönde olması hâlinde uygulanabilir. Aksi hâlde, tazminat alacaklısı kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtulamaz ve fark teorisi uygulanamaz. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müspet zarar, çoğunlukla yükleniciye devredilmesi gereken arsa payı değerinin altında kalmaktadır. Bu ise müspet zararın fark teorisine göre istenememesi demektir. Çünkü fark teorisi sadece, müspet zarar, yükleniciye devredilmesi gereken arsa payı değerinden fazlaysa uygulanabilir.

¹³⁶ Dayınlarlı, *İstisna Akdinde*, 141.

¹³⁷ Yener, *Arsa Payı*, 73.

¹³⁸ Yener, *Arsa Payı*, 44-47.

¹³⁹ Öz, "Arsa Payı", 449.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki iktisadi şartlar dikkate alındığında, yüklenicinin yapı inşası ve teslimi borcuna yönelik sektör rekabeti her geçen gün daha da arttığından malzeme ve işçilik fiyatları sürekli tüketici lehine denetlenmektedir. Ancak taşınmaz fiyatları ise, arzlarının sınırlı olması ve nüfusun belirli bölgelerde yoğunlaşma durumu gözetildiğinde her geçen gün artmaktadır. O hâlde gerçekten de çoğu kez arsa payının değeri müspet zarardan fazla olmaktadır. Özellikle de taşınmaz üzerindeki yapı inşasının belirli bir seviyeyi geçtiği durumlarda, bu durum kaçınılmazdır. Bu sebeple arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde fark teorisi çoğu kez uygulanmayacak mıdır? Bize göre, malvarlığı yönünden aktifteki artma veya pasifteki azalma arasında herhangi bir fark bulunmaması sebebiyle, fark teorisi her ihtimalde uygulanabilmelidir. Arsa sahibinin müspet zararın tazminini talep ettiği ve fark teorisinin uygulanmasını seçtiği davada, eğer müspet zarar yükleniciye devredilmesi gereken arsa payı değerinin altında kalırsa, arsa sahibi aradaki farkı mahkeme veznesine depo etmek suretiyle arsa payı devri borcundan kurtulabilmelidir. Bu durumda mahkeme, bir eda hükmü kurmasa da bir tespit hükmü kurarak yargılamayı sonlandırmalıdır.

Fark teorisinin uygulanabilmesi için iki temel bilgiye ihtiyaç vardır. Biri, arsa sahibinin müspet zarar alacağı, diğeri, yüklenicinin inşa etmiş olduğu kısma karşılık gelen arsa payı alacağıdır. Zira fark, bu ikisi bakımından söz konusudur. Yirmi bağımsız bölümden oluşan ve arsa paylarının yarı yarıya paylaşılacağı bir sözleşme örneğinde, müspet zararın hesaplaması daha önce açıklanmıştı. Şimdi de yüklenicinin inşa etmiş olduğu kısma karşılık gelen arsa payı alacağının hesabına yer verelim. Bu hesap için hem arsa payının değeri hem de taşınmaz üzerindeki inşaattan gelen değer (bağımsız bölüm değeri) tespit edilmelidir. Zira, üst arza tabidir kuralı gereği, inşa edilen bağımsız bölümler arsa payı ile birlikte yüklenicinin alacağını oluşturmaktadır. Yine, gerçeğe en yakın değere ulaşabilmek için, karar tarihine veya ona en yakın tarihe göre hesaplama yapılmalıdır. Taşınmaz üzerindeki bütün arsa payının 260 birim değerinde, inşaattan gelen değer (bağımsız bölüm değeri) ise 60 birim olduğunu varsayalım. Bu durumda, yüklenicinin arsa payı alacağı değeri 160 birim olur $[(260 + 60) / 2]$. Müspet zararın 80 birim olduğu da bilindiğine göre, fark negatif yönde 80 birim olur (= müspet zarar - yüklenicinin arsa payı alacağı) (= 80 - 160). Başka bir ifadeyle, yüklenici arsa sahibinden 80 birim alacaklı durumdadır.

