

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MEDENİ HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKI

Ayşenur KAMAL

2501200951

TEZ DANIŞMANI

Prof.Dr. Emrehan İNAL

İSTANBUL – 2024

ÖZ

YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKI

AYŞENUR KAMAL

Yapı işlerinin maliyet ve emek yoğun bakımından bir alan olması göz önünde bulundurulduğunda, yapı faaliyetinde taraflar arasındaki menfaatlerin dengesinin sağlanması oldukça önem arz etmektedir. Kanun koyucu bu kapsamda yapı alacaklısının hakkının korunmasına yönelik müdahalede bulunarak özel bir düzenleme yapma gereği duymuştur. Yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışmada yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının amacı, hukuki niteliği, tescil süreci ve sonuçları incelenecektir. Yapı alacaklıları, önce ifa yükümlülüğü kapsamında yapı faaliyetini gerçekleştirmekte ve fakat karşılığında talep ettikleri bedeli tahsil etme kısmında çeşitli zorluklar yaşamaktadır. Bu uygulama neticesinde yapı alacaklıları kredi veren rolüne dönüşmektedir. Çalışmamızda TMK m. 893/3 düzenlemesine yönelik tartışmalara yer verilerek uygulama sahasının genişlemesine katkıda bulunmak amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı, inşaatçı ipoteği, eser sözleşmesi, yapı alacaklısı, ipotek, yapı alacağı, alt yüklenici

ABSTRACT

LEGAL LIEN OF THE BUILDING CREDITOR

AYŞENUR KAMAL

Considering that construction works are cost and labor intensive, it is very important to ensure the balance of interests between the parties in the construction business. In order to ensure the balance, the legislator felt the need to make a special regulation by intervening to protect the right of the construction creditor. This study, prepared as a master's thesis, examines the purpose, legal nature, registration process and consequences of the legal mortgage right of the construction creditor. In the construction activity, the construction creditors complete the construction work within the scope of the obligation to fulfill the debt first, but they experience various difficulties in collecting the price demanded in return. As a result of this established practice, construction creditors turn into lenders. In our study, we aim to contribute to the expansion of the field of application of the construction creditor's statutory mortgage right by addressing the debates arising in practice.

Keywords: Builder lien, constructor lien, building creditor, registration of a legal lien, contract of construction

ÖNSÖZ

Bu çalışma, kangren olmuş bir inşaatta emek ve sermayesi ile katkıda bulunan bir alt yüklenici yapı alacaklısının, kredi sağlama yükü ile yaşadıkları zorlukların bir hukukçu olarak parçası olduğum ve avukat olarak giriştiğim hukuk mücadelesinde yapmış olduğum araştırma ve çabanın en nihayetinde akademik hayata bir katkıya dönüşmesinin öyküsüdür.

Yaşamdaki tüm inşai faaliyetler doğası gereği emek ve sermaye gerektirir. Nitekim bu tez de diğer tüm akademik çalışmalar gibi hayatımın çok önemli bir dönemi içerisinde ayırdığım emek en önemli insan sermayesi olan zamanın ürünüdür. Hayat içerisindeki tüm inşai faaliyetlerde emek ve sermayesi ile katkıda bulunan her yapı alacaklısının alacak haklarının korunabilmesini ve böylece insanların/tacirlerin/zanaatkarların emek ve sermayelerini bir şey için harcamaktan çekinmeyerek çalışma motivasyonu bulunabilmesi için gereken güven ortamının biz hukukçular tarafından sağlanabilmesini umuyorum. Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının uygulanmasının mahkemelerce önünün açılmasını kanun maddesinin canlılığını kaybetmeden pratik hayatın içerisinde yaşayabilmesini diliyorum.

Tez çalışması sürecinde nazik ve öğrenci dostu tez danışmanım çok değerli hocam sayın Prof. Dr. Emrehan İnal'a bu çalışma için sağladığı destek ve teşvik için teşekkür ederim.

Ve her zaman bana olan inançları hiç eksilmeyen ve desteğini her daim hissettiğim sevgili ailem, akademik ruhlu kitap dostu annem Yasemin Kamal ve babam Hasan Kamal'a çok teşekkür ederim.

Bir insanın büyümesine şahit olmak ve emek harcamak hayattaki en güzel deneyimlerden biri akademik yolculuğumla birlikte büyüyen kızım Asya'ya bana bu şansı verdiği için teşekkür ederim.

**Saygılarımla,
Ayşenur Kamal
İstanbul, 2024**

İÇİNDEKİLER

	<i>Sayfa</i>
ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM GENEL BİLGİLER

I. TARİHİ GELİŞİMİ	7
II. ORTAYA ÇIKMA NEDENLERİ.....	8
A. Üst Arza Tabidir İlkesi	8
B. Önce İfa Yükümlülüğü	10
C. Ekonomik Nedenler.....	12
III. TANIM VE KAVRAM AĞACI	14
A. Teminat Kavramı	14
B. Rehin Hakkı	15
IV. REHİN SİSTEMİ İÇERİSİNDEKİ KONUMU	16
A. Sınırlı Ayni Hak Kavramı.....	16
1. İrtifak Hakları	17
2. Taşınmaz Yükü.....	17
3. Rehin Hakları	18
a. Genel Olarak	18
b. Taşınır Rehni.....	18
c. Taşınmaz Rehni.....	19
B. İpotek.....	22
1. Sözleşmeden Doğan İpotek Hakları	22
2. Kanundan Doğan İpotek Hakları.....	22
a. Tescile Tabi Olmayan İpotek Hakları	22
b. Tescile Tabi Kanundan Doğan İpotek Hakları	23

İKİNCİ BÖLÜM
YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKININ HUKUKİ
NİTELİĞİ, TARAFLARI VE KONUSU

I. YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ	25
A. Genel Olarak	25
B. Şahsi Hak Görüşü	26
C. Ayni Hak Görüşü	28
D. Eşyaya Bağlı Borç Görüşü	30
E. Yenilik Doğuran Hak Görüşü	35
II. YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKINDA TARAFLAR	36
A. İpotek Alacaklısı	37
1. Yükleniciler	37
2. Alt Yükleniciler	43
3. Zanaatkarlar	47
4. Diğer Kişiler	49
a. Vekaletsiz İş Görenler	49
b. Haksız Yapıda Yapı Faaliyetinde Bulunanlar	50
5. İpoteğin Tescilini Talep Hakkı Olmayanlar	51
a. Mimarlar Ve Mühendisler	51
b. Yapı İşine Sadece Malzeme Temin Edenler	54
c. Hizmet Sözleşmesi Kapsamında Yapı İşinde Çalışanlar	56
B. İpotek Borçlusu	58
1. Genel Olarak	58
2. Taşınmaz Maliki	58
a. İş Yaptıran Taşınmaz Maliki	60
b. Taşınmazı Sonradan Edinen Malik	61
c. TMK m. 1023 Bağlamında Değerlendirme	63
3. İflas Masası	65
III. YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKININ KONUSU	68
A. Üzerinde Yapı Alacaklısı İpoteği Tesis Edilebilen Taşınmazlar	68
1. Taşınmaz Mülkiyeti Olarak Arazi	68

2. Bağımsız ve Sürekli Haklar.....	71
3. Kat Mülkiyetine Kayıtlı Bağımsız Bölümler	73
B. Üzerinde Yapı Alacaklısı İpoteki Tesisi Tartışmalı Olan Taşınmazlar	77
C. Pay, Bağımsız Bölüm ve Birden Fazla Taşınmaz Üzerinde Yapı Alacaklısının Kanuni İpotek Hakkı	78
1. Birlikte Mülkiyet Halinde	78
a. Elbirliği Mülkiyet Halinde.....	79
b. Paylı Mülkiyet Halinde.....	79

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKININ TESCİLİ

I. YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKININ TESCİLİNE İLİŞKİN ŞARTLAR.....	83
A. Bir Yapı Alacağının Mevcut Olması.....	83
B. Alacağın Çekişmesiz Olması	87
1. Alacağın Malik Tarafından Kabul Edilmesi	87
2. Alacağın Mahkeme Kararıyla Tespit Edilmiş Olması	90
C. Malik Tarafından Yeterli Güvence Gösterilmemesi	95
D. Tescilin Süresi İçerisinde Yapılmış Olması	98
II. YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKININ TESCİLİ.....	104
A. Geçici Tescil	104
1. TMK. m. 1011/1 Uyarınca Değerlendirme	106
2. TMK. M. 1010/1 Uyarınca Çekişmeli Hakkın Korunması Şerhi Olduğu Görüşü.....	109
3. Tmk. m. 1016 Uyarınca Değerlendirme	112
4. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	114
B. Kesin Tescil	118
C. Alt Yüklenici Olması Halinde Üç Köşeli İlişki	121
1. Genel Bilgi	121
2. Çift Ödeme Tehlikesi.....	125

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKININ SIRASI, ÖNCELİK HAKKI VE SONA ERMESİ

I. YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEĞİNDEN FERAGAT.....	134
II. YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKININ SIRASI.....	134
III. ÖN SIRADA YER ALAN DİĞER REHİNLİ ALACAKLILAR	
KARŞISINDAKİ ÖNCELİK HAKKI.....	136
A. Genel Olarak	136
B. Öncelik Hakkının Kullanılmasının Şartları	139
1. İpoteğin Tapuya Tescil Edilmiş Olması	139
2. Yapı Faaliyetinin İnşaata Değer Katması	140
3. Yapı Alacaklısının Kısmen veya Tamamen Alacağını Elde Edememesi	140
4. Taşınmaz Üzerindeki Yüklerin Yapı Alacaklılarının Zararına Olacağının Diğer Alacaklılar Tarafından Bilinmesi.....	141
5. Taşınmazın Paraya Çevrilmesinden Doğan Kıymet Fazlasının Ön Sıradaki Rehinli Alacaklıya Tahsis Edilmesi.....	141
6. Ön Sıralı Derecelerdeki Rehin Alacaklılarının İyi Niyetli Olmaması.....	142
C. Öncelik Hakkı Hakkının Kullanılması	144
1. Öncelik Hakkının Kullanım Zamanı.....	144
2. Öncelik Hakkının Tarafları	144
3. Öncelik Hakkının Kapsamı	145
4. Öncelik Hakkı Talebinin İleri Sürülmesi	145
5. Değerlendirme	149
SONUÇ.....	150
KAYNAKÇA	156

KISALTMALAR LİSTESİ

a.e.	: Aynı eser/Aynı yer
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
Abs.	: Absatz
Art.	: Artikel
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BGB	: Alman Medeni Kanunu
BGE	: İsviçre Federal Mahkemesi Kararları
Bkz.	: Bakınız
Bs.	: Basım
C.	: Cilt
Dn.	: dipnot
E.	: Esas
ET	: Erişim Tarihi
GBV	: İsviçre Tapu Tüzüğü
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
K.	: Karar
Kn.	: Kenar notu
KT.	: Karar Tarihi
m.	: Madde
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
N	: Numara
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
eMK	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi (Mülga)
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TST	: 3907 sayılı Tapu Sicili Tüzüğü

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd. : ve devamı
Y. : Yargıtay
YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZGB : İsviçre Medeni Kanun'u
Ziff. : Ziffer



GİRİŞ

I. Konunun Takdimi ve Sınırları

Türk Medeni Kanunu'nun 893. Maddesinde üç halde alacaklıların kanuni ipotek haklarının bulunduğu ve alacaklıların bu kanuni ipotek haklarının tescilini isteyebilecekleri düzenlenmiştir. Bunlardan biri de çalışma konumuzu oluşturan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 893. maddesinin Üçüncü Fıkrasında düzenlenen; "***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 zanaatkârlar***" şeklinde düzenlenen yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkıdır.

Ülkemizde inşaat sektörü, ekonominin lokomotifi sektörü haline gelmiştir. Farklı sektörlerden çok büyük projeler olan havaalanları, köprüler, toplu konutlar, alışveriş merkezleri gibi yüksek bütçeli projeler de düşünüldüğünde ülke ekonomisi içerisinde oldukça önemli bir yer edinmiştir. Bu kapsamlı projelerde çalışan zanaatkar ve yükleniciler tarafından yapılan imalatlar, yapı ile bütünleşerek yapının ayrılmaz bir parçası haline gelmektedir. Eser sözleşmesi bakımından ifada sıra esasları çerçevesinde iş sahibinin iş bedelini ödeme borcu eserin tesliminden önce gerçekleşmektedir. Yapı faaliyetlerinin uzun sürdüğü hususu göz önüne alındığında yükleniciler emek ve sermayeleri ile yapıya bir nevi kredi sağlayıcısına dönüşmektedir. Yapı alacaklılarının, söz konusu sermaye kullanımı ve üstlendiği rizikolardan kaynaklı ödeme ve ifa sorunları ortaya çıkmaktadır. Genel olarak iş sahipleri, yapı işindeki ilerleme ile ortaya çıkan ekonomik değer fazlası üzerinden alt yüklenici ve zanaatkarlara ödeme yapmayı tercih etmektedir. Özellikle alt yükleniciler, emeklerinin ve kullandıkları malzemelerin karşılığını alamama tehlikesi ile karşı karşıya kalmakta ve söz konusu riziko, yapı alacaklılarının sektörde güven içinde faaliyet gösterebilmesini engellemektedir. Dolayısıyla güvenli olmayan ticaret ortamı, bünyesinde faaliyet gösteren firmaların stres yükünü artırarak kredibilitelerini düşürmekte ve ekonomik faaliyetlerini olumsuz etkilemektedir.

Arazi üzerinde inşa edilen yapı mülkiyeti, TMK m. 718/II gereği taşınmaz mülkiyeti kapsamındadır. Yapım sürecinde kullanılan malzemelerin bağımsızlık vasfı ortadan kalkarak yapının bütünleyici parçası haline gelmesiyle taşınmaza bağlanır ve malzemelerin de katkısı ile yapı değerlendirilir. Kullanılan malzemeler yapının bütünleyici bir parçası haline dönüşerek bağımsız eşya niteliklerini kaybetmeleri nedeniyle yapı alacaklısının malzeme üzerindeki hukuki korumalardan malzemeyi istihkak davası ile geri isteme, hapis hakkı, alıkoyma hakları, ödemelik def'i ve sökme hakkından faydalanabilmesi de mümkün olmamaktadır¹.

Yapı alacaklısının zayıflayan hukuki konumuna yönelik adaletin sağlanması ve ekonomik refahını düzenlemek amacıyla alacaklarının güvence altına alınmasına yönelik hukuki düzenleme yapma ihtiyacı doğmuştur. Yapı alacaklılarının alacaklarını tahsil edememe tehlikesi, kendi emek ve sermayeleri ile katkıda bulundukları taşınmaz üzerindeki değer fazlası üzerinden kendi alacaklarını öncelikli olarak elde etme imkânı ile güvence altına alınmıştır².

