

**T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ**

YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNDE ÖNCELİK HAKKI

Yüksek Lisans Tezi

FATİH REŞAT KALIN

İSTANBUL, 2019

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNDE
ÖNCELİK HAKKI

Yüksek Lisans Tezi

FATİH REŞAT KALIN

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Öz SEÇER

İSTANBUL, 2019

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
İLGİLİ ENSTİTÜ ADI
YÜKSEK LİSANS PROGRAM ADI

Tezin Adı: YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNDE ÖNCELİK HAKKI
Öğrencinin Adı Soyadı: Fatih Reşat KALIN
Tez Savunma Tarihi:01.08.2019

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından onaylanmıştır.

Ünvan, Ad ve SOYADI
Enstitü Müdürü
İmza

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylarım.

Ünvan, Adı ve SOYADI
Program Koordinatörü
İmza

Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

_____ Jüri Üyeleri

_____ İmzalar

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Öz SEÇER

Üye
Doç.Dr.Sezer ÇABRİ

Üye
Doç. Dr.Seda ÖKTEM ÇEVİK

ÖZET

YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNDE ÖNCELİK HAKKI

Fatih Reşat KALIN

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Öz SEÇER

Ağustos 2019, 100 sayfa

Çalışmada kanuni ipotek haklarından “Yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik hakkı” incelenmektedir. Uygulamada inşaatçı ipoteği ve yapı ipoteği olarak da bilinmektedir. 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı yeni Türk medeni kanununda kendine yer bulan yapı alacaklısı ipoteği 17.02.1926 tarih ve 743 sayılı eski medeni kanunda bahsi geçmeyen kanuni bir ipotek hakkı tanımıştır. TMK 893/3 maddesinde “Bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkarlar. Alacaklıların, bu kanunî ipotek hakkından önceden feragat etmeleri geçerli değildir” demek suretiyle tapu siciline kayıtlı taşınmazlar üzerinde emeğiyle veya emek ve malzeme sağlamak suretiyle bir değer artışı meydana getiren zanaatkar ve yüklenicilere kanuni bir ipotek hakkı tanımıştır. Bu tanınan hakka ilişkin taşınmaz malikine de katlanma külfeti getirilmiştir. Bu hususta yapı alacaklısının mahkeme vasıtasıyla rıza göstermeyen taşınmaz sahibine tazyik imkanı bulunmaktadır.

TMK m. 897 ile belirli koşulların varlığı halinde yapı alacaklısına, önceki rehinli alacaklıya karşı ileri sürebileceği bir öncelik hakkı tanınmış ve ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesinden elde edilen miktarın, yapı alacaklısının taşınmaza kattığı değer oranında kendisine verilmesini isteme hakkı verilmiştir.

Çalışmanın konusunu tescile tabi bu ipotek hakkının diğer rehinlere göre sıra bakımından öncelik kazanmasıdır. Bahsi geçen bu öncelik yapıya inşaatçının katmış olduğu değer neticesindeki ortaya çıkan değer artışı nispetindedir. İnşaatçının emek, mesai ve malzeme sağlaması neticesinde ortaya çıkan değeri öncelikli olarak yine yapı alacaklısının alacağına tedarik etmek suretiyle bir noktada kanun koyucu yapı alacaklısının mağdur olmasının önüne geçmeyi amaçlamış ve emeği daha üstün bir değer olarak kabul ederek korunması yoluna gitmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yapı Alacaklısı İpoteği, RehİN, Kanuni İpotek Hakkı, Yüklenici, Zanaatkar.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	1
ABSTRACT.....	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
İÇİNDEKİLER	2
KISALTMALAR CETVELİ	5
GİRİŞ	6

BİRİNCİ BÖLÜM

YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİ, KONUSU, ŞARTLARI VE TESCİLİ

I. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİ	8
II. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN KONUSU VE KAPSAMI	9
III. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİ TESCİLİNİ GENEL OLARAK TALEP EDEBİLECEK KİŞİLER	12
A. Yükleniciler (Müteahhit)	13
B. Alt Yükleniciler	14
C. Zanaatkarlar	15
D. Diğer Kişiler	16
1. Vekaletsiz İş Görenler.....	16
2. Kiracı Ve Talimatıyla İş Yapanlar	17
3. Kullanma Ödücü Alan Ve Talimatıyla İş Yapanlar	17
IV. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN ŞARTLARI	19
A. Bir Yapı Alacağın Olması	20
B. Yapı Veya Diğer İşlerin İfası	21
C. Emek Veya Emek Ve Malzeme Vererek Çalışılmış Olması	22
V. YAPI ALACAĞI İPOTEĞİNİN TESCİLİ	23
A. Yapı Alacağı İpoteğinin Tesciline İlişkin Şartlar	24
1. Alacağın çekişmeli olmaması	24
2. Alacağın mahkemece karara bağlanması	26
3. Malikin alacak için hiç veya yeterli güvence göstermemiş olması.....	27
4. Tescil isteminin süresinde yapılmış olması	28

B. Yapı Alacaklılarının Kanundan Doğan Tescil İsteminde Bulunma Hakkının Hukuki Niteliği ve Özellikleri.....	30
1. Tescil isteminde bulunma hakkının hukuki niteliği.....	31
2. Tescil isteminde bulunma hakkının özellikleri.....	35
VI. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİ TESCİL USULÜ	36
A. Tescili Talep Süresi.....	37
B. Tescil Talebinin Yöneltebileceği Kişiler	39
1. Taşınmaz maliki	39
2. Taşınmazı devralan Üçüncü kişi.....	40
3. İflas masası.....	40
4. Üst hakkı sahibi.....	41
5. Aile Konutu Olması Durumunda Eşin Rızası;	41
C. Geçici Tescil Şerhi	42
D. Kesin Tescil	45
1. Kanun hükmü ile tescil	46
2. Mahkeme hükmü ile tescil.....	47
E. Yapı Alacaklısı İpoteğinden Feragat.....	48

İKİNCİ BÖLÜM

YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN SIRASI, ÖNCELİK HAKKI,

KULLANILIŞI VE SONA ERMESİ

I. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN SIRASI	50
A. Genel olarak.....	51
B. Yapı alacaklarının birbirlerine karşı durumu.....	53
C. Yapı alacaklılarının diğer rehin hakkı sahiplerine karşı durumu.....	54
II. YAPI ALACAKLILARININ ÖNCELİK HAKKI	56
A. Öncelik Hakkının Konusu	57
B. Öncelik Hakkının Kullanılmasının Şartları.....	59
1. İpoteğin tescilli olması	59
2. Yapı faaliyetinin inşaata değer katması.....	60

3. Yapı alacaklısı kısmen veya tamamen alacağını elde edememeli	61
4. Yapı alacaklısının ön sırasında aşırı rehin yükü kurulmuş olmalı	62
5. Ön sıralı derecelerdeki rehin alacaklılarının iyiniyetli olmaması	63
C. Öncelik Hakkının	
Kullanılışı..... Hata! Yer işareti tanımlanmamış.	
D. Bu Hakkın Kullanılması İçin Açılan Davaların Hukuki Niteliği.....	65
1. Haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası olduğu görüşü	66
2. İİK M.280 gereği iptal davası olduğu görüşü	67
3. İİK M.142 gereği sıra cetveline itiraz davası olduğu görüşü	70
E. Öncelik Hakkının Yasal Tarafları.....	75
1. Öncelik hakkının kullanan talep alacaklısı	76
2. Öncelik hakkına katlanma yükümlüsü kişiler	77
F. Öncelik Hakkını Kullanılmasında Zamanaşımı.....	79
G. Değer Artış Bedelinin Taksimi	82
1. Genel olarak.....	82
2. Öncelik hakkının kötüye kullanımı bakımından sorumluluk.....	83
3. Eşit sırada olmayan öncelik hakkı sahiplerinin pay dağıtımı.....	83
4. Farklı derecedeki yapı alacaklıları arasında dağılımda anahtar noktalar.....	84
5. Farklı sıradaki öncelik hakkı sahiplerinin pay dağılımı	86
III. YAPI İPOTEĞİNİN SONA ERMESİ VE TERKİN.....	87
SONUÇ.....	89
KAYNAKLAR	93

KISALTMALAR CETVELİ

B.	: Baskı
b.	: Bent
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
HD	:Hukuk Dairesi
İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
İBK	:İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
K.	:Karar No
KHK	:Kanun Hükmünde Kararname
KMK	:Kat Mülkiyeti Kanunu
Komm.	:Kommentar
Krş.	:Karşı Görüş
md.	:Madde
N.	:Kenar No
RG	: Resmi Gazete
S.	:Sayı
s.	:Sayfa
TBK	:6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Medeni Kanun
TST	: Tapu Sicil Tüzüğü
vb.	: Ve benzeri
vd.	:Ve devamı
Y.	:Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	:Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
YKD	:Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB	:Zivilgesetzbuch

GİRİŞ

Genel anlamda rehin hakkı, sahibine rehin edilen malı paraya çevirterek bundan alacağını tahsil etme yetkisi veren bir haktır. Yani bir alacağın tahsilini sağlamlaştırmak amacıyla taşınmaza karşılık gösterilmektedir. Yapı alacaklısı ipoteğinde taşınmaz, sahibinin mülkiyetinden çıkmamakta, sadece bir alacağın teminine tahsis edilmektedir¹. Taşınmaz rehini bir alacağı temin amacı güden aynı bir hak olup, rehin alacaklısına, bir taşınmazın satış bedelinden, diğer alacaklılara tercihen alacağını elde etme yetkisi verir². Genellikle, teminat “şahsi” ve “ayni” olmak üzere ikiye ayrılır. Şahsi teminatta, borçlunun borcunu ödemesi halinde, bir üçüncü kişi alacaklının tatminini üzerine alır; şahsi teminatın tipik örneği kefalettir. Aynı teminatta ise, bir malvarlığı değeri bir alacağın teminine tahsis edilmekte, borçlu borcunu ödemezse, alacaklı, malikin rızası gerekmeksizin, bu malvarlığı değerini paraya çevirerek, satış bedeli üzerinden tatmin olmaktadır. Başlıca aynı teminat “rehin hakkı”dır³. Ancak rehin taşınmazlar için kurulabildiği gibi menkuller içinde tesis edilebilmektedir. Rehın hakkı, sahibine, hak sahibine sağladığı doğrudan hakimiyet ile, rehin hakkını verenin herhangi bir davranışına ihtiyaç göstermeden söz konusu rehinli eşyayı paraya çevirme yetkisini sağlar⁴. Rehın’i bir üst başlık olarak görmekteyiz. Konumuz daha ziyade bir alt başlık olan ve ülkemizde en çok kullanılan teminat türü olan ipotek üzerinden işlemeye devam edeceğiz.

Çalışmamızın ön şartını oluşturan yapı alacaklısı ipoteği her ne kadar TMK 893/3 maddesi uyarınca kanuni bir ipotek hakkı olsa da bu korumadan yararlanmak için sadece kanuni bir ipotek hakkı olması tek başına yeterli değildir. Kanun koyucunun belirlemiş olduğu şartların sağlanmış olması gerekmektedir. Kaldı ki bu şartların var olup olmadığı

¹ Kudret GÜVEN / Turhan ESENER, **Eşya Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017, s.197; M. Kemal OĞUZMAN / Özar SELİÇİ, , s.781; DAVRAN, 8; Ferid SAYMEN / Halid ELBİR, **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitapevi, 1963; Fuat TİRYAKİ, **Taşınmaz Rehni Hukukunda Sabit Dereceler Sistemi ve Hükümleri**, Ankara Barosu Dergisi, 1996/4, s.540

² C. WIELAND, 1949, **Kanunu Medenide Aynı Haklar 2.Kısım**, Ankara: Yeni Cezaevi Basımevi, s.677 538; SAYMEN / ELBİR, s.518; TİRYAKİ, s.540.

³ Bülent KÖPRÜLÜ / Selim KANETİ, **Sınırlı Aynı Haklar**, Fakülteler Matbaası, 1972, s.179

⁴ S. Dursun AKSOY, 2012, **Eşya Kavramı**, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, s.105.

ipoteği kurması için başvuru tapu sicil müdürlüklerindeki ilgili memurlarca resen incelenir. Eğer yapı alacaklısı olarak ipotek hakkına tescil edilmişse bir öncelik hakkından bahsedebiliriz. Tek başına tescilde yeterli görülmemektedir. Öncelik hakkının kullanılması için gerekli objektif ve sübjektif şartların da karşılanmış olması gerekmektedir ki bu kanundan doğan koruyucu hakkın kullanılması imkanı olsun.

Çalışmamızın ilk bölümünde yapı alacaklısı ipoteğinin kavramı, kapsamı, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep edebilecek kişileri, yapı alacaklısı ipoteğinin şartlarını, yapı alacaklısı ipoteğinin tescili ve tescilinin şartları üzerine açıklamalarda bulunup öncelik hakkının kullanılması için gerekli olan yapı alacaklısı ipoteği konusunu ele alacağız.

İkinci bölümde ise yapı alacaklısı ipoteğinin sırasını, hak sahiplerinin birbirlerine ve diğer rehin hakkı sahiplerine karşı durumlarını, öncelik hakkını, önceliği koşullarından tescili ve şartlarını daha sonra da öncelik hakkının kullanılmasını, şartlarını, ne zaman başvurulabileceğini, bu hakkın kullanılması için açılacak davaların hukuki nitelikleri, payların hesaplanması konularına değineceğiz. Yapı alacaklısı ipoteğinin sona ermesi ve terkinine kısaca değinerek sonuç kısmına yer vereceğiz. Çalışmaya sonuç kısmının ardından sonlanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİ, KONUSU, ŞARTLARI VE TESCİLİ

I. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİ

İpotek, bir kişisel alacağın teminat altına alınmasını amaçlayan ve bir taşınmazın değerinden alacaklının alacağını elde etmesini sağlayan sınırlı bir aynî haktır. Diğer mutlak haklar gibi ipotek de herkese karşı ileri sürülebilir ve rehinli alacaklıya öncelikle alacağını alma hakkı verir.⁵ Medeni kanunumuz, yüklenici ve zanaatkârların alacaklarını güvence altına almak, “yapılar taşınmaz mülkiyetinin kapsamına dâhildir” ilkesinin olumsuz etkilerinden yapı faaliyetini yürütenleri korumak amacıyla, TMK m. 893 vd. hükümlerinde yüklenici ve zanaatkârlar lehine kanundan doğan bir rehin hakkı tanımıştır.⁶ Aksi durumda yapıya kazandırılan ek değer kaderi mülkiyet sahibinin insiyatifine bırakılmış olacaktır. Kanundan doğan bu hakkın yani yapı alacağının oluştuğu an yapı işini üstlendiği inşaat sözleşmesinin akdedildiği andır.⁷ Bunun sebebi yapı alacaklılarının emeği ve kullanmış oldukları malzeme taşınmaza bir şekilde özgülendiği için taşınmazın bütünleyici parçası olmuştur. Ayrıca harcanan emek geri alınmayacaktır ve artık taşınmazın mülkiyetine dahil olan malzemeler taşınır nesne sıfatını da kaybetmişlerdir. Bunun gibi, yapının inşasına emeği ile katkı sağlamış olan

⁵ AKTEPE, Sezin, **İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması Ve Diğer Özellikleri**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2007/2, Sayı:12, s. 178; Zafer KAHRAMAN, **Mirasın Paylaştırılmasında Ortaya Çıkan Denklik Alacağı Ve Bunun Teminat Olarak Tescile Tabi Kanuni İpotek**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, Cilt 8, Sayı: 107-108, s.125; M. Kemal OĞUZMAN / Özar SELİÇİ / Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, İstanbul:Filiz Kitapevi, 2015, s.883; Jale AKİPEK / Turgut AKINTÜRK / Derya ATEŞ, **Eşya Hukuku**, İstanbul:Beta Basım, 2019, s.95; Ahmet NAR, **Yabancı Para İpoteği**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s.36.

⁶ Sezer ÇABRİ, **Prof. Şeref Ertaş'a Armağan 1.Cilt- Yapı Alacaklısı İpoteğinin Önceliği**, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, Cilt:19, Özel Sayı, s.379; Safa REİSOĞLU, **Türk Ve İsviçre Hukukunda Müteahhit Ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1961, s.10; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.795; OĞUZMAN / Özar SELİÇİ / Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, s.975; Faruk ACAR, **Rehin Hukuku Dersleri**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s.170.

⁷ İnşaat sözleşmelerinin hukuki niteliği ise yüklenicinin rizikosun kendine ait olmak üzere bir yapının tamamını veya bir kısmını inşa ederek teslim etmeyi bir ücret karşılığında üstlendiği bir eser (istisna) sözleşmesidir. Özer SELİÇİ, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhittin Sorumluluğu**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978, s.4; AYBAY/HATEMİ, s.285.

yapı alacaklısı da aynı mantık çerçevesinde korunmaya muhtaçtır.⁸ Kanun koyucu, yapı alacaklılarını korumak için onlara, yapı ipoteği hakkında başka bu hakkı kuvvetlendirici özel haklar da tanımıştır. Gerçekten de TMK m.897/1’de yapı alacaklılarına taşınmaza kazandırdıkları değer fazlası üzerinde bir öncelik hakkı tanımıştır. Ayrıca, belli şartlar varlığı halinde onları uğradıkları zararın tazmin edilmesi de öngörülmüştür (TMK. m. 897/2).⁹ Medeni Kanundan doğan kanuni ipotek haklarından “*Yapı Alacaklısı İpoteğinde öncelik hakkı*” tezimizin konusu olarak aşağıda detaylı olarak açıklayacağız.

II. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN KONUSU VE KAPSAMI

Yapı kavramı yapı alacağı ipoteğinin güvencesi niteliğinde olduğundan ve alacağı garanti altına aldığından konumuzun temelini oluşturmaktadır. İpoteğin taşınmaz yönünden kapsamının belirlenmesi, hem taşınmaz maliki hem de ipotekli alacaklı açısından önemlidir. Çünkü ipotekli alacaklı, borcun zamanında ödenmemesi halinde, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ipotekli taşınmazı sattırarak, alacağını satış bedelinden elde edecektir.¹⁰

Yapı kavramını açıklamak gerekirse; Türk hukukunda, TBK md. 69 bina veya yapı eserinden bahsetmektedir. Yapıdan ne anlaşılmalı gerektiği Türk Borçlar Kanununda belirtilmiş değildir. Buna karşılık 3194 sayılı imar kanunu 1.maddesinde söz konusu kanunun uygulanması açısından, yapının, “karada ve suda, daimi veya muvakkat resim ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı, bunların ilave, değişikliklerine ve tamirlerine sabit ve müteharrik tesislerine şamil olduğu belirtilmiştir.¹¹ Bu yönüyle inşaatın yöneldiği ve bu tekniğe konu olan şeyin bina ile sınırlı olmadığı bina dışında, köprü, yol, raylı sistem, tünel, meydan, havayolu, liman, tersane, metro, viyadük, stadyum, baraj, rafineri, sulama

⁸ Alper UYUMAZ, **Yapı (İnşaatçı) İpoteği**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesin Dergisi, 2008, C. XII, S. 1–2, s.227.

⁹ Yavuz Selim ŞENER, **Türk Hukukunda İpotek Ve Uygulaması**, Ankara:Adalet Yayın Evi, 2010, s.61; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.309, AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.795.

¹⁰ A. Özge YENİCE, **Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri**, İstanbul: On iki levha Yayıncılık, 2009, s.127.

¹¹ SELİÇİ, s.4

tesisi, çeşme gibi tesislerin tamamının “yapı” kavramı altında incelenebileceği sonucuna ulaşılabilir.¹²

Yapı alacaklısı ipoteğinde ipotek alacaklısının belirleyici edimi bir yapının tamamının veya bir kısmının inşası ile teslimidir. Yasal ipotek hakkının dayanağı, malikle yapılan sözleşme değil, yapı ya da yapım için yerine getirilen edimlerdir.¹³

Tapu Siciline Kaydedilecek Taşınmazlar

Tapu siciline kaydedilecek taşınmazlar; arazi, bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler olarak gruplandırmamız mümkündür. Kısaca açıklamamız gerekirse;

I.Arazi

Arazi, sınırları hukukî ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yeryüzü parçasıdır. (TST m.9) Müstakil ve daimi haklarla, kat mülkiyeti gibi taşınmaz mülkiyeti sayılanların dışında kalan ve arazinin altında veya üzerinde yapılan inşaat, arazinin mütemmim cüzleri olup, ondan ayrı bir taşınmaz niteliği taşımadıkları içindir ki ilişkin buldukları arazinin bütünleyicisi sayılırlar. Arazi üzerinde dikilen şeylerle, kaynaklar için de hüküm böyledir.¹⁴ Teknik anlamda arazi veya arz, toprak yüzünün belirli bir surette sınırlandırılan ve özel mülkiyete konu olabilen parçalardır. Ancak, arazi sadece bir toprak parçasından, yani toprağın yüzeyinden ibaret değildir., arazinin yukarıya havaya ve arzın altına doğru giden bir sınırı da vardır. TMK m.718’e göre, “Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer.” Denmek suretiyle bir çerçeve çizmiştir.¹⁵

¹² Zekeriya KÜRŞAT, **İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul:Filiz, 2017, s.60

¹³ Mustafa Reşit KARAHASAN, **Türk Medeni kanunu Eşya Hukuku 2.cilt**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1977, s.1139.

¹⁴ Galip ESMER, **Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri Ve Tapu Sicili**, Ankara: Doğu Matbaacılık,1969,s.49; Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku 2 (Mülkiyet)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s.285.

¹⁵ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR,s.466; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s.249; AYAN,Cilt2,s.285.

Malik, mülkiyet hakkından doğan yetkileri sadece yatay kapsamına tabi sınırlar içerisinde kullanabilecektir. Taşınmaz mülkiyetinin yatay kapsamı denilince de, taşınmazı(araziyi) diğer yeryüzü (arazilerden)ayıran sınırların belirlenmesi gelir. Başka bir ifadeyle, mülkiyet hakkından doğan yetkilerin “arazi üzerinde düzlüğüne olarak nerelere kadar uzanacağı ve taşınmazın yatay sınırları içerisinde kalan toprak yüzeyinde malikin sahip bulunduğu yetkiler taşınmaz mülkiyetinin yatay kapsamını oluşturur.¹⁶

II.Bağımsız ve Sürekli Haklar

Medeni kanunun taşınmaz niteliğinde saydığı ve tapu siciline ayrı bir sayfaya kaydını öngördüğü bu hakların arazi gibi doğal bir mevcudiyetleri yoktur. Bunlar, aslında irtifak haklarının belli çeşitlerinden olup, bir takım sosyal ve özellikle ekonomik zorunlulukların sonucu olarak, müstakil ve daimi bir karakter kazanmaktadır.¹⁷

Bağımsız ve sürekli hakların tapuya nasıl kaydedileceği, Tapu sicil tüzüğü'nün 10 uncu maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, bağımsız ve sürekli niteliği bulunan irtifak hakları, üzerinde kuruldukları taşınmazla bağlaştıırılarak kütüğün bir sayfasına “taşınmaz” olarak yazılır. Bu şekilde kütüğe taşınmaz olarak yazılan bağımsız ve sürekli haklar, üçüncü kişilere devrolunabilir, mirasçılara geçebilir ve üzerinde her türlü ayni ve şahsi hak kurulabilir. Tapu kütüğüne kayıtlı böyle bir bağımsız ve sürekli hakkın devri taşınmaz mülkiyet hükümlerine göre yapılır, keza alelade zamanaşımıyla iktisabı da mümkün hale gelir ve aynı esaslara göre gerçekleşir¹⁸

III.Kat Mülkiyetine Konu Bağımsız Bölümler

Tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinin ayrı ayrı ve başlı başına kullanmaya elverişli olanların (bağımsız bölümleri) üzerinde, o taşınmazın maliki veya ortak malikleri tarafından (Kat Mülkiyeti Kanunu Hükümlerince) kurulan mülkiyet hakları da kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilebilir.¹⁹

¹⁶ AYAN,Cilt2,s.285.

¹⁷ ESMER, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri Ve Tapu Sicili,s.49; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s.249;

¹⁸ AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s.250; ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, Ankara: Yetkin Yayıncılık,2007,s.262; AKSOY, s.97,98.

¹⁹ O. Gökhan ANTALYA/Murat TOPUZ, Eşya Hukuku cilt 3 Tapu Sicili, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018,s.46; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s.250.

TMK m.704’de sınırlı olarak sayılanlar arasında yer almayan bir şey, başka bir kanun bakımından taşınmaz sayılsa bile medeni kanun bakımından taşınmaz sayılmaz. Örnek olarak gemi siciline kayıtlı olan gemi, icra ve iflas kanunu bakımından taşınmaz sayıldığı halde Medeni kanun karşısında taşınmaz mülkiyetine konu teşkil etmez.²⁰

III. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİ TESCİLİNİ GENEL OLARAK TALEP EDEBİLECEK KİŞİLER

TMK.un 895.maddesine göre kanuni ipotek hakkı tanınmış olan kimselerden biri de yapı alacaklılarıdır. Yapı alacaklıları denilen kimseler; Bir taşınmaz üzerinde inşaatta yahut emeğiyle malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış olma sebebiyle, malik veya yüklenici bünyesinde hak kazandıkları alacak için o taşınmaz üzerinde bu yüklenici, alt yüklenici ve işçiler²¹ kanuni bir ipotek hakkı kazanırlar.²²

Yüklenici, alt yüklenici ve zanaatkarların kanuni ipotek hakkından yararlanmalarına karşı, yüklenici ve alt yüklenicilere tabi olarak hizmet sözleşmesi ile çalışan işçi statüsündeki kişiler, yapı alacaklısı ipoteğinden yararlanma hakkına sahip değildirler.²³ Bununla ipotek isteyebilecek kişilerin işçiler gibi hizmet akdi ile değil, eser sözleşmesiyle çalışan kişiler olması gerektiği anlatılmak istenmiştir.²⁴

Yapı alacaklısının borçlusu ise, kural olarak üzerinde inşaat yapılan taşınmazın maliki veya ondan iş alan yüklenicidir (TMK m.893/1 b. 3). Bunun dışındaki kimselerin (örn:

²⁰ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, s.285; ÖZ SEÇER, **İpoteğin Taşınmaz Bakımından Kapsamı**, İstanbul Barosu Dergisi, 2008/4, Cilt:82, s.1902.

²¹ Burada İŞÇİ’den mahsat, Almandada “HANDWERKER” Fransızcada “ARTİSAN” denilen “ZANAATKAR USTA” olup, alelade amele ve ırgat değildir (Das TUOR, **Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 5.tabi, 1948, s.586).

²² Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU, **Medeni Hukuk**, İstanbul:T.A.O, 1954, s.328; AYBAY/HATEMİ, s.284.

²³ Sümer ALTAY / Ali ESKİOCAK, **Taşınmaz Rehni**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s.283; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, s.977; KAPLAN, 1996, s.163.

²⁴ Yeni medeni kanun da ise hakim olan görüş yönünde bir düzenlemeye gidilmiştir: “(...) ‘işçi’ yerine de bilinçli olarak kaynak kanunda olduğu gibi “zanaatkar” (Handwerker,les artisans) kelimesi kullanılmıştır. Başak BAYSAL, **Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar**, Prof.Dr.Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara:Seçkin, 2006, s.156

kiracının) yaptıracığı, özellikle tamirat/tadilat gibi işlerde emek sarf edenlerin alacakları için inşaatçı ipoteğinin tescil edilmesi için yapılmasında malikin rızasının olmasına bağlıdır.²⁵

A. Yükleniciler (Müteahhit)

818 sayılı eski borçlar kanununda yüklenici yerine müteahhit kelimesi kullanılmakta idi fakat 6098 sayılı kanunla beraber yüklenici terimi gelmiştir. İş sözleşmesi ile bir yapı alacaklısına bağımlı çalışan mimar ve mühendisler bu kavram içine girmezler. Bunların yapı için yaptıkları iş, yüklenici ve zanaatkarlar gibi bir emek gücü gerektirmez ve bedenen inşaata bağlı değildir. Sosyal durumları gereği de mühendis ve mimarların bu maddeler ile yapı sahibine karşı bağımsız çalışanlar kadar korunmaları gerekmez.²⁶

Yüklenici, ısmarlanan, sipariş verilen eseri meydana getirme borcu altında olan kişidir. Kural olarak hak ehliyetine sahip herkes eser sözleşmesinin tarafı olabilir.²⁷ Yüklenici, sözleşme konusu şeyi meydana getirme borcu altına girerken; sözleşme konusu eseri meydana getirirken iş sahibine bağımlı çalışmaz. Böylece yüklenici, bir bedel karşılığında yapıyı meydana getirme ve teslim etme yükümlülüğü altında olan gerçek ve tüzel kişidir. Yüklenici bir özel hukuk gerçek kişisi olabileceği gibi kamu tüzel kişisi de olabilir. Yüklenici anonim şirket veya limited şirket şeklinde olmasına uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır.²⁸ Uygulamada yüklenicilerin *konsorsiyum* ve *Joint Venture* modeliyle de yapı alacaklısı olabildiğini görmekteyiz.

²⁵ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.312-313; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 978; Haluk Nami NOMER / Mehmet Serkan ERGÜNE, **Eşya Hukuku**, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019, s.360.

²⁶ Levent BIÇAKÇI, **Yapı Alacaklısı İpoteği (MK. 807/3)**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Doğumunun 100.Yılında Atatürk'e Armağan, 1982, (1-4), İstanbul: Fakülteler matbaası, s.541; REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**,s.27.

²⁷ Aydın ZEVKLİLER / K. Emre GÖKYAYLA, **Borçlar Hukuku Özel hükümler**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010, s.356

²⁸ Güler GÜMÜŞSOY KARAKURT, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması**, İstanbul: Onikilevha, 2017, s.7; ALTAY / ESKİOCAK, s.283; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.797.

Yargıtay bir kararında²⁹ yüklenicilerin kanuni ipotek hakkına sahip olmadıklarını belirtmiş ve yüklenicileri, “TMK'nın 893/3. maddesi uyarınca, kanuni ipotek tescil hakkı malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkarlara aittir. Bu madde uyarınca yüklenicinin iş sahibinden olan alacakları bakımından kanuni ipotek talep hakkı bulunmamaktadır.” demek suretiyle yapı alacaklılarının dışında tutmuştur. Lakin kanun amacı, İsviçre kanunundaki karşılığı, doktrindeki mutabık kalının görüşüne göre bahsi geçen karar hatalı olup, yüklenicilerde yapı alacaklısı ipoteğinden faydalanabilmektedir. Bizde doktrindeki bu görüşe katılmaktayız.³⁰ Zira yüklenicilerde menfaatleri kanun tarafından korunması gereken pozisyonlarda bulunmaktadır ve çoğu zaman alacaklarını tahsil edememektedirler.

B. Alt Yükleniciler

Yüklenici, bazen işin belirli kısımlarının ifası amacıyla alt yüklenicilerle (subunternehmer) de anlaşılabilir. Alt yüklenici ile iş sahibi arasında ise herhangi bir sözleşme yoktur.³¹ Alt yüklenici, asıl yüklenicinin iş sahibi ile yapmış olduğu eser sözleşmesinin konusunu oluşturan işin, bir kısmını veya tamamını asıl yükleniciye karşı yapmayı, bağımsız bir eser sözleşmesi ile taahhüt eden kişidir.³² Uygulamada Alt yüklenici için taşeron, alt müteahhit gibi ifadeler kullanıldığını da görmekteyiz.

²⁹T.C YARGITAY 15. Hukuk Dairesi Esas: 2012 / 6837 Karar: 2012 / 7621 Karar Tarihi: 04.12.2012 **“TMK'nın 893/3. maddesi uyarınca, kanuni ipotek tescil hakkı malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkarlara aittir. Bu madde uyarınca yüklenicinin iş sahibinden olan alacakları bakımından kanuni ipotek talep hakkı bulunmamaktadır.**

Somut olayda; karşı davacı yüklenici sıfatına haiz olup MK'nın 893/3. maddesinde sayılan kişilerden bulunmadığı gibi, MK'nın 895. maddesinde sayılan koşullar da gerçekleşmemiştir. Bu durumda davacı karşı davalı iş sahiplerinin ipotek tesciline dair karara itirazlarında haklı oldukları kabul edilerek ipoteğin kaldırılmasına karar verilmesi ve karşı dava dilekçesinde ikinci ve üçüncü seçenek olarak ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talep edilmiş olduğundan bu taleplerin incelenip değerlendirilerek karara bağlanması gerekirken yazılı gerekçelerle ipotek tesciline dair karara yönelik itirazların reddi doğru olmamış, 28.06.2012 günlü kararın bozulması gerekmiştir.”

³⁰ Bu noktada Turgut AKINTÜRK'ün TBMM Adalet Komisyonu Tutanaklarına geçen ifadelerindeki açıklamalarından da yüklenicilerinde bu kapsamda olduğunu çıkarabiliriz.bknz. Ali EM/ Ayten SÖZEN/Zümra YILMAZ/Nazif KAÇAK, **Açıklamalı ve Gerekçeli Türk Medeni Kanunu Ve Uygulama Kanunu**,Ankara:Adil Yayınevi,2002,s.1138.

³¹ ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s.357

³² Bedia Güleş, **Türk Hukukunda Yapı İpoteği**, Ankara:Yetkin, 2018, s.63; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.797.