Arsa sahibinin, şerhin kaldırılması talebi ile birlikte açacağı tazminat davasında, müspet zararın tazminini fark teorisi uyarınca istemesi mümkündür. Örneğimizde, hesaplanan müspet zarar, yükleniciye devredilmesi gereken arsa payı değerinin altında kaldığından, fark negatiftir. Bu durumda, arsa sahibinin malvarlığının pasifi müspet zarar kadar azaltılarak zarar tazmin edilmiş olmaktadır. Arsa sahibi, aradaki farkı mahkeme veznesine depo etmek suretiyle arsa payı devri borcundan da kurtulabilmelidir. Sonuçta mahkeme, (pasifin azaltılması sonucu)

müspet zararın karşılandığına ve (farkın mahkeme veznesine depo edilmesi sonucu) arsa payı devri borcunun ortadan kalktığına dair tespit hükmü kurmalıdır. Yine, yüklenicinin arsa payı devri alacağı ortadan kalktığından şerhin terkinine de karar vermelidir.

Hesaplanan müspet zarar, yükleniciye devredilmesi gereken arsa payı değerinin üzerinde kalırsa, fark pozitif olur. Bu durumda mahkeme, farkın yüklenici tarafından tazmin edilmesine dair eda hükmü kurmalıdır. Yine, fark teorisinin uygulanması nedeniyle yüklenicinin arsa payı devri alacağı ortadan kalktığından şerhin terkinine de karar vermelidir.

Yüklenici yapının inşasının büyük bir çoğunluğunu, örneğin yüzde doksanını tamamladıktan sonra temerrüde düşüyse ne olacaktır? Kural, yapı inşası ve teslimi borcunun bölünebilir nitelikte olmaması sebebiyle kısmi ifaya elverişli olmadığı ise de bunun bir istisnası, arsa sahibinin dürüstlük kuralı gereği kısmi ifayı kabul etmek zorunda kalmasıdır. Bir başka ifadeyle, inşaatın tamamlanan kısmı ile karşılaştırıldığında geriye kalan kısım artık önemsiz sayılabilecek nitelikte ise arsa sahibi tamamlanmış kısmı teslim almalıdır. O hâlde, kısmi ifa gereği yüklenici, hak ettiği kısma karşılık gelen arsa payının devrini talep edebilir¹⁴⁰. Yirmi bağımsız bölümden oluşan ve arsa paylarının yarı yarıya paylaşıldığı sözleşme örneğinde, bu kez kısmi ifanın mevcut olduğunu varsayalım. Bu örnekte, arsa sahibinin müspet zarar alacağının 80 birim, yüklenicinin arsa payı alacağının 160 birim olduğunu, bu nedenle farkın negatif yönde 80 birim olduğunu hesaplamıştık. O hâlde, yüklenicinin alacağı toplam bedelin yüzde ellisini hak ettiğini söyleyebiliriz [= (yüklenicinin arsa payı alacağı - müspet zarar) / yüklenicinin arsa payı alacağı] [= (160 - 80) / 160 = 0.5 = %50].

Yüklenici alacağı bedelin yüzde ellisini hak ettiğine göre, sözleşmeden doğan arsa payı alacağını da bu oranda hak etmiş olmaktadır. Yani, sözleşmede arsa paylarının yarı yarıya paylaşıldığı hatırlanırsa, yüklenici yüzde elli olan arsa payı alacağının yüzde yirmi beşini kazanabilmiştir (= %50 x %50 = %25). Yine, yüklenicinin yüzde yirmi beş arsa payı alacağına denk gelecek bağımsız bölüm alacağının olduğunu kabulü gerekir. Örnekte, yirmi dairenin büyüklüğüne göre eşit olduğu ve bu nedenle arsa paylarının eşit dağıldığı kabul edilirse, her bir bağımsız bölüm yüzde beş arsa payına sahip olur (%100 arsa payı / 20 bağımsız bölüm). Sonuç olarak yüklenici, hak ettiği beş bağımsız bölümün adına tescilini arsa sahibinden talep edebilir (= %25 / %5).