Çalışma beş temel soru etrafında şekillendirilmiştir. (1) İlk bölümde, “yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı nedir, ne işe yarar?” sorusu üzerinde durulmuş; yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının kavramsal yapısı ve hangi ihtiyacın giderilmesi için ortaya çıktığının anlaşılması istenmiştir. Buna yönelik terminoloji ve tarihsel köküne değinilmiş ve diğer hukuk sistemlerindeki mekanizması ve işlevleri üzerinde durulmuştur. (2) İkinci bölümde: “Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının hukuki niteliği nedir?” sorusunun yanıtlanması amaçlanmış; yapı alacaklısı ipoteği kavramı yapısal olarak incelenmeye çalışılmıştır. Bu kısımda doktrindeki tartışmalara yer verilerek kurumun teorik yönü derinleştirilmeye çalışılmıştır. (3) Üçüncü bölümde, “Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının tarafları ve konusu nedir?” sorusu incelenerek ipoteğinin tarafları, ipotek alacaklısı ve ipotek borçlusunu olarak ikili bir

¹ M.Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku, Zilyetlik-Tapu Sicili, Taşınmaz Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Aynî Haklar**, Güncellenmiş ve Eklentiler Yapılmış 25. Baskı, Filiz Kitapevi, 2023, N. 3485; Bilgehan Çetiner, **Taşınmaz Teminatı**, İstanbul, 2015, s. 251-252.

²Hüseyin Avni Göktürk, **Türk Medeni Hukuku**, Dördüncü Kitap, Aynî Haklar, Ankara 1949, s. 1045-1046; Selâhattin Sulhi Tekinay, **Menkul Mülkiyeti Ve Sınırlı Aynî Haklar**, İstanbul 1994, s. 85; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3485. Fahri Erdem Kaşak, **İnşaatçı İpoteği (Mk M. 895-897)**, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 7 vd.; Çetiner, **a.g.e.**, s. 252.

ayırma gidilerek alt başlıklarla incelenmesi metodolojik açıdan daha açık ve anlaşılır olduğu için tercih edilmiştir. Taraflar detaylıca incelendikten sonra yapı alacaklısı ipoteğinin konusu ve ilgili özel durumlar anlatılmıştır. Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının tescili süreci, şartları ve bu tescil yapılması sürecindeki medeni usul hukuku kuralları çerçevesinde karşılaşılan sorunlara yer verilerek uygulama eleştirilerine değinilmiştir.

“Yapı alacaklısı ipoteği nasıl uygulanabilir?” sorusu merkeze alınarak, yapı alacaklısı ipoteğinin koşulları, bir yapı alacağının mevcudiyeti ve bu kapsamda nelerin kabul edilebileceği, alacağın çekişmesiz olması koşulu altında malikin alacağı kabul etmesi ifadesinde ne anlaşılması gerektiği ve bu halde ortaya çıkabilecek hukuki sorunlar, mahkeme kanalıyla tescil sürecinin doktrin ve içtihatlar incelenerek yol haritasına ışık tutmak amaçlanmıştır. Çalışma (4) dördüncü bölümde, kanuni ipotek hakkının kullanımını etkin hale getirmesi amacıyla düzenlenen öncelik hakkı bölümüyle sona ermektedir.

Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı, kanun koyucu tarafından düzenlenmiş olsa da ilgili hüküm ticari hayata geçerek ihtiyaçlara cevap verir nitelikte bir işlerlik kazanamamıştır. Bunun çeşitli sebepleri olmakla beraber konunun yeterince bilinmeyişi, usul mekanizmasının oturmaması ve uygulamada karmaşa oluşturacağı kaygısıyla yargı tarafından uygulanmasının önünün açılmaması başlıca nedenler olarak söylenebilir.

Yapı alacaklısı ipoteği bir ipotek türüdür. Ancak, rehin hukuku başlı başına çok yönlü ve kapsamlı bir alandır. Rehin kavramı ve türleri, rehinin konusu ve kuruluşu çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Genel mahiyetteki açıklamaların amaca elverişli olmaması nedeniyle, katkısı olmadığını düşündüğümüz kısımları ilgili kaynaklara dipnotlarla yönlendirmekle yetinmeye çalışacağız.

Konu teorik ve pratik olmak üzere ayrıştırılarak incelenecektir. Hukuku şekillendiren ve mevcut halin koşullarını kavramaya yetecek ölçüde tarihsel öyküyü

bilmek önemlidir.³ Bu nedenle ilk önce kanunun ortaya çıkışından itibaren ilk hali itibariyle oluşma sürecine yer verilmiştir.

Daha sonrasında mekanizmanın nasıl olması gerektiğinin anlaşılmasını sağlamak adına benzerlerinin gözlemlenmesi hukuk disiplininde oldukça önemli bir veridir. Bu sebeple ikinci olarak karşılaştırmalı hukuktaki yerinin uygulamasına bakılmasının daha doğru olduğu düşünülmüştür.

Sonrasında ise, kurumun işlevsel hale getirilmesi ve gereken önemin verilebilmesi için neden gerekli olduğunun ve hangi ihtiyacın karşılanmasına yönelik düzenlendiğinin anlaşılmasının oldukça önemli olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle inşaat sektörünün dinamikleri ve ihtiyaçları, düzenlemenin teorik alt yapısı, ihtiyacın ortaya çıkma koşulları ile incelenerek bu hukuki kurumun inşa edilmesinin mantığı ve şekli ortaya konulmaya çalışılacaktır. Düşünsel sürecin geçirdiği evrim ve kökenleri, bağlamın oturabilmesi ve hukuki mantığın anlaşılması için gereklidir.

II. Terminoloji

Kanunda yüklenici ve zanaatkarların alacağına ilişkin olarak tanınmış bu ipotek hakkına, öğretide ve uygulamada “inşaatçı ipoteği”⁴ veya “yapı alacaklısı

³ “Aristoteles için herhangi bir şeyin doğası, onun ilk değil son durumudur. Bu sona yönelen büyüme sürecine de doğa denilmektedir. Şeyleri anlayabilmek için onları geliştirmekteyken görmek ve doğdukları andan itibaren ele almak gerekir.” ifadesiyle bir şeyin doğasının açıklanmasının önemi izah edilmiştir. Doğan Kütükçü, **Batı Hukuku Geleneğinin Oluşumu**, Mart, 2017, Seçkin Yayıncılık, s.5.

⁴ M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku: Zilyetlik-Tapu Sicili, Taşınmaz Ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar**, Güncellenmiş Ve Eklemeler Yapılmış 25. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2023, N.3485. Aydın Aybay, **Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil**, İstanbul, Ahmet Said Matbaası, 1962, s. 47 Vd.; Hasan Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, Gözden Geçirilmiş 7. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2017, s. 43; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu/Galip Esmer, **Gayrimenkul Tasarrufları Ve Tapu Sicili Tatbikatı**, 2.Baskı, İstanbul, 1956; Levent Bıçakçı, Yapı Alacaklısı İpoteği /MK.807(3), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:45, Sayı 1-4, 537-568, 2011; Levent Akın, “İnşaatçı ipoteği”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl, 1991, 48: 751-769; “Ali Avcı/ Buket Köksal Oruç, İnşaatçı İpoteği (Yapı Alacaklısı İpoteği)”, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, 2014, 93-124; Kerim Atamer, “İnşaatçı İpoteğiyle karşılaştırmalı Olarak Tersane Sahibinin Kanuni ipotek Hakkı”, **Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı**, Ankara, 2016, s 559; İlker Hasan Duman, “İnşaatçı İpoteği”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 9: 189-200; Can Mertol, “Yeni Medenî Kanun'un İnşaatçı (Yapı) İpoteği Hakkındaki Hükümleri İle İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapılıp Yapılmadığı Meselesi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 8.2. s. 397; Fahri Erdem Kaşak, İnşaatçı İpoteği (MK m.895-897), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011; Sulhi Tekinay, “İnşaatçı İpoteğinin Tescilini İsteme Hakkının Mahiyeti”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli**

ipoteği”⁵ “yapı ipoteği”⁶ “inşaatçıların kanuni ipotek hakkı”⁷ “müteahhit ve işçilerin kanuni ipotek hakkı”⁸ “yüklenicinin kanuni ipotek hakkı”⁹ ve “yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı”¹⁰ terimleri kullanılmaktadır.

Doktrinde ve tüm başka çalışmalarda tercih edilen farklı kavramlar neticesinde bir “kavram karmaşası” oluşmuştur. Bu durum, bilimsel araştırmalarda literatür

Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.3, S. 4, 1969, S. 133; Rona Serozan, Taşınmaz Rehni, **Journal of Istanbul University Law Faculty**, 2006, 64.2: 301-324.

⁵ Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara, 2024, s. 699; Haluk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku: Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyetin Genel Hükümleri, Taşınır Mülkiyeti, Rehin Hakları, Taşınmaz İrtifakı, İntifa Hakkı**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 10. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2023, s. 366; Levent Bıçakçı, Yapı Alacaklısı İpoteği (MK. 807/3), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:45, Sayı 1-4, 537-568, 2011. Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar**, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 266 vd; Yarg. 15. H.D., T. 04.10.2018, 2855 / 3585 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>); Cemal Oğuz, “Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009, 13.1: 61-75; Başak Baysal, Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006. s. 149, Sezer Çabri, “Yapı Alacaklısı İpoteğinin Önceliği (TMK m. 897/I)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.19, Özel Sayı-3, 2017, c. 377-413. M.Emir Göka “Yapı Alacaklısı İpoteğinin Tescilinde Karşılaşılan Bazı Sorunlar” **Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu**, 2020, s. 453-458; Gediz Kocabaş, “İsviçre Hukukundaki Değişiklikler Doğrultusunda Yapı Alacaklısı İpoteğinin Kurulması”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013/1, 2013, s. 83-105; Tuğçe Oral, “Türk-İsviçre Hukukunda Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Sorunlar ve Çözüm Önerileri” , **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2019, 68.3: 665-706.; Hümeysra Kaçaran, Yapı Alacaklılarının Kanuni İpotek Hakkı, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2016, 22.3: 1363-1398, Fatih Reşat Kalın, **Yapı Alacaklısı İpoteğinde Öncelik Hakkı**, Bahçeşehir Üniversitesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

⁶ Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, **Eşya Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2018, s.795; Alper Uyumaz, Yapı (İnşaatçı) İpoteği”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. Xıı, S. 1–2, 2008, S.226; Bedia Güleş, **Türk Hukukunda Yapı İpoteği**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018,s.1 vd. Cansın Akcan, “Yapı İpoteği”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2018/2, s. 71; Özge Yenice Ceylan, **Yapı İpoteği**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, 10 vd. Söz konusu kanuni ipotek hakkının doğrudan yapının kendisinden değil inşaatçının emek ve malzemesinin karşılığında kaynaklandığı yönünde eleştiri için ayrıca bakınız: Yusuf Can Delipınar, **Geçici Tescil Şerhi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022., s.147.

⁷ Nuşin Ayiter, **Eşya Hukuku**, Nisan, Savaş Yayınları, Ankara, 1983; Ferit Hakkı Saymen/Halid Kemal Elbir, **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi,1963,

⁸ Safa Reisoğlu, **Türk Ve İsviçre Hukukunda Müteahhit Ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Matbaası, Ankara, 1961; N. Binnur Sümer, "Müteahhit Ve Diğer Çalışanların Kanunî İpotek Hakkı", **Halil Cin’e Selçuk Üniversitesi’nde 10. Hizmet Yılı Armağanı**, Konya 1995, s. 601; Nurhan Süral, Müteahhit ve İşçilerin Yasal İpotek Hakkı, **Ankara Barosu Dergisi**, 1980, s.690-703.

⁹ Nezih Sütçü, “Kat Karşılığı İnşaat sözleşmesinden Doğan Alacağı İçin Yüklenicinin Kanuni İpotek Hakkı (TMK m 893) Var Mıdır?”, **Bursa Barosu Dergisi**, 35.91, (2011): 33-38 (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/17846> ET: 04.08.2023

¹⁰ Fatma Kurt, “Yapı Alacaklısının Kanuni İpotek Hakkı (Mehaz Hukuktaki Gelişmeler)”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, 7. 2011, C.7, S.87-88, 202-246.

taramasını zorlaştırmanın yanı sıra maddenin uygulanabilirliğine ve bilinirliğine de zarar vermektedir.

Söz konusu kavramlar kurumun yapısını ifade etmek için yerleşmiş olup yalnızca “işçiler” ifadesini içeren adlandırmalar karşılık görmemektedir.¹¹ Çünkü hâkim görüşe göre¹², işçilerin kanuni ipotek hakkı bulunmamaktadır.

Kurumun isimlendirilmesinde, ona karakterini veren terimin bünyesinde bulundurulması önemlidir. “Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı” terimi genel bir tanım olması ve kavram içerisinde kurumun anlaşılmasını daha mümkün kıldığı düşünülerek tercih edilmiştir. İsimlendirmede ipotek hakkına yönelik kelime vurgusunun rehin kavramının mahiyeti itibarıyla yapı alacaklısı statüsünün ayrılmaz bir parçası olduğunu düşündük. İnşaat ve yapı üzerinden ipotek isimlendirmesinin uygulamada, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicilerin ipotek hakkı olarak ifade edilen “inşaatçı ipoteği” terimiyle karıştırılmaması açısından da uygun olduğu düşüncesindeyiz.

¹¹ “İşçiler” teriminin yanlış bir çeviri sorunundan kaynaklandığı yönünde detaylı tartışma için ayrıca bkz. Tez, Bölüm II, Yapı Alacaklısının Tarafları, Zanaatkarlar, dn. 162.

¹² Reisoglu, **a.g.e.**, s. 850; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 796; Kocabaş, **a.g.m.**, s.92.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

I. TARİHİ GELİŞİMİ

Günümüz Kıta Avrupası hukuklarında mevcut kuralların kökeni başka birçok hukuki kurumdaki gibi Roma Hukukuna dayanmaktadır. Yapı alacaklılarının özel olarak korunması da ilk Roma Hukuku'nda karşımıza çıkmaktadır¹³. İnşaatın yapılması için karz veren kimse taşınmaz üzerinde alacağın temini adına bir ipotek hakkına sahip olabilmekteydi¹⁴. Öğretide hukuk sistemimizde yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkı teriminin kaynağı olarak görülse de¹⁵ günümüzde ise yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı sahipliği için yalnızca malzeme vermesi yeterli değildir. Bu nedenle bu hakkın tam olarak kurumu karşıladığını söylemenin pek mümkün olmadığı da doktrinde ifade edilmiştir¹⁶.

1791 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin Maryland eyaletinde yüklenici ve zanaatkarları koruyucu düzenlemeler getirilmiştir¹⁷. 1804 yılında Fransız Medeni Kanunu'nunu çıkarılmış, 1890 yılından itibaren Almanya'da yoğun tartışmalar olmuştur¹⁸. 1900 yılında Alman Medeni Kanun'u ile yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkına ilişkin çalışmalar devam etmiştir. Ancak Alman Medeni Kanununun yeterli koruyucu hükümler içermediği gerekçesiyle 1909 yılında İnşaat Alacaklılarının Güvence Altına Alınmasına İlişkin Kanun (Gesetz über die Sicherungen der Bauforderungen) çıkarılmıştır¹⁹. İsviçre'de Fransız Medeni Kanunu'nu kabul eden

¹³ Marzo, Salvorte Di, **Roma Hukuku**, 2.Baskı, İstanbul, 1959, s. 324; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2; Safa Reisoğlu, "Müteahhit Ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı", **1.Adalet Dergisi** Y. 51, s.10, 1960, s.841. Marcus aurelius zamanında çıkarılan bir emirname ile yapının yeniden inşası için malike ve malikin anlaştığı yükleniciye karz akdiyle ödünç para veren kimselerin bu yapı üzerinde ipotek hakkı tanınmasına için bkz. Marzo, **a.g.e.**, s. 324.