Alt yüklenici, asıl yüklenicinin işçisi olmayıp ifa yardımcısıdır. Başka bir deyişle, asıl yüklenici ile aralarındaki hukuki ilişki, bir hizmet sözleşmesi olmayıp, eser sözleşmesidir.³³ TBK 471/3,c.2’de, yüklenicinin üstlenmiş olduğu işi bizzat yapma veya yönetimi altında yaptırma kuralına bir istisna getirilmiştir. Bu maddeye göre, işin yapımında yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına yaptırabilir. Böyle bir durumda alt yüklenicilik ilişkisi söz konusu olur ve burada asıl yüklenici işin tamamını veya bir kısmını üçüncü kişiye, bir alt yükleniciye(taşeron, yardımcı kişiye)yaptırır.³⁴

Önemli yapı işlerinde kısmi edimlerin hepsinin genel yüklenicinin yönetimi altında yerine getirilmesi fevkalade güçtür. Kısmi edimlerin her biri gerek işin yapılması gerekse yönetimi açısından uzmanlık gerektiren işlerdir. Bir bina yapımında asansör tesisatı, sıhhi tesisat veya kalorifer tesisatının genel yüklenici tarafından yapılmasını beklenemez. Bu durumda genel yüklenici kısmi edimlerin yerine getirilmesini alt- yüklenici veya taşeronlara bırakabilir.³⁵

Taşınmaz malikinin kanuni ipotek yükümlülüğü, yalnızca akdi ilişki nedeniyle sorumlu olduğu yapı alacakları için akidi olan yapı alacaklılarına karşı değil, kanun gereği sorumlu olduğu yapı alacakları için akidi olmayan yapı alacaklılarına karşı da söz konusudur. Taşınmaz malikinin kanuni ipotek yükümlülüğü akdi ilişki nedeniyle sorumlu olduğu yapı alacak ve alacaklıları ile sınırlı tutulamaz.³⁶

C. Zanaatkarlar

Zanaatkarlar, yapıda eser sözleşmesine (TBK m.470vd.) dayanarak iş gören, çalıştığı sanat, meslek ve hizmet kolunda bilgi, görgü ve uzmanlığını değerlendiren, bağımsız küçük sanat sahipleridir³⁷. Bu gibi kimseler, yaptıkları eser sözleşmesinden dolayı,

³³ Yaşar Engin SELİMOĞLU, **Eser sözleşmesi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017, s.108

³⁴ Köksal KOCAAĞA, 2014, **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara:Yetkin, s.74; ALTAY / ESKİOCAK, s.283; Kemal OĞUZMAN / Özer SELİÇİ / Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitapevi, 2015, s.976.

³⁵ SELİÇİ, s.16-17

³⁶ T.C. YARGITAY 15. HD, T:19.11.2014, E:2014/4356, K:2014/6677.

³⁷ TTK. Madde 15 ve 507 sayılı “esnaf ve küçük sanatkarlar kanunu madde 2 küçük sanatkarları tanımlamaktadır. KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.224; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.797.

alacaklarını, ancak kendi edimlerini ifa ettikten sonra talep etme imkanına sahiptirler. Yani bir nevi emekleri ve malzemeleri karşılığı kredi vermektedirler. İşte yasa koyucunun da amacı, bu gibi kimseleri ortaya çıkardıkları değer nedeniyle, alacaklarını almamalarını önlemektedir.³⁸Başka bir deyişle; Zanaatkar, bir eser sözleşmesine dayanarak bir yapının belirli bir kısım işlerini az çok bağımsız olarak yapmayı taahhüt eden küçük sanat sahibi kişilerdir. Bir yapının elektrik, su ve ısıtma tesisatını ,marangoz, demir doğrama veya sıva işlerini yapan kişiler bu anlamda zanaatkar sayılırlar.³⁹ Zanaatkarlar da tıpkı yükleniciler gibi meydana getirdikleri bir inşaat dolayısıyla bağımsız bir ipotek hakkına sahiptirler.⁴⁰

D. Diğer Kişiler

Yapı alacaklısı ipoteğinin kurulmasını talep hakkı ancak iş yapı için meydana geldiği sürece mevcuttur. Borçlusu malik veya yüklenici olan alacaklılar ipotek hakkından istifade ederler.⁴¹ Malikle kurulan eser sözleşmesi (istisna akdi) gereğince inşaatla ilgili olarak yapılan her çalışma kanuni ipotek hakkını doğurmaz. İşin inşaatla özgülenmiş bulunması, onunla bir bütün teşkil etmesi icap eder.⁴² İnşaatla değer katan ve yapıya özgülenmiş değerler kanuni ipotek hakkı kazanır. Kanunda açıkça bahsedilmese de bu haktan faydalanabilecek kişilere örnek verecek olursak;

1. Vekaletsiz iş görenler

Yapı ipoteğinden yararlanacak kişilerin kapsamına, yapı sahibini bir zarardan korumak için taşınmaz üzerindeki yapıya malzeme vererek ya da vermeyerek vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde çalışarak emek harcayan kişilerin de girmesi gereği kanunun amacına uygundur.⁴³

³⁸ BİÇAKÇI, s.541

³⁹ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.310; Kemal T. GÜRİSOY / Fikret EREN / Erol CANSEL, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara, 1978, s.1053; ALTAY, s.604; SELİMOĞLU, s.58; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.976; ALTAY / ESKİOÇAK, s.283.

⁴⁰ GÜLEŞ, s.76; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s.797; ALTAY / ESKİOÇAK, s.283.

⁴¹ WIELAND, s.677

⁴² Safa REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, Ankara:Sevinç Matbaası, 1961, s.30.

⁴³ UYUMAZ, s.226;

İşini yapan kimse malik ile sözleşmeden kaynaklanan bir bağı olması şart değildir. Vekaletsiz iş görme iş kaidelerine uyararak yapmış olduğu masrafların ödenmesini isteme hakkına sahip olan kimsede (TBK md.538,539) ipotek hakkı iddiasında bulunabilirler.⁴⁴

Vekaletsiz iş görme halinde inşaatçı ipoteğinden yararlanma hakkı, iş sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına göre hareket edilmesi dolayısıyla malikin, bir çeşit üstü kapalı muvafakatının mevcudiyeti fikrine dayanır.⁴⁵

Sahibini zarardan korumak için bir yapıya malzeme vererek veya vermeden çalışan bir kimsenin, vekaletsiz iş görme hükümlerine (TBK M.530vd.) göre istemeye yetkili olduğu alacak, bu türden bir alacak olup tescile elverişlidir.⁴⁶

2. Kiracı ve talimatıyla iş yapanlar

Malik kanunen bir inşaatı yaptırmaya zorluyorsa, inşaatın yine kanunen yetkili kılınan kimse tarafından onun hesabına yaptırılması halinde, ipotek tesisi için malikin zorunlu olan rızası kanundan doğar, başka bir ifadeyle, kanundan doğan inşa zorunluluğu rızanın yerini alır. Böylece, kiracı, taşınmazdan faydalanmaya başladığı zaman mevcut olan veya kiralayana yapılan ihbar üzerine uygun bir zaman zarfında ortadan kaldırılmayan bazı ayıpları, kiralayan hesabına giderme yoluna giderse (TBK.M.319-320), kiracıyla yaptıkları eser sözleşmesi gereğince yüklenici ve emeğiyle çalışan işçiler, zanaatkarlar bu sebeple doğan alacakları için taşınmaz üzerinde kanuni bir ipotek hakkının tescilini isteyebilirler.⁴⁷

3. Kullanma ödücü alan ve talimatıyla iş yapanlar

Kullanım ödücü alanın yapılan iş konusundan kullanım ödücü verene, karşı her zaman alacağı olmayabilir. Nitekim TBK 381/1'e göre ödünç alan, kullanım ödücüne konu malın olağan bakımını ve koruma giderlerine katlanmalıdır. Bununla beraber TBK m.381/2'de kullanım ödücü alanın yaptığı olağanüstü giderleri kullanım ödücü

⁴⁴ WIELAND, s.677,Bak.Hellmüller.mez.es.5.55.

⁴⁵ REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı** ,s.40.

⁴⁶ BIÇAKÇI, s.542; REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı** ,s.40

⁴⁷ REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı** , s.41.

verenden talep edebileceği düzenlenmektedir.⁴⁸ Zira kanun özü, bir yapının yapılmasına emeğiyle veya malzeme ve emek sarf ederek yardım eden kimsenin alacağına garanti altına almaktır. Alacağın mevcudiyetinin kabulü halinde kanuni ipotek hakkına da sahip olacağının kabulü gerekir.

Kullanım ödücü sözleşmesinde, taşınmaz maliki işin yaptırılması için kullanım ödücü alana yetki vermişse, çalışanların yapı ipoteği hakkına sahip oldukları kabul edilmelidir.⁴⁹ Yukarıda belirttiğimiz üzere kullanım ödücü alan kendisi olmasa dahi başkaca biriyle eser sözleşmesi imzalamış ve işi yaptırmış olabilir. Bu kişilerde bir yapının yapılmasına emeğiyle veya malzeme ve emek sarf ederek yardım etmişse, alacağın mevcudiyetinin kabulü halinde yapı alacaklısı ipoteği hakkına sahip olur.

a. Haksız yapı yapan kimse

Taşınmazın malikinin yapı işlerini yaptırmak için herhangi bir sözleşme ilişkisine girmediği, herhangi bir yetki vermediği, yapılan işlerin önceden veya sonradan benimsediğini gösteren bir davranışta bulunmadığı, başka bir deyişle yapı işlerinin malikin idaresine veya başkaca davranışlarına bağlanamayacağı durumlarda, diğer objektif şartlar bulunsa bile, yapı alacaklısı rehini kurulamaz.⁵⁰ Malik arsasında haksız inşaat yapan bir yüklenici veya böyle bir yükleniciden iş alan kişilerin kanuni ipotekten yararlanamayacakları açıktır. Fakat malik haksız inşaatı muvafakat ettiği takdirde durum değişir.⁵¹ Haksız inşaatın kabulü halinde kanuni ipotek hakkının da kabulü zorunluluğu doğar.

Ayrıca, yapı alacaklısı ipoteğinin tescili için malikin inşaatı bizzat kendisinin inşa ettirmesi de kanunda yer alan bir şart değildir. Üçüncü bir şahıs kendi hesabına inşaatta bulunmuş olsa bile alacaklı kanuni ipotek hakkını tescil ettirebilir. Bu halde bile tapu sicil memuru yalnız maliki haberdar eder. Tescile itiraz hakkına sahip olan kişi yalnız

⁴⁸ GÜLEŞ, s.90.

⁴⁹ GÜLEŞ, s.89.

⁵⁰ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.225; ALTAY / ESKİOCAK, s.284.

⁵¹ Selahattin Sulhi TEKİNAY, **Menkul Mülkiyeti Ve Sınırlı Ayni Haklar 2/3**, İstanbul:Filiz Kitapevi, 1994, s.86.

maliktir.⁵² İpoteğin tescili için asıl olan malikin yapılan işi yani yapı alacağı varlığının kabulüdür.

b. Taşkın yapının varlığı halinde yapı faaliyetinde bulunan kimseler

Taşkın inşaat, bir taşınmazda yapılan inşaatın taşınmazın sınırlarını aşarak komşu taşınmazın içine giren, ona tecavüz eden kısımdır. Taşkın inşaatın bahse konu olabilmesi ve TMK m. 725'in uygulanabilmesi için komşu taşınmazdaki inşaatın her iki arazi üzerinde bulunması kafidir.⁵³ Bu noktada tecavüz edilen taşınmaz sahibi taşkın inşaatın kaldırılmasını talep edebilir. Kanunda öngörülen süreyi aşan bir süre suskun kalır, bir sözleşme vasıtasıyla taşınmaz üzerinde taşkın inşaat lehine bir ayni hak tesis eder veya taşkın inşaatın bulunduğu kısmı belirli bir bedel karşılığı taşkın inşaatın malikine devrettiği durumda inşa edilen yapı taşınmazın ayrılmaz bir parçası olur.

Taşkın bir yapının varlığı durumunda taşkın yapı yada kişi için irtifak tesis edilmişse, yapı haklı konumdadır. Taşkın yapı için bir üst hakkı tesis edilmiş olabilir. Dolayısı ile bir taşkın yapının irtifak hakkından kaynaklandığı durumlarda, hem yapının asıl kısmının hem taşkın kısmının mülkiyeti taşkın yapıyı yapan taşınmaz malikine aittir. O halde yapı işinde çalışmış olan yüklenici yada zanaatkarlar bir yapı ipoteği tesis ettirirlerse, ipotek konu açısından taşkın olarak yapılmış kısmı da kapsar.⁵⁴ Kanuni rehin hakkının dayanağı malikle yapılan sözleşme değil, yapı içinde yerine getirilen edimlerdir. Alt yükleniciler rehin tescilini talep hakkını kendilerine doğrudan doğruya borçlu bulunmayan yapı malikine karşı kullanacaklardır; taşınmaz başkasının borcu için rehin yükü altına girecektir.⁵⁵

IV. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN ŞARTLARI

Tarafların borçlanmış oldukları asli edimler, yapı alacağının hukuki dayanağını oluşturan sözleşmenin esaslı unsurlarını(noktalarını) oluşturur. İnşaat sözleşmelerinin esaslı

⁵² WIELAND, s.682-683

⁵³ Jale AKİPEK, 1971, **Türk Eşya Hukuku-Mülkiye 2.kısım**, Ankara:Sevinç Matbaası, s.194

⁵⁴ GÜLEŞ, s.93.

⁵⁵ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.225.

unsurları, yani tarafların borçlandıkları asli edimler yüklenicinin üstlendiği inşaatı yapma borcu ile iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği bedel borcudur. Yüklenicinin asli edimi olan inşaat yapma borcu ile iş sahibinin asli edimi olan bedel ödeme borcu karşılıklı ilişki içerisinde.⁵⁶ Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı, iş sahibinin bu edimi gerçekleştirmesini belirli şartların varlığı halinde koruma altına almayı amaçlar.

Yapı alacaklısı ipoteğinden bahsedebilmek için öncelikli olarak yapılan işin bir yapı alacağı kapsamında olması, bu yapı işinin veya bu kapsama giren, sözleşmeye konusu edimin ifa edilmiş olması, bu edimi ifa ederken yapı alacaklısı ipoteğinden faydalanabilecek emek veya emek ve malzeme vererek çalışan kişiler tarafından talep edilmesi şarttır.

A. Bir yapı alacağının olması

Yapı alacağının kanuni dayanağını belirtmemiz gerekirse; inşaat sözleşmesinin akdedilmesinden sonra TMK madde 893/1,b.3'ün doğal bir sonucudur. İnşaat sözleşmeleri karşımıza eser sözleşmesi, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, işletme hakkı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir fakat yapı alacaklısının ipotek hakkından faydalanması yönünden bir değişiklik göstermezler.⁵⁷

İnşaat sözleşmesi ile insan emeği etkisinin sonucunda belirli bir eserin ortaya konulması hedeflenir. Eser, bir binanın yahut yapının inşası mevcut olan düzeltme, ekleme, tamirat, gibi müdahalelerle şekil verilmesi yahut mevcut yapının yıkılması veya ortadan

⁵⁶ KOCAĞA, s.51;

⁵⁷T.C YARGITAY . Hukuk Genel Kurulu Esas: 2006 / 15-702 Karar: 2006 / 691 Karar Tarihi: 08.11.2006 “Dava bedel karşılığı eser sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Bu tür akıtlar tek taraflı irade beyanı ile sonlandırılabilen akıtlardendir. Davacı yüklenici iş yerinden zorla çıkartılmış olmakla akdin fiilen fesh edilmiş olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda davacı yüklenici şartları varsa yaptığı işten dolayı hak kazandığı bedelin ödenmeyen kısmını ve haksız fesih nedeniyle kendisine yaptırılmayan (kalan) işlerden dolayı uğradığı kazanç kaybını talep edebilir. Açılan dava yüklenicinin alacağı için hapis hakkının kullanılması olarak düşünülse bile iş yeri davacı elinde olmadığından hapis hakkının kullanılması söz konusu edilemez. Öte yandan yüklenicinin TMK. nun 893. vd. maddeleri uyarınca kanuni ipotek hakkı bulunmakta ise de bu davada böyle bir isteme yer verilmediğinden hukuki dayanağı olmayan davanın reddi yerine mülkiyet hakkına sahip davalı belediyenin binadan tahliyesine karar verilmesi doğru olmamış kararın bozulması uygun görülmüştür...”

kaldırılması , gibi hallerde kullanılması söz konusu olur.⁵⁸ Burada yapımında kullanılan tekniğin nerdeyse aynısı, ters sonucun elde edilmesi maksadıyla kullanılmaktadır. Bu yüzden gerçekleşen eylem ve sonuç inşaat sözleşmesinin konusu olarak kabul edilmelidir.⁵⁹ İsviçre medeni kanunu m. 837/1, b. 3’de, yıkım işleri, iskele inşaatı, inşaat temeli çukurunu emniyete alma gibi işlerin de yapı alacaklısı hakkına konu olabileceği örnek olarak sayılmıştır.⁶⁰

Bahsi geçen inşai faaliyetlerin hepsi bir yapı alacağını oluşturur . Yapı alacaklısı sıfatını kazanmak ve kanuni ipoteğin sağlamış olduğu korumadan faydalanabilmek için aranan en temel şarttır.

İnsan çalışmasının her sonucu, netice olarak ve her şeyden önce doğrudan doğruya ilgisi bulunan; inşaat kavramı içerisinde değerlendirilemeyecek olan zirai işler, inşaatçı ipoteğine esas teşkil etmez. Buna rağmen , köprü, kanal, set, yol, spor sahası, park ve sair emeklerinden doğan alacaklar için ipotek tesisi istenebilir.⁶¹

Kanuni ipotek hakkı ancak, toprağa daimi olarak bağlanmış, arazinin bütünleyici parçası haline gelmiş taşınmaz inşaat için esas teşkil eder. Temelli kalmak maksadı olmaksızın yapılan, üzerinde inşa edildiği arazinin hukuki bağlı bulunmayan kulübe ve baraka gibi hafif binalardan, diğer bir ifadeyle; menkul inşaattan mütevellit alacaklar için ipotek tesisi istenemez.⁶²

B. Yapı Veya Diğer İşlerin İfası

Yapı alacağının oluşabilmesi için bu alacağa temel teşkil eden iş “bir yapı işi” ya da “diğer iş” niteliğine sahip olmalıdır.⁶³ “Yapı” deyimine yalnızca ev, apartman vb. gibi yapılar değil, maddenin üçüncü bendinde adı geçen “diğer işler” sözcükleri nedeniyle

⁵⁸ KÜRŞAT, s.3; ALTAY / ESKİOCAK, s.283; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.977-978; GÜLEŞ, s.154.

⁵⁹ Karş.Tandoğan, *ÖBİ*,s.23; Öz, *Dönme*,s.8 vd.

⁶⁰ ÇABRİ.

⁶¹ REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.49; Bk Planiol-Ripert. C.2. no:4124; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.798.

⁶² REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.48; Bk. Leemann m.837. no:52.; Homberger-Martı. FJS. No:638. S.2.

⁶³ GÜLEŞ, s.151.

taşınmaz ile ilgisi olan toprağın altına veya üzerine yapılan her türlü yapı yapılması girer. Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkından yararlanabilmesi için, kanunda belirttiği gibi, yapıda emek harcanmış olması gerekir.⁶⁴

Yapı alacağı ipoteği hakkının varlığını iddia edebilmek ve kanuni tescil hakkından faydalanmayı talep edebilmek için gerekli şartlardan biri de yapı veya yapıdaki diğer işlerin ifa edilmesi, sözleşmede yapılacak iş ve alacak miktarı belirliyse en azından işi sözleşmeyle üstlenmiş olmalıdır.

Kanunumuz doğrusu, alacağın ipotekle garanti edilmesini, ilgili işin, taşınmazın değerini doğrudan doğruya arttırması şartına bağlı kılmıştır. İnşaata özgülenmiş böylece, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak taşınmazın kıymet artmasına sebebiyet vermiş bir işe karşılık gelmeyen tazminat amacı güden alacaklar için inşaatçı ipoteğinin tesisi istenemez.⁶⁵

C. Emek veya Emek ve Malzeme Vererek Çalışılmış Olması

Yapı alacaklısının ipotek hakkından yararlanabilmesi için, yapıda emek harcamış olması gereklidir. Bu emek malzeme verme ile birleşebileceği gibi, herhangi bir malzeme teslimi söz konusu olmaksızın harcanmış da olabilir. Yapıda emek harcamadan, yalnız malzeme vermiş olanlar kanuni rehin hakkından yararlanamazlar. Sadece malzeme verilmesi durumundaki hukuki ilişki eser sözleşmesi değil satım sözleşmesidir.⁶⁶ Ancak malzeme vermek emekle birleşirse, hak sahibi alacağın tümü için rehin teminatından yararlanır.⁶⁷

Sırf o inşaat için imal edilen bir şeyin verilmesi inşaat alacağı sağlar. Bu bağlamda sıva işlerini alan sıvacı, yalnız emek harcar. Kendi elektrik malzemesiyle inşaatın elektrik tesisatını yapan elektrikçi hem malzeme teslim eder, hem de emek harcar. Her iki inşaat

⁶⁴ Turgut UYGUR, **Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2010, s.8117.

⁶⁵ REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.48; Bk. Leemann m.837. no:52.; Homberger-Martı.FJS. No:638. S.3; AYBAY/HATEMİ,s.285.

⁶⁶ BIÇAKÇI, s.541; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.978; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.224.

⁶⁷ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.224; Turgut UYGUR, **İnşaat Hukuku-Cilt 2**, Ankara:Adil Yayınevi, 1998, s.89.

alacaklısında kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilir. Buna karşılık sadece tuğla kiremit, kapı, elektrik malzemesi satan tacirin kanuni ipotek hakkı yoktur. Ancak o inşaata özgü malzeme üreterek teslim eden seramikçinin de kanuni ipotek hakkı olmalıdır.⁶⁸

V. YAPI ALACAĞI İPOTEĞİNİN TESCİLİ

Türk Medeni Kanun ile bazı özel kanunlar, belirli alacaklılara alacaklarını alabilmeleri için, kanuni bir rehin hakkının tescilini isteme yetkisi tanırlar. Bu rehin hakkı daima ipotek türünde olur. Bu kanuni ipotek hakkı, alacaklılarının tescil isteminde bulunması üzerine yapılan tescil ile doğar.⁶⁹ TMK m.892 “Kanuni ipotek haklarının doğumu, aksi kanunda öngörülmemiş olmadıkça, tapu kütüğüne tescil edilmelerine bağlı değildir.” Demek suretiyle ve aksine bir hüküm ihdas etmemek suretiyle yapı alacaklısı ipoteğini tescile tabi tutmuştur.

Ayrıca tescile tabii bir kanuni ipotek hakkı olan yapı alacaklısı ipoteğinin de diğer rehin hakları gibi tescille kurulacağı, Türk Medeni Kanun’un 856. maddesinde; “Taşınmaz rehni tapu kütüğüne tescil ile kurulur” demek suretiyle kesin olarak açıklamıştır.⁷⁰ Bu durumda İnşaatçı ipoteğinin kurulması, tapu kütüğünde tescilin yapılmasına bağlıdır. Bu hak doğrudan doğruya tapu memuruna karşı kullanılır.⁷¹ İnşaatçıya ait ipotek hakkı, ancak tescil edilmek suretiyledir ki aynı hak sonuçlarını doğurur.⁷²

⁶⁸ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.978; BGE 72 2 347 = JdT 1947 1 261; 97 2 215; 103 2 35 = JdT 1977 1 534; 105 2 267; İnşaata taze beton sağlayan kişi, kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilir: BGE 97 2 212 vd.; 104 2 351; Sadece proje yapan mimar inşaat alacaklısı değildir. Ücreti için kanuni ipotek hakkı yoktur: BGE 65 2 1 =JdT 1939 1 486; KAPLAN, 1996, s.163.

⁶⁹ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.792.

⁷⁰ ŞENER, s.129; Levent AKIN, **İnşaatçı İpoteği**, Ankara Barosu Dergisi, 1991, Cilt:5, s.759.; KILIÇ, s.73; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.794; ERCOŞKUN ŞENOL,K,s.386.

⁷¹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.980; KAHRAMAN, s.128.

⁷² TEKİNAY, s.87; UYUMAZ, s.247.

A. Yapı Alacağı İpotekinin Tesciline İlişkin Şartlar

Bir yapı alacaklısının, alacağının ipotekle güvence altına alınmasını talep edebilmesi için bir takım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunların bazıları olumlu şartlar iken; bazıları olumsuz olup varlıkları halinde yapı ipotekinin tescili istenemez.⁷³

Yapı alacaklısı tescile tabi bir kanuni ipotek hakkı olduğu için bu hakkın aynı hak olarak hüküm ifade edebilmesi için tescil şarttır. TMK md. 895 hükmüne göre yapı alacaklısı ipotekinin tescili belli bir süre içerisinde yapılmış olmalı(1); tescilin gerçekleşebilmesi için alacak miktarı ya malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece tespit edilmiş olmalı (2); ve son olarak da yapı alacaklısına başkaca teminat verilmemiş olmalıdır (3).⁷⁴

1. Alacağın Çekişmeli Olmaması

Yapı ipotekinden yararlanabilmenin şartlarından , güvence altına alınmak istenen yapı alacağının çekişmeli olmamasıdır. Gerçekten de M.K.m.895/3’de yapı ipotekinin tescili, “alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış” olması şartına bağlanmıştır. Esasında bu şart, ipotek tescili için alacak miktarının belli olması şartını arayan Türk Medeni Kanun’un 851. maddesinin özel bir uygulamasıdır.⁷⁵

Eğer ileride kesinleşecek alacağın tutarı önceden belli değil ise, rehin tescili bu bedel üzerinden yapılacaktır. Eğer alacağın tutarı önceden belli edilemiyorsa, malikin borç tanınması bir üst tutar saptaması suretiyle yapılacak, rehin bir “üst sınır ipoteki” biçiminde

⁷³ GÜLEŞ, s.151; UYUMAZ, s.247.

⁷⁴ BAYSAL, s.170-171.

⁷⁵ ŞENER, s.61; GÜRİSOY / EREN / CANSEL, s.1054; KAPLAN, 1996, s.163; UYUMAZ, s.241; ALTAY / ESKİOCAK, s.280; ERCOŞKUN ŞENOL,K,s.386;

T.C YARGITAY 15. Hukuk Dairesi Esas: 2012 / 4521 Karar: 2013 / 3030 Karar Tarihi: 09.05.2013 “Türk Medeni Kanunu'nun 895/III. maddesinde “tescilin yapılması için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması gerekir” düzenlemesine yer verilmiştir. Somut olayda davacının alacağı, dava dışı yüklenici şirket ile imzaladığı asıl ve ek sözleşmeler uyarınca yaptığı imalâtlardan kaynaklanmaktadır. Sözleşmeler ancak tarafları arasında hak ve borç doğururlar. Davacının sözleşmeden kaynaklanan bir alacağı varsa bu alacağın muhatabı ve borçlusu sözleşmenin tarafı olan dava dışı yüklenicidir. Davacı, borcun muhatabı olan dava dışı yüklenici aleyhine dava açarak alacağını ilâma bağlatmadığı gibi, davacının dava dışı yükleniciden olan alacağı davalı arsa sahibi tarafından kabul de edilmemiştir. Eldeki davada yüklenici taraf olmadığından bilirkişilerce belirlenen alacağın yükleniciyi bağladığı ve yüklenici yönünden alacağın karara bağlandığı kabul edilemez. Belirlenen alacak, davalı arsa sahibi tarafından kabul edilmiş de değildir. Bu durumda mahkemece şartları oluşmayan davanın reddi gerekirken, delillerin takdirinde ve yasa hükümlerinin yorumlanmasında hataya düşülerek yazılı şekilde davanın kabulü doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

olarak kurulacaktır. Bu durumda işin bitiminden önce, yapı alacaklısının kesin ve kayıtsız bir alacağı yoktur. Onun alacağı, iş bitiminden sonra bu niteliği alacaktır. Bununla birlikte, malik, daha iş bitmeden önce, ileride iş bittiğinde kesinleşeceği alacağı önceden tanıyabilir.⁷⁶

Kanuni ipoteğin tesis edileceği rakamın tereddütlü olmaması, bir belgeye dayanması gerekir. Bu belge daha önceki bir resmi senet veya kanuni ipotek borçlusunun noterden muvafakat beyanı olabilir.⁷⁷ Kanuni ipotekte borç miktarı, genellikle daha önceden alacaklı ile borçlu arasında tanzim edilmiş olan belge ile sabit olacağından bu miktar üzerinden, eğer böyle bir miktar konulmamışsa tarafların belirleyeceği bir miktar üzerinden tescil olunur. Alacaklının tescil isteme hakkının mevcut olduğunu tapu müdürlüğünün kanaat getireceği şekilde belgelendirmesi gereklidir.⁷⁸ Medeni kanun m. 895'teki taşınmaz alacağının tanınmasından maksat, malikin bir borç ikrarında bulunması değildir. İfade edilmek istenen, taşınmaz üzerinde ipoteğin ne miktar için bir yük teşkil edeceğinin ve yapılan işin değerinin taşınmaz maliki tarafından kabul edilmesidir.⁷⁹

Bu konuda esas sorun yapı alacaklısının, ücretinin kesin olarak saptanamadığı durumlarda, işin başında veya devamında ipoteğin tescilini istemesinde ortaya çıkar. Wieland'a göre, bu halde sadece geçici tescil mümkündür. Çünkü yapı işleri tam olarak bitmeden önce ücretin tam olarak hesaplanma imkanı yoktur ve kesin tescil değil ancak geçici tescil yaptırılabilir.⁸⁰ Fakat alacağın tutarı önceden belli edilemiyorsa, malik borç tanınması bir üst tutar saptanmasıyla yapıp, rehin bir "üst sınır ipoteği" biçiminde kurulabilir. O halde bu durumda ipoteğin geçici tescili kadar, kesin tescili de yapılabilir.⁸¹

Türk Medeni Kanununun 851. Maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesine göre, "(taşınmaz) rehni, miktarı Türk parası ile gösterilen belli bir alacak için gösterilebilir" .Bu hükmün getirdiği kural uyarınca, ipotek Türk Lirası üzerinden tesis edilecektir. Ne var ki aynı

⁷⁶ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.228;SAYMEN/ELBİR,s.592; ERCOŞKUN ŞENOL,K,s.386.

⁷⁷ Gürsel Öcal DÖRTGÖZ, **Tapu İşlemleri**, Ankara: Bil Ofset, 2014, s.454.

⁷⁸ DÖRTGÖZ, s.454-455.

⁷⁹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.980; REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.90; ALTAY / ESKİOCAK, s.288.

⁸⁰ BIÇAKÇI, s.555.

⁸¹ BIÇAKÇI, s.555; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.229, RESİOĞLU, a.g.e., s.93

hükümün sonraki fıkraları, belirli şartlar altında yabancı para ipoteğinin kurulmasına olanak vermektedir.⁸²

Sözleşmenin hiç yerine getirilmediği veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde, malikin, yapı alacaklısının hakkının kesinleşmediği ölçüde, rehinin çizimini talep hakkı saklıdır.⁸³

2. Alacağın mahkemece karara bağlanması

Yapı alacaklısı tarafından yapı alacaklısı ipoteğinin tescil talebi yapı malikine yöneltilmesine rağmen yapı maliki alacağı veya miktarını kabul etmeyerek tapuya tescil talebinde bulunmazsa. Bunun sonucu olarak yapı alacaklısı, yapı malikini tescil talebinde bulunmaya zorlamak adına öncelikle tartışmalı olan alacağı/alacak miktarını tespitini ve hükmen tescilini sağlamak adına TMK m.716 uyarınca mahkemeye başvurabilir.⁸⁴ Açılacak dava, eser sözleşmesine dayalı alacağın tespitiyle, kanuni ipotek tesisi ve ilgili tapulara tescili istemiyle açılır. Dava türü olarak da tapu iptal ve tescil davasıdır.⁸⁵

⁸² Gülen Sinem TEK, **Ulaşım Araçlarının İpoteği**, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2012, s.173.

⁸³ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.229.

⁸⁴ T.C Yargıtay Büyük Genel Kurul Esas: 1987 / 2 Karar: 1988 / 2 Karar Tarihi: 30.09.1988 “Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilemeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tâbi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen *satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hâkimin M.K.nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine* ilk iki toplantıda üçte iki çoğunluk sağlanmadığından 30.9.1988 günlü üçüncü toplantıda salt çoğunlukla karar verildi.