Yukarıdaki durumda, arsa sahibi, şerhin kaldırılması talebi ile birlikte açacağı tazminat davasında, müspet zararın tazminini fark teorisi uyarınca talep ederse, kısmi ifa zorunluluğu ile karşılaşır. Müspet zarar, yükleniciye devredilmesi gereken arsa payı değerinin altında kaldığından, fark negatiftir. Yüklenici, negatif

¹⁴⁰ Yener, *Arsa Payı*, 45, 47.

fark ölçüsünde arsa payının aynen ifasına hak kazanmıştır. Bu nedenle yüklenici, karşı dava açarak arsa payına karşılık gelen bağımsız bölümlerin adına tescilini talep edebilir. Böyle bir dava açılmaz ise, arsa sahibi şerhin kaldırılmasını istiyorsa, yükleniciye kalan bağımsız bölümleri tapu sicilinde onun adına tescil ettirerek borcundan kurtulmalıdır. Bu durumda mahkeme, (yüzde elli olan arsa payı devri borcuna ilişkin pasifin yüzde yirmi beşe inmesi sonucu) müspet zararın karşılandığına ve (tapu siciline tescil sonucu) arsa payı devri borcunun ortadan kalktığına dair tespit hükmü kurmalıdır. Yine, yüklenicinin arsa payı devri alacağı ortadan kalktığından şerhin terkinine de karar vermelidir.

Fark teorisi uygulandığı sırada, kısmi ifa sonucu yüklenicinin hak ettiği arsa payı tam sayıda bağımsız bölümün mülkiyetine denk gelmiyorsa “artık arsa payı” ne olacaktır? Örneğimizde, yüklenicinin yüzde yirmi iki arsa payı alacağı olduğu varsayıldığında, beşinci bağımsız bölümün hukuki durumu da belirlenmelidir. *Ayan*’ın isabetli bir şekilde belirttiği¹⁴¹ gibi, arsa payı bölünebilir bir borç olarak kabul edilebilirse de bağımsız bölümün bölünemez bir borç olduğu, dolayısıyla da kural olarak, arsa sahibinin kısmi ifada bulunamayacağı kabul edilmelidir¹⁴². Zira, aksine bir kabul, temerrüt sebebiyle husumetli olan iki tarafı aynı bağımsız bölüm üzerinde müşterek malik hâline getirir. En azından bu durumu önleyebilmek için kısmi ifanın kabul edildiği durumlarda, arsa sahibinin, kusurlu mütemerrit yükleniciye karşı seçimlik hakkı olduğu kabul edilmelidir. İlk seçimlik hakkı, artık arsa payını aynen ifa ederek bağımsız bölüm üzerinde müşterek malik olmayı kabul edebilmesidir. İkinci seçimlik hakkı ise, artık arsa payının değerini mahkeme veznesine depo etmek suretiyle artık arsa payı devri borcundan da kurtulabilmesidir. Örneğimize göre bu son durumda arsa sahibi hem yüzde yirmi arsa payına tekabül eden dört bağımsız bölümün mülkiyetini yükleniciye geçirmeli hem de yüzde iki artık arsa payının parasal karşılığını mahkeme veznesine depo etmelidir. Bu durumda yine mahkeme, (pasifin azaltılması sonucu) müspet zararın karşılandığına ve (tapu siciline tescil ve mahkeme veznesine depo sonucu) arsa payı devri borcunun ortadan kalktığına dair tespit hükmü kurmalıdır. Sonuç olarak yüklenicinin arsa payı devri alacağı ortadan kalktığından şerhin terkinine de karar vermelidir.

Yüklenicinin sözleşme kurulduktan hemen sonra kararlaştırılan arsa payı veya taşınmazın tamamı üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olduğu durumda, arsa sahibinin (yani eski malikin) de şerhin koruyucu fonksiyonundan yararlanabileceğini daha önce ifade etmiştik. Bu koruma fonksiyonu, arsa sahibinin, arsa payı-

¹⁴¹ *Ayan, İnşaat Sözleşmelerinde*, 250.