¹⁴ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 324.

¹⁵ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 2; Fransız Hukukunda karz verenlerin yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkını tescil ettirme hakkına sahip olduğu yönünde bkz. Kaşak, **a.g.t.**, s.27-28.

¹⁶ Güleş, **a.g.e.**, s.6.

¹⁷ Avcı/Köksal-Oruç, **a.g.m.**, 95; Güleş, **a.g.e.**, s. 6.

¹⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 3.

¹⁹ **A.e.**, s. 842.

Bern, Geneve, Valais ve Tessin kantonlarında yapı alacaklılarını koruyucu hükümler vardır²⁰. 1882 Bavyera İpotek Kanunu’nda ayrı bir düzenleme de yapılmıştır²¹.

II. ORTAYA ÇIKMA NEDENLERİ

A. Üst Arza Tabidir İlkesi

Üst arza tabidir ilkesine göre bir taşınmazın üzerinde bulunan yapılar o taşınmazın kaderine bağlıdır. TMK m. 718/II ve m. 722/I düzenlemelerinde yer alan ilkeye göre TMK. m. 684’de yer alan bütünleyici parça kuralı kapsamında arazi üzerinde inşa edilen yapıların mülkiyeti, TMK m. 718/II gereği taşınmaz mülkiyetinin kapsamına dâhildir. “Üst tarza tabidir”²² ilkesi (superfices solo cedit), kaynaklarda farklı varyasyonlarda yer almaktadır. Bir başka deyişle bina zemini takip eder. Zemin ile birleştiklerinde üzerinde durdukları zeminin kaderini paylaşırlar²³. Bu ilke için “arsa binayı yer” ifadesi de kullanılmaktadır²⁴. Aynı zamanda “bütünleyici parça kuralı” da denilmektedir. Asıl şey ile sıkı bir şekilde birleşerek onun bütünleyici parçası haline gelen “şey”, asıl “şeyin” malikinin mülkiyetine ait olur²⁵. Yapının kaderi ile yapının ayrılmaz bir parçası haline gelen malzemelerin akıbeti iki farklı ilke ile belirlenmektedir. Malzemeler, bütünleyici parça prensibi gereği yapının mülkiyetine tabi olmasının akabinde “üst arza tabidir” ilkesi uyarınca arazinin mülkiyetine tabi

²⁰ A.e., s. 3.

²¹ A.e., s. 3.

²² Yapı alacaklısı ipoteğinin düzenlenmesinin asıl sebebinin bu ilke olduğuna dair bkz. Göka, **a.g.m.** s. 456 dn.8.

²³ Lena Rutishauser, 2020, <https://d2949dc635c6a357b8576413b60d58d4bf7efa8d.vetisonline.com/de/doc/bookdoc/456ef0e7-0841-4256-a807-4c3fa0365b53/search/175849115> “superficies solo cedit” (faius, 11, 73) de ilk olarak geçmektedir. “Eğer bir kimse, bir başkasına ait arazide bir yapı işinde bulunurse, o arazi sahibinin olur.” **a dictionary of greek and roman antiquities john murray, london, 1875.**, , Çevrimiçi Erişim [http://penelope.uchicago.edu/thayer/e/roman/texts/secondary/smigra*/superficies.html#:~:text=the%20rule%20of%20law%20that,the%20owner%20of%20the%20land.:\(Son Erişim Tarihi: 10.04.2023\)](http://penelope.uchicago.edu/thayer/e/roman/texts/secondary/smigra*/superficies.html#:~:text=the%20rule%20of%20law%20that,the%20owner%20of%20the%20land.:(Son%20erişim%20tarihi%2010.04.2023))

²⁴ İhsan Özmen, **Taşkın İnşaat (Komşu Toprağa (Arsaya) Taşan Yapı)**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1980, s.17.

²⁵ Selahattin Sulhi Tekinay, **Eşya Hukuku**, B. 3, C. I, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978. s.342; Eren, **Mülkiyet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

olmaktadır. Yapıyla birleşen malzeme ise bağımsız eşya niteliğini kaybetmiş olması neticesinde sökülüp alınamaz ve hapis hakkına konu olamaz.²⁶

Zanaatkarlar ve yükleniciler tarafından ifa edilen edimler de yapı faaliyeti kapsamında yapıya eklenerek bağımsız eşya niteliğini kaybeder ve yapının bütünleyici parçası halini alır²⁷. Bunun doğal sonucu olarak da inşai faaliyet ilerledikçe harcanan emek ve kullanılan malzeme neticesinde ortaya çıkan katma değer, arazi malikinin mülkiyetinde ve haliyle malikin uhdesinde toplanır²⁸. Buna karşın, ödemelerini peşin alamayan yapı alacaklılarının hukuki durumları ise bu gelişme karşısında oldukça zayıflamaktadır.

Yapı alacaklısı ile iş sahibi taşınmaz maliki arasındaki sözleşmenin feshedilmesi halinde, yapı alacaklıları fesih anına kadar kullandıkları malzemeleri istihkak davası ile aynen geri isteyemezler²⁹. Yapı alacaklısı ancak iş sahibi ile arasında sözleşmeye göre nispi taleplerde bulunabilir. Ancak alt yüklenicilerin çoğunlukla iş sahibi ile arasında sözleşme bulunmaması nedeniyle nispi taleplerde bulunabilmesi de mümkün olmaz. Benzer şekilde, yapı alacaklılarının ifa etmiş olduğu edimler bakımından, yapıya bağlanma anı ile beraber bağımsız mal niteliğini kaybetmesi nedeniyle taşınır mallar için söz konusu olan mülkiyeti saklı tutma kurumu³⁰ da uygulama alanı bulmamaktadır³¹. Alacaklılar, taşınmazla bütün haline gelen bu malzeme üzerinde hapis hakkı ve teslim bağli rehin şeklindeki hukuki

²⁶ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.8; Çetiner, **a.g.e.**, s.252; Kaşak, **a.g.e.**, s.9-10; Göka, **a.g.e.**, s.456; BGE 103 II 35. Söküp kaldırma talebinin kullanılması halinde yapı alacaklısı ipoteği hakkının olmayacağı yönünde bkz. Güleş, **a.g.e.**, s.92.

²⁷ Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 585; Ayiter, **a.g.e.**, s. 179; Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s. 309; Carl Wieland, Kanuni Medeni'de Ayni Haklar, Ankara, 1946, Art. 837, N.5. Benzer yönde federal mahkeme kararları için bkz. Kaşak **a.g.t.**, s. 8 dn 12 (BGE 41 I 293; BGE 104 II 35; BGE 116 II 682. Detaylı bilgi; Özge Öncü, "Türk Medeni Kanunu'nun 684'üncü Maddesinin İkinci Fıkrası Çerçevesinde Bütünleyici Parça Sayılmanın Şartları" **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 205, Kasım, 2021, s. 1527-1580. (çevrimiçi) www.jurix.com 08.08.2023.

²⁸ Kaşak, **a.g.t.**, s. 8

²⁹ Kaşak, **a.g.t.**, s. 9.

³⁰ TMK. m. 764-765'te düzenlenen mülkiyeti saklı tutma kurumu, mal satıcının malı teslim etmesine rağmen satış bedelini tahsil edemediği hallerde satıcıya ayni bir teminat sağlamaktadır. Satım konusu malın alıcının uhdesinde kalması, alıcının bu malı kullanarak gelir elde edip borcunu ödemesi amacını taşıdığı için taşınır rehninden ayrıştığı yönünde detaylı bilgi için ayrıca bkz. Barış Demir, Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydı İle Satım Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2010.

³¹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 9; Bıçakçı, **a.g.m.**, s. 537; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 585; Wieland, **a.g.e.**, Art. 837, n.5; Kaşak, **a.g.t.**, s. 10.

korumalara sahip değildir³². Bu haliyle, standart bir yapı faaliyetinde inşaat sürecine katılan tarafların birbirilerine karşı hukuki pozisyonlarının sağlıklı görünmemektedir. Yapı alacaklıları bizzat kendilerinin ortaya çıkardıkları katma değerden yararlanma imkânı bulamamakta hatta üstüne üstlük yapı faaliyetine sarf etmiş oldukları malzemelerin bedelini dahi elde edememe tehlikesini üstlenmeye mecbur bırakılmaktadır³³. Taşınmaz maliki ise tam aksine hiçbir katkısı olmaksızın oluşan değer artışından istifade ederek oldukça avantajlı bir hukuki statüye erişmektedir³⁴. Taşınmaz üzerindeki diğer ipotek alacaklıları için de durum benzer şekildedir. Yapı faaliyeti neticesinde ortaya çıkan katma değerden, taşınmaz maliki kadar taşınmaz üzerinde ipotek hakkı bulunanlar da istifade etmektedir³⁵.

B. Önce İfa Yükümlülüğü

Yapı alacaklıları ile iş sahibi arasındaki yapı faaliyeti eser sözleşmesi çerçevesinde yapılır. Eser sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup yüklenici, bir eseri meydana getirme borcu yüklenirken buna karşılık iş sahibi ise bedel ödeme borcunu üstlenmektedir. TBK. m. 479'a göre, iş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur. Söz konusu düzenlemeden önce ifa yükümlülüğü mü yoksa aynı anda ifanın mı anlaşılması gerektiği konusu tartışılmıştır. Türk Hukuku'nda azınlık ancak İsviçre Hukuku'nda baskın görüş³⁶, eser sözleşmesinde

³² Kocabaş, **a.g.m.**, s. 88. İlgili kararlar için bkz. Kocabaş, **a.g.m.**, s. 88. BGE 116 II 677; BGE 103 II 33; BGE 95 II 87.

³³ Kaşak, **a.g.t.**, s. 11.

³⁴ **A.t.**, s. 11.

³⁵ **A.t.**, s. 11. Ancak alalede alacaklıların durumu çok fazla değişikliğe uğramaz, taşınmaz zaten sıklıkla değerinden daha fazla miktarla ipotekle yüklendiği ve çoğu zaman bu açığı kapatmaya yarar ve paraya çevrilmesi taşınmazın gerçek değerinin sıklıkla altında olur. Bu sebeple çoğu zaman pratik açıdan değer artışının çok önem arz etmediği değerlendirilmesi için bkz. Kaşak, **a.g.t.**, s. 11

³⁶ Bu görüşü kabul eden İsviçre doktrindeki yazarlar için bkz. Cüneyt Pekmez, **Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödeme Defi)**, On İki Levha Yayıncılık, 2021, İstanbul, s.226 dn. 697. Türk hukukunda aynı görüş için bkz. Tunçomağ, **a.g.e** s. 1048. Aynı yönde anlaşılabilir Yargıtay kararı için bkz. Y HGK 23-724/168 T.24.2.2016 (Kazancı): "...aynı husus TBK'nun 97. maddesinde de hükme bağlanmıştır. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmeleri de, her iki tarafa borç yükleyen sözleşme türlerinden olduğundan, ifa sırası yani ilk önce taraflardan hangisinin edimini ifayla yükümlü olacağı sorusu önem taşımaktadır. Bu neviden sözleşmelerde öncelikle bina yapma yükümlülüğü altına giren yüklenici taraf, sözleşmeye uygun olarak edimini yerine getirmeli, daha sonra da arsa malikinden edimini yerine getirmesini talep etmelidir. Bir başka deyişle ise, öncelikle sözleşmeye uygun eser yapılmalı, daha sonra arsa malikinin edimini yerine getirmesi talep edilmelidir."; Aynı yönde bkz. Y. 23 HD. 8293/ 5692 T. 8. 9. 2015 (Kazancı); Y. 23 HD. 2172/ 2832 T. 22. 4. 2015 (Kazancı); Y. 23 HD. 2214 2649 T. 17. 4.

eserin meydana getirilmesi borcu bakımından yüklenicinin önce ifa ile yükümlü olduğu, eserin teslimi bakımından ise teslim borcu ile bedel ödeme borcunun aynı anda ifasını kabul etmektedir. Borçların aynı anda ifa edileceğinin kabul edilemeyeceği inşaat sözleşmeleri gibi edimler arasında uzun zaman aralığı oluşan hallerde yüklenicinin eseri oluşturma borcu bakımından önce ifa yükümlülüğünün işin niteliği gereği zorunlu olduğu söylenebilir³⁷. Bu nedenle aksi kararlaştırılmadıkça yüklenicinin avans ve işin devamına bağlı bir kısmi ödeme talep hakkı bulunmamaktadır³⁸.

Yüklenici, eserin meydana getirilmesi için gereken hazırlıkları yapar. Yapı faaliyeti sürecince gereken tüm masraflar yüklenici tarafından karşılanır. TBK. m. 479/I uyarınca malikin ücret ödeme yükümlülüğü ancak eserin teslimiyle muaccel olur³⁹. Eser sözleşmesi, satım sözleşmelerinde olduğu gibi aynı anda ifa kuralı bulunmamaktadır⁴⁰. Eser sözleşmesi ani ifalı bir sözleşmenin sonucu olarak, yüklenici, söz konusu eseri ancak tamamen bitirilerek iş sahibine teslimi halinde ücrete hak kazanabilir⁴¹. Doktrinde bunun nedeni olarak yapı alacaklısının hak etmiş olduğu alacak miktarının ancak işin bitirilmesi halinde kesin olarak tespit edilebilir hale geliş gösterilmektedir⁴².

2015 (Kazancı); Y. 23 HD. 569/ 1115 T. 23. 2. 2015 (Kazancı); Y. 23 HD. 8323/ 263 T. 19. 1. 2015 (Kazancı); Y. 23 HD. 3144/ 8038 T. 10. 12. 2014 (Kazancı): “...*Bu durumda, inşaat yapma borcunu yerine getirmeyen yüklenici, arsa sahibinden tapu devrini isteyemez* (BK. m. 81)...” Özellikle Türk Hukuku’nda savunulan bir başka görüşe göre yüklenicinin meydana getirme ve teslim borcu, bedel ödeme borcuna göre önce ifa edilmesi gereken bir borçtur. TBK m. 479’u bu şekilde anlayan görüş için bkz. Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, 2.bası, Filiz, İstanbul, 2017, s. 381; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin, Ankara, 2014, s. 673; Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için aynı yönde görüş için bkz. Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Der Yayınları, İstanbul, 2007, s. 57. Diğer görüşler ve daha detaylı bilgi için bkz Pekmez, **a.g.t.**, s. 226 dn. 697..

³⁷ Pekmez, **a.g.t.**, s.228.

³⁸ Ancak her somut olayın özelliği dikkate alınması gerektiği ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kısmi ifa ile o kısma denk gelen payın devrinin kararlaştırılabileceği yönünde bkz. Erman, **a.g.e.**, s.57.