⁸⁵ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi de 18.2.2008 tarihli, 2006/6606 Esas ve 2008/960 Karar; “...Dava, eser sözleşmesine dayalı alacağın tespitiyle, kanuni ipotek tesisi ve ilgili tapulara tescili istemiyle açılmıştır..... alacağının bulunduğu tespitine, bu bedeli karşılamak üzere Türk Medeni Kanunu’nun 893/3. maddesinde davalı adına kayıtlı bağımsız bölümler üzerine davacı lehine kanuni ipotek hakkının tapuya tesciline karar verilmiş, karar taraflar vekillerince temyiz edilmiştir. Davaya konu olacak, davalının inşaatlarının yapımını yükümlenen dava dışı Orteks-Orkide Ltd. Şti. ile davacı arasında imzalanan 22.07.2003 günlü 7625 adet kapı kanadı imali ve montajı sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Kısaca, davacı alt yüklenicidir. -Türk Medeni Kanunu’nun 893/3. maddesi hükümüne, bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yükleniciler kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilir. Aynı Yasa’nın 895. maddesi hükmüne de, tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması ve tescilin yapılabilmesi için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması şarttır. .So- mut olaya gelince, alt yüklenici davacının alacak miktarı hususunda taraflar uyuşamadıkları gibi mahkemece de karara bağlanmış değildir. Kısaca alacağın miktarı tartışmalıdır.”;

Yapı alacaklısı ipoteğinde tescilin gerçekleştirmek için mücerret yapı alacaklısının tescil talebini tapu dairesine yöneltmesi yeterli değildir. Tescilin yapılabilmesi, malikin yapı alacağını tanımamasına veya bu alacağı tanımaktan kaçınması durumunda, mahkemenin kati tescile karar vermesine bağlıdır.⁸⁶

Malik alacağı kabul etmez ise, alacağın mevcudiyetine ve miktarına mahkeme karar verir. (TMK m.895 b.3) Davanın uzaması ve bu yüzden maddedeki 3 aylık tescil talep süresinin kaçırılması veya taşınmazın iyi niyetli üçüncü şahsa devri ihtimallerini önlemek üzere, yapı alacaklısı mahkemeden bir görüşe göre; TMK m. 1010, b.1'e göre çekişmeli hakkını muhafaza için şerh kararı alabilir, ikinci görüşe göre ise TST. m. 50'ye dayanarak ipotek hususunda MK. m. 1011 uyarınca geçici tescil şerhi verdirtebilir.⁸⁷

Kanuni ipotek yoluyla himayenin pratik alanda bir kıymet ifade edebilmesi, malikin alacağı tanımayı reddetmesi halinde, hakimin müdahalesini sağlamakla mümkündür. Yüklenicinin kanuni ipotek hakkının tescilini mümkün kılmak üzere, alacağın, mahkemece hüküm altına alınmasını istediği anda, eser sözleşmesiyle yerine getirmeyi üstlendiği iş son bulmuşsa, mahkeme alacağın gerçek miktarını hüküm altına alacaktır.⁸⁸

3. Malikin alacak için hiç veya yeterli güvence göstermemiş olması

Malik yapı alacaklılarına karşı şahsi yada ayni başka güvence gösterirse, onların artık kanuni ipotek hakkının tescilini talep etme hakları kalmaz (TMK.m.895/4) Ancak gösterilen güvence ciddi ve yeterli olmalı, yapı alacaklarının tam olarak elde edilmesini sağlayacak nitelikte bulunmalıdır. Anlaşmazlık halinde, gösterilen güvencenin yeterli olup olmadığını pek tabi ki hakim takdir edecektir. Güvence, tescil isteminde bulunan yapı alacaklısına karşı gösterilmiş olmalıdır. Bu istemde bulunan bir alt yüklenici ise,

T.C YARGITAY 14. Hukuk Dairesi Esas: 2009 / 1955 Karar: 2009 / 2878 Karar Tarihi: 09.03.2009 “Kaynağını Borçlar Kanununun 22. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanununun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir.”

⁸⁶ ALTAY / ESKİÖCAK, s.280; GÜLEŞ, s.158; UYUMAZ, s.242; ERCOŞKUN ŞENOL,K,s.386.

⁸⁷ UYGUR, **Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku**, s.8119; GÜRSOY / EREN / CANSEL, s.1123,1124; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.981; İnşaatçı İpoteğinin Tescili İçin Dava Açılabileceği: Honsell/Vogt/Geiser, Art. 839/840, N35; ÇABRİ, s.384; UYUMAZ, s.242.

⁸⁸ REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.96; GÜLEŞ, s.159.

güvence asıl yükleniciye karşı gösterilmiş olması, kendisinin hakkını ortadan kaldırmaz.⁸⁹ Ancak alt yüklenicinin sahip oldukları yapı ipoteğinin üst sınırı, ana yüklenicinin iş sahibinde doğan ana alacaklarının üst sınırı kadardır.⁹⁰

Yapı alacaklısına bu hakkın tanınmasının sebebi, taşınmaza kattığı değer bir şekilde güvence altına alınması olduğuna göre, malikin alacak için yeter derecede güvence gösterdiği hallerde, yapı alacaklısı ipoteğinin tesciline gerek kalmamaktadır.⁹¹

Türk Medeni Kanunu, inşaat dolayısı ile kanuni ipoteğin tescilini talep hakkının malik tarafından engellenmesine müsaade etmiyor; fakat malikin alacaklıya yeterli teminat vermesi halinde istisna olarak bu hakkın kullanımını kısıtlanabiliyor. (TMK m.895/4) Örneğin; malik alacağı karşılayacak değerde taşınır rehini, devlet tahvili veya banka teminat mektubu vererek bu olanağı elde eder.⁹² Malik kanuni ipotek alacaklısının bu engelini yeteri miktarda teminat göstermek suretiyle giderebilir. Teminat yeteri miktarda olmalıdır. Yani alacaklı işin bedelinin sağlanacağından emin olmalıdır. Gösterilecek güvence aynı ya da şahsi nitelikte olabilir. Bu teminat para, emniyetli kıymetli evrak tevdi, ödeme kabiliyetine haiz kefiller iradesi ... örneklendirilebilir.⁹³

Malikin güvence göstermediği veya borca batık olduğu için güvence göstereme imkanının olmadığı hallerde doğrudan ipotek hakkının tescili istenebilir. Ancak malik sonradan güvence göstererek ipoteğin terkinini isteyebilir.⁹⁴ Birden fazla yapı alacaklısı olması halinde malikin her bir alacaklıya ayrı ayrı güvence göstermesi gerekir.⁹⁵

4. Tescil isteminin süresinde yapılmış olması

Yapı alacaklısı ipoteği tescil edilmediği sürece, tescil isteme koşulları oluşsa bile, aynı sonuç doğurmaz. Çünkü yapı alacaklısı ipoteği, kanunen tescile bağlı ipoteklerdendir.⁹⁶

⁸⁹ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.799; ÇABRİ, s.386.

⁹⁰ ŞENER, s.57; REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.96.

⁹¹ ÇABRİ, s.385; AYBAY / HATEMİ, s.285; ERCOŞKUN ŞENOL, K, s.386.

⁹² TEKİNAY, s.86; UYUMAZ, s.243.

⁹³ WIELAND, s.685; UYUMAZ, s.244.

⁹⁴ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.981; REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.101; ÇABRİ, s.386; UYUMAZ, s.245.

⁹⁵ ÇABRİ, s.386; UYUMAZ, s.245.

⁹⁶ ÇABRİ, s.336.

TMK m.895/2’de “tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içerisinde yapılmış olması gerekir” demek suretiyle kanundan kaynaklanan ipotek hakkını tescile tabi tutmuştur.⁹⁷

Hükümde yer alan ve yapı ipoteği için öngörülmüş olan iki farklı süre dikkat çekmektedir. Birinci fıkrada yer alan ve tescil talebinin en erken ne zaman yapılabileceğini ifade eden ilk süre, eser sözleşmesinin yapıldığı tarihte başlayacaktır. Hükümde yer alan ikinci süre, tescil talep süresi olarak işlerin tamamlanmasından itibaren üç ay içerisinde hakkının tescil edilebileceği sürenin sonunu göstermektedir.⁹⁸

Yapı alacaklısı, yapı ipoteği tesisini isteme hakkı en erken, eser sözleşmesine bağlı olarak çalışmayı veya malzeme vermeyi üstlendiği andan itibaren kullanılabilir. Tescilin de en son, yüklenilen işin tamamlanmasından itibaren en geç üç ay içerisinde yapılması gerekir. Bu süre hak düşürücü süre olup, üç ayın sonunda tescili isteme hakkı düşer (TMK m. 895/1-2).⁹⁹ Burada , yasa, işe eylemli olarak başlamayı aramamaktadır. ¹⁰⁰ Bu süre hak düşürücü sürelerdendir, bu nedenle bu sürenin işlemesi durmaz ve kesilemez, bu sürenin geçip geçmediği hakim tarafından re’ sen nazara alınır.¹⁰¹

Süre (tüm yapının yapılması beklenmeden) inşaat alacaklısının üstlendiği inşaat işinin tamamlanmasından itibaren işlemeye başlar.¹⁰² Yani tüm yapının tamamlanmış olması gerekmeden yapıda işi biten demirci, elektrikçi gibi alt yükleniciler üç ay içerisinde yapı ipoteğinin tescilini talep edebileceklerdir. Kanundan kaynaklanmış olması sebebiyle bu tür ipoteğin tescili için resmi bir sözleşme düzenlenmesi gerekmez. Tescil işlemi de malikin değil yapı alacaklısının talebi üzerine yapılır.¹⁰³

⁹⁷ AYBAY / HATEMİ, s.285; T.C. YARGITAY 15.HD, T:18.02.2008, E:2006/6606, K:2008/960.

⁹⁸ UYUMAZ, s.244-245.

⁹⁹ SELİMOĞLU, s.19, ALTAY / ESKİOCAK, s.279; ÇABRİ, s.387; UYUMAZ, s.246; ERCOŞKUN ŞENOL, K, s.386.

¹⁰⁰ KARAHASAN, s.11340.

¹⁰¹ BAYSAL, s.171; ÇABRİ, s.387; ERCOŞKUN ŞENOL, K, s.386.

¹⁰² İzzet KARADAŞ, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s.393; GÜRSOY / EREN / CANSEL, s.1126; ÇABRİ, s.387; UYUMAZ, s.246.

¹⁰³ KARADAŞ, s.393.

İşçi ve yüklenicilerin işe başladıkları tarihin beyanlar sütununa yazılmasını TMK 897/3 öngörür. Kanun koyucu bu suretle, yapı işçi ve yüklenicilere tanınan kanuni ipotek hakkını koruma amacı güder. Çünkü işe başlama tarihinin beyanlar sütununa işaret edildiği tarih ten itibaren inşaatın sonra ermesini takip eden üç aylık tescil süresinin sonuna kadar taşınmazın ipotekten başka bir rehin hakkıyla bağlanması önlenir.¹⁰⁴

B. Yapı Alacaklılarının Kanundan Doğan Tescil İsteminde Bulunma Hakkının Hukuki Niteliği ve Özellikleri

Taşınmaz rehni, yalnızca alacağı güvence altına almak için alacağa bağlı, ferî bir hak olarak kurulabilir ve bu halde ipotek adını alır. İpotek alacaklıya ipoteye konu taşınmazın üzerinde aynı bir güvence sağlar. Alacaklı bu güvence sayesinde alacağının ödenmemesi halinde ipotekli taşınmazı sattırarak alacağını temin eder.¹⁰⁵ Yapı alacaklısı ipotegi de taşınmaz rehninin bir türüdür. Yapı alacaklısına yapıya katmış olduğu ek değer sebebiyle kanundan kaynaklanan bir ipotek hakkı tanır. Bu noktada yapı alacaklısı ek değer meydana getirecek olması ipotegin kurulması için yeterlidir. Yapı maliki borcunu yükleniciye ödemiş olsa dahi tescil talebinin hukuki mahiyeti gereği yapı alacaklılarına karşı borç ifa edilmediği müddetçe hak mevcudiyetini korur. Türk Medeni Kanununun 796 maddesinde belirtildiği gibi, ipotegin amacı “halen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacağı güvence altına alınmasıdır. İpoteğe konu olan taşınmazın, borçlunun mülkiyetinde olması da gerekmez.”¹⁰⁶

İnşaatçı ipoteginin kurulması için tarafların resmi bir ipotek senedi düzenlemelerine, diğer bir söyleyişle, ipotegin tesciline yönelik bir hukuki işlem yapmalarına gerek yoktur; böyle bir hukuki işlem yapılmış olmasa bile, TMK m.893,895 hükmü gereği, inşaatçı

¹⁰⁴ REİSOĞLU, **İpotek Hakkı**, s.172; AKİPEK, s.354; AYBAY/HATEMİ, s.285; ANTALYA/TOPUZ, s.196.

¹⁰⁵ ÖZ SEÇER, 2010, **Alacak Rehnine Hakim Olan İlkeler**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Cilt 73-74, s.138.

¹⁰⁶ UYGUR, **Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku**, s.8121.

kendi lehine bir ipotek tescilini talep edebilir. Zaten “KANUNİ İPOTEK” sözünün anlamı da bundan ibarettir.¹⁰⁷

Kanuni ipotek haklarından yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Doktrindeki görüşlerden; *Aynı hak olduğu görüşü*, *Şahsi hak olduğu görüşü*, *Eşyaya bağlı borç olduğu görüşü* ve *Yenilik doğuran hak olduğu* gibi görüşüleri sürülmektedir. Tescil isteminde bulunma hakkının hukuki niteliği başlığı altında bu görüşlere kısaca temas edeceğiz.

1. Tescil isteminde bulunma hakkının hukuki niteliği

a. Aynı hak olduğu görüşü¹⁰⁸

Bu görüşe; Kanun burada talebin belli bir şahsa karşı söz konusu olmasını değil, belirli bir objeye yani taşınmaza bağlı olarak gerçekleşmesini aramıştır.¹⁰⁹ Yani bu görüşü savunanlar inşaatçının tescil isteminde bulunma hakkının aynı nitelikte bir hak olduğunu kabul eder. Buna göre, inşaatçı, kanuni ipoteğin tescilini istemek hakkını sonraki maliklerde dahil olmak üzere herkese karşı da ileri sürebilir. Hak sahibi üç aylık süre içinde kalmak kaydıyla talebi diğer taşınmaz malikleri dışında temlik alana, iflas masasına karşı da ileri sürülebileceği kabul edilmiş olmaktadır¹¹⁰. Taşınmaz el değiştirmiş olsa bile, malik kim olursa olsun ipoteğin tescili talebi yöneltilebilir.¹¹¹

¹⁰⁷ TEKİNAY, s.86.

¹⁰⁸ Bu fikrin belli başlı savunucuları Leemann, Hubert ve Homberger'dir.

¹⁰⁹ UYUMAZ, s.231.

¹¹⁰ TEKİNAY, s.82.; GÜLEŞ, s.47; UYUMAZ, s.231.

¹¹¹ KAHRAMAN, s.129.; Sendi YAKUPPUR, *Tapu Kütüğüne Güven İlkesi*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2016, s.200.

b. Şahsi hak olduğu görüşü¹¹²;

Bu görüşe göre¹¹³; İnşaatçı ipoteğinin tescilini talep hakkı tamamen şahsi nitelikte bir haktır; ve her şahsi hak gibi, sadece belli bir borçluya karşı ileri sürülebilir.¹¹⁴ İlgili kanun hükmü yapı alacaklısına tapuda tescile gerek olmaksızın mevcut bir rehin hakkı değil, sadece bu rehin hakkının tesciline yönelik bir talep sağladığı fikrini savunmaktadır.¹¹⁵ Yapı ipoteğinin tescil edilmesi talebi ise bu duruma uygunluk göstermektedir. TMK m. 1010/1-1'e göre şerh edilen hakkın temeli olan ilişkinin, yalnız sözleşmeye değil kanuna dayanan bir kişisel hak da olabilmesi durumu da yapı ipoteğinin TMK m. 1010'a göre şerh imkanını ortaya koymaktadır.¹¹⁶

Bu durumda; TMK m.1010/1-1'de henüz şartlarının oluşması ile ortaya çıkmış bir ayni hak söz konusu değildir. Bu hükme göre yapılan şerhte gaye, üçüncü kişilerin dava ile elde edilen hakka zarar verir biçimde bir ayni hak edinmelerini engellemektir.¹¹⁷ Talep tamamen şahsi nitelikte olduğundan taşınmaz malikinin iflası halinde onun alacaklılarına veya taşınmazı elde eden üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.¹¹⁸

c. Eşyaya bağlı borç olduğu görüşü¹¹⁹

Bu görüşe göre hakkın kişisel nitelikte olduğunu kabul etmekte, ancak bunun taşınmazın sonraki maliklerine karşı da ileri sürülebileceğini savunmaktadır. Fakat bu durum hakkın ayni hak olması demek değildir, etkisi kuvvetlendirilmiş nisbi bir hak söz konusudur.¹²⁰

¹¹² Bu fikrin belli başlı savunucuları İsviçre de Ostertag ile Wieland bizde B. Güleş, Köprülü/Kaneti, Reisoğlu'dur.

¹¹³ Federal mahkemede uzun bir süre bu görüşü benimsemiştir (BGE 40 2 452 =JdT 1915 1 296;- BGE 73 1 278 = JdT 1948 1 268;- :BGE 81 2 279 = JdT 1956 1 125). Federal mahkemenin bu eski içtihadı, esas itibarıyla şu düşünceye dayanıyordu: İsviçre Medeni Kanununun 837/1, bend:3 hükmü inşaatçıya, tapuda tescile hacet kalmaksızın mevcut bir rehin hakkı değil, sadece böyle bir rehin hakkının tesciline yönelik bir talep sağlar. Bu talep şahsi mahiyettedir; ve taşınmaz malikinin iflası halinde onun alacaklılarına ya da taşınmazı iktisap eden üçüncü şahsa karşı dermeyeran edilemeyeceği gibi, inşaat alacağının borçlusu olmayan sonraki taşınmaz malikine karşı da ileri sürülemez.

¹¹⁴ TEKİNAY, s.82.; KAHRAMAN, s.128; GÜLEŞ, s.46; YAKUPPUR, s.201.

¹¹⁵ UYUMAZ, s.230.

¹¹⁶ GÜLEŞ, s.174.

¹¹⁷ T.C. YARGITAY 14. HD, T:07.11.2016, E:2015/17370, K:2016/9162; Sinerji Hukuk Yazılımları, www.Sinerjimevzuat.com.tr, (Erişim tarihi: 20.02.2019).

¹¹⁸ GÜLEŞ, s.46; UYUMAZ, s.230.

¹¹⁹ Yüklenici ve zanaatkarların sahip olduğu kanuni ipotek hakkını eşyaya bağlı bir borç olarak nitelendiren bu görüşün belli başlı savunucuları Guhl ve Peter Liver, bizde de Sirmen, Bıçakçı, S.S.Tekinay'dır.

¹²⁰ KAHRAMAN, s.129; GÜLEŞ, s.48; TEKİNAY, s.84.

Kanuni ipoteğin tescilini talep hakkı esasında şahsi niteliktedir; bu hakkın muhatabı halen malik olan kimsedir. Çünkü sözü edilen hak, bir taşınmaza bağlı olarak doğmuştur; taşınmazdaki inşa faaliyetleridir ki bu hakka vücut vermiştir. Kanun da, bir borç ilişkisinin borçlusu / bir çok defa alacaklısı bir şey üzerindeki aynı hak ya da zilyetlik durumuna göre belirlendiği zaman, eşyaya bağlı borçtan bahsedilir.¹²¹

Daha da açıklayıcı bir biçimde ifade etmek gerekirse; inşaatçıya ait ipotek hakkı, ancak tescil edilmek suretiyle aynı hak sonuçlarını doğurur ve tescilini isteme hakkı eşyaya bağlı bir haktır.¹²² Eşyaya bağlı hak olduğundan, tescile tabi kanuni ipotek hakkının kullanılabilmesi için İpoteğe konu taşınmazın, borçlunun mülkiyetinde bulunması da gerekmez.¹²³

d. Yenilik doğuran hak olduğu görüşü¹²⁴;

Kanun hükmü ile bir kişiye tek taraflı irade beyanı ile bir hukuki ilişkiyi biçimleme imkanı veren yenilik doğuran bir hakkın tanınmış olabilir.¹²⁵ TMK m. 893'e göre kanuni ipoteğin tescilini talep etme hakkı olumlu yenilik doğuran haklara örnek olarak gösterilebilir.¹²⁶ Bu hak, tapu memuruna tek taraflı bir irade beyanı kullanılarak yöneltilir ve yapı alacaklısının bu hakkı, yapı işleri yerine getirildiği ve yapı devam ettiği sürece malike karşı etkili olur.¹²⁷ Kurucu yenilik doğuran haklar kullanılmaları ile birlikte bir hakkın veya hukuki ilişkinin kurulmasına yol açarlar.¹²⁸ Kanunumuzun 893.maddesinde sayılan bir takım kişilere, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye konu taşınmaz üzerinde, alacaklı sıfatına haiz olmaları dolayısı ile ipotek tesis edilmesini tek taraflı talep etme yetkisi verilmiştir.¹²⁹

¹²¹ TEKİNAY, s.82.; BIÇAKÇI, s.552; YAKUPPUR, s.199.

¹²² TEKİNAY, s.87; UYUMAZ, s.247.

¹²³ UYGUR, **Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku**, s.8120.

¹²⁴ Bu fikrin belli başlı savunucuları bizde Oğuzman/Seliçi, Hatemi/Serozan/Arpacı, Gürsoy/Eren/Cansel, Buz, Demirbaş, Altay/ Eskiocak, Kahraman, Çabri ' dir. Bu görüşü savunan ülkemiz dışındaki yazarlara örnek olarak Sandt ve Von Thur/Peter'ı verebiliriz.

¹²⁵ Harun DEMİRBAŞ, **Yenilik Doğuran Haklar**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s.38; KAHRAMAN, s.130; GÜLEŞ, s.49.

¹²⁶ Vedat BUZ, **Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s.192; YAKUPPUR, s.200.

¹²⁷ UYUMAZ, s.229.

¹²⁸ BUZ, s.192.

¹²⁹ DEMİRBAŞ, s.57.

Bu hak tapu memuruna yapılacak tek taraflı beyanla kullanılır. İnşaat alacaklısının hakkı, inşaat işlerini yerine getirdiği ve inşaatın yapıldığı dönemde malike karşı etkili olabilir. Bu hak inşaat bittikten sonra taşınmazı kazanan kişiye etkili olamaz. Bunun alternatifi olarak, ancak geçici tescil şerhi ile yeni malike karşı yapı alacaklılarının ipotek tescilini isteyebileceği savunulmuştur.¹³⁰

Yapı alacaklısı ipoteğinin taşınmaz malikinin katılı olmadan tek taraflı irade beyanı ile kurulmasının mümkün olmayışı ve tapu memurundan değil borçludan talep edilmesi bu yönüyle de bu tür kanuni ipotek haklarının, tescile tabi olmayanlardan ayrılması sebebiyle eleştirilmektedir.¹³¹

Değerlendirme ve Kanaatimiz;

Yapı alacaklısı ipoteği hukuki sebebinin kanundan alan bir ipotek hakkıdır. Mutlak bir hak olmamasına rağmen aynı etki kazandırılmıştır. Nisbi hak tapuya tescil yoluyla aynı etki kazandırılmaktadır. Ama bu açıklama halen hakkın aynı hak olması demek değildir, etkisi kuvvetlendirilmiş nisbi bir hak söz konusudur. Buda tescile tabi ipotek hakları arasında bu hakka özgü özel bir yere taşımaktadır. Kanaatimizce; yapı alacaklısının alacak hakkını korumak adına kanun tarafından malikten tescili talep hakkı tanımaktadır. Bu tescilini isteme hakkı ise eşyaya bağlı bir haktır.

Eşyaya bağlı bir hak olduğunu düşündüğümüzden bu hakkın kişisel nitelikte olduğunu, ancak bunun taşınmazın sonraki maliklerine karşı da ileri sürülebileceğini kabul etmekteyiz. İşin üstlenildiği andan, işin bitimini takip eden 3 aya kadar yapı alacaklısının ipotek hakkına sahip olduğu TMK m.895’de açıkça belirtilmiştir. Bu noktada aksine hüküm bulunmaması ve kanun koyucunun lafzından anladığımız üzere; bu süre içerisinde tescil edilmemiş dahi olsa değer kazandırılan gayrimenkul el değiştirse dahi yeni malike karşı tescil talebi yöneltmesi kanunun amacına da daha uygun düşmektedir. İpoteğin

¹³⁰ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.979; ALTAY / ESKİOCAK, s.279; UYUMAZ, s.229.

¹³¹ BAYSAL, s.163; Rona SEROZAN, **Taşınır Eşya Hukuku**, 2007, İstanbul:Filiz Kitapevi, s.154-155; GÜLEŞ, s.49.

tescil gerçekleşmeden el değiştirmesi sebebiyle bir sonraki malike öne sürebilmemiz de eşyaya bağlı bir hak olmasından ileri gelir.

2. Tescil isteminde bulunma hakkının özellikleri

Mülkiyetin dolaylı kanuni sınırlamalarında kanun hükmü, bir şahsa malike karşı ileri sürebileceği bir talep hakkı tanımakta ve hakkın kullanılmasıyla malik o şahıs yararına ya verme-yapma borcu yahut aynı hak tesis yükümlülüğü altına girmektedir. Doğrudan kanuni mülkiyet sınırlamalarının aksine, burada mülkiyet sınırlaması malikin bir olumlu davranışını, müspet edim yükümlülüğünü konu almaktadır.¹³² Malik yeterli güvence gösterirse, yapı alacaklıları tescil talebinde bulunamayacaklardır. İpotek tescil edildikten sonra da yeterli teminat gösterilerek terkininin sağlanabileceği genel olarak kabul edilmektedir.¹³³ Buradan da anlaşılacağı üzere yapı alacaklısının ipoteği tescil hakkı asıl alacak olan yapı işinin akıbetine bağlı ferî nitelikte bir haktır. Yapı alacağı ortadan kalkarsa korunacak bir menfaatte kalmayacağı için kanuni tescil hakkı da ortadan kalkar.

Aynı hakların doğumu veya ortadan kalkması için tescil zarurî ve kafîdir. Prensip olarak tescilsiz aynı hak kurulamaz veya son bulmaz.¹³⁴ Yapı alacaklısı ipoteğini herkese karşı ileri sürebilmemiz, sınırlı aynı hak niteliğinden faydalanabilmesi için tescil edilmiş olmasına bağlıdır. Tapu siciline tescil edildikten sonra mutlak bir hak niteliğine sahip olur.

Tapu memuru tescil isteminin süresinde yapılmış olup olmadığını kendiliğinden incelemek, süre geçtikten sonra yapılan istemleri reddetmekle yükümlüdür. Çünkü ön görülen üç aylık süre bir hak düşümü süresidir.¹³⁵ Bu da göstermektedir ki tescil talebi bu hak düşürücü süreyi durdurur niteliktedir.

¹³² Şafak N. EREL, 1982. **Eşyaya Bağlı Borç**, Ankara: Ankara Üniversitesi Basım Evi, s.43

¹³³ Bilgehan ÇETİNER, 2015, **Taşınmaz Teminatı**, İstanbul: Filiz Kitapevi, s.254; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.977, REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.101.

¹³⁴ AKİPEK, s.333; ERCOŞKUN ŞENOL,K,s.386.

¹³⁵ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.801.

Cebri icra da sadece aynı haklara tanınmış ayrıcalıklar vardır.¹³⁶ Taşınmaz malikinin iflas etmesi durumunda tescil için iflas masasına karşı başvurulup başvurulamayacağına yönelik tartışmalar mevcuttur.¹³⁷

VI. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİ TESCİL USULÜ

Taşınmaz üzerinde rehin hakkı tesisi, Sebebe bağlı bir tasarruf işlemidir. Buna göre hukuki bir sebebe dayanmayan tescil yolsuzdur (TMK m.1024/f.2).¹³⁸ Kanuni ipotek; medeni kanunda veya diğer kanunlarda sınırlı olarak sayılmış bulunan ve alacaklıya alacağını ispat ederek, alacakla ilgili taşınmaz üzerine re'sen ipotek tescilini talep hakkını veren bir ipotek türüdür. (TMK. m. 892,893)¹³⁹

Yapı ipotegi, yetkili kişinin tescil talebine istinaden tapu memurunca tescil işleminin yapılmasıyla kurulacaktır. Kanunda sayılan koşulların gerçekleşmesiyle yapının inşasına emek veya emek ve malzeme vererek değer artışı sağlayan yüklenici veya zanaatkarlar, kanuni ipotek hakkının tescilini isteme konusunda bir alacak hakkına sahiptir. Ancak alacaklının tek başına tescil talebinde bulunması, tescilin yapılması için yeterli değildir.¹⁴⁰ Tapu kütüğüne tescilin yapılabilmesi için, alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece hüküm altına alınmış olması şarttır.¹⁴¹ İşe başlandığı beyanlar sütununa yazıldıktan sonra, kanuni ipotek hakkının tescilinin yapılabileceği sürenin

¹³⁶ BAYSAL, s.163; SEROZAN, 2007, s.20.

¹³⁷ Reisoğlu, Tescili talep hakkı şahsidir. Ancak mükellef muayyen bir şahıs olmayıp, talebin yöneltildiği taşınmazın malikidir. Talepteki şahsi vasfın değişmediği kabul edilince, müteahhit ve işçilerin, iflası halinde, diğer alacaklılardan farklı muameleye tabi tutulmaması gereği neticesinde varılırsa da, bu sonuç doğru değildir. İflasa rağmen tescil yaptırılabilir (REİSOĞLU, **Türk Ve İsviçre Hukukunda Müteahhit Ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı**, s.72).

¹³⁸ KAHRAMAN, s.126; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.288; AKIN, s.760; Mehmet KILIÇ, 2012, **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Tapu Sicili Hukukunda Getirdiği Yenilikler**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Cilt 8, sayı: 93-94, s.73.

¹³⁹ DÖRTGÖZ, s.454.

¹⁴⁰ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.228; ÇABRİ, s.388; UYUMAZ, s.246-247.

¹⁴¹ TEKİNAY, s.87.

sonuna kadar taşınmaz üzerinde yapı alacaklısı ipoteğinden başka tür rehin hakkı kurulamaz (TMK m.897/3).¹⁴²

TMK m.857¹⁴³ uyarınca Paylı mülkiyet ilişkisinde her paydaş kendi payını rehin edebilir. Fakat elbirliği mülkiyetine tabi bir taşınmazda ancak bütün olarak ve maliklerin tamamı adına rehin olunabilir.¹⁴⁴ Tapu kütüğünde yapılan tescil hakkın doğumunu kesin olarak sağladığından, bu işlem şarta bağlı olarak yapılamaz (TST m.16/2).Tescil bir hakkın aidiyetini ve sınırlarını kesin olarak gösterir.¹⁴⁵ Yapı alacaklısı ipoteği tescile tabi kanuni ipotek haklarından olduğundan kanunun sağlamış olduğu koruma ve haklardan yararlanabilmesi için hak sahibinin tescil yaptırması şarttır. Zira diğer şartlar gerçekleşmiş olsa dahi hak düşürücü süre içerisinde tescil edilmemiş ise yapı alacaklısının diğer alacaklılardan bir farkı kalmayacaktır.

A. Tescili Talep Süresi

Yüklenici ve işçilerin işin yapmaya başladıkları¹⁴⁶, ilgili işçi ve yüklenicilerden birinin yazılı talebi üzerine taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasının beyanlar sütununa işaret edilir. İşlem taşınmazın sahibine tebliğ edilir.(TST. m. 56) İşe başlandığı beyanlar hanesine işaret edilince, inşaatçı ipoteğinin tescil süresinin sonuna kadar (TMK m.895), o taşınmaz yapı alacaklısı ipoteğinden başka rehin hakkıyla kayıtlanamaz. (TMK. m. 897)¹⁴⁷

Yapı alacaklısı ipoteği tescile bağlı kanuni ipotek haklarındanır. (TMK. m.893) Bu haktan faydalanabilmek için yüklenilen işin sözleşmeyle üstlendikleri günden itibaren

¹⁴² NOMER / ERGÜNE, s.171.

¹⁴³ T.C. YARGITAY 12. HD, T:13.06.2005, E:2005/9316, K:2005/13783: *Paylı mülkiyette, paydaş kendi payını rehin edebilir. Taşınmazdaki hissedarlar aleyhine ipotek tesis edilirken ipotek borçluları arasında müteselsil sorumluluk düzenlenmediğinden her paydaş kendi hissesi oranında ipotekten sorumlu olur.*

¹⁴⁴ SEÇER, **İpoteğin taşınmaz bakımından kapsamı**, s.1904.

¹⁴⁵ GÜLEŞ, s.168.

¹⁴⁶ TMK. m.897 ve TST.56'da "işe başlandığı" tabiri kullanılıyorsa da, bundan maksat işin icrası borcu altına girilmesi yani istisna akdinin imza edilmiş olmasıdır. İnşaatın fiilen başlanmamış olursa dahi, işin icrası iltizam edildiği tarihten itibaren beyanlar hanesine "işe başlandığı" işaret edilebilir (Bkz. REİSOĞLU, **Türk Ve İsviçre Hukukunda Müteahhit Ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı**, a.g.e.).