¹⁴² Buradaki kısmi ifanın gerçekleşmeyeceği kısım, artık arsa payı ile sınırlıdır. Kısmi ifa için sadece temerrüt konusu borcun bölünebilir olması yetmez. Ayrıca karşı edim borcunun da bölünebilir olması gerekir. Aksi hâlde, ödeme yapılamaz. O hâlde, artık arsa payına bir bağımsız bölüm tekabül etmeyeceği ve bu nedenle temerrüt alacaklısı borcunu kısmen ifa edemeyeceği için, kural olarak kısmi ifa mümkün değildir. Ancak kısmi ifanın kural olarak mümkün olmadığı durumlarda, tarafların aksine hareket etmeleri de her zaman mümkündür. (Kısmi temerrüt için bkz. *Yener, Arsa Payı*, 41 vd.)

nı (veya taşınmazı) yükleniciye devretmeden önce hâlihazırda tapu sicilinde yer alan şerh için de daha sonradan yüklenici tarafından arsa sahibi (eski malik) lehine verilen şerh için de geçerlidir. Mülkiyet hakkının yükleniciye geçtiği durumda, müspet zararın tazmini fark teorisine göre talep edilirse, arsa sahibinin asli edim yükümlülüğünün ortadan kalkması sonucu arsa payını yükleniciye devretme zorunluluğu kalmadığı için daha önce devredilen arsa payının iade edilmesi gerekir. Bu iadenin sağlanması için arsa sahibinin müspet zarardan doğan tazminat alacağı ile yüklenicinin inşa etmiş olduğu kısma karşılık gelen arsa payı alacağı arasındaki farkın pozitif veya negatif olmasına göre bir ayırım yapılmalıdır. Her iki alacak arasındaki fark pozitifse, müspet zarara ilişkin pozitif değer arsa sahibinin malvarlığının aktifine eklenerek zarar tazmin edilir. Bu durumda mahkemenin, farkın yüklenici tarafından tazmin edilmesine ve yüklenici üzerinde bulunan tapu kaydının iptali ile arsa sahibi (yani eski malik) adına tesciline dair eda hükmü kurması gerekir. Eğer her iki alacak arasındaki fark negatifse, arsa sahibinin malvarlığının pasifi müspet zarar kadar azaltılarak zarar tazmin edilir. Bu nedenle arsa sahibi, aradaki farkı mahkeme veznesine depo etmek suretiyle arsa payı devri borcundan kurtulabilmelidir. Böyle bir durumda mahkemenin, (pasifin azaltılması sonucu) müspet zararın karşılandığına ve (farkın mahkeme veznesine depo edilmesi sonucu) arsa payı devri borcunun ortadan kalktığına dair tespit hükmü kurması gerekir. Yine mahkeme, yüklenici üzerinde bulunan tapu kaydının iptali ile arsa sahibi (yani eski malik) adına tesciline dair eda hükmü de kurmalıdır. Farkın pozitif veya negatif olduğu her iki durumda da yüklenicinin arsa payı devri alacağı ortadan kalktığından, şerhin terkinine de karar verilmelidir.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan ve şerh ile korunması gereken hak, taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğinde değişikliğe sebebiyet verebilecek nitelikteki arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkıdır. Ancak şerh ile korunması gereken menfaat, söz konusu sözleşme hükümlerine riayet edilerek arsa payının veya inşa edilen bağımsız bölümlerin devrine ilişkin menfaattir. Bu menfaat arsa sahibine de yükleniciye de ait olabilir. Nitekim, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüklerinin ifa zamanlarına bağlı olarak mülkiyet devrini talebe yönelik alacak hakkı bazen arsa sahibine bazen yükleniciye aittir.

Şerhin, TMK m. 1009 hükmü gereği, sözleşmeden doğan şahsi hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesine imkan sağlama fonksiyonu dışında, iyiniyetin ortadan kaldırılmasına yönelik fonksiyonu da vardır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulduğu anda tarafların hak ve borçları da doğacağından bu sözleşmeden doğan hakkın tapu siciline şerhi hâlinde, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi yoktur. Ancak munzam etki sayesinde, üçüncü

kişiden arsa payının devri istenebilir. Bu durumda, üçüncü kişi, borç ilişkisinin tarafı olmadığı için arsa payını devrettiği kişiden karşı edimi talep edemez.

Müspet zararın hesabında, yapının tamamlanmış hâlinde, arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin rayiç değeri esas alınmalıdır. Normatif açıdan müspet zararın tespit edileceği zamanın, arsa sahibi tarafından değiştirici yenilik doğuran hakkın kullanıldığı ana göre belirlenmesi gerekir. Ancak ülkemizin ekonomik ve sosyal şartları dikkate alındığında, enflasyonist bir piyasa ortamında alacaklının, yani arsa sahibinin hak kaybına uğramaması için hüküm tarihinin esas alınması gerekir. Bu nedenle, alacaklı tarafa hesaplama zamanına yönelik seçimlik hak tanımak isabetli olur.