³⁹ TBK. m. 97 kapsamında inşaat sözleşmeleri bakımında yüklenicinin önce ifa yükümlülüğü bulunduğu ve TBK. m. 97 gereği karşı edim borcunu önce ifa etmesi gerektiği yönünde Yargıtay kararı için bkz: Y. 15 HD. 4000/ 5695 T. 10. 12. 2001 (YKD, 6/ 2002, s. 895 vd.).

⁴⁰ Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 585.

⁴¹ Kaşak, **a.g.t** s.12.

⁴² Saymen/Elbir, **a.g.e** s.585; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e** s. 795.; Reisoğlu, **a.g.e** s. 842.; Ayiter, **a.g.e** s.179; Wieland, **a.g.e** Art.837, N.5. Önce ifa yükümlülüğünün mevcut olduğu hallerde edim ile karşı

Önce ifa yükümlülüğünün söz konusu olduğu ihtimalde, edimini önce ifa eden taraf karşı tarafa bir kredi sağlamakta⁴³ benzer ifadeyle krediyle ifada bulunmaktadır⁴⁴. Aynı anda ifanın sağladığı imkanları kullanmama riski altına girmektedir⁴⁵. Bir başka deyişle, önce ifa yükümlüsü karşı edimi elde edememe riskine katlanır.

Ancak yapı alacaklısı tarafından kredi sağlanmasının bu şekilde yerleşmiş bir uygulama olması yüklenicilerin ekonomik faaliyetlerini ciddi anlamda zorlaştırmaktadır. İş sahibinin iş bitmeden önce ön ödeme yapması, avans ve işin aşamalarına göre kısmi ödemelerde bulunması gibi taleplerin iş sahibine kabul ettirilmesi uygulamada kolay değildir. İnşaat sektöründeki rekabet ortamı göz önüne alındığında, iş sahibi istediği şartlarda sözleşme şartlarını kabul edebilecek başka bir yüklenici bulabileceği güvenine sahip olduğu için bu şekilde bir sözleşme yapmaktan kaçınacaktır⁴⁶. Bu şekilde TBK m. 479/I aslında emredici olmayan bir hükümken, emredici bir hüküm gibi tüm eser sözleşmelerinde aynen aktararak uygulanmaktadır⁴⁷. İfa sırasına ilişkin kural neticesinde dezavantajlı konuma düşen tarafı kanun koyucu bu ipotek imkânı ile birlikte eşit mertebeye getirmiştir.

C. Ekonomik Nedenler

Sanayi şehirlerinin gittikçe artan işçi ihtiyacının göç ile karşılanma yoluna gidilmesi ve nüfusun çoğalması şehirlerdeki konut ihtiyacını artırmıştır⁴⁸. Başlangıçta hızla artan bu ihtiyaç zamanla inşa edilen bina sayısının ihtiyacın üzerine çıkmasıyla yüklenicilerin inşaatını bitirdikleri konutları satamama ve kiralayamama sorununu ortaya çıkarmıştır. Bu şekilde ortaya çıkan nakit ihtiyacı ve buna bağlı olarak yapı

edim arasındaki mübadele ilişkisinin devam ettiği ancak sadece edim ile karşı edim ifalarının sırasının belirlenmiş olduğu için eksik iki taraflı sözleşmeden ayrıldığı yönünde bkz. Pekmez, **a.g.t** s. 158.

⁴³ Pekmez, **a.g.t.**, s. 147.

⁴⁴ Ayiter, **a.g.e.**, s. 179; Altay/Eskiocak, **a.g.e.**, s. 281.

⁴⁵ Pekmez, **a.g.t** s. 147.

⁴⁶ Kaşak, **a.g.t** s. 13.

⁴⁷ Kaşak, **a.g.e.** s. 13.

⁴⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.7; Kaşak, **a.g.t.**, s. 13.

alacaklılarının ödemelerini de ancak inşaatın paraya çevrilmesine bağlı oluşuyla kriz daha da tetiklenmiştir⁴⁹.

Banka kredilerinin inşaat masraflarına tahsil edilememesi, kendilerini ipotek gibi güçlü bir teminat ile güvence altına alan bankaların vermiş oldukları kredilerin nasıl kullanıldığını denetlemeye ihtiyaç duymamaları, yapı alacaklılarını zor durumda bırakan ekonomik sorunlardan biridir. Kredileri amaçları dışında kullanan iş sahipleri ve asıl yüklenicilerin inşaatı tamamlayamaması sonucunda borçlar ödenemez hale gelmektedir. İş sahibi ve asıl yüklenicinin iflas etmesi de çalışan işçileri etkileyecektir. İşverenine para ödenmeyen yükleniciler alt yüklenicilere, ödeme alamayan alt yükleniciler de işçilerine ödeme yapamaz hale gelecektir. Böylece sistemden en çok zarar gören, taşınmazların satılarak paraya çevrilmesi neticesinde ödeme yapılmasını bekleyen malike yalnızca şahsi bir talep hakkı olan yapı alacaklıları olur.

Yüklenicilerin iflas ettiği kriz dönemlerinde ipotek hakkı paraya çevrilerek bankalarda toplanmakta ve yapı alacaklıları işsiz kalmaktadır. Bu şekilde aldatmaya yönelik hareketler baş göstererek inşaat sektörünün ciddi bir sorunu olan dolandırıcılık artmaktadır⁵⁰.

Kötü ödeme koşulları yapı alacaklılarının durumunu oldukça etkilemektedir. Taşınmaz malikleri, ödeme güçlüğü'nün nedeniyle yapı alacaklılarına nakit ödeme yapmak yerine uzun vadeli ödeme araçları, güvenli olmayan senetler ve başka alacaklıları bulunan ipotek hakları gibi güvenli olmayan ödeme araçları teklif etmektedir⁵¹.

Tüm bu nedenler neticesinde kanun koyucu yapı alacaklılarına kanuni bir ipotek hakkı düzenlemiştir. Ayrıca bu ipotek hakkını da yapı alacaklılarının kendilerinin ortaya çıkardığı değer fazlası üzerinde rüçhan hakkı tanımıştır. Zira,

⁴⁹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 7.

⁵⁰ İsviçre öğretisinde aldatmaya yönelik hareketlere ilişkin detaylı somut örnekler için ayrıca bkz. Kaşak, **a.g.t.**, s. 14.

⁵¹ Kaşak, **a.g.t.**, s. 17.

taşınmaz malikinin hileli davranışları neticesinde kurumun işlevsiz hale gelme riskinin çok yüksek olduğu açıktır⁵².

III. TANIM VE KAVRAM AĞACI

A. Teminat Kavramı

Günlük yaşamda güvence kelimesine karşılık gelen teminat, “emin kılma”, “güvence verme” anlamını taşımaktadır⁵³. Günlük yaşamda güvence kelimesine karşılık gelen teminat “temin” kökünden türemiştir⁵⁴. Alacağını elde etmek isteyen alacaklıya güven sağlanmak amacıyla ilave bir hak olarak tanımlanmaktadır⁵⁵.

Böyle bir kavramın hukuk alanında hangi ihtiyaca yönelik ortaya çıktığını anlamak konunun anlaşılması açısından önemlidir. İnsanlar, tarih boyunca birbiriyle iletişim içerisinde olmuştur. Bu iletişim şekillerinden biri de borç ilişkisi olarak karşımıza çıkar. Borç ilişkisi, taraflardan birine bir şey verme, yapma veya yapmama anlamına gelen bir edim yüklenmesi ve alacaklıya ise bu edime ilişkin bir alacak hakkı imkânı veren hukuki ilişkidir⁵⁶. Alacaklının alacağını güvence altına alma fonksiyonunu sağlayan bu kurumun adı ise teminattır⁵⁷. Teminat, esasında borçlu ile alacaklı arasındaki güvene ilişkindir. Borcun, hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklının tatmin edilmesini ve borcun ifa edilememesi rizikosunu sınırlandıran hukuki bir mekanizmadır⁵⁸.

⁵² Bıçakçı, **a.g.m.**, s. 538; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 585; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.6; Kaşak, **a.g.e.**, s.21.

⁵³ Türk Dil Kurumu (çevrimiçi) Sözlük https://sozluk.gov.tr/transfer?option=com_gts&ara-

⁵⁴ Emin kılma, güvence verme, inandırma Türk Dil Kurumu (çevrimiçi) Sözlük, http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5596a07b7e5965.2211153 6 ET: 06.08.2023

⁵⁵ Nomer/Ergüne **a.g.e.**, N. 962, Çetiner, **a.g.e.**, 14.

⁵⁶ Erden Kuntalp, “**Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk**”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1995, s. 263-299; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, (Hatemi vd., Borçlar Özel), İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 7; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, Ekim, 2023, s. 3; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 2.

⁵⁷ “Teminat; Yargıtay İçtihatı Birleştirme Genel Kurulunun 05.11.1969 gün ve E.6 – K.7 sayılı kararında ise; ‘bir borcun, bir eda mükellefiyetinin zamanında ve yerinde ödeneceğini, yerine getirileceğini temine yarayan, onu garanti eden muamelelerdir’ şeklinde tanımlanmıştır.”

⁵⁸ Çetiner, **a.g.e.**, s. 13.

B. Rehin Hakkı

Rehin hakkı, bir alacağın elde edilmesini emin kılmak amacıyla aynı teminat sağlayan bir güvence şeklidir. Hak sahibine, alacağının yerine getirilmemesi hali ortaya çıktığında, hak konusu taşınmazı veya taşınır mülkiyetini veya başka bir hakkı paraya çevirme ve bu değer üzerinden elde edilen miktardan öncelikli olarak alacağını alma yetkisi veren bir haktır⁵⁹. Eş deyişle, rehin hakkı, sınırlı bir aynı hak türü olup sahibine rehin konusunu paraya çevirerek satış bedelinden alacağını öncelikli olarak elde etme yetkisi sağlar. Aksi kararlaştırılmadıkça, rehin hakkı sahibinin rehin konusu şeyi kullanma ve yararlanma hakkı bulunmamaktadır⁶⁰.

Rehin sistemi içerisinde konusuna göre aynı teminatlar, taşınır ve taşınmaz olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Uygulamada en çok karşımıza çıkan taşınmaz rehni türü ipotektir. İpotek en güvenli teminat enstrümanlarından biri olup alacaklı için oldukça güçlü bir güvence oluşturur. Hak sahibini, teminat altına aldığı borcun zamanında ödenmemesi ihtimalinde, hakka konu teşkil eden taşınmazı paraya çevirme ve elde edilecek olan tutardan alacağını diğer hak sahiplerine kıyasla öncelikle alma yetkisi verir⁶¹.

Kanunumuzda rehin hakları taşınmaz rehni (1) ve taşınır rehni (2) olmak üzere iki türe ayrılarak incelenmektedir. Taşınmaz rehni de ipotek (1), ipotekli borç senedi (2) ve irat senedi (3) olarak üçe ayrılmaktadır⁶².

⁵⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e** N. 3180; Köprülü /Kaneti, **a.g.e.**, s.187.

⁶⁰ Nomer/Ergüne **a.g.e.**, n. 963

⁶¹ Turhan Esener, Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, 2015, s. 471; Yavuz Selim Şener, **Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması**, 2.Baskı, İstanbul, 2006, 55. Vd, s.10; Cemre Bedir, "Teminat Kavramı Ve İpotek (Collateral And Hypothecation)." **The Journal Of Istanbul Bar Association**, 95.2 , 2021, s. 10.

⁶² Eşya hukukunun temel ilkelerinden sınırlı sayı prensibinin bir görünümüdür. Üç taşınmaz rehininde de ortak karakteristik özellik, taşınmazın alacağın teminatını sağlaması prensibidir. Hak sahibi burada şartların gerçekleşmesi halinde taşınmazın icra organları vasıtasıyla paraya çevirmesine imkân sağlar. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3180.

IV. REHİN SİSTEMİ İÇERİSİNDEKİ KONUMU

Hak sahibine, bir eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklara ayni hak denir⁶³. Sınırlı ayni haklar⁶⁴, mülkiyet gibi ayni hak niteliğinde olup eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlar⁶⁵. Bununla birlikte irtifak hakları, hak sahibine kullanma ve/veya yararlanma imkânı sağlarken, rehin hakları ise yalnızca rehne konu taşınmazı paraya çevirme yetkisi sağlamaktadır⁶⁶.

Sınırlı ayni haklar, sınırlı sayıda (numerus clausues) düzenlenmiş olup üç kategoriye ayrılmaktadır: (1) İrtifak Hakkı, (2) Taşınmaz yükü ve (3) Rehin Hakkı

A. Sınırlı Ayni Hak Kavramı

Bir eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklara ayni hak denir⁶⁷. Mülkiyet hakkı, kanun koyucu tarafından getirilen sınırlandırılmalar hariç eşya üzerinde en geniş yetkiler veren hakimiyet hakkıdır⁶⁸.

Mülkiyet hakkı, sahibine hakkın konusunu teşkil eden eşya üzerinde kullanma, semerelerinden yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerini sağlar⁶⁹.

Bir mal üzerinde hukuk düzeni sınırları içinde en geniş yetkileri sağlayan mülkiyet hakkından⁷⁰ farklılaşarak sınırlı ayni hak, söz konusu üç yetkiden biri veya

⁶³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 12; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s.1 N.4.

⁶⁴ Sınırlı ayni hakların mülkiyet hakkı ile ilişkisi tartışmalıdır. Bu konuda detaylı bilgi için ayrıca bkz: Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 311, kn. 945; Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s. 5; Sirmen, **a.g.e.**, s. 554; Ayan, **a.g.e.**, s. 21; Mehmet Ünal, **Sınırlı Ayni Haklar: Sınırlı Ayni Hak Kavramı, İrtifak Hakları, Taşınmaza Bağlı İrtifaklar, Kişiye Bağlı İrtifaklar**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2021, s. 10; İsviçre Hukukunda bu görüşün oybirliği ile kabul edildiği yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 2674 dp. 3.

⁶⁵ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.4; Öğretideki farklı görüş ve eleştiriler için ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.5 vd.

⁶⁶ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 319, N. 944.

⁶⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 12; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.9; Serozan, **a.g.e.**, 40-41; Kaşak, **a.g.t.**, s. 30.

⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 2674; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 9; Serozan, **a.g.e.**, s. 40-41.

⁶⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 2674 vd.

⁷⁰ **A.e** N.2674.

ikisinin bağımsızlaşarak özgülenmesi söz konusudur⁷¹. Medeni Kanun sınırlı ayni hakları; irtifak hakları (TMK. 779-838), taşınmaz yükü (m.839-849) ve rehin hakları (m.850-971) olmak üzere üç başlık altında düzenlemiştir.

1. İrtifak Hakları

İrtifak hakları, hak sahibine bir eşya üzerinde söz konusu eşyadan yararlanma yetkisi sağlayan ayni bir haktır.⁷² Bu yönüyle herkese karşı ileri sürülebilir. Ancak hak sahibine sınırlı bir hakimiyet sağlar.⁷³ İrtifak türlerinin sınırlı sayıda olduğu, kanunda düzenlenen irtifak hakları dışında irtifak hakkı tesis etmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁷⁴.