¹⁴⁷ Safa REİSOĞLU, **Türk Eşya Hukuku Cilt 1**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1965, s.241; UYGUR, **İnşaat Hukuku-Cilt 2**, s.91;ANTALYA,TOPUZ,s.196.

tapu siciline tescil edilebilir ancak hak düşürücü süre olarak da tamamlanmasından itibaren en geç 3 ay içinde tescil talebinde bulunulması gerekmektedir.¹⁴⁸

Bu üç aylık müddet zamaşımı müddeti olmayıp, hak düşüren müddetlerden (yani süre aşımı) dır. Fakat bu sürenin kesilmesi söz konusu olamaz; davalarda bu süre hakim tarafından resen dikkate alınır. Başka bir ifade ile, buradaki süreler davada bir defa değil, bir itiraz teşkil eder.¹⁴⁹

Alacağın malik tarafından kabul edilmesi koşuluyla yapı alacaklıları, eser sözleşmesine bağlı olarak çalışmayı veya malzeme vermeyi üstlendiği andan itibaren başlayarak ipotek hakkının tescili talep edebilirler (TMK m.895 f.1). Yasaya göre tescili talep süresinin başlangıç tarihi yüklenici veya zanaatkarların eser sözleşmesini yaptıkları tarihtir.¹⁵⁰ Taşınmaz üzerinde ipoteğin ne tutar için yük oluşturacağı biliniyorsa ya da yapılan işin değeri malik tarafından kabul edilmişse yapı alacaklısı, daha iş bitmeden önce de ipoteğin tescilini isteyebilir.¹⁵¹

Buna karşı, yüklenici ve işçi kendisine düşen işi tam olarak bitirmiş olmalıdır ki süre işlemeye başlasın. Hal ve şartlara göre az önemli sayılan işlerin bile eksikliği TMK m. 895/2. Madde açısından göz önünde tutulmalıdır. Eğer yüklenici ile malik arasında birden fazla işler için ayrı ayrı sözleşmeler yapılmışsa¹⁵² üçer aylık süre her işin bitiminden

¹⁴⁸ T.C. YARGITAY HGK. T:16.06.1973, E:1971/1-15, K:510 (Adnan DEYNEKLİ / Sedat KISA, 1996, **Hacizde ve iflasta Sıra cetveli**, İstanbul: Alfa Basım Dağ., s.536.) ; ERCOŞKUN ŞENOL,K,s.386.

¹⁴⁹ Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU / Galip ESMER, **Gayrimenkul Tasarrufları Ve Tapu Sicil Tatbikatı**, İstanbul: T.A.O., 1950, s.223; ALTAY / ESKİOCAK, s.279; KAPLAN, 1996, s.163.

¹⁵⁰ KARADAŞ, s.393.

¹⁵¹ KARAHASAN, s.1140; REİSOĞLU, **Türk Eşya Hukuku Cilt 1**, s.83; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.229; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.739-740; ALTAY / ESKİOCAK, s.286.

¹⁵² Acaba kanun işlerin bitimi ile neyi kastetmiştir? Wieland, inşaatın veya ameliyenin malik tarafından kabul edildiği tarihi kabul etmektedir veya simond!a göre ise kanun işlerin tamamlanmasından bahsettiğine göre , burada işlerin fiilen tamamlanmasını anlamak lazımdır ve her işçi veya müteahhit için bu süre ayrı ayrı, kendi işinin tamamlanmasından itibaren hesap edilmesi gerekir. Federal mahkeme de bu son hal tarzını kabul etmiştir. (SAYMEN / ELBİR s.588; Curti-Forrer, a.g.e., m.839, No.6,s.607; WIELAND, a.g.e.,C.2, m.839, s.69, Simond, a.g.e., s.110 vd.; Aynı fikir: TUOR, s.102, 322; ATD 40 2 24 1914, s.482; ATF 48 2 52, JdT1922, 2.322; 1951, s.104. Türk doktrininde bu görüş tarzı tasvip görmüştür (REİSOĞLU, **Türk Eşya Hukuku Cilt 1**, s.85). (BĞ E 106.2 22= JdT 1981 1 17)

itibaren diğer işlerin bütünü beklenmeden işlemeye başlar. Yeter ki yüklenici üstlendiği işlerin tümü için tek ve toplam bir alacak hakkı elde etmiş olmasın.¹⁵³

B. Tescil Talebinin Yöneltilbileceği Kişiler

Bir taşınmaz üzerinde inşa edilen yapıda malzeme vererek veya vermeyerek çalışan işçileri ile yükleniciler, eğer alacaklarını peşin olarak almamışlarsa, inşaatın yapıldığı taşınmaz üzerinde kanuni bir ipoteğin tescilini isteme hakkına sahip olurlar. Kamu inşaatlarından dolayı inşaatçı ipoteği kurulamaz.¹⁵⁴ Bu sebeple kamu kurum ve kuruluşlarına karşı tescil talebi yöneltilemez.

Tescil talebini pek tabii taşınmazın malikine, eğer bu taşınmaz devredilmişse uygun şartları taşıyorsa taşınmazı devralan 3.kişiye, taşınmazın iflas masasına geçmesi durumunda iflas masasına karşı, taşınmaz da üst hakkı kurulması durumunda üst hakkı sahibine, taşınmazın üzerinde gerçekleştirilen yapı faaliyeti aile konutuna ilişkin olması durumunda rıza göstermeyen eşe karşı yapı alacaklısı ipoteğinin sağlamış olduğu bu kanuni tescil talebi yöneltilbilir. Tescil talebinin yöneltilbileceği başlıca kişileri bu başlık altında inceleyeceğiz;

1. Taşınmaz maliki

Yapı alacağı, yapı çalışmalarının malikin veya bu konuda yetkili kıldığı kimsenin açık veya zımni rızasına bağlı olarak yapılması halinde doğar. Malikin her hangi bir sözleşme ilişkisine girmediği, her hangi bir yetki vermediği, yapılan işlerini önceden veya sonradan benimsediğini gösteren bir davranışta bulunmadığı hallerde, diğer şartlar mevcut olsa bile bir yapı alacağı mevcut olmaz.¹⁵⁵ Mevcut bir yapı alacağının varlığını kabul ettiğimiz noktada yapı alacaklısı tescil talebini malike veya bu konuda yetkili kıldığı kimseye yöneltebilir. Bir bina veya yapı eseri, zilyedin hakimiyetinde olsa bile, bu kişi değil, bina veya yapı maliki sorumlu olur.¹⁵⁶

¹⁵³ TEKİNAY, s.80 ve 87, BGE 106 2 123= JdT 1981 1 121

¹⁵⁴ SELİMOĞLU, s.196; KAPLAN, 1996, s.163.

¹⁵⁵ ŞENER, s.60.

¹⁵⁶ Ece BAŞ, **Bina ve Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk**, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2011, s.124.

2. Taşınmazı devralan üçüncü kişi

Üzerinde yapı faaliyeti gerçekleştirilen taşınmaz, yapı işine başlandıktan sonra üçüncü bir kişiye devredilmiş olabilir. Böyle bir durumda yeni malike karşı tescil talebinde bulunulup bulunulamayacağı yeni malikin borçtan haberdar olup olmadığına göre neticelenecektir.

Bir yapının tamamlanmasından itibaren üç ay içerisinde aynı hak kazanacak kişilere karşı dahi yapı alacağından kaynaklı kanuni ipotek hakkının öne sürülebilmesi ve tescil talep edilebilmesi için taşınmazı edinenin mülkiyeti kazanma anında böyle bir borcun varlığından haberdar olduğu ispat edilmelidir. İspat yükü, tabiatı itibarıyla kanuni ipotek hakkını yeni malike karşı da öne sürmek isteyen yapı alacaklısına düşer.¹⁵⁷

3. İflas masası

Taşınmaz malikinin iflas etmesi halinde, iflas masasına karşı kanuni ipotek hakkının kullanılıp kullanılmayacağı özellikle “Eşyaya Bağlı Borç” görüşünü savunan yazarlarca tartışılmıştır.¹⁵⁸ İİK m.191’e hükmü her ne kadar borçlunun iflasın açılmasından sonra masaya ait mallar üzerinde her türlü tasarrufun iflas alacaklılarına karşı hükümsüz saysa da iflas açıldıktan sonra yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkını tescil ettirmesi durumunda bu tescili geçerli saymalıdır.¹⁵⁹ İflas ile birlikte borçlar sona ermemekte, sadece bunların yönetimi iflas idaresi ele almaktadır (İİK m.226). Borçlunun pozisyonunda artık iflas idaresi bulunmaktadır.¹⁶⁰ Tescil isteminin iflas masasına karşı ileri sürülmesi mümkündür.¹⁶¹ Tescil talebi malikten ayrılmayacaktır. Alacağın gerek malik gerekse hakim tarafından tanınması halinde, inşaat alacaklısı tescil işlemini tapu memuru vasıtasıyla yapmak için bizzat başvuru yapabilir. İflasa rağmen tescil yapılabilir.

¹⁵⁷ TEKİNAY, s.87.

¹⁵⁸ Bu fikrin belli başlı savunucuları İsviçre de Ostertag ile Wieland bizde B. Güleş, Köprülü/Kaneti, Reisoğlu’dur.

¹⁵⁹ BAYSAL, s.163.

¹⁶⁰ GÜLEŞ, s.119.

¹⁶¹ Gediz Kocabaş, **İsviçre Hukukundaki Yapılan Değişiklik Doğrultusunda Yapı Alacaklısı İpotekinin Kurulması**, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/1, s.97; ŞENER, s.66.

Elbette ki hakkın, inşaatın bitimini takip eden üç ay içinde iflas masasına bildirilmiş olması gereklidir.¹⁶²

4. Üst hakkı sahibi

Bu hakkın konusu bir arazi üzerinde veya altında inşa edilen yapı eserleridir.¹⁶³ Yapı ipoteğinin tescil edilmesine zemin hazırlayan yapı işinin, üst hakkı kurulmuş bir taşınmazda gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bu durumda yapı işi taşınmazın kendisinde ya da sadece üst hakkına konu yapıda ortaya çıkabilir. İlk olarak ipotek yapı işi gerçekleştirilmiş olan taşınmaz üzerine tescil edilir. Taşınmazda bir üst hakkı bulunması ipotek tesciline engel olmaz. İkinci ihtimalde ise hak sahibinin kendisine tanınmış üst hakkı çerçevesinde bir yapı malikinden ipotek hakkının tescilini ettirmektedir. Üst hakkı için öngörölmüş sürenin sonunda da zaten yapı taşınmazın bütünüyle parçası olmakta, yine malikin mülkiyetine geçmektedir.¹⁶⁴

Ayrıca; TMK m.826'1'de düzenlendiği üzere üst hakkı, yüklü taşınmaz üzerinde malike üst hakkı sahibinin bağımsız bir yapı yapmasına ve kullanmasına ve yapının yapımı ile kullanılmasına engelleyecek her eylemden kaçınma zorunluluğu yükler.¹⁶⁵

5. Aile Konutu Olması Durumunda Eşin Rızası;

Yapı alacaklılarının yapı işi gerçekleştirdikleri taşınmaz aile konutu vasfında bir taşınmaz olabilir. Böyle bir durumda yapı ipoteğinin tescili açısından özellikli bir durum ortaya çıkmaktadır. Zira TMK m.194'e göre eşlerden biri diğerinin rızasını almadan aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Kanunda yalnızca malikin alacağı kabul etmesinin aranmış olması, diğer eşe durumunun sorulması açısından bir engel teşkil etmemelidir. Ancak eşin bu durumu kötüye kullanmak istemesi durumunda zaten mesele mahkemeye

¹⁶² REİSOĞLU, *Türk Eşya Hukuku Cilt 1*, s.67,72.

¹⁶³ BAŞ, s.135.

¹⁶⁴ GÜLEŞ, s.121-122.

¹⁶⁵ Barış DEMİRSATAN, *Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli Ve Bedel Borcu Aykırılığın Sonuçları*, İstanbul:Onikilevha Yayıncılık, 2017, s.4.

taşınmış olacağından hakim bu etkeni de göz önünde bulundurarak bir karara varmalıdır.¹⁶⁶

C. Geçici Tescil Şerhi

İddia edilen bir aynı hakkın güvence altına alınması gerekiyorsa veya tasarruf yetkisini belirleyen belgelerdeki noksanlıkların sonradan tamamlanmasına kanun olanak tanıyorsa tapu kütüğüne geçici tescil şerhi verilebilir. TMK m.1011¹⁶⁷

Geçici tescilin tapu kütüğüne şerhi ya bütün ilgililerin razı olmasına ya da hâkimin karar vermesine bağlıdır. Aynı hak iddiasının geçici tescili halinde şerh, üçüncü kişilerin iyi niyetlerini ortadan kaldırır. Tasarruf yetkisini belirleyen belgelerin tamamlanması için geçici tescilin şerh verildiği hallerde ise, eksik olan belge zamanında tamamlanması için geçici tescilin şerh verildiği hallerde ise, eksik olan belge zamanında tamamlanırsa şerh, yapılacak kesin tescilin geçici tescil tarihinde hüküm doğurmasını ve tescil edilen

¹⁶⁶ GÜLEŞ, s.167; Salih TÜRKMEN / Sadi KAZANCI / Selami YÜKSEL / Saim ÜNSEV / Bülent ERTEN, **Türk Gayrimenkul Hukuku-Cilt 1**, Ankara:Yıldız Matbaacılık, 1956, s.717.

¹⁶⁷ T.C YARGITAY 14. Hukuk Dairesi Esas: 2011 / 3033 Karar: 2011 / 4659 Karar Tarihi: 08.04.2011 “Bilindiği gibi, Türk Medeni Kanunu'nda aynı haklar için söz konusu olan teknik anlamdaki tescil kurumunun yanı sıra bazı kişisel hakların (T.M.K.m. 1009), tasarruf yetkisini kısıtlaması (T.M.K.m. 1010) ve geçici tescilin şerh verilmesi (T.M.K. m. 1011) imkanı kabul edilmiştir. Bu şerhlerin tapuya kaydı ise farklı yöntemlere tabidir.

Somut olayda, davacı, satış taleplerinin Tapu Sicil Müdürlüğü tarafından karşılanmaması sebebiyle hükmen geçici tescil şerhi talep etmektedir. Anılan şerh, Türk Medeni Kanunu'nun 1011 ve 1016. maddelerinde düzenlenmiştir. Tapu sicilinin temel amacı taşınmaza ilişkin bütün aynı hak ilişkilerini yansıtmaktır. Bu amaca erişmek için her tescilin maddi bakımdan mevcut bir hakka dayanması ve sicilde tescil gerçekleşmemiş ise bir aynı hakkın varlığının kabul edilmemesi gerekir. Ancak, tapu sicilinde var olan bir hakkın terkin edilmeden sona ermesi mümkün olduğu gibi bir hakkın sicil dışı kazanımı da söz konusu olabilir. Ancak, iyiniyetli hak iktisap eden kişilerin hakları da kanunen korunmaktadır (T.M.K.m. 1023). Tapu siciline hakim olan tescil prensibi ve kaydın aleniliği ve doğruluğu ilkeleri karşısında Kanun sicil dışı kazanımlar, yolsuz terkin veya tescil karşısında aynı hakları korumak için bazı tedbir ilkeleri de kabul etmiştir. Bunlardan birisi de geçici tescil şerhidir.

Geçici tescil şerhi Kanunda iki hal için kabul edilmiştir. Bunlardan birisi iddia edilen aynı hakkın güvence altına alınmasının gerekli olması (T.M.K.m. 1011/1), diğeri ise tasarruf yetkisini belirleyen belgelerdeki noksanlıkların sonradan tamamlanmasına kanunun olanak tanımasıdır (T.M.K. m. 1011/2). “

aynı hakkın buna göre etki yapmasını sağlar. Geçici tescil şerhinin terkinine ilişkin özel bir düzenleme ise mevcut değildir.¹⁶⁸

İnşaat alacaklıları, malikin muhtemel hareketlerini önlemek için sözleşmelerini kurdukları tandan itibaren hızlıca haklarının tapu siciline geçici tescil şerhi verilmesini talep edebilirler. Böylece temlik halinde rehin hakkı üçüncü şahıslara karşı öne sürebilir ve sıralarını geçici tescil tarihine göre alırlar.¹⁶⁹ Alacağın veya alacak miktarının malik tarafından kabul edilmediği durumlarda ipoteğe esas teşkil etmek amacıyla alacağın tespitini mahkemeden talep edebilir.(TMK m.895/3)

İnşaat alacaklısı bu talebi için mahkemeye başvurması üzerine, davanın uzaması halinde, tescil için tanınan süreyi kaçırmamak ve ipoteğin tescil tarihine göre sıra tespit edileceği bakımdan, hakkını taşınmaz üzerinde tescil edinilecek sınırlı aynı hak sahiplerine karşı ileri sürebilmek için, mahkeme kararı ile TST. m. 50'ye dayanarak ipotek hususunda TMK. m. 1011 uyarınca¹⁷⁰

¹⁶⁸ ERCOŞKUN ŞENOL,K., Haziran 2018 Geçici Tescil Şerhi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 6, Sayı 11, s.375.

¹⁶⁹ SAYMEN / ELBİR, s.592; Aydın AYBAY, **Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil**, İst 1962, s.56 vd.; KAPLAN, 1996, s.163; TEK, s.153; AYBAY/HATEMİ,s.285.

¹⁷⁰ T.C. YARGITAY 15. HD, Tarih:18.02.2008, E:2006/6066, K:2008/960: Türk Medenî Kanunu'nun 893/3. maddesi hükmünce, bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yükleniciler kanunî ipotek hakkının tescilini isteyebilir. Aynı Yasa'nın 895. maddesi hükmünce de, tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması ve tescilin yapılabilmesi için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması şarttır. Taraflar alacak miktarında veya teminat hakkında anlaşamazlar ise ..." (alacaklı) "... TMK' nın 1011. maddesi (Eski 921. madde) uyarınca geçici tescil şerhi verilmesini isteyebilir. ... Ancak geçici tescil isteminin de işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması şarttır.

Tescilin tasarrufa konu taşınmaz malikin yazılı beyanı ile yapılacağı, tescil için de tasarruf yetkisinin ve hukuki sebebin belgelenmiş olması gerektiği Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş, Tapu Sicil Tüzüğünde de açıkça belirtilmiştir. Tasarruf yetkisine ve hukuki sebebe ilişkin belgeler tamam değil ise tescil istemi reddedilecektir. Ancak, hukuki sebebe ilişkin belgeler tamam olmasına rağmen, tasarruf yetkisini belirten belgenin tamamlanması gereken hallerde malikin onayı veya hakim kararıyla geçici tescil şerhi verilebilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 1016. maddesinde tanınan bu hak yukarıda değinilen 1011/2 kapsamında geçici tescil şerhi verilmesine olanak sağlamaktadır.

Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde tapu sicilinde yapılan işlemlerin dayanağının idari işlem olacağı da kuşkusuzdur. Davalı idare de davacının tescil talebini tasarruf yetkisini kanıtlayamaması sebebiyle reddetmiştir. Davacı bu reddin doğru olmadığını ileri sürerken tasarruf yetkisini kanıtlayacak belgeleri tamamlanana kadar Türk Medeni Kanunu'nun kendisine tanıdığı haktan yararlanmak amacıyla geçici tescil şerhi kararı talep etmektedir. Diğer bir anlatımla talebi yukarıda değinildiği gibi İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi anlamında İdari Yargının görevi alanına giren bir işlemin iptali niteliğinde

geçici tescil şerhi verdirtebilir.¹⁷¹ Geçici tescil şerhinin verilebilmesi için mahkemeden istemde bulunan yapı alacaklısının haklı olduğunu kanıtlaması gerekmez; haklı olması ihtimalini kabule elverişli deliller getirmesi yeterlidir. Tapu kütüğüne verilen geçici tescilin şerhi, hakkın düşmesini engelleyecektir.¹⁷²

Geçici tescil şerhiyle üç aylık hak düşürücü süreden korunma sağlanacağı gibi, taşınmazın üçüncü kişilere devri ve malikin iflası halinde, rehin hakkının üçüncü kişilere ve iflas masasına karşı dermeyeran edilmesine de imkan verecektir. Ayrıca, rehin hakkının sırası da şerh tarihine göre belirlenir.¹⁷³

İhtiyati tedbir, niteliği itibariyle bir dava olmayıp, geçici hukuki korumalardandır. İhtiyati tedbir yoluyla geçici şerhe yada tescile karar verilmesi durumdan, geçici hukuki koruma olan ihtiyati tedbir, davanın yerine ikame edilmiş olur, oysa mahkeme uyuşmazlığın esasını çözümler şekilde ihtiyati tedbir kararı veremez. İhtiyati tedbir yoluyla inşaatçı ipoteğinin, tapu siciline geçici tesciline veya şerhine karar verilemez.¹⁷⁴ Bu durumda

değildir. Bu haliyle davanın görülme yeri adli yargıdır. Mahkemece, açıklanan hususlar gözetilmeden görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmediğinden, kararın bozulması gerekmiştir.

¹⁷¹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.981; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.801; GÜLEŞ, s.173;ANTALYA/TOPUZ,s.193.

¹⁷² A. Lale SİRMEN, **Eşya Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, s.646; TEKİNAY/ AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s.398.

¹⁷³ ALTAY / ESKİOCAK, s.290.

¹⁷⁴ İlker Hasan DUMAN, **İnşaat Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s.1013;

T.C YARGITAY 15. Hukuk Dairesi Esas: 2012 / 4558 Karar: 2012 / 7308 Karar Tarihi: 21.11.2012

“Yüklenici ipoteği, tescile tabi kanuni ipoteklerdendir (TMK.m.893/III). Yüklenici ipoteklerinin tescilinde tapu kütüğünün rehin haklarına ait düşünceler kısmında inşaatçı ipoteği olduğu belirtilir (TST m.37). Yüklenicinin kanuni ipotek hakları, eser sözleşmesine bağlı olarak çalışmayı veya malzeme vermeyi üstlendiği andan başlayarak tapu kütüğüne tescil olunabilir. Tescilinde yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması gerekir (TMK. m. 895/I,II). Bu süre, hak düşürücü nitelikte olup, üç ayın sonunda tescil isteme hakkı düşer. Ancak, tescilin yapılması için alacağın taşınmaz maliki tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması şarttır (TMK.rn.895/ III).

İşe başlarken genellikle yüklenici alacağının miktarı kesin olarak belli olmaması ve taşınmaz mal sahibince de kabul edilmemesi durumunda Türk Medeni Kanunu'nun 1011. ve Tapu Sicili Tüzüğü'nün 58 ve 59. maddeleri hükümleri gereğince, inşaatçı ipoteğinin tescili ile ilgili geçici şerhin verilmesi istemi, mahkemeye yapılır. Mahkeme, tarafları dinleyerek veya dosya üzerinde inceleme yaparak şerhe konu hakkın varlığının kabul edilebileceği kanısına varırsa; şerh kararı verir ve kararda şerhin etki bakımından süresi ve içeriği belirlenir; gerektiğinde mahkemeye başvurulması için bir süre verilir.

Kesin tescil, terkin olunacak şerhin tarih ve yevmiye numarası ile yapılır (TST m. 58/II). Türk Medeni Kanunu'nun 1022. maddesi gereğince de, aynı haklar tapu sicil kütüğüne tescil ile doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır. Bu yasal sebeplerle, geçici şerh, Türk Medeni Kanunu'nun 896 ve 897. maddelerine göre yüklenicinin, kanuni ipotekten yararlanma bakımından sıra almasını sağlar.

konuyu ele alan mahkeme alacağın varlığını veya alacak miktarının tespiti mümkünse, kesin tescil işlemi yapabilecek durumda iken geçici tescile karar vermemesi gerekmektedir.

Alacaklının bir şerh davası açması durumunda ise uyuşmazlığın konusu zaten şerh üzerine olduğundan, ihtiyati tedbir yoluyla şerh yapılmasına karar verilmemelidir.¹⁷⁵ TST M.51 hükmü uyarınca geçici tescil şerhleri tapu kütüğünde “G.T.Ş.” harfleriyle gösterilir.

D. Kesin Tescil

Kanuni ipoteğin sahiplerine bir öncelik hakkı temin etmesi için bu ipoteğin tapu siciline tescili lazımdır. Tescil yapılmadıkça, yalnız hakkın varlığı öncelik hakkının sebebi olamaz. İşçi yüklenicilerin kanuni ipotek haklarının tescil edilebilmesi için, tescil talebinde bulunan işçi ve yüklenicilerin alacaklı oldukları meblağ miktarını mal sahibi

Yukarıda özetle açıklanan hukuksal düzenlemelere göre; yüklenici ipoteğinin geçici şerhi de, tescili de, yüklenici ve taşınmaz maliki arasında anlaşma olmadıkça dava yoluyla istenebilir. Taraflar, yüklenici alacağının miktarında ve gösterilebilecek teminatta anlaşamazlar ise, yüklenici ipoteğinin tescili davasının görülmesi ve verilecek kararın kesinleşmesi sürecinin uzaması ihtimalini gözeterek geçici şerh davasını açabilirler ve bu davada geçici şerh karar verilmesi sonucu yapılan geçici şerh, yukarıda açıklandığı üzere yüklenici ipoteğinin mahkemece ya da mal sahibince kabulü hallerinde geçici tescil tarihinden itibaren varlık kazanan ipoteğin kesin tescili, terkin olunacak geçici şerhin tarih ve yevmiye numarası ile yapılır ve sıra almasını sağlar. Geçici şerh davası, diğer koşullar bakımından yüklenici ipoteğinin tescili davası ile aynı koşulları taşımaktadır (15.H.D. 18.02.2008 T. ve 2006/6606 E., 2008/960 K. sayılı kararı).

İhtiyati tedbir ise, niteliğince bir dava olmayıp, geçici hukuki korumalardandır. İhtiyati tedbirin şartları, uygulanması ve tedbir kararına karşı kanun yolları, tedbirin değiştirilmesi ve kaldırılması, ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemler ve teminat bakımından, kanuni ipotek hakkının geçici şerhi davasından tamamen farklıdır. İhtiyati tedbir yoluyla geçici şerhe ya da tescile karar verilmesi durumunda, geçici hukuki koruma olan ihtiyati tedbir, davanın yerine ikame edilmiş olur, oysa, mahkeme uyuşmazlığın esasını çözümler şeklinde ihtiyati tedbir kararı veremez. Somut olayda ise; inşaatçı ipoteğinin tescili davası açılmış olduğu halde, mahkeme, 22.12.2011 tarihli ara kararıyla geçici ipotek tesisine, şeklinde ihtiyati tedbir kararını vermiş ve davalı L... E... Petrol A.Ş.'nin itirazını da reddetmiştir. Yukarıda açıklanan hukuksal nedenlerle, ihtiyati tedbir yoluyla inşaatçı ipoteğinin, tapu siciline geçici tesciline veya şerhine karar verilemez. Aksi halde, ihtiyati tedbir yoluyla uyuşmazlığın esasını çözümlenmiş olur. Bu sebeplerle, ihtiyati tedbire karar verilmesi doğru olmadığı gibi; itirazın kaldırılmasına ilişkin istemin mahkemece reddi de isabetli olmamıştır.”

¹⁷⁵ GÜLEŞ, s178.

kabul veya hakim in tasdik etmesi lazımdır. Aksi takdirde kanuni ipoteğin tescili talebi tapu memurunun reddetmesi gereklidir.¹⁷⁶

İki halde ortaya çıkan tescil kesin tescildir. İlk ihtimal olarak malikin alacağı kabul ettiği¹⁷⁷ durumda yapı alacaklısı kanun hükmüne dayanıyor olarak değerlendirilmelidir. Çünkü talep edenin yapı alacaklısı, alacağın yapı alacağı olduğu ve hak düşürücü süreninde geçmediği bir durumda alacaklı hakkı konusunda kanuna dayanıyor demektir. İkinci ihtimalde ise yapı alacağının varlığının mahkeme kararı ile teyit edilmiş olması durumunda zaten tereddüde mahal kalmamaktadır.¹⁷⁸ TST M.51 hükmü uyarınca tapu kütüğünde, kesin tescil, terkin olunacak geçici tescil şerhinin tarih ve yevmiye numarası ile yapılır.

1. Kanun hükmü ile tescil

Yapı alacaklılarının tek taraflı bir irade beyanında bulunmaları ile hukuki ilişkinin konu olduğu taşınmaz üzerinde, mülkiyet hakkının sınırlamalarından biri olan ipotek tesisi taşınmazın malikinın muvafakat etmesine gerek olmaksızın kanunen gerçekleşmektedir.¹⁷⁹ Zira yapı alacaklısı ipoteği gücünü doğrudan kanundan alır ve yapı malikinın yapıda meydana getirilen değer artışını kabul edip yasal şartları oluşmuşsa bu hakkın kullanılmasını reddetme şansı bulunmamaktadır. Lakin uygulamada bu hakkın kullanılması kanun metnindeki kadar kolay olmamaktadır. Birçok yapı alacaklısı dava yoluyla 2. Başlık altında inceleyeceğimiz mahkeme hükmü ile tescil ettirme külfeti altına girmektedirler.

Kural olarak tescil, tasarrufa konu olan taşınmaz malikinın yazılı beyanı üzerine yapılır. TMK m.1013/2'ye göre hakkı edinen kimsenin kanunun hükmüne, mahkeme kararına veya buna eşdeğer bir belgeye dayanması durumunda tescil için malikin yazılı beyanına gerek yoktur.¹⁸⁰ Malikin alacağı kabul ettiği durumda yapı alacaklısı kanun hükmüne

¹⁷⁶ VELİDEDEOĞLU, s.329.

¹⁷⁷ Bu durumda alacak meblağ olarak ya tam bellidir ki ana para ipoteği teşkil eder ya da borçlu borcu kabul etmekle bir üst sınır ipoteği tesis edilmek suretiyle alacak teminat altına alınmıştır. Bu iki durumu da tapuya yapılan tescil, kesin tescildir.

¹⁷⁸ GÜLEŞ, s.170.

¹⁷⁹ DEMİRBAŞ, s.58;

¹⁸⁰ KAHRAMAN, s.169.

dayanıyor olarak değerlendirilmelidir. Çünkü talep edenin yapı alacaklısı, alacağın yapı alacağı olduğu ve hak düşürücü sürenin geçmediği bir durumda, alacaklı hakkı konusunda kanun hükmüne dayanıyor demektir. Yapı alacağının tamamen belli olduğu durumlarda kurulan rehin bir anapara ipoteği teşkil eder. Böyle bir durumda da ipoteğin tesisi ve miktarı açısından bir sorun ortaya çıkmamaktadır.¹⁸¹ Ücretin götürü bedel tespit edildiği durumlarda, alacağın malik tarafından kabulü bir özellik göstermez, kabulün yazılı bir biçimde olması yeterlidir.¹⁸² Alacak miktarının tespit edilemediği durumlarda ise azami bir miktar belirleyip bu miktar üzerinden üst sınır ipoteği üzerinden kesin tescil yapılabilmektedir yahut geçici tescil yoluna gidilecektir.

Sözleşme hiç yerine getirilmediği veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde, malikin, yapı alacaklısının hakkının kesinleşmediği ölçüde rehinin çizimini talep hakkı saklıdır.¹⁸³

2. Mahkeme hükmü ile tescil

Yapı alacaklısı işi yüklendikten sonra, henüz işin bitmesini beklemeden, yapıdan doğan alacağını tanımaktan ve buna ilişkin ipoteğin tescilinden malik, kaçınırsa, alacağın mahkemece belli edilmesini isteyebilir. Bu durumda, mahkeme gelecekte kesinleşecek bir alacağın belli edilmesine karar verebilecektir.¹⁸⁴ TMK m. 716 uyarınca açılan davada, mülkiyetin kendisine intikaline karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Bu durumda mülkiyetin alıcıya geçmiş olduğuna karar verilmeye kadar alıcı, malikin tasarruflarına karşı hakkını güvence altına almak için mahkemeden bir karar alıp bunu TMK'nun m. 1010, 1/1 hükmüne dayanarak tapuya şerh ettirebilir.¹⁸⁵ Bu dava aynı zamanda bir tespit davası niteliğinde taşır.¹⁸⁶ Özellikle inşaat işine yeni başladığı sırada

¹⁸¹ GÜLEŞ, s.169,170.

¹⁸² BIÇAKÇI, s.555.

¹⁸³ BIÇAKÇI, s.555.

¹⁸⁴ BIÇAKÇI, s.555; SİRMEN, 2018, s.646; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.317; ŞENER, s.134; T.C YARGITAY 14. Hukuk Dairesi Esas: 2010 / 4527 Karar: 2010 / 6501 Karar Tarihi: 03.06.2010 "Dava, satış vaadi sözleşmesinin tapu kaydına şerhi isteğine ilişkindir. Bilindiği gibi satış vaadi sözleşmelerinin Tapu Kanununun 26/5 maddesi, Noterlik Kanununun 44/B maddesi uyarınca noterler tarafından düzenlenmeleri koşuluyla tapu kaydına şerhi mümkündür. Ayrıca Türk Medeni Kanununun 1009. maddesinde tapu kaydına şerh edilecek kişisel haklar arasında satış vaadi sözleşmesi de gösterilmiştir."

¹⁸⁵ ÖZBEK, M.S., **Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyatî Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2017, Cil:3, Sayı:1, s.74.