Yargıtay'ın, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde mübadele teorisinin uygulanması yönündeki ısrarı nedeniyle mütemerrit yükleniciye karşı arsa sahibinin, müspet zararın tazmini seçimlik hakkını kullanması fiilen imkansız hâle gelmiştir. Çünkü, arsa sahibi çoğu kez kusuru ile temerrüde düşen yükleniciyi haklı olarak taşınmazdan çıkarmak istemektedir. Bunun için de arsa sahibinin elinde sadece sözleşmeden dönme seçeneği kalır. Ancak bu seçenek tercih edildiğinde, menfi zarar talep edilebilmekte olup menfi zarar çoğu defa müspet zararın oldukça altında kalmaktadır.

Arsa sahibinin, müspet zararın tazminini talep etmesi hâlinde, kusurlu mütemerrit yükleniciye arsa payı devri borcunu aynen ifa etmek zorunda kalması, hakkaniyetli olmadığı gibi uyuşmazlığı da derinleştirmektedir. Yüklenicinin müspet zararı tazmin etmesi hâlinde arsa sahibi ve yüklenici taşınmaz üzerinde müşterek mülkiyete sahip olurlar. Bu da uyuşmazlığın giderek derinleşmesi ve nihayetinde taşınmaz üzerindeki tüm hak ve yetkiyi kaybetme tehlikesi demektir. Bu nedenle, fark teorisinin uygulanması gerektiği taraftarıyız.

Malvarlığı yönünden aktifteki artma veya pasifteki azalma arasında herhangi bir fark bulunmaması sebebiyle, fark teorisi her ihtimalde uygulanabilmelidir. Ayrıca hem negatif hem de pozitif farkın ortaya çıktığı tazminat davasında, şerhin kaldırılması talebi de varsa, yüklenicinin arsa payı devri alacağı ortadan kalktığından şerhin terkinine de karar verilmelidir.

Kısmi ifanın kabul edildiği hâllerde fark teorisi uygulandığı sırada, yüklenicinin hak ettiği arsa payı tam sayıda bağımsız bölümün mülkiyetine denk gelmiyorsa oluşacak artık arsa payının akıbeti de belirlenmelidir. Temerrüt sebebiyle husumetli olan iki tarafın aynı bağımsız bölüm üzerinde müşterek malik hâline gelmesini önleyebilmek için kısmi ifanın kabul edildiği durumlarda, arsa sahibinin, kusurlu mütemerrit yükleniciye karşı seçimlik hakkı olduğu kabul edilmelidir. İlk seçimlik hakkı, artık arsa payını aynen ifa ederek bağımsız bölüm üzerinde müşterek malik olmayı kabul edebilmesidir. İkinci seçimlik hakkı ise, artık arsa payının değerini mahkeme veznesine depo etmek suretiyle artık arsa payı devri borcundan kurtulabilmesidir.