2. Taşınmaz Yükü

Taşınmaz malikinin, taşınmazı teminat oluşturması üzerine, yük alacaklısına karşı bir edim yerine getirmekle borçlu kılınmaktadır⁷⁵. Taşınmaz maliki, eşyanın maliki olması nedeniyle bir borç ile yükümlü tutulduğu için bir eşyaya bağlı borç ilişkisi söz konusudur⁷⁶.

Bu sınırlı ayni hak yüklediği yük itibariyle çift karakterlidir⁷⁷. Bir taraftan taşınmaz malikine hak sahibine bir edimi yapma veya verme borcu yüklerken; diğer yandan hak sahibinin bu alacağını taşınmaza karşılık olarak teminat altına almaktadır⁷⁸.

⁷¹Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N; Serozan, a.g.e., s. 41; Aybay/Hatemi, a.g.e., § 33, N 1-2; Hatemi/Serozan/Arpacı, a.g.e., s. 24.

⁷²Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 2717; Aybay/Hatemi, **a.g.e.**, § 33, N 8;

⁷³ Köprülü/Kaneti, a.g.e., s. 41. İrtifakın içeriğinin yalnız eşyadan ve eşyanın özünden elde edilebilecek menfaatler olduğu yönünde ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 2717 DN. 42a.

⁷⁴ **A.e** N. 2718.

⁷⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 2682. Kamu hukukunda bazı düzenlemeler dışında uygulaması olmadığına yönelik bilgi için bkz. Saymen/Elbir, **a.g.e.**, 544; Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s. 223, dn.5.

⁷⁶ Serozan, a.g.e., s. 45.

⁷⁷ **A.e**, N.3138.

⁷⁸ **A.e**, N. 2682. Bpccun içeriğinin kanunda sınırlandırıldığı, borcun konusunun yüklü taşınmazın ekonomik yapısından elde edilebilecek bir edim olması gerektiğine ilişkin bkz. **A.e**, 3142.

3. Rehin Hakları

a. Genel Olarak

Rehin hakkı, bir alacak yerine getirilmediği halde, hak sahibine bir taşınmaz veya taşınır mülkiyetini veya başka hakkı paraya çevirmek ve elde edilen miktardan öncelikle alacağını alma yetkisi veren bir haktır⁷⁹. Rehin hakkı, bir aynı güvence türüdür⁸⁰. Teminat, alacağın elde edilmesini daha güvenli bir hale getirmek amacıyla alacaklıya tanınan ilave bir haktır⁸¹.

Hak sahibine tahsis edilen şey, eşyanın değeridir. Sınırlı aynı hakların özelliğinin bir sonucu olarak rehin hakkı da mülkiyetin içeriğine ait yetkinin bağımsızlaşmasıyla meydana gelmiştir. Hak sahibine, rehin konusunu paraya çevirme yetkisi tanınmaktadır. Rehin hakkı sahibinin, aksi kararlaştırılmadıkça rehin konusu şeyi kullanma ve yararlanma yetkisi bulunmaz⁸².

b. Taşınır Rehni

Taşınır rehninin içeriği, TMK. m 762’de tanımlanan taşınır mülkiyeti kavramından daha geniştir. Bu sebeple taşınır rehninin kapsamına, taşınır eşyaların dışında eşya sayılmayan alacak ve haklar da girmektedir. Bir başka deyişle, taşınmaz niteliğinde olmayan bütün eşya ve hakların, paraya çevrilebilme ve devredilebilme imkânı olması şartı ile taşınır rehnin konusunu oluşturabilecekleri ifade edilmektedir⁸³.

⁷⁹Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3176.

⁸⁰Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N. 962.

⁸¹**A.e.**, N. 962.

⁸²Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N. 963.

⁸³**A.e.**, N. 1164. Rehin konusu şey bakımından ayırım yapmaksızın taşınır rehnini doğrudan sınırlı aynı hak olarak nitelendirmenin doğru olmayacağı ve cismani varalığı olan bir eşya olması halinde ancak sınırlı aynı hak teşkil edebileceğine ilişkin değerlendirme için ayrıca blz. Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.1166

Taşınır rehnini, rehin konusu taşınırın zilyetliğinin alacaklıya ve ya yediyemine devredilmesiyle kurulur⁸⁴. Bu kuraldan ancak kanunda düzenlenen istisnalar halinde ayrılmaktadır.

c. Taşınmaz Rehni

Taşınmaz rehni, hak sahibine bir taşınmazın değerinin üzerinden alacağını elde etme yetkilisi veren bir sınırlı ayni haktır⁸⁵.

Taşınmaz rehninin üç türü bulunmaktadır: ipotek, irat senedi, ipotekli borç senedi şeklindedir. Kişisel alacağı teminat altına almak için “ipotek”, arazi değerini tedavül ettirmek görevini yerine getirmek üzere “ipotekli borç senedi” ve “irat senedi” düzenlenmiştir. Bu üç taşınmaz rehni çeşidi dışında başkaca bir taşınmaz rehni kurulması mümkün değildir. (TMK. m. 850)⁸⁶.

(1) İpotek

İpotek, TMK m.881’de “*Hâlen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacak, ipotekle güvence altına alınabilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu halde, şartlı olup olmadığı, belirli olup olmadığına bakılmaksızın her türlü alacağın, doğacak veya doğma ihtimali dahi olsa teminat kapsamında korunabileceği kabul edilmektedir⁸⁷.

Taşınmaz rehni türleri kanunda sınırlı sayıda düzenlenmiştir. İpotek, TMK m. 850’de belirtilen taşınmaz rehni türlerinden birisidir. Ancak uygulamada taşınmaz rehni ile ipoteğin neredeyse aynı kavramlar gibi kullanılmasının sebebi, diğer iki taşınmaz rehni türü olan ipotekli borç senedi⁸⁸ ve irat senedinin Türk Hukukunda

⁸⁴Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N. 1172; Serozan, **a.g.e.**, s. 46.

⁸⁵Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3179.

⁸⁶İsviçre Medeni Kanun’unda yapılan değişikliklerle irat senedinin taşınmaz rehni türü olmaktan çıkarıldığı yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3186. İpotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi arasındaki farklara ilişkin detaylı bilgi için ayrıca bkz. **A.e.**, N. 3187.

⁸⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3396.

⁸⁸ İpotekli borç senedi ve irat senedinde toprağın değerinin tedavül ettirilmesi söz konusudur. Bu şekilde taşınmazın değeri topraktan ayrı tutularak senede sıkı sıkıya bağlı bir hakka dönüşür. Bu şekilde, söz konusu değer, taşınır eşya gibi kolayca el değiştirme kabiliyeti edinir. Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.

neredeyse hiç kullanılmayarak, uygulanan tek taşınmaz türünün ipotek olmasından kaynaklanmaktadır⁸⁹.

İleride doğması kesin veya muhtemel olan kişisel bir alacağı, bir taşınmazın tam veya kısmi değeri ile teminat altına alan sınırlı ayni haktır⁹⁰. Bu şekliyle, teminat altına alınan alacağa bağlıdır⁹¹. Kişisel bir alacağın güvence altına alması öğretide ipoteğin ekonomik görevi olarak ifade edilmektedir⁹².

Hak sahibi, şartların gerçekleşmesi ile beraber rehin konusu taşınmazı icra organları vasıtasıyla paraya çevirerek alacağını elde etme yetkisine sahiptir⁹³. Benzer bir ifadeyle, rehinli alacaklı, alacağını, yalnızca rehin konusu taşınmazın değerinden elde etme imkanına sahiptir. İpoteğin kurulması ile birlikte borçlunun kişisel sorumluluğuna ek olarak aynı bir sorumluluk da eklenmiş olur⁹⁴. Teminat altına alınan borç, taşınmazın paraya çevrilmesi ile elde edilen miktardan karşılanamaması halinde rehin alacaklısı borçlunun diğer malvarlığı değerlerine gidebilecektir⁹⁵.

Borçlu ile taşınmaz malikinin aynı kişi olması zorunlu değildir. Borçlu sıfatı ile ipotekli taşınmaz maliki sıfatının birbiriyle hiçbir ilişkisi bulunmamaktadır. İpotekli taşınmaz üzerindeki mal sahipliğinin edim borçlusu tespitinde bir etkisi bulunmamaktadır. Nitekim çalışma konumuz olan yapı alacaklısı ipoteğinde de ipotek borçlusu taşınmaz maliki iken, ipotek alacaklısı müteahhitten alacaklı olan üçüncü kişi alt yüklenici olabilmektedir.

İlgili kısımda ipoteğin türü ve nasıl kurulacağı daha detaylı açıklanacak olmakla beraber burada iki türlü bir ayrım söz karşımıza çıkar. Mevcut bir alacağın

736. İpotekli borç ve irat senedine ilişkin olarak detaylı bir kaynak için bkz.: Soner Çetin, **İpotekli Borç ve İrad Senedi**, Ankara, Bilge Basım Yayın, 2004, s. 83 vd.

⁸⁹ Davran, **a.g.e.**, s.44; Tekinay, **a.g.e.**, s.106, Güleş, **a.g.e.**, s.34.

⁹⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3397; Altay/Eskiocak **a.g.e.**, N. 10.

⁹¹ Sirmen, **a.g.e.**, s. 630; Oğuzman/Seliçi /Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3400.

⁹² Akcan, **a.g.e.**, s.72.

⁹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.3180. Geniş Bilgi: Mustafa Oskay, **İpoteğin Paraya Çevrilmesi İcra Ve İflas Kanunu'nun 45.Maddesinde Uygulamasında Karşılaşılan Sorunlar**, 2009, s.4. Mijgan Tunç Yücel, **Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi**, İstanbul, 2010.

⁹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3190.

⁹⁵ **A.e** N.3190

güvence altına alınması amacıyla kurulan ipotek “ana para ipoteği” (kapital-kesin borç ipoteği) olarak kurulmaktadır. Doğmamış ancak doğması kesin veya olası olan alacaklar için geciktirici koşula bağlı olması halinde ise “üst sınır ipoteği” söz konusu olur. (TMK. m. 851/I; m. 881/I)⁹⁶.

(2) İpotekli Borç Senedi

İpotekli borç senedi hem kişisel sorumluluğun devam ettiği hem de taşınmaz değerinin tedavül kabiliyetinin olduğu bir taşınmaz rehni türüdür. Taşınmazın değeri bağımsızlaştırılarak “ipotekli borç senedi” ismi ile kıymetli evraka bağlanarak tedavül imkanına erişir. Senedin düzenlenmesi anı ile birlikte soyut bir alacak doğmuş olur ve senedin yenilenme etkisi ile teminat altına alınan alacak sona erer. Teminat gösterilen taşınmaz yalnız bu seneten doğan alacağın teminatını teşkil eder⁹⁷.

(3) İrat Senedi

İrat senedinde taşınmazın değeri bağımsızlaştırılarak taşınmazdan ödenmesi gerekli miktar para borcu olarak taşınmaza yüklenmektedir. Yükün içeriği, para borcunun ifası ve bunun taşınmazın değeri ile teminat altına alınması oluşturur⁹⁸.

İrat senedinde, ipotekli borç senedinden farklı olarak eşyaya bağlı bir borç ilişkisi oluşur. Senetteki borç, teminat teşkil eden taşınmazın mülkiyetine bağlanır. İrat senedi borçlusu, yüklü taşınmaza malik kimsedir⁹⁹.

İrat senedinin düzenlenmesi ile tamamen soyut bir alacak doğar. İrat senedinde borçluun borcundan dolayı sorumluluğu, taşınmazla sınırlı bir aynı sorumluluktur¹⁰⁰.

⁹⁶ Üst sınır ipoteği, sıra ve teminat miktarını, teminat altına aldığı alacakta meydana gelecek değişikliklere karşı koruma sağlar. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3399.

⁹⁷**A.e.**, N. 3196.

⁹⁸**A.e.**, N. 3192; Kemal Gürsoy/Fikret Eren/ Erol Cansel, , 2. Baskı, Ankara, 1984, s. 957; Davran, **a.g.e.**, s.10

⁹⁹Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3195.

¹⁰⁰Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 957; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3194.

B. İpotek

1. Sözleşmeden Doğan İpotek Hakları¹⁰¹

Sözleşmeden doğan ipotek hakkının kaynağı tarafların iradesidir. Alacaklı ile borçlu tarafından resmi şekilde ipotek sözleşmesi akdedilir. Teminat olarak gösterilen taşınmazın tapu kütüğü sayfasına ipotek tescil edilir. Sözleşmesel ipotek haklarında tescilin hukuki niteliği kurucudur. Rehin sözleşmesi tescil yapılmadıkça hüküm ve sonuçlarını doğurmaz.

2. Kanundan Doğan İpotek Hakları

İpoteğin kurulabilmesi için tapu siciline tescil kamuya açıklık ilkesi gereği şarttır. Tescilin geçerliliği için ise kural olarak geçerli bir kazanma sebebi ve taşınmaz malikinin yazılı tescil talebi gerekir¹⁰². Medeni Kanunumuzda bu kuralın istisnası olan ipotek hakları düzenlenmiştir. Tescil olmadan doğrudan kanundan sicil dışı doğan ipotek haklarına “tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakları” denir. Diğer bir kısım ipotekler ise kurulmaları için tescil gerekli olsa da kazanma sebebini doğrudan kanun hükmünden almaktadır. Bu ipoteklere ise “tescile tabi kanuni ipotek hakları” denir¹⁰³.

a. Tescile Tabi Olmayan İpotek Hakları

Kanunda belirlenen şartların gerçekleşmesiyle birlikte tescil işleminin yapılması gerekmeksizin doğan ipotek haklarına, doğrudan kanundan doğan ipotek hakları denir. Tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakları, aleniyet ve tescil ilkelerinin istisnasıdır. Kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesiyle beraber ipotek hakkı doğar. Kanun hükmü, rehin sözleşmesi ile tapu kütüğündeki tescilin yerine geçer¹⁰⁴. Aksi

¹⁰¹ Sözleşmesel ipotek hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz: İlhan Helvacı, **Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanun’a Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, 1. Baskı, İstanbul, 2008, s.10 vd.

¹⁰² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N.3451.

¹⁰³ TMK m.892’ye göre kanuni ipotek haklarının doğumunun aksi kanunda öngörülmedikçe tapu kütüğüne tescile bağlı olmadığı ancak hükmün alındığı İsviçre Medeni Kanun’u m. 836’ya göre ise kanunda aksi belirtilmedikçe kanuni ipotek haklarının tescile tabi olduğu ve bunun medeni kanunun sistemimize daha uygun olduğu yönündeki değerlendirme için ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3452.

¹⁰⁴ Göktürk, **a.g.e.**, s. 1043; Kaşak, **a.g.t.**, s. 40.

kanunda belirtilmediği sürece tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakları anlaşılmaktadır. TMK. m. 865/III, 867/II ve 876'da aynı şekilde “tescile gerek olmaksızın” ifadesi yer almaktadır.

Medeni Kanun'da tescile tabi olmayan üç ipotek hakkı düzenlenmiştir.