¹⁸⁶ SİRMEN, s.646; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.317.

tescil istenirse (TMK m.895/f.1 hükmüne göre) ve sözleşmede de bir bedel kararlaştırılmamış ise, taşınmaz malikinın tanıyacağı alacağın miktarının belli olmaması sorun yaratacak niteliktedir.¹⁸⁷

İşin henüz bitmediği durumlarda aşama itibariyle mahkemece kesin borç miktarı saptayamamaktadır. Her ne kadar tespit davası açılmış olursa da ana para ipoteği kurulmasına karar verilmesine olanak yoktur. İşin bitimine kadar alacağın üst sınır çerçevesinde ipotek teminatı altında tahsili yoluna gidilebilecektir.¹⁸⁸

Mahkemece rehinin tescili hakkında verilen kurucu nitelikte olup, bu mahkeme ilamı ile rehin hakkı doğar. Bunun doğal sonucu olarak, tescil bildirici niteliktedir.¹⁸⁹ İnşaatçı ipoteği tesisine ilişkin olan davanın taşınmaz malikine yöneltilmesi gerekir. Malik dışındaki kişilerin dava (davalı) taraf sıfatı bulunmamaktadır.¹⁹⁰

Alt yüklenicinin yükleniciden olan alacağı, yüklenicinin taşınmaz malikinden olan alacağından ayrı ve bağımsız olduğundan alt yüklenicinin yapı ipoteği tescilini talep hakkı da, yüklenicinin yapı ipoteği tescilini talep hakkından ayrı ve bağımsız bir haktır.¹⁹¹

E. Yapı Alacaklısı İpoteğinden Feragat

Medeni kanununun 893.maddesinin son fıkrası uyarınca tescile tabii kanuni ipotek kurulmasına ilişkin haktan “önceden feragat” geçerli değildir.¹⁹² Arsa maliki, kanuni ipotek hakkından, önceden feragate ilişkin bir hükmü, inşaat sözleşmesine koyduramaz; koydursa bile, sözleşme değil, sadece hüküm geçersizdir. Ancak, ipotek tesisinden sonra

¹⁸⁷ BAYSAL, s.172.

¹⁸⁸ ALTAY / ESKİOCAK, s.289.

¹⁸⁹ ALTAY / ESKİOCAK, s.17.

¹⁹⁰ DUMAN, s.1013.

¹⁹¹ T.C. YARGITAY 15. HD, T:19.11.2014, E:2014/4356, K:2014/6677.

¹⁹² OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, *Eşya Hukuku*, 2015, s.973; ALTAY / ESKİOCAK, s.291; AYBAY / HATEMİ, s.285.

feragat geçerlidir.¹⁹³ Bu feragat herhangi bir şekle tabi değildir.¹⁹⁴ Her ne kadar bir şekil şartı öngörülme de uygulamada feragat yazılı olarak kullanılmaktadır.



¹⁹³ SELİMOĞLU, s.196; ALTAY / ESKİOCAK, s.291.

¹⁹⁴ NOMER / ERGÜNE, s.364.

İKİNCİ BÖLÜM

YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN SIRASI, ÖNCELİK HAKKI,

KULLANILIŞI VE SONA ERMESİ

I. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN SIRASI

Tescile bağlı (dolayısıyla) kanuni rehin hakları, sıralarını da, yapı alacaklıları için getirilmiş özel hüküm (MK. m. 896,897) dışında tescil tarihine göre alırlar (MK. m. 1022). Taşınmaz üzerinde daha önce tesis edilmiş diğer sınırlı ayni haklara karşı herhangi bir ayrıcalıkları yoktur. Yani “kendilerinden önce kurulmuş rehin haklarından ve diğer sınırlı ayni haklardan sonra; kendilerinden sonra kurulan rehin haklarından ve diğer sınırlı ayni haklardan ise önce gelirler.¹⁹⁵ Fakat birden fazla yapı alacaklısı ipoteği tescil edilmiş ise, bunlar arasında eşitlik vardır (TMK m.896). Buna göre paraya çevirme sonucunda elde edilen para kendi derecelerine göre yapı alacaklarına düşen kısmı, bunların tamamını karşılamaya yetmiyorsa, yapı alacaklılarına düşen toplam tutar, alacak miktarı ile orantılı olarak yapı alacaklıları arasında pay edilir.¹⁹⁶

Öncelik hakkının kullanılması için yapı alacaklısının kanunda belirtilen objektif ve sübjektif şartlara sahip olması gerekmektedir. Yapı alacaklısının, ön koşul olarak kanunda belirtilen şartları karşılaması durumunda inşaata katmış olduğu değer hesaplanır ki öncelik hakkı bu değer fazlası üzerindedir. İnşaata katmış olduğu bu ek değer üzerinde, yapı faaliyetleri sebebiyle kısmen veya tamamen uğramış olduğu zararın öncelikli olarak giderilmesi öncelik hakkının kullanılmasının kapsamını oluşturmaktadır.

Aynı taşınmaz üzerinde birden fazla sınırlı ayni hak mevcutsa, bunların içeriklerinin birbirleriyle olan ilişkisi, aralarındaki önceliği belirler. İnşaatçı ipoteğinin taşınmaz üzerinde tesis edilmiş ayni haklar karşısındaki sırası, ipoteğin tesis olduğu derecenin

¹⁹⁵ AKİPEK, s.3, 239; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.308; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s283, DAVRAN, s.34; Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku 3 (Sınırlı Ayni Haklar)**, Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2017, s.228.

¹⁹⁶ NOMER / ERGÜNE, s.368; TEK, s.153; GÜLEŞ, s.184.

kuruluş tarihinde göre belirlenir.¹⁹⁷ Yapı alacaklılarının bu ipotek hakları arasında kanunda belirtilen şartlara sahip olması halinde sıracı önceliği bulunmaktadır.

Türk eşya hukukunda ipotek hakkı sahiplerinin alacaklarını elde etmeleri hususunda sabit dereceler sistemi geçerlidir. Buna göre ipoteğin paraya çevrilmesi halinde alacaklılar alacaklarını ipoteğin tesis edildiği tarihteki önceliğe göre değil, ipotek için kurulmuş farazi derecelere göre alırlar. Ancak bahsi geçen genel kural, taşınmazda kurulan ipoteklerden biri ya da bir kaçının yapı ipoteği olması halinde yapı ipoteğine sahip olanları açısından değişime uğramaktadır.¹⁹⁸

Yapı alacağı ipoteklerinin sıraları tapu kütüğüne tescil edildikleri tarih itibariyle belirlenir.(TMK m. 1022) Buna göre, bu ipoteklerden daha önce tescil edilen aynı hakların ön sırada yer almaktan doğan öncelik hakları saklıdır. Ancak, tescil edildikleri tarihler bakımından farklı sıralarda yer alan yapı alacağı ipoteğine ilişkin ipotek dereceleri arasında eşitlik ilkesi uygulanır. ¹⁹⁹ Sabit dereceler sistemine getirilen bu istisnanın amacı, taşınmaz rehininin teminat fonksiyonunu öne çıkararak, rehinin paraya çevrilmesi sırasında, rehinli alacaklının menfaatinin korunmasını üstün tutmaktır.²⁰⁰

A. Genel olarak

Taşınmaz rehinlerine karşı bir önceliği olmamakla birlikte, yasa (TMK m.897) taşınmazda bir değer artışı sağlamış olmasına karşın kendisinden önce başka rehin hakları olduğu için bundan yararlanamayan inşaat alacaklısına değer artışından öncelikli olarak yararlanma olanağı tanımıştır.²⁰¹

¹⁹⁷ AKIN, s.759.

¹⁹⁸ GÜLEŞ, s.180; SEÇER, **Alacak Rehnine Hakim Olan İlkeler**, s.138; NAR, s.98.

¹⁹⁹ ALTAY / ESKİOCAK, s.291.

²⁰⁰ EREL, s.53-54; AKSOY, Sanem; “Türk Hukukunda Sabit Dereceler Sistemi ve İstisnaları”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s.616.

²⁰¹ DUMAN, s.1011; TÜRKMEN / KAZANCI / YÜKSEL / ÜNSEV / ERTEN, s.717; AKIN, s.763.

Kanuni ipoteklerin sırası tescil tarihine göre belli olur.²⁰² Yalnız inşaatçı ipoteği bakımından kanun bu konuda bazı özel hükümler koymuştur:

- a) TMK. m. 895/2 uyarınca yapı alacakları için kanuni ipotek, işçi ve yüklenicilerin işi yükledikleri tarihten itibaren tescil olunabilir.
- b) TMK. m. 896 uyarınca yapı alacaklılarının kanuni ipotekleri ayrı ayrı tarihlerde tescil edilmiş olsalar bile, bunlar arasında sıra farkı kabul edilmez ve hepsi (sıra yönünden) birbirlerine eşit durumda sayılırlar .
- c) TMK. m. 897/3 uyarınca ipotekli taşınmaz paraya çevrildiğinde yapı alacaklıları alacaklarını tamamen alamazlarsa, önceki sırada bulunan alacaklılardan, bazı şartlarla, alacaklarının ödenmeyen kısmı için tazminat isteyebilirler. (MK. m. 897) Yapı alacaklılarının bu alacaklarını ileri sürmelerini kolaylaştırmak için, kanun, onların isteği ile tapu kütüğünün beyanlar hanesine, işe başlama tarihlerinin işaret edilebileceğini kabul etmiştir .²⁰³

Yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik hakkını TMK madde 897’de düzenlenmiştir. İlgili maddenin İsviçre medeni kanunundaki karşılığı; **ZGB**: c. Vorrecht Art. 841’dir.²⁰⁴

Tescile tabi kanuni ipotek haklarından faydalanan yapı alacaklılarının kendi aralarında mevcut hukuki durumları ile yapı alacaklılarıyla aynı taşınmaz üzerinde taşınmaz rehini hakkı sahip diğer alacaklılar arasında olan ilişkileri ayırt etmek gerekir. Bu sebeple yapı

²⁰² SEÇER, **Alacak Rehnine Hakim Olan İlkeler**, 138; TEK, s.152; NAR, s.94; AKIN, s.759.

²⁰³ Aydın Aybay / Hüseyim Hatemi, 2014, **Eşya Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.285; KAHRAMAN, s.130; KAPLAN, 1996, s.163;ANTALYA/TOPUZ,s.196.

²⁰⁴ **ZGB**: c. Vorrecht Art. 841; 1- Kommen die Forderungen der Handwerker und Unternehmer bei der Pfandverwertung zu Verlust, so ist der Ausfall aus dem den Wert des Bodens übersteigenden Verwertungsanteil der vorgehenden Pfandgläubiger zu ersetzen, sofern das Grundstück durch ihre Pfandrechte in einer für sie erkennbaren Weise zum Nachteil der Handwerker und Unternehmer belastet worden ist.

2-Veräussert der vorgehende Pfandgläubiger seinen Pfandtitel, so hat er den Handwerkern und Unternehmern für dasjenige, was ihnen dadurch entzogen wird, Ersatz zu leisten.

3 Sobald der Beginn des Werkes auf Anzeige eines Berechtigten im Grundbuch angemerkt ist, dürfen bis zum Ablauf der Eintragungsfrist Pfandrechte nur als Grundpfandverschreibungen eingetragen werden (İlhan HELVACI, **Türk medeni kanunu- Eşya Hukuku Cilt 4**, İstanbul: Onikilevha yayıncılık, 2013, s.560.)

alacaklılarının birbirlerine karşı durumu ile diğer rehin hakkı sahiplerine karşı durumlarını ayı başlıklar altında inceleyeceğiz.

B. Yapı alacaklarının birbirlerine karşı durumu

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 896. Maddesi gereğince: “ Haklar değişik tarihlerde tescil edilmiş olsa bile zanaatkar ve yükleniciler, kanuni ipotekten yararlanma bakımından kendi aralarında aynı sırada sayılırlar”.²⁰⁵ Bir inşaatla çok defa birden çok işçiler ve yükleniciler bulunabilir. O takdirde bunların her biri lehine inşaatçı ipoteği tesisi mümkündür. İşte böyle bir durumda tarih bakımından daha eski olan tesciller lehine bir sıra üstünlüğü söz konusu olamaz; sözü edilen inşaatçıların hepsi (tescil tarihleri farklı olmasına rağmen) aynı sırada yer alırlar ve alacaklarını elde etmek hususunda imkan eşitliğine sahip olurlar. Eşitlik aynı inşaatla çalışan yükleniciler ve işçiler arasındadır; yoksa tüm ipotekli alacaklılarla inşaatçılar elbette eşit olamazlar.²⁰⁶ Aynı yapı faaliyeti için birden fazla tescil edilmiş yapı alacağı varsa, ipoteğin paraya çevrilmesinden sonra ikinci yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı esas itibariyle birinci yapı alacaklısı ipotek hakkına iştirak niteliğinde olduğu için, taksim yapılırken yokmuş gibi sayılacaktır.

TMK m. 896’da kanun koyucu farklı derecelerde dahi olsalar ipotekli inşaat alacaklılarının, ipotek konusu taşınmazın paraya çevrilmesi halinde elde edilen bedelden yararlanmada eşit hakka sahip olduklarını belirtmiştir.²⁰⁷ Doktrinde bu istisnanın nedeni şöyle açıklanıyor: İnşaat kısım kısım ilerleyen bir faaliyettir. Böyle olunca mesela duvarcı ustasının alacağı, camcının alacağından çok önce tescil edilmiş olabilir. İşte bu Kanun aynı inşaatla çalışanlar arasında sırf tarih farkından dolayı bir eşitsizliğe mahal bırakmamak istemiştir.²⁰⁸

²⁰⁵ UYGUR, **Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku**, s.8119; KAHRAMAN, s.130; UYGUR, **İnşaat Hukuku-Cilt 2**, s. 91; Hüseyin Avni GÖKTÜRK, **Türk Medeni Hukuku-Aynı Haklar 4. Kitap**, Ankara: Güney Matbaacılık, 1949, s.1051; AYBAY/HATEMİ,s.285.

²⁰⁶ TEKİNAY, s.88.

²⁰⁷ AKIN, s.761.

²⁰⁸ TEKİNAY, s.88; GÖKTÜRK, s.1051.

Önceki derecedeki inşaatçı ipoteklerinden birinin sona ermesi halinde o derece boş kalacak ve malik dilerse yeni tasarruflarda bulunabilecektir. Ancak takip eden derecedeki inşaat alacaklılarının, rehinin paraya çevrilmesi halinde terkin edilen inşaatçı ipoteğinin alacaklısına düşecek miktara öncelik hakkına dayanarak talepte bulunabilmektedir.²⁰⁹ Kanun koyucunun sağlamış olduğu bu güvence boşalan dereceyi sonradan işgal edecek alacaklıya karşı da talep hakkını koruyarak hak kaybını önlenmektedir.

İpoteğin paraya çevrilmesi halinde elde edilen meblağdan, inşaat alacaklıları, alacakları ile orantılı olarak tatmin edilirler.²¹⁰ Yapı alacaklılarının TMK m. 896'da bahsi geçen haktan yararlanmaları, hepsine eşit bedel verilmesi anlamına gelmez. Burada kast edilen, tüm yapı alacaklılarının elde etmesi gereken miktar ile elde edilen miktar arasındaki oran ne ise alacaklıların da o oranda tatmin edilmesidir.²¹¹

Aynı alacak için birinci ve ikinci yükleniciler ayrı ayrı kanuni ipotek hakkı tescil ettirmiş olabilirler. Bu durumda ipotek paraya çevrildiğinde ikinci yüklenicilere tanınan kanuni ipotek hakkı, esas itibarıyla birinci yüklenicinin ipotek hakkına iştirak niteliğinde olduğu için, taksim yapılırken yokmuş gibi sayılacaktır. Ancak para ödenirken ilk yükleniciden alacağının tamamı değil, ikinci yüklenicilere olan borcu düşüldükten sonra kalan kısmı verilecektir.²¹²

C. Yapı alacaklılarının diğer rehin hakkı sahiplerine karşı durumu

Her yapı ipoteği ilişkin olduğu alacak tutarında belirli bir rehin derecesi alır. Bu ipotek derecesinin sırasını tescil tarihi tespit eder (TMK m.896,1022).²¹³ Tescil edilmiş bulunan kanuni ipotek haklarının sıraları, kendinden sonra tescil edilen rehin hakları üst sıradaki boş derecelere geçmiş bulunmadıkça, sıraya bunlardan önce gelirler. Kanuni rehin haklarıyla beraber başkaca rehin hakları da mevcutsa kanuni ipotek haklarına ipoteğin

²⁰⁹ AKIN, s.762.

²¹⁰ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.982; TEK, s.153; GÜLEŞ, s.184.

²¹¹ REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.149,150; GÜLEŞ, s.180.

²¹² REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.153; AKIN, s.762.

²¹³ UYGUR, **Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku**, s.8119; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.801.

paraya çevrilmesinden düşecek olan bedel bunların işgal ettikleri sıraya göre belirlenir. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla elde edilen bedel bütün kanuni ipotek haklarını karşıladığı alacakların miktarıyla orantılı olarak yapı alacaklılarına dağıtılır.²¹⁴ Malik inşaatçı ipoteğinin tescilinden önce taşınmazın belirli bedeller göstererek rehin hakları ile kayıt altına almışsa bunlardan sonra gelen inşaatçı ipoteği doğal olarak sonraki bir ipotek olacaktır.²¹⁵

İnşaatçı ipoteği, ne sıra ne de serbest dereceden yararlanma bakımından hiçbir imtiyaza sahip değildir. Sıra ve serbest dereceden yararlanma bakımından inşaat alacaklıları da genel hükümlere tabidirler.²¹⁶ Ancak yapı işlerine girilmeden, kötü niyetli malikler tarafından arsa üzerinde yüksek değerlerde rehin hakkı kurulabilir. Tarih olarak eski olan bu aşkın rehinler, sıra yönünden de önde geldiklerinden, yapının bitiminden sonra yapıyla birlikte paraya çevrilmesinden elde edilecek tutar, yapı alacaklılarının haklarını tamamen veya kısmen karşılamayabilir.²¹⁷ Bu nedenlerle kanun koyucu; bir arsa üzerinde bir yapı eseri inşa ederek, arsanın değerini arttıran yapı alacaklılarının, bu yarattıkları ek değerden bir öncelik hakkı tanıyarak zararların öncelikli olarak giderilmesini amaçlanmıştır.

Yapı ipoteğinin sıra bakımından bir önceliği söz konusu değildir. Yapı alacaklılarının bu korumasızlığını bertaraf etmek için kanun koyucu TMK m.897’de öngördüğü şartların oluşması halinde, taşınmazdaki ön sırada bulunan diğer ipotek haklarına göre “taşınmazda yapı ile meydana gelen değer artışı üzerinde” öncelik hakkı tanımıştır. Böylece söz konusu değerden imtiyazlı olarak faydalanma imkanını elde etmiş olmaktadır yapı alacaklıları.²¹⁸

Yapı ipoteğinden önce tescil edilmiş ya da ondan sonra tescil edilmekle birlikte yapı ipoteğine tercih edilen bir derecede bulunan ipotek hakları yapı ipoteğinden önce gelir. Böylece satım bedelinin paylaşılmasında, tarih itibarıyla yapı ipoteğinden önce var olan ipoteklere öncelikle bedel tahsisi yapılır. Yine arazinin iyileştirilmesinde doğan alacak

²¹⁴ GÖKTÜRK, s.1051; TEK, s.153; GÜLEŞ, s.184.

²¹⁵ AKIN, s.762.

²¹⁶ AKIN, s.762; DUMAN, s.1010; GÖKTÜRK, s.1051; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.801.

²¹⁷ BIÇAKÇI, s.562.

²¹⁸ GÜLEŞ, s.188.

için ipotek tescil edilmesinde (TMK m. 877) olduğu gibi öncelik taşıyan bir ipoteğin varlığı durumunda o ipotek öncelikle pay alır.²¹⁹

İşe başlandığı, alakadarların ihbarı üzerine tapu siciline işaret ettirilebilir. Bu takdirde, tescil süresinin sonuna kadar o taşınmazda ipotekten başka şekilde teminat tescil edilemez. İpotek, inşaat alacaklıları için tehlike arz etmez. Zira ipotek adi alacağın temlik yolu ile mümkündür ve temellük eden, temlik edenin bütün hak ve yükümlülüklerini de üstlenmiş vaziyettedir.²²⁰ Bu nedenle öncelik hakkı ona karşıda ileri sürülebilir. İpotekle sağlanan alacağı devralan kişinin hak ve yetkileri, alacağı devreden hak ve yetkilerinin sınırlarını aşamaz.²²¹

Beyanlar mevcut olan bu fiili veya hukuki durumu dışarıya aksettirir. Yani ona aleniyet bahşederler. Bunun tek istisnasını, işçilerin ve yüklenicilerin işe başladıkları tarihin beyanlar sütununa işaret edilmesi teşkil eder. Zira bu tarih işaret edilmediği müddetçe malik taşınmazı üzerinde dilediği türden bir rehin hakkı tesis etme yetkisini saklı tutar. Onun bu tasarruf yetkisi beyan tarihinden itibaren sınırlanır.²²²

II. YAPI ALACAKLILARININ ÖNCELİK HAKKI

Kural olarak inşaatçı (yapı) ipoteğinin daha önce kurulmuş olan iradi ipotek haklarına karşı önceliği yoktur.²²³ İnşaatçı ipoteğinin, taşınmaz üzerinde kurulmuş bulunan aynı haklar karşısında sırası, ipoteğin kurulduğu tarihe göre tayin olur.²²⁴(TMK m.1022/f.1) Ancak yapı alacaklılarının sırası hakkında, TMK m. 896 ve 897’de iki özel hüküm vardır. Bu kanun hükümlerinin ilki yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakları, ayrı ayrı ve çeşitli tarihlerde tescil edilmiş olsa bile, bunlar alacaklarını elde etme konusunda eşit hakka sahiptirler, ikincisi ise; belirli şartlar altında, yapı alacaklısına bir öncelik tanımaktadır.

²¹⁹ GÜLEŞ, s.181.

²²⁰ SAYMEN / ELBİR, s.590; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.234; KAPLAN, 1996, s.163; GÜLEŞ, s.182.

²²¹ ALTAY / ESKİOCAK, s.294.

²²² AKİPEK, s.366.

²²³ DUMAN, s.1010; GÖKTÜRK, s.1051.

²²⁴ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, *Eşya Hukuku*, 2015, s.982.

Bu noktaları ayrıca değineceğiz.²²⁵ Yapı alacaklılarının ön sıralı derecelerdeki diğer alacaklılara karşı korunmasının sebebi ise, malikin, kötü niyetle ön sıralı ipotekler kurarak bunlara zarar vermesini önlemektir.²²⁶

Kanun koyucunun yapı alacaklısını koruma gereği duymuştur çünkü; yapı işleri başlamadan taşınmaz aşırı derecede rehin hakları ile yüklenmişse, normal olarak değer fazlası sıracı önde gelen bu rehinli alacakların karşılanmasına özgülenecektir. Böylece inşaat alacaklıları değer fazlasını kendileri yaratmalarına rağmen, bu fazladan kendi inşaat alacaklarını elde etmekte yararlanamayacaklardır. TMK m.897 bu sonucu önlemek için bazı koşullarla, değer fazlasının, öncelikle yapı alacaklılarına özgülenmesi olanağı sağlamıştır.²²⁷

Esas kaide olarak, inşaatçı ipoteği, bunlara aynı zamanda bir öncelik hakkı vermez. Bununla beraber bu kural mutlak değildir: iyi niyet şartlarının kesin olarak gerektirdikleri hallerde, yani hareketleri ile alacaklarını satış bedelinden daha evvel elde etme hakkını kaybetmiş bulunan ön sıradaki rehinli alacaklara karşı, inşaatçı ipoteği sahiplerini kanun koyucu tarafından imtiyazlı, öncelikli hale getirilmiştir.²²⁸

A. Öncelik Hakkının Konusu

Yapı ipoteği, borç ödenmediği takdirde yapı alacaklısına rehinin paraya çevrilmesi yoluyla alacağını elde etme yetkisi verir. Taşınmaz rehinindeki derece sistemi (TMK. m. 870) ve diğer aynı haklardaki kıdeme öncelik esası, yapı ipoteği bakımından terkedilmiş, alacaklı lehine bir imtiyaz sağlamıştır. Yapı ipoteği alacaklısı öncelik sırasına sahiptir.(TMK m.897)²²⁹

²²⁵ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.222.

²²⁶ AYAN,Cilt-3, s.228.

²²⁷ DUMAN, s.1010; ALTAY / ESKİÖCAK, s.282.

²²⁸ SAYMEN / ELBİR, s.588; UYGUR, **İnşaat Hukuku-Cilt 2**, s.91; TÜRKMEN / KAZANCI / YÜKSEL / ÜNSEV / ERTEN, s.718.

²²⁹ GÜVEN/ESENER, s.605; KAHRAMAN, s.132; TÜRKMEN / KAZANCI / YÜKSEL / ÜNSEV / ERTEN, s.718.

Yapı alacaklılarının meydana getirdikleri eserin taşınmazın değerinde bir artış yaratmasına tabidir. Taşınmaz satış bedeli yapı alacaklılarının, alacaklarını karşılamadığı takdirde, satış bedelinin yapı alacaklarından önce gelen sıradaki rehinli alacaklılara özgülenmesi sonucunu doğuracaktır. TMK m.897, belirtilen adaletsiz sonucu önlemek amacıyla, yapı alacaklılarının inşaatta meydana getirdikleri değerden öncelikle yararlanmalarını öngören özel bir öncelik hakkını yapı alacaklılarına tanımıştır.²³⁰ Öncelik hakkının konusunu, yapı ipoteği alacaklılarının malzeme vererek veya vermeden emek sarf etmeleri sonunda taşınmazda meydana gelen değer fazlasıdır. Bunun dışında kalan sebeplerle taşınmazda meydana gelen değer fazlası üzerinde yapı ipoteği alacaklılarının öncelik hakkı yoktur.²³¹

Yapı alacaklılarının ön sıradaki rehin sahiplerinden istemeye yetkili olduğu bu tazminat, inşaatın paraya çevrilmesinde alacaklarını kısmen veya tamamen alamamaktan ötürü uğradıkları zarar içine alır. Ancak yapı alacaklısının uğradığı bütün zararın tazmin ettirmez.²³²

Spekülatör ve tefeciler bu durumundan faydalanmasını bilirler. Mesela, inşaata başlamadan evvel sırf inşaat alacaklılarını zarara uğratma kastıyla taşınmaz sahibi, 100.000TL'lik bir arazi üzerinde 1.000.000.TL'lik bir ipotek tesis eder. İnşaat yapılır ve arazinin değeri 500.00TL'ye çıkar. İnşaatçıların kanuni ipotek haklarını tescil ettirdiklerini farz edelim. Taşınmazın satışında 600.000TL'lik bedel elde edilse, bu meblağın tamamı birinci sırada bulunan 1.000.000TL'lik ipotek alacaklısına gidecek ve inşaat alacaklıları tescil ettirdikleri kanuni ipotek haklarına rağmen bir şey elde edemeyeceklerdir.²³³ İşte bu yüzden kanun koyucu yapı alacaklılarına bazı şartlar altında öncelik hakkı tanımıştır. Yapı alacaklıları yalnız yapı işlerinin taşınmaza kazandırdığı ek değer üzerinde öncelik hakkına sahiptirler, yapı alacaklısı ipoteğinden en önemli fark da bu noktadır.²³⁴

²³⁰ ALTAY / ESKİOCAK, s.292.

²³¹ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.805.

²³² BIÇAKÇI, s.564; AYBAY/HATEMİ,s.285.

²³³ SAYMEN / ELBİR, s.588.

²³⁴ BAYSAL, s.176.

B. Öncelik Hakkının Kullanılmasının Şartları

Yapı alacaklıları TMK m.897'ye istinaden ön sıradaki rehinli alacaklılara karşı açacakları dava yoluyla öncelik hakkını kullanacaklardır. Lakin davanın açılabilmesi için birtakım şartlar öngörülmüştür. Bunları Objektif ve sübjektif şartlar olmak üzere iki kısımda inceleyeceğiz.

Öncelikten yararlanabilmek için, paraya çevirme ile elde edilen meblağ, taşınmazın yapı işleri başlamadan önceki değerini aşmasına rağmen²³⁵, inşaat alacaklısı, taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda alacağını tamamen veya kısmen elde edememiş olmalıdır. Bu halde, inşaat alacaklısı, taşınmaz, inşaat başladığı andaki değerini aşan rehin hakkıyla yüklenmiş olduğu için zarara uğramaktadır.²³⁶ Bu taşınmazın doğal bir sonucudur ve objektif şart için yeterlidir. Çünkü bu halde, değer fazlasının öncelik hakkı olmasaydı, bu aşkın rehin haklarına gideceği yapı alacaklılarının ise bundan zarar göreceği açıktır.²³⁷

Bu objektif şart gerçekleşmiş olsa dahi öncelikten yararlanmak için bir sübjektif şartın varlığı gerekir: Sıracı önce gelen rehinli alacaklı, rehinin kurulduğu sırada, rehinin inşaat alacaklılarının zararına olacağını bilmeli veya bilmesi gerekmektedir.²³⁸

1. İpoteğin tescilli olması

İnşaat yapılan bir taşınmazda, malzeme temini ya da emek sarfı suretiyle yapı alacaklısı konumunda bulunanların, inşaat yapılan taşınmaz üzerinde tescile tabi kanuni ipotek hakkı bulunmaktadır. (TMK m. 893/1-b.2)²³⁹

Aynı haklarda kural olarak tescil ve kıdeme itibar ilkesi geçerli olup, önce tescil edilen aynı hakkın önceliği söz konusudur. Yapı alacaklısı ipoteği de tescile bağlı kanuni

²³⁵ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, *Eşya Hukuku*, 2015, s.982.

²³⁶ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, *Eşya Hukuku*, 2015, s.983.

²³⁷ BIÇAKÇI, s.563.

²³⁸ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, *Eşya Hukuku*, 2015, s.983.

²³⁹ Furkan OLGAC, *İpotekte Sıra Sistemi Ve Boş Dereceye İlerleme*, Seçkin Yayıncılık: Ankara, 2014, s.77; KAPLAN, 1996, s.163.

ipoteklerdendir. Yapı alacaklısı ipoteğinin koşulları oluşsa bile tescil edilmedikçe ipotek hakkından söz edilemez.²⁴⁰

Tescilin etkisi, kanunen öngörülen belgeler isteme eklenmiş veya geçici tescil halinde belgelerin uygun zamanda tamamlanmış olması koşuluyla, yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinde başlar.²⁴¹ Kanun koyucu, yapı alacaklılarına en müsait ve öncelikli sırayı sağlamak amacıyla tescil süresinin başlangıcını pek erken olarak tespit etmiştir. Bu nedenler, yapı alacaklıları emeklerini harcamayı üstlendiği yani eser sözleşmesini imzaladıkları gündür.²⁴²

Birden fazla yapı alacaklısı varsa tescil süresi her bir alacaklı için alacağın doğmasıyla başlar. Ancak TMK m. 895/2’de tescilin yapılması için azami süre öngörülmüştür. Bu hükme göre, tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılması gerekir. Birden fazla yapı alacaklısı varsa, üç aylık süre her bir alacak için işin tamamlanmasıyla ayrı ayrı işler.²⁴³ Bir yapı alacaklısının sağladığı tescil sırasından , diğerleri de yararlanır. “Kıdeme itibar ilkesi”, en erken tarihli tescil göz önünde tutularak tümü için uygulanır.²⁴⁴

Kanuni ipotekler sadece, yapılan işlem ile ilgili taşınmaz üzerine konabilir. Borçlunun diğer taşınmazları bu ipotek kaydı ile kayıt altına alınamaz. Kanuni ipotek tescilinde tapu kütüğündeki derece sütununa 1,2,3 yazılmayıp kanuni anlamında sadece “K” yazılmakla yetinilir.²⁴⁵

2. Yapı faaliyetinin inşaata değer katması

Ön sıradaki rehinli alacaklıların, haklarını kısmen veya tamamen alamayan inşaatçılara karşı sorumluluğu, inşaat yapılmasaydı taşınmazın veya arsanın kıymeti tutarınca söz

²⁴⁰ ÇABRİ, s.386; TEK, s.160; ALTAY / ESKİOCAK, s.293; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.805; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.233; BIÇAKÇI, s.563.

²⁴¹ UYGUR, **Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku**, s.8119.

²⁴² GÖKTÜRK, s.1050.

²⁴³ ÇABRİ, s.386-387; UYUMAZ, s.245.

²⁴⁴ Hüseyin HATEMİ / Rosa SEROZAN / Abdülkadir ARPACI, **Eşya Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitapevi, 1991, s.743

²⁴⁵ DÖRTGÖZ, s.455.

konusu olmayacak, ancak bu miktarı inşaat sebebiyle aşan değer fazlası ile sınırlı olacaktır.²⁴⁶ Ancak şunu da belirtelim ki, söz konusu bu değer fazlasının yapı işleri dolayısıyla meydana gelmiş olması gerekir. Aksi halde taşınmazın sırf toprak değerinin artması nedeniyle meydana gelen bir değer fazlası üzerinde, yapı alacaklılarının öncelik hakkı söz konusu olamaz.²⁴⁷

Yapı alacaklılarının, yalnız kendi edimlerinin taşınmaza kazandırdığı bu ek değer üzerinde öncelik hakkı vardır. Bunun dışındaki nedenlerle taşınmazın değerinin çoğalmasında, önceliğe yer yoktur.²⁴⁸

Değer artışını bulmak için yapının bitirilmesinden sonra kazandığı değerden, arsanın değeri düşülerek bulunur. İnşaat alacaklılarının edimlerinin getirdiği ek değeri yapının bu edimler olmaksızın taşıdığı değer, rehinin paraya çevrilmesi anına göre belirlenecektir. Çünkü arsanın değerinin yapı tamamlanıncaya kadar çeşitli ekonomik ve sosyal etkilerle artmış olması mümkündür.²⁴⁹

Taşınmaz, değerinden düşük fiyata satılmış ise, satış bedelinden ne kadarının yapı alacaklılarının kattığı değere ve ne miktarının bu değer olmaksızın taşınmazın hesaplanan kıymetine ilişkin bulunduğu orantı kuralı uygulanarak saptanır.²⁵⁰

3. Yapı alacaklısı kısmen veya tamamen alacağını elde edememeli

Taşınmaz rehin hakları ile aşırı derecede yüklü ise, inşaatın bitiminden sonra taşınmazın paraya çevrilmesi durumunda, öncelik ilk sıradaki rehinli alacaklılar tatmin edilecek ve sonra gelen yapı alacaklılarının alacakları kısmen ve belki de tamamen karşılanamayacaktır.²⁵¹

²⁴⁶ TEKİNAY, s.89; ALTAY / ESKİOCAK, s.293; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.982; UYUMAZ, s.249.