Mülkiyet hakkının daha önceden yükleniciye geçtiği durumda, müspet zararın tazmini fark teorisine göre talep edilirse, arsa sahibinin asli edim yükümlülüğünün ortadan kalkması sonucu arsa payını yükleniciye devretme zorunluluğu kalmadığı için daha önce devredilen arsa payının iade edilmesi gerekir. Farkın pozitif veya negatif olduğu her iki durumda da yüklenicinin arsa payı devri alacağı ortadan kalktığından, şerhin terkinine de karar verilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Bekir. *Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müspet Zarar*. Konya: Sayram, 2014.
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Eşya Hukuku*. 2. Baskı. İstanbul: Beta, 2018.
- Akunal, Teoman. *Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu*. İstanbul: Sulhi Garan, 1977.
- Altınok Ormancı, Pınar. “Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: ‘Satım Kirayı Bozmaz’ İlkesinin Sonuçları”. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. 12/24 (2013): 125-141.
- Antalya, O. Gökhan ve Murat Topuz. *Eşya Hukuku Cilt IV/1 Marmara Hukuk Yorumu*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin, 2019.
- Arsebük, Esat. *Borçlar Hukuku Cilt II*. İstanbul: Arkadaş, 1943.
- Atamulu, İsmail. *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*. Ankara: Yetkin, 2014.
- Avcı, Ali. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Tapuya Şerhi ve Hukuki Sonuçları”. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 3/1 (2015): 41-66.
- Avcı, Ali. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumları*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Avcı, Mehmet Özgür. *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünde İfa Yerine Olumlu Zararın Tazmini*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku - I (Zilyetlik ve Tapu Sicili)*. 14. Baskı. Ankara: Adalet, 2020.
- Ayan, Serkan. *İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü*. Ankara: Seçkin, 2008.
- Aybay, Aydın ve Hüseyin Hatemi. *Eşya Hukuku*. 4. Baskı. İstanbul: Vedat, 2014.
- Aydın, Gülşah Sinem. “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 141 (2019): 417-453.
- Birsen, Kemalettin. *Borçlar Hukuku Dersleri Cilt I*. İstanbul: Ahmet Sait, 1944.
- Birsen, Kemalettin. *Borçlar Hukuku Dersleri Cilt II*. İstanbul: Ahmet Sait, 1948.
- Buz, Vedat. *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*. Ankara: Yetkin, 1998.
- Buz, Vedat. *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin, 2005.
- Bütün Yılmaz, Derya G. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 38 (2019): 107-130.
- Çetinkaya, Volkan. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Haliinde İş Sahibinin Seçimlik Hakları”. Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, 2022.
- Dayınlarlı, Kemal. *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları*. Ankara: Dayınlarlı, 2008.
- Demir, Mustafa Duhan. *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*. İstanbul: Seçkin, 2017.

- Doğan, Murat. *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisinin Sınırlanmasının Şerhi*. Ankara: Seçkin, 2004.
- Duman, İlker Hasan. *İnşaat Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Enli, İsa. *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İşi Teslim Borcu ve Temerrüdü*. Ankara: Adalet, 2017.
- Erdal, Tarkan. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tapu Siciline Şerh Edilmesi ve Şerhin Etkisi.”. İçinde *Legal Hukuk Dergisi Rona Aybay’a Armağan Cilt I*, editör Ramazan Çakmakçı, 843-862. İstanbul: Legal, 2014.
- Erel, Şafak N. *Eşyaya Bağlı Borç*. Ankara: Ankara Üniversitesi, 1982.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin, 2019.
- Ergüne, Mehmet Serkan. *Olumsuz Zarar*. İstanbul: Beta, 2008.
- Erman, Hasan. “Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 50/1-4 (1984): 505-517.
- Erman, Hasan. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*. 3. Baskı. İstanbul: Der, 2010.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. İzmir: Barış, 2017.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*. İstanbul: Fakülteler, 1977.
- Genç Arıdemir, Arzu. *Kat Mülkiyeti I*. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler*. 2. Baskı. İstanbul: Vedat, 2007.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*. 3. Baskı. İstanbul: Filiz, 2018.
- Gümüşsoy Karakurt, Güler. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Şerhi”. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 16/2 (2017): 769-785.
- Gündoğdu, Fatih. *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları*. İstanbul: On İki Levha, 2014.
- Gündüz, Ş. Deren. *Olumlu Zarar*. İstanbul, On İki Levha, 2020.
- Havutçu, Ayşe. *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 1995.
- İyilikli, Ahmet Cahit. “Şerhedilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Vaat Borçlusunun Cüz’i Halef ve Alacaklıları ile Taşınmaz Üzerindeki Diğer Takyidatlara Etkisi”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 18/2 (2021): 967-1003.
- Kahraman, Zafer. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”. İçinde *Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan*, editör Burcu Göçet, 425-457. İstanbul: Der, 2015.
- Kaplan, İbrahim. *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin, 2013.
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Sorumluluk Hukuku Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*. 6. Baskı. İstanbul: Beta, 2003.
- Karakoç Karaibrahim, Ayşe. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sözleşmeden Hak Kazanan Üçüncü Kişilere Etkisi”. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019.