1. TMK. m. 865/III kapsamında, malikin kusuru neticesinde ipotekli taşınmazın değer kaybına uğraması riski oluşursa, ipotek hakkı sahibi gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında hâkimden izin alarak taşınmazın korunması için önlemler alabilir. Gerekli önlemlerin alınması için yapılması gereken masraflar için kanuni ipotek hakkı tanınmıştır. (TMK. M. 865/3)¹⁰⁵

2. Taşınmazın değerinin malikin kusuru olmadan azalması tehlikesi bulunan hallerde, rehinli alacaklı önleyici tedbirler almak yetkisine sahip olup bu tedbirler için yaptığı masraflarda öncelikli bir tescile tabi olmayan ipotek hakkı doğar. (TMK m. 867/2)

3. Alacaklının, rehinle yüklü taşınmazın korunması için ödediği, özellikle malik ödemediği için onun hesabına sigortacıya ödediği sigorta primleri bedeli için, esas rehinli alacağı ile aynı sırada tescile tabi olmayan bir ipotek hakkı vardır. (TMK. m. 876)

b. Tescile Tabi Kanundan Doğan İpotek Hakları

Tescile tabi kanundan doğan ipotek haklarında, kanun hükmü rehin sözleşmesi ve hukuki sebebin yerine geçer ancak tapu kütüğüne tescili ikame etmez. Kanundan doğan bir hak söz konusu olduğu için rehin sözleşmesi şartı aranmamaktadır¹⁰⁶.

Medeni kanun ve Türk Borçlar Kanunu'nda tescile tabi kanuni ipotek hakları tanınmıştır.

¹⁰⁵ A.e., N. 3455.

¹⁰⁶ Saymen/Elbir, a.g.e., s. 582.

1. TMK m. 893, b.1. uyarınca resmi senette belirtilen satıştan doğan alacağını teminat altına almak için sattığı ve mülkiyetini alıcıya geçirdiği taşınmaz üzerinde bir ipotek kurulmasını sağlama yetkisi vardır.

2. TMK. m. 893 b.2 uyarınca elbirliği ortaklığına giren taşınmazlarda paylaşımdan doğan alacaklar için birlikte mirasçı olanlar veya elbirliği ortakları tescile tabi kanundan doğan ipotek hakkına sahiptir.

3. TMK. 893 b.3 hükmü düzenlemesine göre bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlere, emek veya emek ve malzeme sarf ederek katkıda bulunan ve malik veya yükleniciden alacaklı olan zanaatkar ve alt yükleniciler tescile tabi kanuni ipotek hakkına sahiptirler.

4. TBK m. 613’de düzenlenen ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, bakım alacaklısı taşınmazın bakım borçlusuna devrettikten sonra bakım alacağını teminat altına almak için devrettiği taşınmaz üzerinde kanuni ipotek hakkına sahiptir¹⁰⁷.

5. Üst hakkı sözleşmesinde yapıların belirli bir süre sonunda arazi malikine devri karşılığında arazi malikinin üst hakkı sahibine ödeme yapması kararlaştırılabilir. Bu bedelin ödenmemesi yahut teminat gösterilmemesi durumunda alacaklı TMK m. 829/II maddesi kapsamında alacağını teminat altında almak için terkin edilen üst hakkı yerine aynı derece ve sırada kanuni ipotek hakkının tescilini talep edebilir¹⁰⁸.

6. Kat mülkiyeti kanunun m. 22/II uyarınca mahkemece tespit edilen ortak gider payını ödemeyen kat malikinin bağımsız bölümü üzerinde yönetici veya kat maliklerinden birinin yazılı talebiyle diğer kat malikleri lehine kanuni ipotek hakkı vardır¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir a.g.e., N. 3467.

¹⁰⁸ A.e., N. 3470.

¹⁰⁹ A.e., N. 3470.

İKİNCİ BÖLÜM

YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ, TARAFLARI VE KONUSU

I. YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

TMK m.893, b.3’de düzenlenen yapı alacaklısı ipoteği farklı sistematik ayrımlar içerisinde incelenmiştir. Öğretide yaygın olarak, “tescile tabi kanuni ipotek hakları” içerisinde karşımıza çıkmaktadır¹¹⁰. Bir kısım yazarlar ise, tescile tabi veya tescile tabi olmayan şeklindeki ikili ayrıma ek ve ayrı olarak üçüncü bir başlık altında “özel olarak” belirterek sınıflandırılmıştır¹¹¹.

Yapı alacaklısı ipoteği kurumunun iskelet yapısını oluşturan hukuki nitelik birbiriyle bağlantılı bir mekanizma olan bu kurumun zeminini oluşturmaktadır. Yapı alacaklısı ipoteğinin kimlere karşı ileri sürülebileceği ve süreye ilişkin tüm değerlendirmeler hukuki niteliğe ilişkin tercih edilecek görüşe bağlı olarak şekillenecektir. Eşya hukukunun kendine özgü yapısı gereği bütüncül bir yaklaşımla değerlendirmek kurumun doğru anlaşılabilmesi için zorunludur.

Konu ile ilgili doktrin görüşlerine geçmeden önce ilk olarak terim sorunu üzerinde durulacaktır. Görüş isimleri belirtilirken kullanılan “hak” ve “talep” kavramlarının kullanımı konusunda farklı görüşler vardır. Literatür taramasında sistematik yerleştirme biçiminde karşımıza bazı kaynaklarda¹¹² “şahsi hak görüşü”, “ayni hak görüşü”, “yenilik doğuran hak görüşü” ve “eşyaya bağlı borç görüşü” olarak, bazı kaynaklarda¹¹³ ise, “şahsi talep görüşü”, “ayni talep görüşü” ve “eşyaya bağlı borç

¹¹⁰ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N. 1127 vd.

¹¹¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, n. 3485 vd; Sirmen, **a.g.e.**, s. 627 vd.

¹¹² Sirmen **a.g.e.**, s. 626; Güleş **a.g.e.**, s. 45 vd.

¹¹³ Yenice-Ceylan **a.g.e.**, s. 163 vd.

görüşü” şeklinde üçlü bir ayrıma giderek incelendiği görülmüştür. Haliyle “ayni hak” ile “ayni talep” değerlendirmesi farklı sonuçları doğurmaktadır¹¹⁴.

TMK m. 893’de yapı alacaklılarının hakkın tescilini isteyebileceği düzenlendiği düşünüldüğünde kanuni hakkın ancak koşulları oluşmasıyla kendiliğinden ortaya çıkmadığı görüşünü kabul edenler için ortada bir “hak” değil “talep” mevcuttur. Zira, kanuni hak, şartların oluşmasıyla kendiliğinden ortaya çıkmaz, tescil ile doğar¹¹⁵. Bu görüş sahiplerine göre¹¹⁶, yapı alacaklısının talep edebilme şartlarının oluştuğu an ile sürenin dolmasına kadar olan süre içerisinde ayni hak değil ancak bir talepten söz edilebilecektir. Hakkın kimlere karşı ileri sürülebileceği konusu hakkın kullanımı için oldukça önemli ve uygulamayı etkileyen bir husus olup ilgili bölümde detaylıca izah edilecektir.

Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının tapuya tescil edilmesinden sonraki aşamada talep ve hak tartışması söz konusu değildir. Tapu işleminin yapılmasından sonra ortada bir “ayni hak” bulunduğu hususunda bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Burada tartışmanın bulunduğu kısım, yapı ipoteğinin tescil edilme süreci olan üç aylık süre içerisindeki sahip olduğu durumun niteliğine ilişkindir.

Yapı alacaklısının bahse konu kurumdan istifade edebilmesi için somut aktif bir eylemine ihtiyaç duyulması hali “talep” görüşünün daha isabetli olduğunu düşündürmektedir.

B. Şahsi Hak Görüşü

Bu görüş sahiplerine göre yapı alacaklısı ipoteğini talep hakkı şahsi niteliktedir ve tüm diğer şahsi haklar gibi sadece inşaat işi yaptıran malike karşı ileri sürülebilir¹¹⁷.

¹¹⁴ Güleş, **a.g.e.** s.40. Kurt, **a.g.m.** s. 211, 212; Reisoğlu, **a.g.e.** 63. “Talep” in hukuki niteliği hakkında değerlendirme için bkz: Antalya, **a.g.e.**, s. 27 vd.

¹¹⁵ Detaylı bilgi için bkz. Bıçakçı, **a.g.m.**, s.546.

¹¹⁶ Aynı yönde: “Can, **a.g.m.**, s. 49-55, s.50. Güleş, **a.g.e.**, 40; Bıçakçı, **a.g.e.**, 546 ; Tekinay, **a.g.e.**, s. 81. Hakkın talep edilmedikçe olmayacağına dair bkz. HGK, T. 08.11.2006, E. 2006/15-702, K. 2006/691.(Lexpera İçtihat Bankası) <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2006-15-702-k-2006-691-t-08-11-2006> (çevrimiçi) ET: 04.08.2023.

¹¹⁷ Selahattin Sulhi Tekinay, **a.g.m.**, s. 134, Kaşak, **a.g.t.**, s.145., Reisoğlu, **a.g.e.**, s.858; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.72 vd., Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.1049. a Köprülü/Kaneti. **a.g.e.**, s. 315; Göktürk, **a.g.e.**,s.1050., Seymen/Elbir, **a.g.e.**, s.582; Altay/Eskiocak, **a.g.e.**,s.285.

Bu fikre sahip olan yazarlar¹¹⁸ yapı alacaklısının talebini ancak belirli bir borçluya karşı ileri sürülebileceğini kabul ederler. İpotek borçlusunun, ipoteğe konu teşkil eden yapı faaliyetinin yapımına sebebiyet veren ve alacağın doğumundan itibaren bizzat sorumlu olan kişi ile sınırlandırmaktadır¹¹⁹. Taşınmazın üçüncü kişi tarafından iktisap halleri olan, taşınmaz malikinin iflası, üçüncü kişiye devri yahut temlik hallerinde üçüncü kişiye ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir¹²⁰. İsviçre Federal Mahkemesi'nin önceki kararlarında da savunulan¹²¹ bu görüşe göre teminat yükümlüsü, ipoteği kurma talebinin doğduğu esnada taşınmaza malik olan kimsedir¹²².

Burada ZGB Art. 837 düzenlemesine göre, tapuda tescil yapılmasına gerek olmadan kendiliğinden doğan bir hak söz konusu değildir. Yalnızca bir tescil talep hakkının varlığı kabul edilir. Söz konusu tescil talep hakkının yeni malike de iflas halinde iflas masasına karşı da ileri sürülmesinin mümkün olmayacağı kabul edilmektedir¹²³.

Bu noktada, taşınmazı sonradan edinen malikin ipotek talep hakkının muhatabı olup olmayacağı hususu karşımıza çıkmaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre, taşınmazın devri halinde yeni malik tarafından yapılmış olan ödeme taşınmazın tam değerini kapsamış olduğu için ipoteğin tescilini isteme talebinin yöneltilmemesi

¹¹⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, 62., Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, 227-228. Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 582; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.1049. Burada şahsi hak görüşünü benimsemiş oldukları ifade edilse de tescil talebinin doğrudan tapu memuruna karşı da talep edilebilirliği sebebiyle yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep hakkının aynı zamanda bir yenilik doğuran hak olduğu şeklinde de yorumlamışlardır.

¹¹⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.1049. Yapı faaliyetine değer artışı sağlamasının şart olmadığı, ipotek hakkının asıl sebebinin yapı alacaklısının kredi kullandığı fikri olup bu değer artışının ancak rüçhan hakkının kullanılması safhasında bir rolü olabileceği ve sarf edilen emeğin değer fazlası oluşturmaya bile (bahçe yapımı örneği gibi) alacağın tamamı için ipotek hakkının olması gerektiği yönünde bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 49-50.

¹²⁰ 1915 tarihli ilk kararı olan BGE 40 II 452, 453, 359'de hukuki niteliğinin şahsi hak olarak vurgulandığına ilişkin bkz. Naklen: Oral, **a.g.e.**, s. 671. Ancak son olarak 1966 yılında verdiği kararlar görüş değiştirirerek ve halen geçerliliğini koruyan eşyaya bağlı borç görüşünü benimsediğine ilişkin bakınız: Oral, **a.g.m.**, s. 673. BGE 125 III 248; 249 ilgili kararlar için bkz. Oral, **a.g.m.**, s. 673 dn. 25.

¹²¹ Kararlar için ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3473 dn. 324'a

¹²² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3473

¹²³ Süral, **a.g.e.**, s. 699. Şahsi hak görüşü kabul etmekle beraber talebin, taşınmazın yeni malikin iktisabı ile iflas halini birbirinden ayırıştırarak iflas masasına karşı ileri sürülmesi gerektiğini kabul eder. Eski malikin değer artışı ile zararı karşılayabileceğini ama iflas masası halinde bunun mümkün olmadığını ifade ettiği görüş için ayrıca bakınız Reisoğlu, **a.g.e.**, s.62.

gerekmektedir¹²⁴. Eski malikin elde ettiği satım bedelinden inşaat alacaklarını ödeme imkânı olduğu kabul edilir¹²⁵.

Kanun koyucunun belirlemiş olduğu üç aylık hak düşürücü sürenin herkes tarafından bilinmesi gerektiği kabul edilir. Bu süre içerisinde taşınmazı satın alma iradesi gösteren yeni malikin, bu üç aylık süre içerisinde taşınmazı satın almayı tercih ettiği için bu rizikoyu öngörmüş olduğunun kabulü gerekir. Bu halde, yeni malikin durumu bilmediği iddia olunamaz. Bu üç aylık süre içerisinde taşınmazın satın alınması halinde üstlenilen riziko oranında zaten eski malikten taşınmaz değerinin daha altında satın alınabilecek ve bir pazarlık konusu yapılabilecektir. Burada yeni malikin, süreyi beklememesi karşılığında, taşınmaza değer katarak alacağını hiçbir şekilde elde edememiş olan yapı alacaklısının menfaatini daha üstte tutmak gerektiği düşüncesindeyiz.

C. Ayni Hak Görüşü

Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkını ayni hak olarak kabul eden yazarlara göre, söz konusu hak herkese karşı ileri sürülebilir özelliğe sahiptir¹²⁶. Kanuni düzenlemeye bakıldığında, borç sahibi yerine taşınmaz sahipliği temel alınarak düzenlenmiş olduğu kabul edilir¹²⁷. Kanun koyucunun genel düzenlemelerinde bir borç ilişkisinde borçlunun belirtilmesi zorunlu iken, burada borçludan hiç bahsetmeksizin taşınmaz üzerinde durduğu görülmektedir¹²⁸. Teminat yükümlülüğü, üzerinde ipotek yükü yüklenecek olan taşınmazın mülkiyetine göre tayin olduğundan ipoteğin tescilini talep hakkının kullanıldığı sırada taşınmaz maliki kim ise talep ona karşı yöneltilmelidir.

Bu şekilde yapı alacaklısının hukuki durumu oldukça güçlenir¹²⁹. Ancak bu güçlenme karşısında, inşaat süreci hakkında yeterince bilgi sahibi olmayan yeni

¹²⁴ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 79.; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.858.

¹²⁵ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.79.