²⁴⁷ OĞUZMAN / SELİÇİ, s.879, dipnot 290; BIÇAKÇI, s.562-563; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.233.

²⁴⁸ KARAHASAN, s.225.

²⁴⁹ AKIN, s.764.

²⁵⁰ ALTAY / ESKİOCAK, s.293; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.233.

²⁵¹ BAYSAL, s.175; AKIN, s.763,764; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, 2015, s.983; ÇABRİ, s.390,391; BIÇAKÇI, s.563.

Yapı alacaklısının rehinden alacağını tamamen alamamış olması yeterlidir. Ayrıca borçlunun diğer malvarlığı değerlerine başvurarak, onun hakkında ödeme güçlüğü belgesi (aciz vesikası) alması veya onu iflas ettirmesi gerekmez (İİK m.143).²⁵² İşte bu sebeptir ki TMK m. 896ve 897, yapı alacaklılarını bu durumlarda hem birbirlerine, hem de önde gelen rehin alacaklılarını koruyan hükümler getirmiştir.²⁵³

Bu haktan sadece sıra bakımından kendisinden önce gelen bir rehin hakkının bulunması sebebiyle alacağını tamamen elde edememiş olan yapı alacaklısı değil, yapı alacaklılarının hepsi birden yararlanır. Alacağını alamamış olan bir yapı alacaklısı, kendisine TMK. m. 897 hükmüyle tanınan hakkını, sıra bakımından kendisinden sonra gelen rehin alacaklısına karşı da kullanabilir. Şu şartla ki, bu rehin hakkından önceki sıralı rehin derecelerinden birinde bir yapı ipoteği bulunsun.²⁵⁴ Yani inşaat alacaklılarının, rehinin paraya çevrilmesinde alacaklarının tamamını elde edememiş olmaları gerekir. Zararın varlığını tespit ederken, sicilde kayıtlı alacak ile rehinin paraya çevrilmesinde inşaat alacaklısının elde ettiği meblağın farkını bulmak lazımdır.²⁵⁵ Bu fark yapı alacaklısının öncelik hakkından yararlanmak için açacağı davanın alacağının miktarı oluşturur.²⁵⁶

4. Yapı alacaklısının ön sırasında aşırı rehin yükü kurulmuş olmalı

Taşınmazın paraya çevrilmesi sonucundan alacaklılarının zarara uğraması tek başına öncelik hakkının kullanılması için yeterli değildir. Ayrıca taşınmazın değerinin üstünde rehin edilmiş olması gerekmektedir.²⁵⁷ Arsa değerini aşan bu rehin haklarının mutlaka da yapı başlamadan önce kurulmuş olması gerekmez; yapı devam ederken ve hatta yapının bitiminden sonra kurulmuş olmalarının hiç önemi yoktur. Yeni bir yapı değil de bir

²⁵² KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.233; ALTAY / ESKİOCAK, s.293; s.763,764; GÜLEŞ, s.196; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.803; ÇABRİ, s.390,391; BIÇAKÇI, s.563.

²⁵³ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.801.

²⁵⁴ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.803.

²⁵⁵ SAYMEN / ELBİR, s.589.

²⁵⁶ AKIN, s.764.

²⁵⁷ REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.178; ÇABRİ, s.389; ALTAY / ESKİOCAK, s.293; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.233.

onarım veya ek bir yapı söz konusu ise, sadece arsa değeri değil, fakat arsanın üzerinde mevcut eski yapı ile birlikte değeri göz önünde tutulmalıdır.²⁵⁸

İnşaat işlerine başlamadan önce, inşaat yapılmakta olan taşınmaz başka rehin hakları ile yüklenmiş olabilir. Yapı alacaklısı ipoteğinin sırası genel kurala göre, yani tescil tarihine göre belirlendiğinden, taşınmaz rehin hakları ile aşırı derecede yüklü ise, yapı alacaklısının ipotek hakkından faydalanmaması sonucu bile doğabilir.²⁵⁹ Yapı alacaklılarının ön sıradaki rehin sahiplerinden istemeye yetkili olduğu bu tazminat , inşaatın paraya çevrilmesinde alacaklarını kısmen veya tamamen alamamaktan ötürü uğradıkları zararı içine alır.²⁶⁰

Öncelik hakkını kullanırken ön sıradaki alacaklılar tapu sicilinin aleni olduğunu (TMK m. 1020) ve bu nedenle yapı alacaklısının işe başladığı sırada önceki sıradaki rehinli alacaklıların bulunduğunu bildiği şeklinde bir defî ileri süremezler.²⁶¹

5. Ön sıralı derecelerdeki rehin alacaklılarının iyiniyetli olmaması

Ön sıradaki alacaklı rehin hakkını tescil ettirirken inşaatçıların ileride zarar göreceklarini bilmeli veya bilebilecek durumda olmalıdır. Bu koşul, ön sıradaki rehinli alacaklının, rehin hakkı kurulurken, taşınmaz üzerinde inşa edilecek yapıdan dolayı meydana gelecek değer fazlasının kısmen veya tamamen ön sırada bulunan rehin haklarından dolayı yapı alacaklısının alacağına engel olacağını göz önünde bulundurması anlamına gelmektedir.²⁶² Düşüncenin ölçüsü; ön sıradaki rehinli alacaklıların, rehin tesis ettikleri anda, inşaat alacaklılarına uğrattıkları zararı görebilmelidirler.²⁶³

Sözü edilen bilgiye sahip olmayan veya olacak durumda bulunmayan alacaklıya karşı inşaatçıların imtiyaz hakkından (öncelik hakkından) yararlanmaları mümkün olmaz. Malik veya kanuni ipotekten yararlanan inşaatçılardan herhangi biri Tapu Sicil

²⁵⁸ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.803.

²⁵⁹ BAYSAL, s.175; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.233.

²⁶⁰ BIÇAKÇI, s.564; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, *Eşya Hukuku*, 2015, s.983; AYBAY/HATEMİ,s.285.

²⁶¹ AKIN, s.765, BIÇAKÇI, s.563.

²⁶² ALTAY / ESKİOCAK, s.293; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.804; ÇABRİ, s.392; UYUMAZ, s.250.

²⁶³ SAYMEN / ELBİR, s.589.

Müdürlüğüne bir bildirimde bulunarak, inşaatın başladığını tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydettirebilir.²⁶⁴ Bu beyan sayesinde tapu aleniyeti prensibinin doğa sonucu olarak beyan tarihinden sonraki rehin alacaklıları iyi niyet iddiasında bulunamayacaklardır.

Ön sıralı derecelerdeki rehin alacaklılarının, yapı dolayısıyla meydana gelecek değer artışı göz önünde tutmuş olmaları halinde de iyi niyetli olmadıkları kabul edilir.²⁶⁵ Ayrıca ön sıradaki alacaklılar tapu sicilinin alenilik ilkesini öne sürerek, yapı alacaklısının daha işe başlarken taşınmaz üzerindeki rehin haklarını gördüğünü itiraz olarak öne süremezler. O halde kurduğu rehin hakkıyla, taşınmazın toprak değerini aşmayan bir değer için sınırlayan veya duruma göre gerekli bütün özeni göstermesine rağmen, toprak değerinin aşılmadığını sanan kimse iyi niyetlidir.²⁶⁶ Ön sıralı rehin alacaklılarının iyiniyetli olmadıklarını ispat yükü, TMK. m. 3 gereğince yapı alacaklılarına düşer.²⁶⁷

Taşınmaz malikleri genelde, büyük bir harcamayı gerektiren inşaat işlerinde aldıkları inşaat kredisi ile finanse etmektedirler. Kredinin inşaatın finansmanı dışında bir amaçla kullanılması halinde bir başka deyişle taşınmazı rehin tesisi sırasındaki değerine göre toprak değerinin üstünde takyit ettiğini bilen veya bilmesi gereken önceki sıradaki alacaklı, inşaat masraflarından başka bir sebeple kredi vermiş ve inşaatın yapılması söz konusu bulunmamış olsa dahi yüklenici ve işçilere zarar vereceğini biliyor sayılır dolayısıyla TMK m.897'ye dayanılarak dava açılabilir. Ancak önceki sıradaki alacaklının inşaatın finansmanı amacı ile verdiği kredinin TMK m.895 uyarınca ipotek haklarını tescil ettirmiş yapı alacaklılarına tahsis edilmiş olması halinde “Yapı alacaklılarına zarar vereceğini bilmesi veya bilmesi gerekmesi” şartı gerçekleşmemiş olacaktır. Bu nedenle kredi veren alacaklıya karşı TMK m.897'ye dayanılarak dava açılmayacaktır. Davaya muhatap olmamak için, ön sıradaki rehinli alacaklıdan alınan inşaat kredisinin tamamının

²⁶⁴ TEKİNAY, s.90.

²⁶⁵ REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.189. Ayrıca bk. SAYMEN / ELBİR, s.636.; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.804; KAPLAN, 1996, s.163; AYBAY/HATEMİ,s.285.

²⁶⁶ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.233, BIÇAKÇI, s.563-564; AKIN, s.766.

²⁶⁷ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.804; ÇABRİ, s.393; GÜLEŞ, s.200.

değil, sadece toprak değerini aşan kısmının yapı alacaklısına tahsis edilmiş olması yeterlidir.²⁶⁸

Ön sıradaki iyi niyetli olmayan rehinli alacaklılar, alacaklarını devir ederlerse onların bu haklarını devir alan alacaklılar da, yapı alacaklılarının öncelik haklarına TMK m. 897/1'deki sınırlar içinde katlanmak zorundadır. Bunların iyi niyetli olmaları durumu değiştirmeyecektir. Bu nedendir ki TMK m. 897/3 gereğince yapı sahibine işe başladığı tapuya şerh edilmişse, ipotekten başka (ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde) rehin tesisi yasaklanmıştır.²⁶⁹

İrad senetlerini veya ipotekli borç senetlerini,3.kişilere malı devreden eden ön sıradaki rehinli alacaklılar, inşaat alacaklılarına karşı, temlik sebebiyle mahrum kaldıkları miktarlardan sorumlu olmaya devam ederler. Bunlar iyi niyet sahibi temlik alanlara müracaat edemezler ise de, temlik edene karşı hakları devam etmektedir.²⁷⁰

D. Bu Hakkın Kullanılması İçin Açılan Davaların Hukuki Niteliği

Taşınmazda inşaat dolayısıyla oluşan değer artışından yararlanmak için dava açılması gerekir ve bu davanın yapı alacaklarının lehine sonuçlanması halinde söz konusu değer bu kimselere tahsis edilir.²⁷¹ Dava konusu taşınmaz satıldığında icra memuru taşınmaz üzerinde rehinli alacaklıları, rehinin bulunduğu dereceye göre sıraya koymak ve elde edilen bedeli bu sıraya göre paylaşmak zorundadır. İcra memurunun takibin konusu alacakların maddi bakımdan mevcut olup olmadığını veya öncelik hakkına sahip bulunup bulunmadığını bilmesi veya bu yönde değerlendirmede bulunması mümkün değildir. İşte bu halde yapı alacaklısının öncelik hakkını nasıl işeri sürebileceği sorunu çıkmaktadır.²⁷²

Yapı alacağı ipoteğinde öncelik hakkının kullanılışıyla ilgili kanunda açıkça belirtilmemesi doktrinde hakkın ne zaman kullanılacağıyla ilgili ve öncelik hakkının

²⁶⁸ AKIN, s.766; ÇABRİ, s.393,394; REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.189-197,207.

²⁶⁹ TMK m. 897 gerekçesidir; KAPLAN, 1996, s.163; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.805.

²⁷⁰ SAYMEN / ELBİR, s.591; ALTAY / ESKİOCAK, s.295; BIÇAKÇI, s.565.

²⁷¹ GÜLEŞ, s.200; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.985; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.806; NOMER / ERGÜNE, s.369.

²⁷² ÇABRİ, s.401.

hukuki mahiyetiyle çeşitli görüşlere sebebiyet vermiştir. Öncelik hakkının zaman bakımından ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesinden önce ve sonra kullanılabilir.

İpoteğin Paraya Çevrilmesinden Önce yapı alacaklısı Öncelik Hakkı Kullanılacak ise İİK 151 ve 142'e göre şikayet veya itiraz hakkını kullanabilir. Yapı alacaklısının İtirazı sadece sıraya ilişkinse Şikayet yoluyla icra tetkik merciine başvurabilir. Lakin yapı alacaklısının itirazı sıra cetveline itirazla beraber esas ve bedele ilişkinse genel yetkili mahkemede sıra cetveline itiraz davası açacaktır. Şikayet veya itiraz yolunu seçen yapı alacaklısı sıra cetveline itiraz süresi içerisinde bu hakkını kullanmalıdır.

İpoteğin paraya çevrilmesinden sonra da yapı alacaklıları öncelik hakkını kendilerinden önceki sırada yer alan rehin hakkı sahiplerine karşı dava yoluyla kullanabilirler.²⁷³ Öncelik hakkının kullanılması için açılan davaların hukuki mahiyeti ile ilgili doktrinde baskın olan görüşler; haksız fiilden kaynaklı bir tazminat davası olduğu görüşü, İİK M.280 gereğince bir iptal davası olduğu görüşü ve İİK M.142 gereği sıra cetveline itiraz davası olduğu görüşüdür.

1. Haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası olduğu görüşü

Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Davası Olduğu Görüşü²⁷⁴; yapı alacaklısı öncelik hakkına dayanarak ön sıradaki rehinli alacaklıya karşı TBK 72/1'e göre haksız fiil niteliğinde alacak davası açması gerektiğini ve yapı işlerinin taşınmaza kazandırdığı değer fazlasının kendisine ödenmesini talep hakkı olduğunu belirtmektedir.²⁷⁵

Kanun, belirli şartla, inşaattan oluşan kıymet fazlasını açık olarak inşaat alacaklılarına özgülemek istemiş, böylece ön sıradaki alacaklılara, taşınmazı toprak kıymetinin üstünde kayıt altına almama zorunluluğu yüklemiştir. Ön sıradaki alacaklılar bu zorunluluğa

²⁷³ NÖMER / ERGÜNE, s.369.

²⁷⁴ Bu görüşü savunan başlıca yazarlardan bahsetmek gerekirse; REİSOĞLU; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR.; AKIN; UYUMAZ; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI.

²⁷⁵ REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.207; ÇABRİ, s.401; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.806

kusurlarıyla uymazlar ve bundan da bir zarar meydana gelirse, haksız fiilden bahis olunur.²⁷⁶

Haksız fiili tanımlamamız gerekirse; müsbet bir hareketle başkasının hakkına yapılan tecavüzdür, fakat davalı, bazı kimse ve mallara korumakla veya bir tehlikeyi bertaraf etmek için harekette bulunmakla sorumlu kılınmış ise haksız fiil ihmalden de ibaret olabilir. Haksız fiil mutlaka sübjektif bir hakka tecavüzdür ibaret değildir. Kendi kusuru ile hukuk rejiminin emrini ihlal eden kimse zarar görenin sübjektif bir hakkı söz konusu olmasa bile sebebiyet haksız fiile uğrayan kişinin zararı tazmin ile sorumludur.²⁷⁷

Kanunda açıkça haksız fiilden kaynaklanan bir tazminat davası öngörülmemiştir. Ancak bu dava satış bedelinin ön sıradaki rehinli alacaklıya verilmesi halinde yapı alacaklısının ön sırada bulunanlara karşı açabileceği alacak hakkına dayalı haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası olarak nitelendirmek mümkündür.

Öncelik talebinde bulunan yapı alacaklısı, ipoteğin paraya çevrilmesi sonucu alacağın tamamıyla kavuşamayıp bir zarara uğradığını öğrenmektedir. Bu zararın da haksız olarak kendi yarattığı katma değerden faydalanan ön sıradaki alacaklıları tarafından gerçekleştiğini de bilmektedir. Dolayısıyla zararın ve failin öğrenilmesiyle; haksız fiilin gerçekleşmesi aynı zamana denk düşer.²⁷⁸

Öncelik hakkına sahip yapı alacaklısı, yapı işlerinin taşınmaza kazandırdığı değer fazlasının kendisine ödenmesi konusunda bir alacak hakkına sahip olur, bu hak TBK 72/1'e göre 2 yıl ve 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Satış bedelinin paylaşılması anı, haksız fiilin ve failin öğrenilmesi anı olacağından bu tarihten itibaren 2 yıl dava açılması gerekir.²⁷⁹

2. İİK M.280 gereği iptal davası olduğu görüşü

²⁷⁶ REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.208.

²⁷⁷ Andreas VON THUR, **Borçlar Hukuku**, Ankara: Olguç Matbaası, 1983, s.362-368

²⁷⁸ TEK, s.161.

²⁷⁹ ÇABRİ, s.401,409; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.806; REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.207; AKIN, s.766; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s.743

İptal davası olduğunu savunan yazarlara göre²⁸⁰; yapı alacaklısının öncelik hakkını İİK m.280 ile benzerlik gösterdiği, yapı alacaklısının öncelik hakkını, yapı işlerinin taşınmaza kazandırdığı değer fazlası ölçüsünde, evvelki sırada bulunan rehin hakkı sahiplerine karşı bir iptal davası açmak yoluyla kullanılabilir. Bu dava, ancak taşınmazın paraya çevrilmesinden sonra açılabilir. Çünkü ancak bundan sonra, yapı alacaklılarının zarar görüp görmedikleri ve uğradıkları zararın miktarının ne olduğu anlaşılabilir.²⁸¹

Cebri icra takibine özgü “iptal davası” (actio pauliana) da, alacaklıya, borçlusunun mal kaçırma amacıyla gerçekleştirdiği “hileli” (özellikle ivazsız) tasarruflarla üçüncü kişiye kazandırdığı eşyayı üçüncü kişiden alarak, tüm alacaklılar yararına cebri icra sürecine katma olanağı sağlamaktadır.²⁸² İptal davası, borçlunun aczinin kesinleşmesi veya iflasın açılmasından önceki dönemde yaptığı bağışlamalar ve hileli tasarrufları üçüncü kişilere yaptığı hileli devir ve geçirmelerin iptal edilmesi sonucu yokluğuna hükmedilmesi sonucu yokluğuna hükmedilmesi ve alacaklıların alacağına kavuşmasını sağlayan özel bir davadır.²⁸³

İptal davası için hem borçlu olan taşınmaz malikinin malvarlığının borçlarını karşılamaya yetmemesi, hem de tarafların alacaklıya zarar verme kastının bulunması gerekmektedir.²⁸⁴ Hal böyleyken İİK m. 44 ve 280’e aykırı şekilde bir devir bulunması durumunda, devir, yapı alacaklılarına karşı geçerli olmayacak; yapı alacaklı da, halen borçlunun malvarlığında bulunan taşınmazın paraya çevrilmesi sonucu elde edilen bedelden yapı alacağını talep edebilecektir.²⁸⁵

İİK m.280 gereği iptal davası olduğu görüşüne göre; yüklenici ve işçilerin ön sıradaki alacaklılara karşı sahip oldukları dava hakkı, haksız fiile dayanan bir dava hakkı değildir.

²⁸⁰ Bu görüşü savunan başlıca yazarlardan bahsetmek gerekirse; KÖPRÜLÜ / KANETİ, BIÇAKÇI; GÜLEŞ, ALTAY / ESKİOCAK,

²⁸¹ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.235; BIÇAKÇI.

²⁸² Rona SEROZAN, **Eşya Hukuku 1**, İstanbul:Filiz Kitapevi, 2014, s.34.

²⁸³ Nizam İPEKÇİ, **İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh)**, İstanbul: Arıkan yayınları, 2007, s.905.

²⁸⁴ ÇABRİ, s.402.

²⁸⁵ Hakan PEKCANTEZ / Oğuz ATALAY / Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN / Muhammet ÖZEKES, **İcra ve İflas Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010, s.708; T.C. YARGITAY 23. HD, T:11.09.1997, E/K:4917/4989 (YKD 1999/11, s.1574); T.C. YARGITAY 21. HD, T:26.05.1998, E/K:3550/3902 (YKD 1999/11, s.1576)

Haksız fiillere ilişkin zamanaşımına tabi olmaz. Bu dava hukuki mahiyeti itibariyle İİK m. 280 gibi iptal davasıdır.²⁸⁶

İptal davasında bağışlamalar için iki yıllık; hileli tasarruflar yönünden beş yıllık bir dava açma oneli kabul edilmiştir.²⁸⁷ İptal davası aynı değil; şahsi bir davadır; zira temelinde alacak hakkı yatmaktadır. İptal davası, genel mahkemelerde açılan bir eda davası niteliğindedir.²⁸⁸

Haciz yoluyla takip sonucu açılacak iptal davasında görevli mahkeme, davacının (alacaklının) elindeki aciz belgesinde belirtilen, ödenmemiş alacak tutarı ile tasarrufa konu mal ve hakkın değerinden hangisi daha az ise ona göre belirlenir. Buna göre sulh veya asliye hukuk mahkemesi görevli olacaktır.²⁸⁹

Taraflar aralarındaki inşaat sözleşmelerinde, tahkim kaydı ve yetkili mahkeme kaydı öngörülmemişse, TTK'nın 5.maddesi gereğince her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili davalar da tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemeleri yoksa asliye hukuk mahkemeleri görevlidir. HMK m.5 maddesindeki genel yetki kuralına

²⁸⁶ REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.206.

²⁸⁷ İPEKÇİ, s.911.

²⁸⁸ PEKCANTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s.698.

²⁸⁹ PEKCANTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s.710;

T.C YARGITAY 15. Hukuk Dairesi Esas: 2014 / 483 Karar: 2014 / 844 Karar Tarihi: 11.02.2014 “6102 sayılı TTK'nın 4/1 maddesinde ticari davalar tanımlanmış ve sayılmıştır. Bu maddeye göre her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları, ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işleri ve tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın aynı maddenin (a), (b), (c), (d), (e) ve (f) bentlerinde sayılan davalar ticari dava sayılır. Bu maddeye göre bir davanın ticari dava sayılabilmesi için ya tarafların her ikisinin tacir olması ve uyuşmazlığın her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğması, ya ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi olması, ya da açılan davanın maddede 6 bent halinde sayılan davalardan olması gerekir. Taraflardan biri tacir değilse veya tacir olmasına rağmen uyuşmazlığın ticari işletmeyle ilgisi yoksa ticari davanın varlığından söz edilemez. 6102 sayılı TTK'nın 124/1 maddesinde kooperatifler ticaret şirketleri arasında sayılmış ise de, aynı maddenin 2. bendinde kooperatifler şahıs şirketleri ve sermaye şirketleri arasında gösterilmemiştir. TTK'nın 124. maddesinin 1 ve 2. bentleri ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesi birlikte değerlendirildiğinde yapı kooperatiflerinin ticaret şirketi olmadığı, sosyal niteliği ağır basan kendine özgü bir ortaklık olduğu anlaşılmaktadır. Benzer hükümler, 6762 sayılı eski TTK'da da bulunmasına rağmen (md 18, 136), Yargıtay'ın kararlılık kazanan uygulamasında yapı kooperatifleri tacir olarak kabul edilmemiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere, davalı yapı kooperatifi olup tacir niteliği taşımadığından, dava konusu da kanunda özel olarak düzenlenen hallere girmediğinden 6102 sayılı TTK'nın 4/1 maddesi hükmünce davayı ticari dava saymak ve asliye ticaret mahkemesini görevli kabul etmek mümkün değildir. **Görevli Mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi Olduğundan** mahkemece işin esasının incelenmesi gerekirken, davanın niteliğinde ve görevli mahkemenin tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde mahkemenin görevsizliği nedeniyle davanın usulden reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.”

göre davalı gerçek veya tüzel kişinin yerleşim yeri veya sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesidir.²⁹⁰

3. İİK M.142 gereği sıra cetveline itiraz davası olduğu görüşü²⁹¹

Öncelik hakkının kullanılmasının hukuki niteliğinin İİK m. 142 gereğince sıra cetveline itiraz niteliğinde olduğu görüşü doktrinde öne sürülmüştür. Hak sahibi sıra cetveline itirazı şikayet veya dava yoluyla kullanabilmektedir. ²⁹² Esasen iki ana itiraz yolundan söz edilmektedir. Bundan birincisi, aslında İİK m.18’de ifadesini bulan şikayet yoludur. Diğeri ise bir alacaklının , diğer bir alacaklının alacağına hiç yada sıra cetvelinde gösterildiği miktarda olmadığı iddiası ile açabileceği “dava” dır.²⁹³

Sıra cetvelinin düzenlenmesi için birden fazla alacaklının bulunması ve borçlunun malvarlığının satılması sonucunda elde edilen para ile tüm alacaklıların alacağına ödenmemesi gerekir. İmtiyazlı alacaklılar öncelikli olarak tatmin edilir, eğer geriye para kalmış ise, imtiyazsız alacaklılar arasında ve alacakları oranında paylaşılır. Bir önceki sırada bulunan alacaklı veya alacaklılar alacaklarını tamamen almadıkça sonra gelen sıraya ödeme yapılmaz. Ancak özel kanunlarda imtiyazlı olduğu belirtilen alacakların tümü ödenmedikçe sıradaki imtiyazsız alacaklılara ödeme yapılmaz.²⁹⁴ Eğer ipoteğin paraya çevrilmesi sonucu bütün alacaklar ödenebiliyorsa sıra cetveli düzenlenmez.

Sıra cetvelinin düzenlenmesi için bir süre ön görülmemiştir. Ancak satışı yapan icra müdürünün muhafaza ve satış giderlerini ayırarak veya ayırmayarak ihalenin kesinleşmesini beklemesi ve bunun ardından derhal ilk haczi koyan icra müdürlüğüne

²⁹⁰ İbrahim KAPLAN, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku**, Ankara:Yetkin Yayınları, 2019, s.284.

²⁹¹ T.C. YARGITAY 19. HD, T:27.10.2013, E:2010/9823, K:12106; T.C. YARGITAY 23. HD, T:06.10.2011, E:2011/821, K:863.

²⁹² Sezer ÇABRİ,s.402; Adnan DEYNEKLİ / Sedat KISA.

²⁹³ Cemal Fazıl KARAKAŞ, **Sıra Cetveline İtiraz Davalarında Alt Sıradaki Alacaklıya Yönelik İddialar ve Karşı Davalarda Hukuki Yarar Sorunu**, Adana Barosu Dergisi, Sayı:7, 2009, s.16, 17; DEYNEKLİ / KISA, s.104.

²⁹⁴ PEKCANTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s.345.

satış tutarını göndermesi; ilk haczi koyan icra müdürünün de derhal alacaklılara ait bilgileri toplaması ve sıra cetveli yapması gerekir.²⁹⁵

Alacakların detaylı biçimde gösterilmesinden sonra derecelerin ne şekilde olduğu ve hangi alacaklıya hangi sebeple öncelik verildiği belirtilmeli; isabet eden tutarlar net olarak yazılmalıdır. İcra müdürünün hacze iştirak talebini red veya kabul ettiği ancak sıra cetvelinin tebliği ile anlaşılır.²⁹⁶

Sıra cetveline karşı sıra cetvelinin tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde icra mahkemesinde şikayet veya genel yetkili mahkemede itiraz yoluna başvurulabilir.²⁹⁷ Cetvelin sonunda yasa yolları (İİK142) gösterilmelidir.²⁹⁸

Yapı alacaklısının öncelik hakkına ilişkin talebin İİK m.151 ve 142 hükümlerine göre sıra cetveline şikayet süresi içerisinde ileri sürülebileceğine ilişkin görüş, ipotekli taşınmazın paraya çevrildiği, ancak henüz paraların dağıtılmadığı hallerde başvurulabilecek bir yoldur.²⁹⁹ Yapı alacaklısının öncelik hakkını etkin kullanabilmesi için taşınmazın satışından elde edilen bedelin paylaştırılmadan önce hakkın ileri sürülmesini veya yapı alacaklısının hakkının en azından açılan dava sonuçlanıncaya kadar dağıtımının engellenmesi gerekir.³⁰⁰

Taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen bedelin paylaştırılmadığı sürece ön sıradaki rehinli alacaklıya karşı öncelik hakkına dayanarak dava açılmaz. Öncelik hakkı,

²⁹⁵ Cemal Fazıl KARAKAŞ, **Haciz Sıra Cetvelinin Şekli**, Prof.Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara:Adalet Yayınevi, 2009, s.304.

²⁹⁶ T.C. YARGITAY 19. HD, T:28.05.2002, E/K:2002/152-4049; ALTAY, s.232; KARAKAŞ, **Haciz Sıra Cetvelinin Şekli**, s.307.

²⁹⁷ PEKCANTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s.345; DEYNEKLİ / KISA , s.102.

²⁹⁸ T.C. YARGITAY 19. HD, T:28.05.2002, E/K:2002/152-4094; “Sıra cetveli düzenlenirken, ipotekli alacaklılar ile haciz uygulayan diğer alacaklıların İİK’nın 151. Maddesi uyarınca sıra cetvelinde gösterilmesi gerekmektedir. Anılan madde, rehin bedelinin alacaklılar arasında paylaştırılmasında ödemeye yetmemesi halinde, icra müdürlüğüne aynı yasanın 206. Maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre sıra ve payların tayin olunacağı, 141, 142 ve 144. Maddelerin burada da uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Diğer bir anlatımla ipotekli alacaklıların yanı sıra diğer alacaklılara da sıra cetvelinde yer verilmesi suretiyle adı geçen sıra diğer alacaklılara da sıra cetveline itiraz etme olanağı da sağlanmış olmaktadır.” (UYAR, s.11009; KARAKAŞ, **Haciz Sıra Cetvelinin Şekli**, s.307.)

²⁹⁹ ÇABRİ, s.404.

³⁰⁰ ÇABRİ, s.404.

taşınmazın paraya çevrilmesi sonucu elde edilen bedelin paylaşılmasından önce veya sonra kullanılabilir. Öncelik hakkının paylaşılmasından önce kullanılması halinde yapı alacaklısının sıra cetveline karşı şikayet yoluna başvurularak da kullanılabilir. Sıra cetvelinin oluşturulması ve taşınmazın satışından elde edilen miktarın rehinli alacaklının alacağını karşılamaması, öncelik hakkının kullanılması için yeterlidir.³⁰¹

Sıra cetvelinde; yasal olarak tanınan öncelik hakkını kullanamazlarsa şikayet yolu ile cetvelin düzeltilmesi için tetkik merciine başvurabilirler. Alacaklı alacağın rehinli olduğunu bu sebeple öncelikle ödenmesi gerektiğini de ileri sürebilir.³⁰²

Davacının kendi alacağının miktarına yönelik başvurabileceği iki durum düşünülebilir. Davacı eğer takip dosyasındaki alacak hesabının icra müdürünce hatalı(eksik) yapıldığı düşüncesinde ise, şikayet yolu ile icra mahkemesine başvurmalıdır. Eğer sıra cetvelindeki alacağının eksik gösterilmesi, icra müdürünün icra hukuk işlemlerini hatalı yapmasından değil, maddi ilişkin sebeplerden (borçlunun harici ödeme belgesi sunması vs. gibi) kaynaklanıyorsa, dava yolu ile genel mahkemelere başvurmalıdır.³⁰³

Alacaklının itirazı, itiraza konu ettiği alacağın esas ve miktarına ilişkin olmayıp, sadece sırasına ilişkin ise, bunu şikayet yoluyla icra tetkik merciine sunulması gerekir. Şikayet ise, icra ve iflas dairelerinin yolsuz işlemleri hakkında ilgililere icra tetkik merciine başvurularıyla bu yolsuz işlemin kaldırılması veya düzeltilmesi imkanını tanıyan İİK 4,16,17,18 ve 22. maddelerinde düzenlenmiş bir yasa yoludur. Bu özelliği itibariyle şikayet olunan, şikayete konu işlemi yapmış olan icra ve iflas dairesidir.³⁰⁴

Bu görüşe göre doğrudan sıra cetveline itiraz için dava yolu tercih edilmişse; davanın İİK m.151 ve 142 hükümlerine göre sıra cetveline itiraz süresi içerisinde açılabileceğini ifade etmektedir. İİK m.142 hükmünce sıra cetveline itiraz hakkı olan alacaklılar alacakları cetvele yazılmayan, kaydedilmeyen ya da alacaklarının tutarı ile yazılış sırası bakımından

³⁰¹ ÇABRİ, s.394; UYUMAZ, s.253.