- Kartal, Bilal. *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*. Ankara: Matsa, 1993.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan, 2006.
- Kılıç Öztürk, Gizem. *Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü*. Ankara: Seçkin, 2016.
- Koçak Diker, Duygu. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 72/3 (2023): 1427-1467.
- Kostakoğlu, Cengiz. *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*. İstanbul: Beta, 2011.
- Kuntalp, Erden. *Karışık Muhtevalı Akit*. 2. Baskı. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Kurşat, Zekeriya. *İnşaat Sözleşmesi*. İstanbul: Filiz, 2017.
- Kurt, Leyla Müjde. *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*. Ankara: Yetkin, 2012.
- Mumay, Ezgi Buse. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdünden Dolayı Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Nomer, Haluk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. *Eşya Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*. 19. Baskı. İstanbul: Vedat, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*. 23. Baskı. İstanbul: Filiz, 2021.
- Öz, M. Turgut. *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*. 2. Baskı. İstanbul: Aristo, 1989.
- Öz, M. Turgut. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şerhi ve Kat İrtifakı”. İçinde *İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, editör Emrehan İnal ve Başak Baysal, 441-469. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Öz, M. Turgut. *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*. 4. Baskı. İstanbul: Vedat, 2021.
- Özmen, Etem Saba ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu. *Kat İrtifakı*. 2. Baskı. Ankara: On İki Levha, 2015.
- Özmen, E. Saba ve Müge Ürem. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan Avans Tapu Kavramına Yönelik Eleştiriler”. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1 (2016): 13-31.
- Özmen, Etem Saba ve Tuba Akçura Karaman. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”. *İstanbul Barosu Dergisi*. 87/1 (2013): 47-74.
- Özmen, Saba. “2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Hakkında Aynı Etkili Dönme Görüşüne ve Özellikle Yargıtay 15. HD.'nin Yerleşik Kararlarındaki “Avans Tapu” Nitelemesine İlişkin Eleştiriler)”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 30/135 (2018): 491-516.
- Paksoy, Meliha Sermin. “Kira Sözleşmesinin Şerhinin Hüküm ve Sonuçları”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 10/1 (2019): 133-143.
- Polat, Hatice. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Kişisel Hakların Şerhi*. Ankara: Seçkin, 2022.

- Reisoğlu, Safa. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*. 24/2 (2007): 5-17.
- Reisoğlu, Safa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 9. Baskı. İstanbul: Beta, 2006.
- Sarı, Suat. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 64/2 (2006): 273-299.
- Selimoğlu, Yaşar Engin. *Eser Sözleşmesi*. Ankara: Adalet, 2016.
- Serozan, Rona. “Nisbî Hakların Güçlendirilmesi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 40/1-4 (1974): 459-479.
- Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*. 2. Baskı. İstanbul: Vedat, 2007.
- Serozan, Rona, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı. *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*. 8. Baskı. İstanbul, On İki Levha, 2022.
- Sirmen, A. Lale. *Eşya Hukuku*. 10. Baskı. Ankara: Yetkin, 2022.
- Sungurbey, İsmet. *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*. İstanbul: Sermet, 1963.
- Sütçü, Nezih. *Uygulama ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi Cilt I*. 5. Baskı. Ankara: Seçkin, 2016.
- Şahan, Gökhan. *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Şahin, Turan. *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*. Ankara: Seçkin, 2012.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*. İstanbul: Vedat, 2010.
- Tandoğan, Haluk. *Türk Mes’uliyet Hukuku*. İstanbul: Vedat, 2010.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz, 1989.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul, Filiz, 1993.
- Tercier, Pierre, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha, 2016.
- Topuz, Murat. *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*. İstanbul: Sermet, 1976.
- Ünal, Akın. *Tapu Sicilinde Geçici Tescil Şerhi*. Ankara: Adalet, 2019.
- Ünal, Mehmet ve Veysel Başpınar. *Şekli Eşya Hukuku*. 9. Baskı. Ankara: Savaş, 2017.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet ve Refet Özdemir. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*. Ankara: Yargıtay, 1987.
- Yavuz, Cevdet. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalm Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 4/2 (2017): 109-132.
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 10. Baskı. İstanbul: Beta, 2014.
- Yener, Mehmet Deniz. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları*. İstanbul: Beta, 2011.