¹²⁶ Tekinay, **a.g.m.**, s. 133 Vd.; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 794; Çetiner, **a.g.e.**, s. 248. Aynı yönde: Y. 1. HD. 5.5.2005, 4672/5674

¹²⁷ Bıçakçı, **a.g.e.**, s. 548; Kurt, **a.g.m.**, s. 210, Güleş, **a.g.e.**, s.47.

¹²⁸ Davran, **a.g.e.**, s.54; Bıçakçı, **a.g.e.**, s. 548; Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s. 165.

¹²⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 1048.

malikin konumu da zayıflamaktadır¹³⁰. Taşınmaz maliki ile yapı alacaklılarının hak ve menfaatlerinin çatışmasını bu sorunun doğal bir sonucu olarak görmek gerekir.

Aynı hak görüşünü savunan yazarlar tarafından, taşınmazın mülkiyetinin el değiştirmesi halinde, talebin varlığını bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen iyi niyetli yeni malike karşı bu talep hakkının ileri sürülüp sürülemeyeceği konusu tartışılmıştır¹³¹.

Bir görüşe sahip yazarlara göre¹³² iyi niyetli üçüncü kişilere karşı hakkın ileri sürülmesi mümkün değildir. Diğer bir görüşe göre¹³³ ise aynı hakkın doğal bir sonucu olarak yeni malike karşı da ileri sürülebilecektir. Söz konusu görüş çeşitli nedenlerle gerekçelendirilmiştir. Bu gerekçeler, alt yüklenicinin ipotek hakkını yönelttiği taşınmaz maliki ile arasındaki ilişkide borçlu olmayışı¹³⁴, hakkının kullanımının üç aylık hak düşürücü süreye bağlanmış oluşu¹³⁵ ve hükmün amacından da talebin aynı niteliğinin anlaşılması gerektiği¹³⁶ şeklindedir. Aynı hak görüşünün temelinde, üç aylık süre içerisinde talep halinde taşınmazı iflas, devir ve el değiştirmelere karşı yapı alacaklılarını korumakta olup bu anlayışın kanunun amacına daha uygun olduğu düşüncesi yer alır¹³⁷.

Malikin iflası halinde ipotek kurulması talebinin iflas masasına karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği hususunda da tartışma olmuştur. Federal Mahkeme önceki kararlarında talebin iflas masasına karşı ileri sürülebileceğini kabul ederek ipotek teşcilini talep hakkı sahibinin menfaatini, iflas alacaklılarından daha üstün tutmuştur¹³⁸.

¹³⁰ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 73 vd.

¹³¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, n. 3474 dn 327.

¹³² Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 68.

¹³³ Davran, **a.g.e.**, s. 5; Esener/Güven, **a.g.e.**, s.693 vd.

¹³⁴ Kurt, **a.g.m.**, s. 210; İnce-Akman, **a.g.e.**, s.1095.

¹³⁵ Bıçakçı, **a.g.m.**, s. 548.

¹³⁶ Oğuzoğlu, **a.g.e.**, s. 203.

¹³⁷ Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 164; Davran, **a.g.e.**, s.55.

¹³⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, n. 3474 dn 327.

D. Eşyaya Bağlı Borç Görüşü

Eşyaya bağlı borç görüşünü benimseyen yazarlara göre¹³⁹ iş sahibinin karşılaştığı kanuni ipotek yükü, taşınmazın maliki olmasından değil, yapı faaliyeti neticesinde doğan değer artışının malike özgülenmesinden kaynaklanmaktadır. Bir diğer ifade ile, ipotek yükü yapı üzerinde yürütülmekte olan inşai faaliyetlerden kaynaklı olup ve ipotek borçlusu sıfatı o esnada yapının maliki her kim ise ona ait olmaktadır¹⁴⁰. Yazarların¹⁴¹ benimsediği görüşün en önemli hukuki sonucu, tescilin sadece o an yapı alacağının üzerinde doğan taşınmazın malikine karşı değil, aynı zamanda bu taşınmazın sonraki maliklerine karşı da ileri sürebileceği sonucunun doğmasıdır. Kanuni ipoteklerin tescilini isteme hakkının hukuki niteliğinin eşyaya bağlı borç olduğu görüşünün aynı hak görüşünün uzantısı olduğu da ileri süren yazarlar da vardır¹⁴².

Tescili talep hakkının yöneltileceği kimsenin, yapı faaliyeti gerçekleştirilen taşınmazın o esnada maliki olan her kim ise o kişi olduğu sonucu kabul edilir¹⁴³. Bu görüş ile uygulamada karşımıza çıkan “malikin iflası” sorununa çözüm üretilmektedir. Zira, malikin iflası halinde tescilin istenemeyeceği sonucu, kanun koyucunun arzu ettiği amaç ile oldukça çelişen bir durum olacaktır. Yapı alacaklılarının zayıf konumunu koruma esasına dayanan hakkın, ödeme güçlüğü hallerinde uygulanabilme işlevi öncelikli bir ihtiyaçtır. İnşaat sektöründe iflas ve konkordato sıkça

¹³⁹ Tekinay, **a.g.e.**, s.83; Aybay, **a.g.e.**,s.55; Erel, **a.g.e.**,s. 221-227-228; Baysal, **a.g.m.**, s. 154.

¹⁴⁰ Kaşak, **a.g.t.**, S. 140; Tekinay, **a.g.e.**, s.83.

¹⁴¹ Ertan, **a.g.e.**, N 2696; Bıçakçı, **a.g.e.**, s. 551; Tekinay, **a.g.e.**, s. 137; Akın, **a.g.e.**, s. 755; Aybay, **a.g.e.**, s. 55; Erel, **a.g.e.**, s. 229.

¹⁴² Bkz. Bıçakçı, **a.g.m.**, s. 549; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3474. Aksi görüşte: “Eşyaya bağlı borç, bir kimseyi, yalnızca bir eşyaya malik olması sebebiyle, şahsi hak niteliği taşıyan bir alacak hakkının borçlusu konumuna getirmektedir. Ancak, şahsi hakkı aynı hakka dönüştürmez, o hakkı mutlak hak haline getirmez. Yalnızca borç ilişkisinin karşı tarafına öne sürülebilecek şahsi hakkın, bir eşyanın yeni malikine de ileri sürülebilmemesini sağlar; ancak aynı hakkın sahip olduğu herkese karşı ileri sürülebilmeme özelliğini bahsetmez. Bu sebeple, eşyaya bağlı borç görüşünün aynı hak görüşünün uzantısı olduğunun kabulü olanaklı görünmemektedir.” Oral, **a.g.m.**, s. 672., dn. 23

¹⁴³ Kaşak, **a.g.t.**, s.141; Bıçakçı, **a.g.m.**, s. 552; Tekinay, **a.g.m.**, s. 137; Aybay, **a.g.e.**, s. 55 dn. 2

karşılaşılabilen hallerdendir¹⁴⁴. Bu görüşün kabulü halinde, malikin de iflası yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini hayata geçirilebilir hale getirmektedir¹⁴⁵.

Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının hukuki niteliği konusunda İsviçre Federal Mahkemesi eski kararlarında kabul ettiği şahsi talep hakkı görüşünü değiştirerek, yeni kararlarında eşyaya bağlı borç görüşünü benimsemiştir¹⁴⁶. Şahsi hak görüşünün sonucu olarak, yapı alacaklısının ipotek talebi ancak inşaat işini yaptıran malike karşı yöneltilebilir olarak sınırlandırılmaktaydı. Taşınmazın el değişimi yahut malikin iflası hallerinin ortaya çıkması halinde yeni malike ve iflas masasına karşı söz konusu hak ileri sürülemiyordu. Ancak Federal Mahkeme görüşünü değiştirerek eşyaya bağlı borç görüşünü benimsemesiyle birlikte ipoteğin taşınmaz mülkiyetine bağlandığı, inşaat alacaklısının edimde bulunduğu taşınmaz maliki değişse dahi yeni malikin ipoteği kurma borcu altında bulunduğuna yönelik karar vermiştir¹⁴⁷.

Eşyaya bağlı borç görüşünün İsviçre’deki benimseyen yazarlar, taşınmazı devralan iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği sonucu ZGB Art. 837 Abs. 3’deki madde gerekçesinden çıktığını ifade ederler¹⁴⁸. İlgili gerekçede bu durum, “yeni bir inşaatı iktisap eden kimse, inşaatın tamamen bitirilmesinden sonraki üç ay içerisinde bu tür (yapı alacaklısı ipoteği) tescilleri beklemesi gerektiğini (tescilin kendisine talep edilebileceğini) bilir.” şeklinde ifade edilmiştir¹⁴⁹.

Bu gerekçede, kanun metninin hiçbir tartışmaya yer bırakmayacak şekilde bir netlik sağlaması, söz konusu sektörde faaliyet gösteren kimseler tarafından da bilinirliğinin sağlanması sonucunu doğurması kanunun etkili uygulaması ve iyi niyet iddiası açısından gereklidir. Ancak böyle açık bir gerekçe metinde yer almasaydı dahi,

¹⁴⁴ Kaşak, **a.g.t.**, s. 142.

¹⁴⁵ Bıçakçı, **a.g.e.**, s. 552; Akın, **a.g.e.**, s. 755; Federal mahkemenin iyi niyetli olup olmadığı ayrımı yapmaksızın taşınmazı iktisap eden üçüncü kişiye karşı kanuni ipotek hakkının ileri sürülebileceğine ilişkin federal mahkeme kararları için bkz: Naklen: Kaşak, **a.g.t.**, s. 141 dn. 610 BGE 95 II 31; BGE 95 II 221; BGE 119 III 125.

¹⁴⁶ Naklen: Oral **a.g.e.**, s. 673. BGE 92 II 227, 229; İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu görüşü benimsediği diğer kararları için bkz. BGE 125 III 248, 249; BGE 95 II 221, 228.

¹⁴⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.3497 dn.371.

¹⁴⁸ Tekinay, **Tescili İsteme Hakkı**, s.135 Dp. 10.

¹⁴⁹ Naklen atf: “Wer einen Neubau erwirbt, weiss, dass er nach drei Monaten nach der Vollendung des Werkes solche Eintragungen gewartigen muss.” Tekinay, **Sırlı Ayni Haklar**, s.135 Dp. 10.

yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı bir kanun düzenlemesi olması sebebiyle, yasayı bilmemenin kabul edilemeyeceği ve yasayı bilmeyenin de iyi niyetli sayılmayacağı yorumu da aynı sonuca ulaştırırdı¹⁵⁰. Bu konunun ülkemizde bilinir bir kurum olmadığı şeklinde bir eleştiri getirilse bile, benzer doğrultuda uzmanlık gerektiren birçok sektörde bu şekilde yüksek maliyetli işlerin gerektirdiği bilgi, birikim ve yasal mevzuatlarla alakalı iş sahiplerinin bilgi almaları gerektiği, bunun işin mahiyeti itibarıyla zorunlu olduğu yaşadığımız bilgi çağında zorunludur.

Bu görüş de referansını (Türk Kanunu Medenisi) mülga TMK'nun 807. Maddesindeki düzenlemeden alır. TMK m. 807 maddesinde “*o gayrimenkul üzerinde.... ipoteği tescilini isteyebilirler*” şeklinde düzenlenen metin, söz konusu talebin taşınmazı iktisap eden her malike karşı ileri sürülebileceği sonucunun doğacağı şeklinde yorumlanmıştır. Nitekim yeni kanuni düzenlemenin de aynı şekilde olması sebebiyle görüş varlığını bu doğrultuda devam etmektedir. İpoteğin tescilini talep hakkının o sırada taşınmaza malik olan kişiye karşı ileri sürülmesi gerekmektedir¹⁵¹.

Bunun aksi yönde, yapı alacaklılarının kanuni ipotek haklarının kullanımı noktasında “yavaş davranarak tescil ettirmemeleri ve artık tescili talep edebilme haklarını iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürmelerinin kabul edilmemesi gerektiğini hem geçici tescil yolu hem de işe başlanmalarının beyanlar hanesine yazdırabilme imkânını¹⁵² kullanmamaları dolayısıyla korunmadan yararlanmamaları

¹⁵⁰ Bu hususta özellikle günümüzün güncel koşullarında bilgiye erişilebilirlik tarihsel olarak hiç olmadığı kadar kolay hale gelmiştir. Bunun yanı sıra inşaat sektörü yüksek maliyetler gerektiren bir alan olması sebebiyle yapılan işlemlerin hukuki rizikoları ve süreçleri hakkında alanında uzman kişilerden destek alınması gerektiğinin iş sahiplerinden beklenmesi şüphesiz olağan bir durumdur. İş sahibinin bu hususta doğru bilgiye ulaşp ulaşmadığı hizmet aldığı uzman kişinin kusuru tartışılabilir. Ancak kişinin uygulanacak kanun hükmünü bilmediği hususunun mazeret sayılmasına imkân yoktur. Bu hususta detaylı bilgi için ayrıca bkz. M. G Derreioç, Jale Güral “Kanunu Bilmemek Özür Sayılmaz Kaidesi Hakkında Bazı Düşünceler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1945, 2.4. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/635414> (erişim tarihi: 14.07.2022)

¹⁵¹ Tekinay, **Sınırlı Aynı Haklar**, s.133; Davran, **a.g.e.**, s. 54. Avcı/Köksel-Oruç, **a.g.m.** s.96 vd.

¹⁵² İşe başlama tarihi, ilgililerden birinin yazılı istemiyle beyanlar sütununa yazılınca (*TST m. 56*), artık tescil süresi bitinceye kadar o taşınmaz üzerinde ipotek dışında bir rehin hakkı kurulamaz (*MK m. 897 / III*). Ancak beyan ile şerh farklı kavramlar olduğu ve her ne kadar beyan kavramının taşınmazın fiili ve hukuki durumunu açıklasa da taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğini etkilemeyecek kayıtlar olduğu yönünde bkz. Antalya/Topuz, **a.g.e.**, s. 194.

gerektiği yönünde eleştiriler de mevcuttur¹⁵³. Ancak bu görüşe üç noktada karşı çıkmaktayız. Şöyle ki;

Bir kimsenin kanundan doğan bir hakkını kullanmış olması nedeniyle kanuni başka bir haktan yararlanmasının engellenmesinin hukuk ilkeleriyle bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır. Yapı alacaklılarına kanundan kaynaklanan ipotek haklarını talep edebilmeleri için tanınan hak düşürücü süre, yasaların diğer kanuni süreler için oluşturduğu düzenlemelerle kıyaslandığında oldukça kısadır. İsviçre Kanunlarında yeni değişikliklerle bu sürenin dört aya uzatıldığı¹⁵⁴ düşünüldüğünde, bu sürede haklarını kullanmamalarının “yavaş hareket” olarak tanımlanması makul olmaz. Zira inşaat sektöründeki rekabet ortamında, ödeme koşulları ve yapı alacaklılarının alacaklarını işin sonunda almaları gibi yerleşik uygulamalar yapı alacaklısı ipoteğinin ihtiyaç duyulmasının bizatihi sebebidir. Kaldı ki, tüm bu nedenlerle şartların oluşma ihtimalinin çok güç olmasının ve ihtiyaç ortaya çıktığında iş işten geçmiş olmasının bu hukuki kurumun ihtiyaca cevap vermesinin önündeki en büyük engel olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Yapı alacaklılarının geçici tescile başvurmaları için öngörülen sürenin işin bitiminden itibaren üç ay içerisinde olması ve aynı süre içerisinde malik ve yüklenici ile görüşmeler sağlanıp buradan netice alamayarak dava açarak tescil kararı almaları gibi yoğun ve aktif bir eylem içinde olması beklenirken; taşınmazı satın alacak üçüncü kişinin sadece “kanuni bir bekleme süresini” pasif olarak geçirmesi beklenmektedir. Kanaatimizce bu yaklaşım adil olmayacaktır.