³⁰² DEYNEKLİ / KISA, s.110

³⁰³ KARAKAŞ, **Sıra Cetveline İtiraz Davalarında Alt Sıradaki Alacaklıya Yönelik İddialar Ve Karşı Davalarda Hukuki Yarar Sorunu** s.17.

³⁰⁴ DEYNEKLİ / KISA, s.104.

hakları zarara uğrayan alacaklılardır.³⁰⁵ İcra dairesi t taşınmazın paraya çevrilmesiyle elde edilen bedelin yapı ipotek alacaklılarını karşılamaya yeterli olamayacağını anlayınca, onlara dava açma haklarını kullanmak üzere on günlük süre verir. On gün içinde davanın açılmaması, onların bu hakkını ortadan kaldırmaz.³⁰⁶

İddialar davacının alacağının esas ve miktarına ilişkin ise davalı alacaklının zaten üst sırada olması ve alacağını ispatlayarak hukuki durumunu koruyacağını tabii bulunması karşısında kural olarak üst sırada bulunanın alt sırada bulunan alacaklıya karşı dava açmasında hukuki yarar yoktur.³⁰⁷

İİK m. 142 gereğince, itiraz alacağın esasına ve tutarına ilişkin değilse salt sıraya itiraz ediliyorsa şikayet yöntemiyle icra mahkemesince çözümlenir. Haciz ve ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takiplerde sıra cetvelini düzenlemeye yetkili icra müdürlüğü paylaşmayı yapan icra müdürlüğüdür. İİK m. 142 hükmünce takibin icra edildiği yer mahkemesinde anılan icra müdürlüğünün (Paylaştırmayı yapan) bulunduğu yer mahkemesidir.

Sıra cetveline itiraz davasında görevli mahkeme, dava konusu yapılan alacağa göre değil, o alacağın sıra cetveline göre düşen hissesinin miktarına göre belirlenir. Yetkili mahkeme ise, icra takibinin yapıldığı ve sıra cetvelini düzenleyen icra dairesinin bulunduğu yer mahkemesidir (İİK 142/1).

İflas yöntemiyle yapılan takiplerde paylaşırma ve sıra cetveli düzenlemesi İİK 218,232,241 hükmünce iflas idaresine aittir. Bu sebeple, sıra cetveline ilişkin şikayetlerin de bu iflas idaresinin bağlı bulunduğu icra mahkemesince çözümlenmesi gerekir.³⁰⁸ Ancak bu durum ödemeyi çok geciktirdiğinden 4949 sayılı kanunla yapılan değişiklikle İİK 142/a maddesine sıra cetveline göre hak sahibine tahsil imkanı sağlanmıştır. Şöyle

³⁰⁵ İPEKÇİ, s.663; ÇABRİ, s.402.

³⁰⁶ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.806; ÇABRİ, s.403.

³⁰⁷ T.C. YARGITAY 19.HD. T:15.09.2005, E/K:5538-8659; KARAKAŞ, **Sıra Cetveline İtiraz Davalarında Alt Sıradaki Alacaklıya Yönelik İddialar Ve Karşı Davalarda Hukuki Yarar Sorunu**, s.15,16,21.

³⁰⁸ İPEKÇİ, s.663.

ki; Şikayet veya itiraz yoluna başvurulmuşsa, bu başvuruya ilişkin tebligatı alan ve sıra cetvelinde hak sahibi görünen her alacaklı, bir bankanın kesin teminat mektubunu dosyaya ibraz ederek mevcut sıra cetveline göre payına düşen meblağı tahsil edebilmektedir (İİK 142/a,1).³⁰⁹

Değerlendirme ve Kanaatimiz;

İİK m. 151 ve 142 hükmüne göre öncelik hakkının kullanılması için yapı alacaklısı sıra cetveline itiraz etmesi gerektiğine ilişkin görüş bulunmaktadır. Sıra cetveline şikayet süresi içerisinde hakkın kullanılması gerektiğini öngörmektedir. Ancak her zaman yapı alacaklısı ipoteğin paraya çevrilmesinden önce haberi olmayabilir. Bu noktada eğer ipotek paraya çevrilmiş ve sıra cetveline göre elde edilen bedelin dağıtılmış olması noktasında yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik hakkının kullanılması imkansızlaşmaktadır. Yapı alacaklısı kendi eylemleri neticesinde yapıda oluşan değer artışına kavuşması imkansızlaşmaktadır. Bu görüşe göre satış bedelinin dağıtılması sonrası yapı alacaklısının hangi hukuki yola başvuracağı sorusunu cevapsız bırakmaktadır.

İİK m. 280 gereğince iptal davası olduğu görüşü neticesinde davalı (borçlu)'nın mal varlığı borcu karşılamaya yetmemeli ve iptali istenen işlemin alacaklılara zarar verme kastıyla yapılması gerekmektedir. Fakat bu şartlar yapı alacaklısı ipoteği sahibinin öncelik hakkını kullanmasında aranmamaktadır. Ayrıca yapı alacaklısının amacı kendinden önce gelen ipotekli alacakların gerekçesi olan işlemin iptali değildir. Yapı alacaklısının arzusu taşınmaza katmış olduğu değer artışından alacağının öncelikle tahsilidir. Kanundan kaynaklanan bu alacak hakkı tüm taşınmazın üzerinde bir hakimiyet öngörmemektedir.

Bir başka görüş ise tescile tabi kanuni ipotek haklarından yapı alacaklısı ipoteğinin sağlamış olduğu öncelik hakkını kullanmasının engellenmesinin yapı alacaklısına karşı haksız fiil oluşturduğu ve taşınmazda yarattığı kıymet fazlası nispetinde de haksız fiilden kaynaklı alacağını tazmin etme hakkı olduğunu kabul etmektedir.

³⁰⁹ PEKCANTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s.346; DEYNEKLİ / KISA, s.106.

Bu görüş öncelik hakkı sahibi yapı alacaklısının; icra mahkemesine şikayet süresini kaçıran, genel görevli mahkemede sıra cetveline itiraz etmemesi neticesinde sıra cetveline göre paranın dağıtılmasından sonra başvurabileceği ön sıradaki rehinli alacaklıya karşı alacak hakkına dayanan bir tazminat davası açma hakkı vermektedir. Lakin bir haksız fiilden bahsedilebilmesi için zarara sebep olan hukuka aykırı bir fiilin olması gerekir. Burada ön sıradaki alacaklıların hayatın olağan akışı içerisinde hukuki sebebe dayanarak başvurdukları icrai hakları kanaatimizce haksız fiil oluşturmamaktadır. Ayrıca haksız fiil unsurlarını zaman zaman taşısa da bu unsurlara sahip olunmasa dahi yapı alacaklısının öncelik hakkından faydalanabileceği durumlar mevcuttur. Haksız fiil olduğunun kabul edilmesi halinde TBK 117/2 uyarınca temerrüt faizi de isteyebilmesinin imkanı sağlanmış olur ki bu da ön sıradaki alacaklılarını kısmen veya tamamen tahsil edemeyen rehinli alacaklılara karşı ekstra bir külfet teşkil edecektir.

Öncelik hakkını kullanmak için açılacak davanın hukuki mahiyeti bu üç dava türüne de uymamaktadır. Kanaatimizce kanundan kaynaklanan hakkın kullanılmasıdır. Yapı alacaklısı inşaatta meydana getirmiş olduğu katma değeri bir başkası yüzünden elde edememektedir. Haksız fiil unsurlarını taşıya da bilir taşımaya da bilir bu yönüyle haksız fiil olduğunu söyleyemeyiz. Diğer alacaklıların özen yükümlülüğü bulunmamaktadır kaldı ki özen gösterebilirler dahi yapı alacaklısının bulunup bulunmadığını bilemeyebilir başkaca alacaklılar. Bu yönüyle kötü niyetten veya ihmalden bahsedemeyiz. Öncelik hakkı Kanundan doğan özel bir haktır.³¹⁰

E. Öncelik Hakkının Yasal Tarafları

Taşınmazda meydana gelen değer artışından faydalanmak amacıyla öncelik hakkının kullanılabilmesi için gerekli şartları bu aşamaya kadar değerlendirdik. Yapı alacaklısının bütün şartları taşıması halinde öncelik hakkını dava yoluyla kullanacaktır. Bu aşamada

³¹⁰ Schumacher, 2008 tarihli yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı üzerine kaleme almış olduğu kommentarın 797. Paragrafindan öncelik hakkının hukuki mahiyetinin tartışmalı olduğunu, kanununda konuya ilişkin bir açıklama bulunmadığını bu sebeple de özellikle zamanaşımı konusunda uygulamada problemlere sebep olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Öncelik hakkının hukuki mahiyetini ise kanundan doğan bağımsız özel bir hak olarak nitelemiştir.

iki yasal taraf mevcuttur ilki öncelik hakkını kullanan talep alacaklısı yani davacı, diğer taraf ise öncelik hakkına katlanma yükümlüsü kişilerdir ve karşımıza davalı sıfatıyla çıkmaktadırlar.

Öncelik hakkının kullanılmasında davacı; İpoteklerini süresi içinde geçerli olarak tescil ettirmiş yapı alacaklısı veya bu alacağı temlik alan üçüncü kişidir. Öncelik hakkının kullanılması esnasında davalı ise; Kural olarak yapı sahibidir ancak yapı sahibinin iflas etmesi durumunda iflas masası, taşınmazın el değiştirmesi durumunda yeni malik davalı sıfatına sahip olacaktır.³¹¹

1. Öncelik hakkının kullanan talep alacaklısı

Öncelik hakkının kullanılması için talepte bulunacak alacaklı asli olarak yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik hakkından istifade etmek isteyen, tescil şartını yerine getiren ve yapıda değer artışına meydana getiren zanaatkarlar, alt yükleniciler ile yüklenicilerdir. İpotek hakkını tescil ettirmiş her ipotek alacaklısı diğerinden bağımsız bir dava hakkına sahiptir.³¹²

Davacı için bir tanım yapmamız gerekirse; Alacağının tamamını elde edemeyen, inşaat ipoteği hakkını geçici veya kesin olarak tescil ettirmiş yüklenici ve zanaatkarlar ile bunların halefleridir.³¹³ Öncelik hakkı koşulları gerçekleşse bile tapuya tescil edilmemişse, şerh aşamasında kalmış olsa dahi değer artığından faydalanmak için ön sıradaki rehinli alacaklılara karşı dava hakkının kullanılması mümkün değildir.³¹⁴

³¹¹ REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.166; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.979; GÜLEŞ, s.191; ÇABRİ, s.398; AKIN, s.768.

³¹²GÜLEŞ, s.192; ALTAY / ESKİOCAK, s.282; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.976; KAPLAN, 2019, s.284; ÇABRİ, s.398.

³¹³ KAŞAK, s.192; ÇABRİ, s.398.

³¹⁴ REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.166, ÇABRİ, s.398; GÜLEŞ, s.192; AKIN, s.768.

Yapı alacağının üçüncü kişiye temlik edilmiş olması halinde, temlik dolayısıyla ipoteğin de lehtarları olan kişi öncelik hakkından da yararlanabilir.³¹⁵ (TBK 189) Bu sebeple yapı alacağını temlik alan kimse de değer artışından yararlanmak için dava açabilir.³¹⁶

2. Öncelik hakkına katlanma yükümlüsü kişiler

Taşınmaz yapı işi dolayısıyla meydana gelen değer artışından öncelikle faydalanabilmek için açılan davada davalı³¹⁷ taraf, inşaatçı ipoteği alacaklılarına göre ön sırada bulunan ipotek tesis ettirmiş olan alacaklılardır ve katma değerden yararlanarak inşaatçı ipoteği sahiplerini zarara uğratan ipotek hakkı sahibi ve bunun külli halefidir.³¹⁸ (TMK m. 897) Taşınmazın paraya çevrilmesinden sonra ön sırada tazminat yükümlüsü birden fazla alacaklı bulunması halinde öncelik hakkının hepsine karşı aynı anda alacaklarıyla orantılı olarak dava açmak suretiyle ileri sürülmesi gerekir.³¹⁹ Çünkü; İpotek paraya çevrildiğinde alacakları orantılı olarak karşılanır.³²⁰

Öncelik hakkında katlanma yükümlüsü kişilerin ilki taşınmaz malikidir.³²¹ Bina veya yapı eseri, elbirliği ile mülkiyete tabi ise, her malikin mülkiyet hakkı, bina veya yapı eserinin tümü üzerindedir. Bunun sonucunda da, malikler müteselsil sorumlu olacaktırlar.³²²

³¹⁵ REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.54; JT 16.12.1927, WIELAND, s.694; GÜLEŞ, s.192; ALTAY / ESKİOCAK, s.280; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.97; ÇABRİ, s.398.

³¹⁶ GÜLEŞ, s.192; ÇABRİ, s.398.

³¹⁷ Yapı alacaklısı ipoteğinin yolsuz şekilde tescil edildiği hususu, yapı alacaklısının ön sıradaki ipotek haklılarına açtığı dava da def'i olarak ileri sürülebilir. Ne var ki yapı alacaklısı ipoteğinin bir mahkeme kararı ile tesis edilmesi halinde, kesin hükmün objektif etkisi devreye gireceğinden ipotek yolsuz olarak tescil edildiği ileri sürülemeyeceği düşünülebilir. Ancak öncelik talebine ilişkin davada ön sıradaki alacaklı; ipotek hakkının çekişmeli olması dolayısıyla açılan davada davalı, ipotek konusunun maliki olacaktır. Dolayısıyla, tarafları aynı olmadığı için, kesin hükmün subjektif etkisi sağlanamayacağından, yapı alacaklısı kesin hüküm itirazında bulunamaz (REİSOĞLU, **Türk Ve İsviçre Hukukunda Müteahhit Ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı**, s.166; TEK, s.156.).

³¹⁸ SAYMEN / ELBİR, s.589; GÜLEŞ, s.192; ÇABRİ, s.398; Fahri Erdem KAŞAK, 2011, **İnşaatçı İpotegi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, s.192.

³¹⁹ ÇABRİ, s.399; REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.168; UYUMAZ, s.253.

³²⁰ GENÇCAN, s.2881; DUMAN, s.1009; TEK, s.153; GÜLEŞ, s.184.

³²¹ KAPLAN, 2019, s.284.

³²² BAŞ, s.140.

Yargıtay İİK 82. Maddesinde; yapı alacaklılarının malike karşı yürüttüğü takipte yapı alacağının kaynaklandığı taşınmazın haczi nedeniyle takip borçlusu malikin şikayet yoluyla mesken iddiasında bulunamayacağını öngörmüştür.³²³ Yapı alacaklısı ipoteğinin tapu kütüğüne tescil sonrası tapu kütüğüne güven ilkesi gereğince külli halefler, elbirliği mülkiyetine tabii gerçek ve tüzel kişiler, temsilci yoluyla yapılan işlemlerde, malikin alacaklıları TMK m.1023'e dayanamazlar. Bahsi geçen sebeple bu kişilere karşı yapı alacaklısı ipoteğinde öncelik hakkına katlanmakla yükümlüdürler.

Ön sırada bulunan rehinli alacaklılara karşı öncelik hakkının öne sürülebilmesi için taşınmaz üzerindeki yüklerin yapı alacaklısının zararına olacağını bilmeli veya bilebilecek durumda olmalıdır. Bu kişilere karşı TBK 897/1'e karşı öncelik hakkı dava yoluyla öne sürülecektir. Aleyhlerine dava ikame olan öncelik hakkına katlanma yükümlüsü kişilerin her birinin ayrı bir dava ikame etmesi gerekmemektedir. Kanuni ipotek hakkının geçerli olmadığı itirazını derdest olan bir davada defî yoluyla bulunabilirler.³²⁴ Her bir davalı yalnızca kendisine düşen ödeme miktarıyla sınırlı olarak sorumludur.³²⁵

Yapı sahibinin iflas etmesi durumunda iflas masası, taşınmazın el değiştirmesi durumunda yeni malik davalı sıfatına sahip olacaktır. Ancak federal mahkeme taşınmazın icra yolu ile satılması satışı halinde iyi niyetli üçüncü kişilere karşı böyle bir tescil talebinin ileri sürülemeyeceğine, üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunacağına hükmetmiştir.³²⁶

³²³ ALTAY / ESKİOCAK, s.282. (T.C. YARGITAY İİD., T:31.10.1950, E/K:4515/4785; T.C. YARGITAY İİD., T: 18.12.1956, E/K:6695/6856, Uyar, TMK s.4134)

³²⁴ REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.166; ÇABRİ, s.399.

³²⁵ KAŞAK, s.192.

³²⁶ YAKUPPUR, s.202; ÇABRİ, s.399: Reisoğlu her ne kadar ön sıradaki rehinli alacağın devri halinde iyi niyetli üçüncü kişiye karşı dahi yapı alacaklısı ipoteğinde öncelik hakkına dayanarak dava açılacağı kanunun gereği ise de üçüncü kişinin iyi niyetinin korunması gerektiğini belirtmektedir. Görüş için bkz. REİSOĞLU, **Türk Ve İsviçre Hukukunda Müteahhit Ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı**, s.175.

F. Öncelik Hakkını Kullanılmasında Zamanaşımı

Eser sözleşmelerinde uygulanması gereken zamanaşımı süresi kural olarak beş yıldır. İleri sürülmesi, durması, kesilmesi hakkında zamanaşımı süresi hakkındaki maddeler uygulanacaktır. Hak düşürücü süre olmadığı için hakim tarafından doğrudan doğruya göz önünde tutulmasının imkanı yoktur.³²⁷

TBK m. 147/1-6 uyarınca eser sözleşmelerinden doğan borçların beş yıllık zamanaşımına tabi olacağı buna ilişkin yine eser sözleşmelerinden doğan bütün davaları kapsayacağına yönelik Yargıtay görüşü doğrultusunda kabulü gerekmektedir.³²⁸

Öncelik hakkını talep etme süresi;

Öncelik hakkı kural olarak dava yoluyla kullanılır. Bu davanın ne zaman açılacağı hakkında hüküm yoktur.³²⁹ Açık hüküm bulunmamasına karşı yapı alacaklısına tanınmış olan öncelik hakkı taşınmazın paraya çevrilmesinden sonra kullanılabilir bir haktır olduğu kabul edilmektedir. Taşınmazın paraya çevrilmediği sürece öncelik hakkı kullanılamaz.³³⁰

Zamanaşımı süresi başlangıcı;

Zamanaşımının başlangıcı alacağın vadenin doğmuş olduğu zaman başlar. Borçlar Kanunu'na göre vadenin doğması anı alacaklının borcu istemesi ve dava açılması tarihinden başlar. Bu an her borçlu için ayrı ayrı olur.³³¹

³²⁷ T.C. YARGITAY 15. HD, T:31.05.1988, E:3682, K:2136; UYGUR, **İnşaat Hukuku-Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi**, s.664.

³²⁸ T.C. YARGITAY HGK. T:22.03.1995, E:1995/16-31, K:1995/196; T.C. YARGITAY 15. HD. T:08.04.1985, E:3740, K:1315; Ergin AKÇAY, **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı**, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2010, s.57.

³²⁹ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.806.

³³⁰ ÇABRİ, s.397; Baskın kanaatin aksine Akipek/Akıntürk kural olarak davanın taşınmazın paraya çevrilmesinden ve satış bedelinin bölüşülmesinden sonra açılması gerektiğini kabul etmektedir.; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.806.

³³¹ Dursun KARAMAN / Ali Haydar KARAHACIOĞLU, **Kanunlarımızda Müddetler**, Ankara: Balkan Basımevi, 1979, s.35; TEK, s.161.

TBK m. 149; “Zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar. Alacağın muaccel olmasının bir bildirimle bağlı olduğu hâllerde, zamanaşımı bu bildirim yapılabileceği günden işlemeye başlar.”³³²

Yüklenici ücret alacağı için genel olarak TBK m. 147³³³ uyarınca yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar için beş yıllık zamanaşımı uygulanır.³³⁴

Yapı alacaklıları ipoteğin paraya çevrilmesinden sonra dahi dilerlerse bu değer fazlasının kendilerine verilmesini dava edebilirler. Yapı ipoteği alacaklılarının zararını tazmin durumunda olan birden fazla rehin alacaklısı varsa, dava onların hepsine karşı aynı zamanda açılmalıdır.³³⁵

Yapı alacaklısı ipoteğinde öncelik hakkının kullanılması için bir zamanaşımı yahut hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Yukarıda vermiş olduğumuz bilgiler doğrultusunda *Kanaatimiz*; vadenin doğması anı ipoteğin paraya çevrilmesi sonucu ipotek bedelinin bütün alacaklara yetmeyeceğinin anlaşıldığı andır. Bedelin bütün alacaklara yetmeyeceği ise ancak sıra cetvelinin düzenlenmesiyle anlaşılır. Şu durumda sıra cetvelinin yapı alacaklısına tebliği ile eğer bedel yapı alacaklısının alacağını kısmen veya tamamen tazmin edilemeyeceği anlaşılıyorsa tebliğ anı öncelik hakkının vadenin doğması andır.

Zamanaşımında haksız fiile ilişkin 72/1 TBK uygulanabilirliği;

Haksız fiil görüşünü benimseyen yazarlara göre; Ön sıradaki rehinli alacaklılar, taşınmazı toprak kıymetinin üzerinde bir değerle kendi alacaklarına karşılık üzere kendilerine özgüleyerek arka sıradaki yapı alacaklılarına zarar meydana getirmişleridir.³³⁶

³³² UYGUR, **İnşaat Hukuku-Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi**, s.666.

³³³ T.C. YARGITAY HGK T:3.4.1963, E:47, K:11; T.C. YARGITAY HGK, T:6.1.1968, E:1728, K:6; KARAMAN / KARAHACIOĞLU, s.32-33.

³³⁴ UYGUR, **Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku**, s.8124; Mehmet Akif TUTUMLU, **Türk Borçlar Kanununda Zamanaşımı ve Uygulaması**, İstanbul: Kazancı Kitap, 1991, s.20.

³³⁵ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.806.

³³⁶ Bknz. 9.3.1 haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası görüşü, s..58.

Bir haksız fiil davası niteliğini taşır. Bu sebeple de TBK 72 hükmündeki zamanaşımı süresine tabi olması gerekir.³³⁷ Bu maddeye göre tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.³³⁸

Haksız fiilde bahsedilen zarar verici fiil veya olay; zarar görenin şahsında veya malvarlığı değerleri üzerindeki olumsuz etki ve sonuçlarıdır. Zararın dava açma hakkı olan kişi tarafından öğrenilmesi gerekmektedir.³³⁹

Fiilin işlendiği tarihte haksız fiil meydana gelmiş olur. Zamanaşımında meydana geldiği tarihte başlar. Yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik hakkının kullanılması için haksız fiilin öğrenildiği tarih zamanaşımı başlangıcı sayılır.³⁴⁰

Kanaatimizce haksız fiile ilişkin zamanaşımı hükümlerinin öncelik hakkının kullanılması esnasında uygulanabilmesi mümkün değildir. Zira yapısı gereği haksız fiil kasten işlenebilen bilen bir yapıya sahiptir. Ön sıradaki ipotekli alacaklıların amacı meşru alacaklarının tahsilidir. İpoteğin paraya çevrilmesinden sonra eğer bütün borcu karşılamıyorsa ipotekli taşınmaz o takdirde zarar ortaya çıkar. Zararın ortaya çıkması için de ön sıradaki ipotekli alacaklılar aktif bir eylem ifa etmezler. Bu sebeple TBK 149'un uygulanmasının daha kanunun ruhuna ve amacına daha uygun düşeceği kanaatindeyiz.

³³⁷ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.806; TEK, s.160.

³³⁸ Hande ÖKTEM, **Taşınmaz Malikinin Sorumluluğunun Türk Mednei Kanunu Açısından Değerlendirilmesi**, Prof.Dr.Hasan Erman'a Armağan, İstanbul: Der Yayınevi, 2015, s.661; TUTUMLU, s.23.

³³⁹ AKÇAY, s.64.

³⁴⁰ KARAMAN / KARAHACIOĞLU, s.97.

G. DEĞER ARTIŞ BEDELİNİN TAKSİMİ

Yapı alacaklısı ipoteğinin talep edilebilmesi için, yapı alacaklısının yapıya bir değer sağlaması gerekmez. Ancak bu kişilerin, yapı alacaklısı ipoteğinin fer'i olan öncelik hakkından yararlanabilmeleri için emek ya da hem emek hem malzemeleriyle yapıya bir katma değer sağlamış olmaları gerekecektir.³⁴¹ Yapı alacaklılarının katkılarıyla taşınmaz değerinin artıp artmadığı, rehinin paraya çevrilmesi sırasında belli edilmek gerekir.³⁴² İnşaatın yarattığı değer artışı oranında, inşaat alacaklılarının zararını ödemekle yükümlüdür (TMK m.897). İnşaat alacaklıları bu haklarını onlara karşı açacakları dava ile kullanırlar.³⁴³ İpoteğin paraya çevrilmesiyle alacak tamamen karşılanmamışsa, alacaklının kişisel sorumluluğu olan borçlunun diğer malvarlığına başvurmasında hiçbir hukuki engel yoktur. Diğer bir anlatımla, ipotek tesisi, alacak için sınırlayıcı bir etkene sahip değildir.³⁴⁴

1. Genel olarak

Paraya çevirme sonucunda elde edilen tutar, yapı alacaklılarının tamamını karşılamaya yetmiyorsa, paraya çevirme sonucunda rehinli alacaklılara dağıtılacak net tutar(ihale bedeli) ile yapılan yapı hariç arsanın ihale anındaki değeri arasındaki fark (ihale bedeli- arsa bedeli = Değer artışı) öncelikle yapı alacaklılarına tahsis edilir (TMK m.897/1-c.1).³⁴⁵ Böylece, inşaat alacaklılarının rüçhan haklarını inşaat kıymeti üzerinde tanımak, halbuki arsa kıymetinin ise mukaddem rehinli alacaklıların alacaklarını temin etmesi arzu olunmuştur.³⁴⁶

Yapı alacağının kapsamına, alacaklı tarafından sağlanan emek ve malzeme değeri dahildir. Faiz ve alacağın takip ve dava masraftan teminata dahil edilmediği gibi³⁴⁷, yapılan iş nedeniyle taşınmazın değerinde meydana gelen artış da ipotek ile karşılanamaz.

³⁴¹ TEK, s.155.

³⁴² KARAHASAN, s.225.

³⁴³ Ertaş,464; DUMAN, s.1009; ÇABRİ, s.404.

³⁴⁴ UYGUR, **Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku**, s.8120.

³⁴⁵ NOMER/ ERGÜNE, s.368; TEK, s.153.

³⁴⁶ SAYMEN / ELBİR, s.589.

³⁴⁷ GÜVEN / ESENER, s.602.

Şu halde yapı alacaklısı ipoteği ile sadece yüklenici lehine doğan istihkak tutarı teminat altına alınabilir. Teminatın üst sınırı sözleşme ile tayin olunan bedeli geçmemelidir.³⁴⁸

2. Öncelik hakkının kötüye kullanımı bakımından sorumluluk

Ön sırada iyi niyetli olmayan rehinli alacaklılar, alacaklarını devrederlerse onların bu haklarını devir alan alacaklılar da, yapı alacaklılarının öncelik haklarına md.897/1'deki sınırlar içinde katlanmak zorundadır. Bunların iyi niyetli olmaları durumu değiştirmeyecektir.³⁴⁹

Önceki sırada bulunan alacaklılar, rehin senetlerini devrederlerse, bu devir yüzünden zanaatkarlar ve yüklenicilerin elde edemedikleri alacak miktarını tazmin etmekle yükümlü olurlar.³⁵⁰

3. Eşit sırada olmayan öncelik hakkı sahiplerinin pay dağıtımı

Birden fazla yapı alacaklısı ipoteği tescil edilmiş ise, bunlar arasında eşitlik vardır (TMK m. 896). Buna göre paraya çevirme sonucunda elde edilen paranın kendi derecelerine göre yapı alacaklılarına düşen kısmı, bunların tamamını karşılamaya yetmiyorsa, yapı alacaklılarına düşen toplam tutar, alacak miktarları ile orantılı olarak yapı alacaklıları arasında pay edilir.³⁵¹

Bir örnek ile somutlaştırmamız gerekiyorsa; Bir taşınmaz üzerinde 1.dereceden 1. Sırada 500.000TL'lik sözleşmeden kaynaklı bir ipotek var ise, 2.dereceden 1.sırada 100.000TL'lik bir yapı alacaklısı ipoteği bulunsun,2. Dereceden 2. Sırada ise 50.000TL'lik sözleşmeden kaynaklı bir ipotek var olduğunu varsayalım,2.dereceden 3. Sırada ise 50.000TL'lik bir yapı alacaklısı ipoteği daha var olduğunu kabul edecek olursak, ipoteğin paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen bedel ise 650.000TL'dir. Bu noktada 1.derecede 1.sırada olan ipotek sahibi 500.000TL'lik alacağının tamamını elde ederken, 2.derecede 1.sırada 100.000TL'lik yapı alacaklısı ile 2.dere 3. Sıradaki

³⁴⁸ WIELAND. Art. 837. N.48; GÜVEN / ESENER, s.606

³⁴⁹ DUMAN, s.1010; KAPLAN, 1996, s.163; TEK, s.158.

³⁵⁰ UYGUR, **Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku**, s.8120.

³⁵¹ NOMER / ERGÜNE, s.368; KAPLAN, 1996, s.163; TEK, s.153; BIÇAKÇI, s.561; GÜLEŞ, s.184.

50.000TL'lik yapı alacaklısı 150.000TL'lik bedeli garmeten (Alacakları oranında) 100.000TL ve 50.000TL olarak paylaşacaklardır.

İpoteğin paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen miktarın dağıtımı yapılırken, alt yüklenici ve zanaatkarların yer aldıkları dereceler boşmuş gibi hesaplanır. Zira alt yüklenici ve zanaatkarların alacağı, asıl yüklenici ve zanaatkarların alacağına iştirak niteliğindedir. Bu durumda, asıl yüklenici ve zanaatkarlara, paylarına düşen miktardan alt yüklenici ve zanaatkarların alacağı çıkartıldıktan sonra kalan kısmı verilecektir.³⁵²

4. Farklı derecedeki yapı alacaklıları arasında dağılımda anahtar noktalar

Taşınmaz birinci derecede bir rehinle kayıt altına alınmadan doğrudan doğruya ikinci veya müteakip derecede bir rehinle kayıt altına alabilir. Ancak bu durum sadece sözleşmeden kaynaklı rehin söz konusu olur, yani rehin haklarıyla hiç kayıt altına alınmamış bir taşınmaz üzerinde yapılan inşaat dolayısıyla kanuni ipotek hakkı tescil ettirilirse bu rehin hakkı ilişkin olduğu bedel miktarınca, birinci dereceyi boş bırakmak istediğini ileri sürerek inşaatçı ipoteğinin ikinci dereceyi işgal etmesini talep edemez.³⁵³

TMK m.897'nin gerekçesinde; Maddeyle, bir arsa üzerinde bir yapı eseri inşa ederek, arsanın değerini artan yapı alacaklılarının, bu değer artışından öncelikle yararlandırılması amaçlanmaktadır. Kural olarak kanuni yapı ipoteğinin daha önce tesis edilmiş olan iradi ipotek haklarına karşı bir önceliği yoktur. Rehnin paraya çevrilmesi halinde satış parası iradi ve kanuni ipotek hakları arasında sıralarına göre dağılacaktır. Fakat bu şekilde yapılacak dağıtım sonunda yapı alacaklıları alacağının tamamını veya bir kısmını tahsil edemezler ise, karşılanamayan bu yapı alacağı, ön sıradaki rehinli bu alacaklılara öngülenen satış bedelinden, arsanın (yapısız olarak) değerinin çıkartılmasıyla elde edilecek farktan karşılanır. Madde bir tazminattan söz ediliyorsa da esasen burada bir tazminat yükümlülüğü değil, değer artışının öncelikle yapı alacaklılarına öngülenmesi söz konusudur.³⁵⁴

³⁵² TEK, s.154; REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.201.

³⁵³ AKIN, s.762; GÜLEŞ, s.182.

³⁵⁴ HELVACI, s.559.

4721 sayılı Türk Medeni kanununun 870.madde hükmü gereği “ Rehinin sağladığı güvence, tescilde belirtilen rehin derecesi ile sınırlıdır.³⁵⁵ Daha önce kurulmuş yükler varsa , inşaatçı ipoteği, sıra itibariyle bunlardan sonra gelir. Ancak taşınmaz üzerinde birden fazla inşaatçı ipoteği tescil edilmişse , bunların tescil edildikleri tarihe bakılmadan, aralarında sıra eşitliği vardır. (TMK m. 869)³⁵⁶ Taşınmaz ihalede değerinin altında bir bedelle satılırsa, bunun ne kadarının “artı değere” karşılık geldiği orantı yapılarak belirlenir.³⁵⁷ Rehinli alacaklılar, takip yapmasalar bile payları tarih sırası dikkate alınarak ayrılır.³⁵⁸

Malik, yapının meydana getirilmesi için bir bankadan inşaat kredisi sağlamış ve bu alacağın temini için banka lehine ipotek tesis ettirmiş ise; yapı alacaklıları öncelik hakkını rehinli kredi alacaklısına karşı ileri sürme olanağından yoksundur. Ancak kredi bedelinin inşaaata özgülmesi gerekmektedir. Zira bu durumda, kredi veren rehinli alacaklının, rehin hakkını kurmak suretiyle yapı alacaklılarına zarar vermeyi amaçladığından bahsetmek mümkün değildir.³⁵⁹

Eğer yapı sahibi ipotekli alacaklılarla boşalan sıraya ilerleme sözleşmesi yapmış olsa dahi yapı alacaklısının öncelik hakkını kullanmasının önüne geçemeyecektir. Eğer yapı alacaklılarından biriyle boşalan dereceye ilerleme sözleşmesi yaptıysa bu anlaşmanın diğer tescil edilmiş yapı alacaklılarına karşı herhangi bir üstünlük doğurmayacaktır. Kanuni haklarını tescil ettirmiş olan yapı alacaklılarının ön sıraya ilerlemiş alacaklı dahil olmak üzere paylarına düşen miktar toplanıp, bütün bu kişiler arasından paylaşılacağı için; ön sıraya ilerleyen yapı alacaklısı bu toplanan miktardan sadece alacağı oranını elde edebilecektir. İpoteğin paraya çevrilmesi sonucu ön sırada elde ettiği fazlaca miktar bütün yapı alacaklılarına yarayacaktır.³⁶⁰

³⁵⁵ UYGUR, **Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku**, s.8120.

³⁵⁶ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 2015, s.982.

³⁵⁷ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.323; NOMER / ERGÜNE, s.368.

³⁵⁸ KARAKAŞ, **Haciz Sıra Cetvelinin Şekli**, s.309.

³⁵⁹ ALTAY / ESKİOCAK, s.294.

³⁶⁰ TEK, s.154;AYBAY/HATEMİ,s.285.

5. Farklı sıradaki öncelik hakkı sahiplerinin pay dağılımı

Taşınmaz üzerinde farklı tarihlerde birden fazla inşaatçı ipoteği kurulmuş ise bunların birbirlerine karşı önceliği bulunmamaktadır; başka bir anlatımla bunların hakları aynı sırada işlem görecektir.³⁶¹ Yapı alacaklılarına tam olarak düşen tutar, bütün yapı alacaklarını karşılamaya yetmezse, hepsi arasında fakat alacakları oranında paylaşılır.³⁶²

Bir örnek vermemiz gerekirse;

1. Derece A Lehine Sözleşmeli İpotek 50.000TL
2. Derece Y Lehine Yapı Alacaklısı İpoteği 75.000TL
3. Derece A2 Lehine Sözleşmeli İpotek 50.000TL
4. Derece Y2 Lehine Yapı Alacaklısı İpoteği 25.000TL

Taşınmazın üzerindeki ipotek yükü 200.000TL'dir. Taşınmazın da ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla 175.000TL'ye satıldığını varsayalım. Bu duruma göre 1.derecedeki ipotek sahibi A ve 3.derecedeki ipotek sahibi A2 alacak haklarının tamamına ulaşırlar. Fakat 2. Derecedeki yapı alacaklısı Y, İpotek hakkının tamamını alamaz. Bunun sebebi 4. Derecedeki yapı alacaklısı Y2'dir. Bu durum da Y2 yapıda katmış olduğu değere rağmen alacağını tahsil edememiş durumdadır. Yapı alacakları aynı derecedeymiş gibi toplanır. (75.000TL+25.000TL=100.000TL) Yapı alacaklısına düşen bedel alacakları oranında garameten pay edilir.(75.000 / 100.000= 4/5) Bu durumda yapı alacaklılarından her biri 4/5 oranında bir alacak elde edebilecektir. Y'ye 60.000TL, Y2'ye ise 15.000TL alabilecektir.

İpotekle yüklü kılınmış bir taşınmazın kira gelirleri, TMK m.863'ün öngördüğü bazı sınırlar içinde ipoteğin kapsamına girer. TMK m.863/1'e göre, "kiraya verilmiş taşınmaz üzerindeki rehinin kapsamına, borçluya karşı rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibe

³⁶¹ DUMAN, s.1009.

³⁶² BIÇAKÇI, s.561.

başlanmasından veya borçlunun iflasının ilanından başlayarak rehinin paraya çevrilmesi anına kadar işleyen kira bedelleri³⁶³ girer.”³⁶⁴ ³⁶⁵ Rehin kiraya verilmiş bir taşınmaz üzerinde tesis edilmiş ise, icra memuru, alacaklının talebi üzerine takibin kesinleşmesini beklemeden kiracıları da takipten haberdar eder ve işleyecek kiralardan icra dairesine ödenmesini emreder. Ancak ipotekli alacaklı kira bedelinin tespitini isteyemez.³⁶⁶ TMK m.684/1’e göre bir taşınmazın maliki bütünleyici parçalarına³⁶⁷ da maliktir. Dolayısıyla taşınmaz rehininin kapsamına dahil olacaktır.³⁶⁸

Uygulamada ipotek yükümlüsünün olan malikin birden fazla yapı ipoteği ile karşılaşması gayet olağandır. Fakat tüm yüklenici ve zanaatkarların tesis ettirebilecekleri rehin yüklerinin toplamı yüklenicinin malike karşı olan alacağı aşamaz.³⁶⁹

III. YAPI İPOTEĞİNİN SONA ERMESİ VE TERKİN

Hukuki niteliği itibariyle taşınmaz rehini özelliği gösteren yapı alacaklısı ipoteği, ipoteğin sona ermesi hükümlerine tabi tutulur.³⁷⁰ 4721 sayılı Türk Medeni kanununun 883.madde hükmü gereği “ alacak sona erince ipotekli taşınmazın maliki, alacaklıdan ipoteğin terkin ettirilmesini isteyebilir.”³⁷¹ İpoteğin fer’i bir hak olmasının diğer bir sonucu, asıl alacağın sona ermesi halinde ipoteğin de kendiliğinden sona ermesidir.³⁷² Alacaklı bu terkin yaptırmadığı takdirde, takyit edilmiş olan taşınmaz malikin TMK m.1025’e dayalı

³⁶³ T.C. YARGITAY 19. HD. T:05.05.2005, E:2004/11789, K:2005/5158: Kiraya verilmiş taşınmaz üzerindeki ipoteğin kapsamına, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başlanmasından ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesi anına kadar izleyen kira bedellerinin geçerli bulunmasına, bu dönemdeki kira alacağına konulan haczin ipotekli alacaklıya karşı önceliği olmadığının gözetilmesi gerekir.

³⁶⁴ SEÇER, **İpoteğin taşınmaz bakımından kapsamı**, s.1921.

³⁶⁵ Bir otel sahibinin müşterilerine karşı sahip olduğu alacaklar. İpotek kapsamına girmemektedir. ATF/1951 3 119 (STEİNAUER, s.145); M. Cahit GÜNEL, **Taşınmaz Rehininin Kapsamı Çereçevesinde Eklentinin Hukuki Durumu**, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2013, s.33; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s.270.

³⁶⁶ SEÇER, Öz, 2010, **İpoteğin ilamlı takip yoluyla paraya çevrilmesi**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Cilt 75-76, s.37.

³⁶⁷ Bütünleyiciyi parça sayılan şey taşınmazdan ayrılınca, artık bütünleyici parça taşınmaz rehini kapsamından çıkar.

³⁶⁸ GÜNEL, s.23.

³⁶⁹ REİSOĞLU, **Kanuni İpotek Hakkı**, s.34; ALTAY / ESKİOCAK, s.283.

³⁷⁰ GÜVEN/ESENER, s.606

³⁷¹ UYGUR, **İnşaat Hukuku-Cilt 2**, s.92; NAR, s.41.

³⁷² T.C. YARGITAY 14.HD, T:27.10.1992, E:1992/5104, K:1992/9246; NAR, s.41

olarak tapu kütüğünün düzeltilmesi dava yolunu seçmesi gerekecektir.³⁷³ Mal sahibinin borcu için ipotek edilmiş taşınmazlarda; rehin hakkı alacağa tabi olan ferî aynı haktır. Buna karşın, alacak son bulunca ipoteğin devam etmesi artık bir anlam ve önlem arz etmez. Bu itibarla, medeni kanununda ; alacağın son bulması halinde, tapu sicilindeki kaydın terkinini alacaklıdan isteyebileceğine yönelik hüküm barındırmaktadır.³⁷⁴

Yapı ipoteğinin terkinini isteyebilecek kişiler, terkin istenen haktan yararlanan durumundaki yapı alacaklılarıdır. Yapı ipoteğine konu taşınmazın yok olması veya kamulaştırılması gibi durumlarda yapı ipoteği sona erecektir. Aynı şekilde, ipotek alacağa bağlı ferî bir hak olduğundan, alacağın herhangi bir nedenle sona ermesi de yapı ipoteğini sona erdiren bir durum sayılacaktır.³⁷⁵ Kamulaştırma, yapı ipoteğini yapı üzerinde sona erdirir, hak kamulaştırma bedeli üzerinden devam eder.³⁷⁶

³⁷³ UYGUR, **Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku**, s.8120; NAR, s.42.

³⁷⁴ VELİDEDEOĞLU / ESMER, s.223.

³⁷⁵ DUMAN, s.1011; KAPLAN, 1996, s.163.

³⁷⁶ GÜVEN/ESENER, s.606

SONUÇ

Kanun koyucu pozisyonu itibariyle daha zayıf olan yüklenici, alt yüklenici ve zanaatkarların inşaattan kaynaklı alacaklarını teminat altına almak için kanuni bir ipotek hakkı tanımıştır. Zira yapı alacaklıları çoğu zaman ücretlerini peşin alamazlar ve yapı işinin doğası gereği uzun bir süreç boyunca ücret alamazlar. İnşaat süresi boyunca çoğu zaman alamadıkları ücretler sebebiyle kredi ve kambiyo senedi borçlarına girerek yapmayı üstlendikleri edimi ifa etmeye çalışırlar. Fakat kanunen tanınan haktan faydalanmak için gerekli bütün şartlara haiz olsa bile yapı alacaklısı alacağını elde etmek için yeterli bir güvence sağlanmış değildir. Zira yapı alacaklısının dışında başkaca ipotekli alacaklılar ve ön sırada başkaca kanuni ipotek hakları bulunabilir. Bu noktada çalışmamızın konusunu oluşturan yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik hakkı önem kazanmaktadır. Kanun koyucu yapı alacaklısı ipoteğinin yeterli koruma sağlamayacağına kanaat getirerek diğer ipotekli alacaklılar arasında bir öncelik hakkı ihdas etmiştir. Bu öncelik hakkını belirli şartlara bağlamıştır. Fakat bu öncelik hakkının nasıl ileri sürüleceğini, hakkın kullandırılmaması durumunda hangi dava çeşidinde konu olacağını ve hakkın ne zamana kadar kullanılması gerektiği, kullanılmaması durumunda uygulanacak zamanaşımı hususunu netleştirmemiştir.

TMK.nun 895/4. maddesinde; yeteri kadar teminat gösterildiğinde yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkından faydalanamayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu noktada taşınmaz maliki açısından mağduriyet ortaya çıkabilmektedir. Bu mağduriyet alacak miktarı belirli olmasına karşın taşınmaz sahibinin göstereceği teminatın zaman içerisinde oluşacak değer artışı üzerinde tasarrufta bulunamaması yapı malikinin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasıdır.

Yapı alacaklısının alacak miktarının belirli olmasına karşın taşınmaz sahibinin inşaat yapılan taşınmaz dışında yapı alacaklısı ipoteğini tescil edemediğinden borcu ödemek için taşınmazı satmak istediğinde daha düşük bir bedelle piyasada satılması yada

bankadan kredi çekerek borcu ifa etmek istediğinde bankanın ilk dereceden ipotek tesis edemediği taşınmaza kredi sağlamama eğilimidir.³⁷⁷

TMK.nun 1013/2. maddesi; “Edinen kimse, kanun hükmüne, kesinleşmiş mahkeme kararına veya buna eşdeğer bir belgeye dayanıyorsa, bu beyana gerek yoktur.” hükmünü ihtiva etmektedir. Yapı alacaklısı ipoteğinin kanuni bir ipotek hakkı oluşturduğunu ve bu sebeple yapı malikinin rızası olmasa da tapu memurunun ipoteğin tescilini yapı alacaklısının irade beyanıyla yapabileceği belirtilmektedir. Fakat usül olarak tapuya tescil esnasında tapu memurunun yapı malikinin kabul beyanını araması kanun maddesinin ruhuyla ve amacıyla çelişmektedir. Yapı maliklerinin kabul beyanında bulunacaklarını varsaymak içerisinde yaşadığımız coğrafyanın yapısına tezat teşkil etmektedir. Asıl olan yapı alacaklısının korunması iken hakkın kullanılması için tescil edebilmek adına dava yoluna başvurma ve ekstra maddi külfet oluşturmak demektir. Ayrıca geçici tescil ihtiyati tedbir gibi kullanılmakta üzerine tekrar kesin tescil talep edilmesi de yapı alacaklısının kanun maddesini kullanmamaya sevk etmektedir. Bu durumda büyük çaplı kompleks inşaatlar dışında yapı alacaklısı ipoteği hakkının kullanılmamasına yol açmaktadır. Türkiye şartlarında özellikle küçük ölçekte iş yapan yapı alacaklıları özellikle zanaatkarlar alması gereken imzaya sahip olmayabilir. Bu durum sözleşmeye sahip olmayan yapı alacaklısı kanundan doğan hakkının korumasından yararlanamamasını durumunu ortaya çıkarabilir.

Aynı parsel üzerinde etap etap yapılan toplu konut inşaatları günümüzde çokça rastlanmaktadır. Bazen maddi külfet yüzünden, bazen iş gücünün yeterli olamaması, bazen de manzarası kapanacak taşınmazın satışını kolaylaştırmak adına bu yola başvurmaktadır. Lakin aynı yapı üzerinde iş yapan yapı alacaklılarının tapuya tescil tarihi ve yapı alacaklılarına sağlanan öncelik hakkından faydalanma noktasında şu sorular akıllara gelmektedir; “Farklı etaplar aynı parsel üzerinde farklı zamanlarda inşa edilmesi durumunda tescil tarihi ve öncelik hakkından beraber mi faydalanacaktır? İpoteğin paraya çevrilmesinden sonra satış bedeline hep beraber iştiraki söz konusu olur mu”

³⁷⁷ Taşınmaz rehni teminat fonksiyonu dolayısıyla malike taşınmaz değeri üzerinde tasarruf yetkisi verdiği için, taşınmaz malikinin kredi alması bakımından ideal bir taşınmaz kredisi temin aracı niteliği taşımaktadır. NAR, s.35.

Kanaatimizce her yapı kendi içerisinde değerlendirilmelidir. Yeni inşa edilen yapılarda; yapı kullanım izin belgesi (iskan) tarihine göre yapı alacaklılarının hak düşürücü süreleri hesaplanır ve her etap/bina başlangıç ve bitiş tarihine göre kendi içerisinde iştirak halinde öncelik hakkı kullanılır, ilk yapı alacaklısının tapuya tescil anı hepsi için baz alınır. Her ne kadar aynı parsel üzerinde site ve toplu konut olarak inşa edilecek olsa da diğer yapılar yapı alacaklısı ipoteği hakkı açısından ayrı bir inşa faaliyeti olarak hesaplanır ve ilk etaptan daha sonra gelirler. Kompleks yapılarda ve karma yaşam projelerinde İki etap arasında başkaca yapı faaliyetleri de görülmektedir. Örnek vermemiz gerekirse iki etaplı bir konut projesi yapılırken ilk etaptan sonra alışveriş merkezi yapmak planlanmış olabilir bu durumda alışveriş merkezi de ayrı bir etapmış gibi kendi içerisinde eşit ama etaplar arasında yapı kullanım izin belgesi (iskan) tarihine göre tapuya tescil esnasında sıra alır .

Yapı alacaklısı yapmayı üstlendiği iş için alacağın temlik yasağı için sözleşme imzalamışsa bu husus yapı alacaklısı ipotek hakkını ve buna bağlı öncelik hakkını nasıl etkileyecektir? Kanundan kaynaklanan bir hak sözleşmeyle engellenebilecek midir ? sorusu akla gelmektedir. İpotek hakkı alacağına bağlı bir haktır. İpotek hakkının akıbeti alacağına bağlıdır. Yapı alacaklısı ipoteği hakkının kullanılması için gerekli şartlar arasında usulüne uygun bir borcun varlığı şart olarak sayılmıştır. Yapı alacaklısı ipoteği ve bunun sağlamış olduğu öncelik hakkı alacaktan bağımsız devredilemez. Bu sebeple eğer yapı alacaklısı temlik yasağı içeren bir sözleşme imzalamışsa bu temlik yasağı Yapı alacaklısı ipoteğini ve öncelik hakkını da kapsamaktadır. Sözleşmeyle kısıtlanan bu temlik hakkı ile kanun sağlamış olduğu yapı alacaklısı ipoteği ve öncelik hakkının akıbetleri beraberdir.

Son olarak yapı alacaklısına karşı borcunu ifa eden yapı maliki yeterli kanıt gösterdiği takdirde resen terkin gereklidir. Terkin için işçinin muvaffakatını aramak yapı maliki açısından ekstra bir külfet oluşturmaktadır. Zira yapı maliki yükleniciye ödeme yapsa dahi yapı alacaklısının alacağı olması halinde yapı alacaklısı ipoteğini tescil ettirebilmekte ve bu tescilden kaynaklı öncelik hakkı gibi haklarını kullanabilmektedir. Taşınmaz maliki inşaat nedeniyle ana yükleniciye olan borcunu ödemiş olsa dahi; bu yükleniciden alacağını alamamış olan alt yüklenicinin, kanuni hakkının tescilini

isteyebileceği kabul edilmektedir.³⁷⁸ Öte yandan bu uygulama yapı maliki açısından yapı alacaklısı ipoteği bir çok külfet ve sıkıntıyı beraberinde getirmektedir. Kanun yapı alacaklısını korurken yapı maliki göz ardı etmiş ve nitekim mağduriyetlere sebep vermiştir.

Bu noktada mükerrer ödeme yapmak durumunda kalan yapı malikinin işçileri bulup taşınmaz üzerindeki ipoteği kaldırmak adına muvaffakatını almak mağduriyeti arttıracığını düşünmekteyiz. Sonuçta ferî nitelikte bir hak olan, akıbeti asıl alacağa bağlı olan bu hak alacağın ortadan kaldırılmasıyla beraber resen tapu memuruna gösterilecek borca ilişkin ödeme kanıtıyla pek tabî ortadan kaldırılabilir.

Yapı alacaklısı ipoteği uygulamada büyük ölçekli inşaatlar dışında yeterince kullanılamamaktadır. Çalışmamız esnasında tespit ettiğimiz bu husus da yapı alacaklıları tarafından bilinmediğini gözlemledik. Ayrıca kanun koyucu tarafından küçük ölçekli emek sahiplerini korumayı amaçlasa da yapı maliki tarafından sözleşme yapılmamakta, yapı alacağının tapuya tescilinden imtina etmesi, mahkeme hükmüyle tescil için harcanacak avukatlık ve yargılama giderlerini karşılayacak gücünün bulunmaması, ayrıca yargılama süresinin uzun ve meşakkatli olması sebebiyle tercih edilmemektedir. Kanun koyucunun sağlamış olduğu bu haktan uygulamada ağırlıklı olarak büyük ölçekteki kompleks yapılarda faydalandığını gözlemlemiş bulunmaktayız.

³⁷⁸ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, *Eşya Hukuku*, 2015, s.977; ALTAY / ESKİOCAK, s.283.

KAYNAKLAR

Kitaplar

- Acar,F., *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Akçay, E. *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2010.
- Akipek, J. 1971. *Türk Eşya Hukuku-Mülkiye 2.kısım*. Ankara:Sevinç Matbaası.
- Akipek, J., Akıntürk, T., & Ateş, D. 2019. *Eşya Hukuku*. İstanbul:Beta Basım.
- Aksoy, S.D., 2012, *Eşya Kavramı*. İstanbul:Onikilevha Yayıncılık.
- Aksoy, S.D.,2004, Türk Hukukunda Sabit Dereceler Sistemi ve İstisnaları , Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul :Vedat Kitapevi
- Altay, S., & Eskiocak, A., 2007. *Taşınmaz Rehni*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Antalya,O.G. & Topuz, M., *Eşya Hukuku cilt 3 Tapu Sicili*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018
- Ayan, M., 2017, *Eşya Hukuku 2 (Mülkiyet)*, Ankara:Seçkin Yayıncılık.
- Ayan, M., 2017,*Eşya Hukuku 3 (Sınırlı Ayni Haklar)*, Ankara:Seçkin Yayıncılık.
- Aybay A. & Hatemi, H., 2014. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık
- Aybay A., 1962. *Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil*. İstanbul.
- Baş, E., 2011. *Bina ve Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık.
- Baysal, B., 2006. Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar, *Prof.Dr.Özer Seliçi'ye Armağan*, Ankara:Seçkin.
- Buz, V. 2005. *Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Çetiner, B., 2015, *Taşınmaz Teminatı*, İstanbul: Filiz Kitapevi.
- DEMİRBAŞ, H., 2007. *Yenilik Doğuran Haklar*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

- Demirsatan, B., 2017. *Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli Ve Bedel Borcu Aykırılığın Sonuçları*, İstanbul:Onikilevha Yayıncılık.
- Deynekli, A. & Kısa, S. 1996. *Hacizde ve iflasta Sıra cetveli*. İstanbul: Alfa Basım Dağıtım.
- Dörtgöz G.Ö., 2014. *Tapu İşlemleri*, Ankara: Bil Ofset.
- Duman, İ.H. 2018. *İnşaat Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- EM,A., Sözen, A., Yılmaz, Z., Kaçak, N., 2002, *Açıklamalı ve Gerekçeli Türk Medeni Kanunu Ve Uygulama Kanunu*, Ankara: Adil Yayınevi
- Erel, Ş.N., 1982. *Eşyaya Bağlı Borç*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basım Evi.
- Göktürk, H.A. 1949. *Türk Medeni Hukuku-Ayni Haklar 4. Kitap*, Ankara: Güney Matbaacılık.
- Güleş, B., 2018. *Türk Hukukunda Yapı İpoteği*, Ankara:Yetkin.
- Gümüşsoy Karakurt, G. 2017. *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Günel, M.C. 2013. *Taşınmaz Rehninin Kapsamı Çereçevesinde Eklentinin Hukuki Durumu*. İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Gürsoy, K.T., Eren, F., & Cansel, E. 1978. *Türk Eşya Hukuku*, Ankara.
- Güven, K., & Esener, T., 2017. *Eşya Hukuku*. Ankara:Yetkin Yayıncılık.
- Hatemi H., Serozan R. & Arpacı, A., 1991. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi.
- İpekçi, N. 2007. *İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh)*. İstanbul: Arıkan yayınları.
- Kaplan, İ. 1996. *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu Ve Bu Borcu Yerine Getirilmemesinin Sonuçları*. Ankara:İnşaat sözleşmeleri Semineri Banka ve ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Kaplan, İ. 2019. *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*. Ankara:Yetkin Yayınları.
- Karadaş, İ. 2016. *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, Ankara:Adalet Yayınevi.
- Karahasan, M.R., 1977. *Türk Medeni kanunu Eşya Hukuku 2. Cilt*. Ankara: Sevinç Matbaası.

- Karakaş, C.F. 2009. *Haciz Sıra Cetvelinin Şekli*, Prof.Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara:Adalet Yayınevi.
- Karaman D. & Karahacıoğlu, A.H., 1979. *Kanunlarımızda Müddetler*, Ankara: Balkan Basımevi.
- Kaşak, F.E., 2011, *İnşaatçı İpoteği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara.
- Kocaağa, K., 2014, *İnşaat Sözleşmesi*, Ankara:Yetkin.
- Köprülü B. & Kaneti, S., 1972. *Sınırlı Ayni Haklar*, Fakülteler Matbaası.
- Kürşat, Z., 2017. *İnşaat Sözleşmesi*. İstanbul:Filiz, 2017.
- Nar A., 2009. *Yabancı Para İpoteği*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Nomer, H.N. & Ergüne, M.S. 2019. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık.
- Oğuzman, K., SELİÇİ, Ö., & OKTAY-ÖZDEMİR, S. 2015. *Eşya Hukuku*. Filiz Kitapevi.
- Oğuzman, M.K., Seliçi, Ö., & Oktay-Özdemir, S., 2006. *Eşya Hukuku*
- Olgaç, F., 2014. *İpotekte Sıra Sistemi ve Boş Dereceye İlerleme*, Seçkin Yayıncılık: Ankara.
- Öktem H., 2015. Taşınmaz Malikinin Sorumluluğunun Türk Mednei Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, Prof.Dr.Hasan Erman'a Armağan. İstanbul: Der Yayınevi.
- Pekcantez H., Atalay, O., 2010. Sungurtekin Özkan M. & Özekes, M. *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Reisoğlu, S. 1965. *Türk Eşya Hukuku Cilt 1*. Ankara: Sevinç Matbaası.
- Reisoğlu, S., 1961. *Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı*. Ankara:Sevinç Matbaası.
- Saymen F. & Elbir, H., 1996. **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitapevi, 1963.
- Seliçi, Ö., 1978. *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhittin Sorumluluğu*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Selimoğlu, Y.E. *Eser sözleşmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi.

- Serozan, R., 2007. *Taşınır Eşya Hukuku*, İstanbul:Filiz Kitapevi.
- Serozan, R., 2014. *Eşya Hukuku 1*, İstanbul:Filiz Kitapevi.
- Sirmen, A.L., 2018. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Şener, Y.S. 2010. *Türk Hukukunda İpotek Ve Uygulaması*. Ankara:Adalet Yayın Evi.
- Tek, G.S., 2012. *Ulaşım Araçlarının İpoteği*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık.
- Tekinay, S.S. 1994. *Menkul Mülkiyeti Ve Sınırlı Ayni Haklar 2/3*. İstanbul:Filiz Kitapevi.
- Tuor, D. *Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 5.tabi, 1948, s.586.
- Tutumlu, M.A., 1991. *Türk Borçlar Kanununda Zamanaşımı ve Uygulaması*. İstanbul: Kazancı Kitap.
- Türkmen, S., Kazancı, S., Yüksel, S., Ünsev, S., & Erten, B. 1956. *Türk Gayrimenkul Hukuku-Cilt 1*. Ankara:Yıldız Matbaacılık.
- Uygur, T., 1998. *İnşaat Hukuku-Cilt 2*. Ankara:Adil Yayınevi.
- Uygur, T., 2010. *Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*. Ankara:Seçkin Yayıncılık.
- Velidedeoğlu, H.V. & Esmer, G. 1950. *Gayrimenkul Tasarrufları Ve Tapu Sicil Tatbikatı*, İstanbul: T.A.O..
- Velidedeoğlu, H.V. 1954, *Medeni Hukuk*. İstanbul:T.A.O.
- Von Thur, A., 1983. *Borçlar Hukuku*. Ankara: Olgaç Matbaası
- Wieland, C. 1949. *Kanunu Medeni De Ayni Haklar 2.Kısım*. Ankara: Yeni Cezaevi Basımevi.
- Yakuppur, S., 2016. *Tapu Kütüğüne Güven İlkesi*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık.
- Yenice, A.Ö., 2009. *Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri*. İstanbul: On iki levha Yayıncılık.
- Zevkliler, A. & Gökyayla, K.E., 2010. *Borçlar Hukuku Özel hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi.

Sürekli Yayınlar

- Akın, L., 1991. İnşaatçı İpoteği. *Ankara Barosu Dergisi*, **5**, ss.751-769.
- Aktepe, S., 2007. İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, **2(12)**, ss.177-193.
- Bıçakçı, L., 1982. Yapı Alacaklısı İpoteği (MK. 807/3). *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Doğumunun 100.Yılında Atatürk'e Armağan, **1-4**, 537-568.
- Çabri, S. 2017. Prof. Şeref Ertaş'a Armağan 1.Cilt- Yapı Alacaklısı İpoteğinin Önceliği, *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, **19**, Özel Sayı, s.377-413.
- ERCOŞKUN ŞENOL,K., Haziran 2018 *Geçici Tescil Şerhi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 6, Sayı 11, s.375.
- Kahraman, Z., 2013. Mirasın Paylaştırılmasında Ortaya Çıkan Denklik Alacağı Ve Bunun Teminat Olarak Tescile Tabi Kanuni İpotek, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, **8(107-108)**, s.119-138.
- Karakaş, C.F. 2009. Sıra Cetveline İtiraz Davalarında Alt Sıradaki Alacaklıya Yönelik İddialar ve Karşı Davalarda Hukuki Yarar Sorunu. *Adana Barosu Dergisi*, **7**, ss.14-21.
- KILIÇ, M. 2012, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Tapu Sicili Hukukunda Getirdiği Yenilikler, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Cilt 8, sayı: 93-94, s.73.
- Kocabaş, G. 2013. İsviçre Hukukundaki Yapılan Değişiklik Doğrultusunda Yapı Alacaklısı İpoteğinin Kurulması. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, **3(1)**, ss.83-105.
- ÖZBEK,M.S., 2017, Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyatî Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cil:3, Sayı:1, s.74.

Seçer, Ö. 2008. İpoteğin taşınmaz bakımından kapsamı. *İstanbul Barosu Dergisi*, **82**(4), ss.1901-1933.

Seçer, Ö., 2010. Alacak Rehnine Hakim Olan İlkeler. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, **73-74**, ss.120-140.

Seçer, Ö., 2010. İpoteğin ilamlı takip yoluyla paraya çevrilmesi. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, **75-76**, ss.25-45.

Tiryaki, F., 1996. Taşınmaz Rehni Hukukunda Sabit Dereceler Sistemi ve Hükümleri. *Ankara Barosu Dergisi*, **4**, ss.540-560.

Uyumaz, A., 2008. Yapı (İnşaatçı) İpoteği. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, **C. XII** (1-2), ss.225-258.

Diğer Yayınlar

Sinerji Hukuk Yazılımları, www.Sinerjimevzuat.com.tr, (Erişim tarihi: 20.02.2019).

T.C. YARGITAY . Hukuk Genel Kurulu Esas: 2006 / 15-702 Karar: 2006 / 691

T.C. YARGITAY İİD., T:31.10.1950, E/K:4515/4785.

T.C. YARGITAY İİD., T: 18.12.1956, E/K:6695/6856.

T.C. YARGITAY HGK, T:3.4.1963, E:47, K:11.

T.C. YARGITAY HGK, T:6.1.1968, E:1728, K:6.

T.C. YARGITAY HGK, T:16.06.1973, E:1971/1-15, K:510.

T.C. YARGITAY 15. HD, T:08.04.1985, E:3740, K:1315.

T.C. YARGITAY 15. HD, T:31.05.1988, E:3682, K:2136.

T.C. YARGITAY 14. HD, T:27.10.1992, E:1992/5104, K:1992/9246; NAR, s.41.

T.C. YARGITAY HGK, T:22.03.1995, E:1995/16-31, K:1995/196.

T.C. YARGITAY 23. HD, T:11.09.1997, E/K:4917/4989 (YKD 1999/11, s.1574);

T.C. YARGITAY 21. HD, T:26.05.1998, E/K:3550/3902 (YKD 1999/11, s.1576)

T.C. YARGITAY 19. HD, T:28.05.2002, E/K:2002/152-4094.

T.C. YARGITAY 19. HD, T:28.05.2002, E/K:2002/152-4049.

T.C. YARGITAY 19. HD, T:05.05.2005, E:2004/11789, K:2005/5158.

T.C. YARGITAY 12. HD, T:13.06.2005, E:2005/9316, K:2005/13783.

T.C. YARGITAY 19. HD, T:15.09.2005, E/K:5538-8659.

T.C. YARGITAY 15. HD, Tarih:18.02.2008, E:2006/6066, K:2008/960.

T.C. YARGITAY 15. HD, T:18.02.2008, E:2006/6606, K:2008/960.

T.C. YARGITAY 23. HD, T:06.10.2011, E:2011/821, K:863.

T.C. YARGITAY 19. HD, T:27.10.2013, E:2010/9823, K:12106.

T.C. YARGITAY 15. HD, T:19.11.2014, E:2014/4356, K:2014/6677.

T.C. YARGITAY 15. HD, T:19.11.2014, E:2014/4356, K:2014/6677.

T.C. YARGITAY 14. HD, T: 07.11.2016, E: 2015/17370, K: 2016/9162.

T.C. YARGITAY 14. HD, T: 03.06.2010, E: 2010 / 4527, K: 2010 / 6501.

T.C. YARGITAY 15. HD, T: 21.11.2012, E: 2012/ 4558, K: 2012 / 7308.

T.C. YARGITAY 15. HD, T: 09.05.2013, E: 2012/ 4521, K: 2013 / 3030.

T.C. YARGITAY 15. HD, T: 11.02.2014, E: 2014/ 483, K: 2014 / 844.

T.C. YARGITAY 15. HD, T:04.12.2012, E: 2012/ 6837, K: 2012 / 7621

T.C. YARGITAY BÜYÜK GENEL KURUL, T: 30.09.1988, E: 1987 / 2, K: 1988 / 2

T.C. YARGITAY 14. HD, T: 09.03.2009, E: 2009 / 1955, K: 2009 / 2878

T.C. YARGITAY 14. HD, T: 08.04.2011, E: 2011 / 3033, K: 2011 / 4659