Buna ek olarak, taşınmazı satın alan üçüncü kişi, yapı malikinin emek ve sermayesi sonucu oluşan artı değerden istifade etmektir. Örnek vermek gerekirse, yeni malik taşınmazı hangi aşamada satın aldı ise, o andaki inşaa oranına göre bir bedel ödeyerek, muhtemelen inşaatın devam ettiği sırada iktisap etmesi halinde, daha düşük

¹⁵³ Kaşak, **a.g.t.**, 143., Tekinay, **Sınırlı Ayni Haklar**, s.85; Tekinay, **Tescil İsteme Hakkı**, s.138. Aynı görüşte bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.76.

¹⁵⁴ Fahri Erdem Kaşak, “İnşaatçı İpoteğine İlişkin Güncel Gelişmeler”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1998, 16.2: 231-236, s.232. “İnşaatçı ipoteğinin tapu kütüğüne tescili için mevcut olan şimdiye kadarki üç aylık süre, dört aya (inşaat işlerinin tamamen bitirilmesinden sonra) uzatılmıştır (ZGB’nin yeni m. 839/2 hükmü).”

bir bedelle taşınmazı satın alma yoluna gitmektedir. Yeni malik, yapı alacaklısının emek ve sermayesi ile oluşturduğu değerden istifade etmektedir. Ancak, günün sonunda hem taşınmazı satan iş sahibi hem sonradan edinen taşınmaz malikinin uhdesinde bir kazanım söz konusudur. Ama hakkını sonradan iktisap eden maliklere ileri sürememe ihtimalinde yapı alacaklısının elde ettiği hiçbir şeyin kalmadığı bir mağduriyet tablosu karşımıza çıkmaktadır. Kaldı ki, bu yolun açılması halinde, uygulamada iş sahiplerinin yapı alacaklısı ipoteği rizikosundan kaçınmak yoluyla kanuna karşı hile veya muvazaalı işlemlere kapı açarak zaten mevcut halinde alacağını elde etmesi oldukça güçleşen yapı alacaklısının işletebilmesi neredeyse mümkün olmayan bir hukuki prosedürle karşı karşıya kalacağı, ağırlıklı olarak kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde görünür hale geldiği ve çok sayıda taşınmaz malikinin bulunduğu durumlar da hesaba katıldığında durum iyice içinden çıkılmaz bir hale geleceği açıktır. Benimsediğimiz görüşe göre, taşınmazın yeni maliklerinin iyi niyet iddiası dinlenemez, yapı alacaklısının yapı alacaklısı ipoteği yeni malike karşı da ileri sürülebilir¹⁵⁵. Bu noktada her ne kadar bir kısım yazarlara göre taşınmazı iyi niyetle iktisap eden üçüncü kişilere karşı mülkiyet hakkının, yolsuz tescil halinde da asıl malikin mülkiyet hakkı ileri sürülememesini, kıyas yoluyla yapı alacaklısı ipoteğinin de iyi niyetli üçüncü kişilere ileri sürülmemesi gerektiği şeklinde bir kıyas yaparak eşya hukuku sistemi içerisinde değerlendirme yapmakta ise de bu görüşe katılmıyoruz

156.

Eşyaya bağlı borç görüşünün benimsenmesi halinde çeşitli hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu görüşe göre, yapı alacaklısı ipoteğinin tescili talep edilmeden evvel taşınmaz el değiştirirse ipoteğin tescili talebiyle ikame edilen davanın yeni malike yöneltilmesi gerekmektedir¹⁵⁷. Bu husus aynı zamanda dava arkadaşlığı kurumunda da aynı hukuki sonucu doğurmaktadır. Dava açıldıktan sonra taşınmazın

¹⁵⁵ Aksi yönde görüşler için ayrıca bkz. Bıçakçı, **a.g.m.**, s.552., Kaşak, **a.g.t.**, s.143.

¹⁵⁶ Tekinay, **Tescili İsteme Hakkı**, s.137 -138; Tekinay, Sınırlı Ayni Haklar, s.84.

¹⁵⁷ İsviçre Federal Mahkemesi BGE 134 III 147 kararında; “kanunî bir ipotek hakkının tesisine ilişkin talep eşyaya bağlı borç niteliğindedir ve bu nedenle taşınmazın talebin yapıldığı andaki malikine karşı yöneltilebilir” şeklinde hüküm kurmuştur. Burada talebin yapıldığı sırada tapuda malik olarak gözüken kişiye davanın yöneltilmesi zorunludur. Kaşak, İsviçre Federal Mahkemesi’nin Başkasının Arazisine Kendi Malzemesini Kullanarak İnşaat Yapan Kişiye Kanunî Bir İpotek Hakkı Tanınmasına İlişkin 06.12.2007 Tarihli (BGE 134 III 147) Kararı, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 2, Temmuz 2014, Sayfa: 1069-1072.

üçüncü kişiye devri halinde, dava sırasında taraf değişikliğinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 186. Maddesinden farklı olarak, (Yeni Kanun HMK. 125 Dava konusunun devri) “davalının seçimini aramadan, davacının yerine kendiliğinden (ipso jure) geçecektir” düzenlemesi uygulanacaktır¹⁵⁸.

E. Yenilik Doğuran Hak Görüşü

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep etme hakkının hukuki niteliği konusundaki diğer görüş, bazı kitap sistematiklerinde yer almamakla birlikte yenilik doğuran hak görüşüdür¹⁵⁹. Bu hak tek taraflı irade beyanı ile kullanılabilir. Doğrudan tapu memuruna talep yoluyla hakkın ileri sürülebileceği kabul edilmektedir¹⁶⁰. Bir başka deyişle, hak sahibinin ipoteğin tescilini kanuna dayanarak tapu memurundan talep edebilecektir¹⁶¹. Burada hakkın yükümlüsü tapu memuru olmasa da, tapu memurunun işlemi ile ipotek yükümlüsüne hakkı yöneltme ihtiyacı duymaksızın, ipoteğin kurulabilmesi burada yenilik doğuran bir hakkın olduğunu gösterdiği kabul edilmektedir¹⁶². TMK m. 894’de süre de yenilik doğurucu hakka ilişkin getirilmiş hak düşürücü süre niteliğinde olup söz konusu süre içerisinde taşınmaz el değiştirmemiş olması şartıyla tapu memurundan istenebilir¹⁶³.

Bu görüşe sahip yazarlar, yalnızca yapı alacaklıları tarafından kanuni ipotek hakkının tescilinin mümkün olduğunu temlik alan üçüncü kişilerin ipotek talebini borçluya ileri süremeyeceğini kabul ederler¹⁶⁴. Aynı doğrultuda, kişisel bir alacak

¹⁵⁸ Levent Börü, **Dava Konusunun Devri**, Ankara Üniversitesi SBE Medeni Usul Ana Bilim Dalı, Doktor Tezi, Ankara, 2012 s.82 Vd.

¹⁵⁹ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3476; Hatemi/Serozan/Arpacı **a.g.e.**, s. 740; Hatice Kübra Ercoşkun Şenol, “Geçici Tescil Şerhi” , **Journal Of Judgments By The Court Of Jurisdictional Disputes/Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 11, 2018, s.386; Çabri, **a.g.m.**, s. 383. Şahsi bir hak olduğu ancak malike değil, tapu memuruna yöneltilmesi nedeniyle yenilik doğurucu hak olduğu yönünde bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.1049. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3476. Delipınar, **a.g.e.**, s. 153.

¹⁶⁰ Andreas von Tuhr; **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, Çev: Cevat Edge, C. 1-2, Ankara, Olguç Matbaası, 1983, s.23, 130, dn. 1a. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.3476, N. 3496; Saymen/Erbil, **a.g.e.**, s.582; Hatemi/Serozan/Arpacı **a.g.e.**, s.740, 742; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.1049

¹⁶¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3476.

¹⁶² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3474 dn 3476.

¹⁶³ **A.e** N. 3476.

¹⁶⁴ Altay/Eskiocak, **a.g.e.**, s. 277.

hakkı olmasının bir sonucu olarak taşınmaz el değıştirirse veya iflas masasına dahil olursa da tescil mümkün olmayacaktır¹⁶⁵. Çünkü yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı, taşınmazdaki değeri artışı nedeniyle tanınmaktadır. Bu kabulün gerekçesi yapıda ortaya çıkan değeri artışının korunması nedeniyle taşınmazın devri halinde yeni malik zaten taşınmazın tam değerini ödediğı düşünöldüğünde ona karşı tescil talebinin yöneltilemeyecektir¹⁶⁶. Geçici tescil şerhi, yeni malik zamanında da yapılması mümkün olması sebebiyle herhangi bir hak kaybı yaşanmayacaktır¹⁶⁷.

II. YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKINDA TARAFLAR

TMK m.893 vd. maddelerinde yüklenici ve zanaatkarların bir yapıda malzeme vererek ya da vermeksizin sarf ettikleri malzeme ve emek karşılığı olarak yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici ve zanaatkarlara kanuni bir ipotek hakkı tanınmıştır. Söz konusu ipotek hakkının alacaklısı olan kimseler incelenecektir. Ancak hakkın yükömlüsü kanunda açık olarak tanımlanmamıştır.

¹⁶⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3496.

¹⁶⁶ **A.e.**, N. 3496.

¹⁶⁷ **A.e.** N. 3496.

A. İpotek Alacaklısı

1. Yükleniciler

Yüklenici¹⁶⁸ (müteahhit), eser sözleşmesi kapsamında, bir inşaat faaliyetinin tamamını veya bir kısmını yerine getirmeyi üstlenen kimsedir¹⁶⁹. Yapı alacaklısı ipoteğine konu yapı faaliyetinin eser sözleşmesi kapsamında yapılmış olmasının bir şart olup olmadığı hususu öğretide tartışılmıştır. Birinci görüş, alacak hakkının doğduğu ilişkinin mutlaka eser sözleşmesinden kaynaklanması gerektiğini savunmaktadır¹⁷⁰. TKM m. 807’de “işçi” terimi yerine “zanaatkar” kelimesi tercih edilmiştir. İkinci görüş ise hukuki nitelendirmesi eser sözleşmesi olmasa dahi bir işin görülmesi konulu sözleşmelerin ipotek talep hakkı kapsamında korunması gerektiğini kabul etmektedir¹⁷¹. Çünkü Kanun (TMK. m. 893/b.3) yapı alacaklısını, “malzeme ve emek karşılığında malik veya (...) alacaklı olan” kişi olarak tanımlarken sözleşmenin niteliğine göre açık bir sınırlandırmaya yer vermemiştir. Burada kanun koyucunun

¹⁶⁸ Uygulamada, eseri bir bütün olarak tamamlayıp iş sahibine teslimini borçlanan yükleniciye *genel* yüklenici (*entrepreneur général*), eserin tamamının inşası yanında projesinin hazırlanmasını da üstlenen genel yüklenici ye *toptan / total / tümel* yüklenici (*entrepreneur total*) adı verilmektedir. İş sahibine karşı yapı eserin meydana getirilmesi bakımından yüklenmiş bulunduğu işin kapsam ve miktarına göre üst yüklenici verilen diğer isimler için, bkz. Halil Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, Filiz Kitapevi, 2000, s. 4-5; Eren, **İnşaat Sözleşmeleri**, s. 50; İbrahim Kaplan, “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu Ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, **Yönetici-İşletmeci Mühendis Ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 2.Baskı, Ankara, 2001, S.119-171 s. 121-122; İbrahim Kaplan, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, 2019, s. 45 vd.; Gümüş, **C.II**, s. 8; Emre Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 13; Avcı/Köksal-Oruç **a.g.m.**, s. 38 vd.; Ayan, **a.g.e.**, s. 26 vd. Kanun lafzında “yüklenici” kelimesi kullanılmaktadır. Uygulamada bu kelime dışında “ısmarlayan, “müteahhit” sözcükleri de kullanılmaktadır.

¹⁶⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3488; Sirmen, **a.g.e.**, s. 653.

¹⁷⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3486. Saymen/Elbir, **a.g.e.** s.632; Can, **a.g.m.**, s. 55; Baysal, **a.g.m.**, 156; Süral, **a.g.e.**, s. 690-703, Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 1052; Can, **a.g.m.**, s. 59; Kaçaran, **a.g.m.**, s.1373. Sümer, **a.g.m.** s. 601 vd., Uyumaz **a.g.m.**, s. 225-226. Aksi görüşte: Çetiner, **a.g.e.**, s. 252. Değişiklik gerekçesinde ipotek talebinde bulunan kişilerin “hizmet sözleşmesi kapsamında bağlı çalışanlar değil, eser sözleşmesi ile çalışan kişiler” değerlendirmesi görüşünde ayrıca bkz. Baysal, **a.g.m.**, s. 164.

¹⁷¹ Reisoğlu, **a.g.e.** s. 30; Yazar, burada önemli olan kriterin “emek veya emek ve malzeme verme” olduğu ve bu sonucun eser sözleşmesi dışında başkaca hukuki ilişkiden doğması halinde kurumun amacı ve özelliğine göre korunması gerektiği düşüncesindedir. Reisoğlu **a.g.e.**, s.30 Benzer şekilde, belirleyici kriterin, akdedilen sözleşmenin türü değil, yapılan işin türü olduğu yönünde bkz. BGE 119 II 426. Akın, **a.g.m.** s.753; Davran, **a.g.e.**, s. 58; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1101; Mirasçının yapı alacaklısı ipoteğinden istifade edemeyeceği yönünde bkz. BGE 110 II 382, 114 II 56, 119 II 426. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3486 dn.347. Yüklenicinin hakkının şahsa bağlı olarak kullanılması gereken bir talep olmaması nedeniyle yasal ipotek hakkının tanınması gerektiği yönünde aksi görüş için bkz. Güleş, **a.g.e.**, s. 108.

neden “müteahhit” terimini kullandığına ilişkin bir soru oluşabilir. Burada “müteahhit” teriminin dar ve teknik anlam yerine günlük kullanım olarak tercih edildiği anlaşılmalıdır. Bu görüşte “eser sözleşmesinin” bir şart olarak belirlenebilmesi ancak açık bir düzenlenme ile mümkün olabilmelidir. Eser sözleşmesi şartının arandığı sonucunun yorum yoluyla çıkarılması mümkün değildir¹⁷². Bu yorumu destekleyen bir başka düzenleme ise Alman Medeni Kanunu’dur. Alman Medeni Kanunundan¹⁷³ farklı olarak Türk-İsviçre Hukukunda yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin hükümlerin Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesine ilişkin bölümlerinde düzenlenmemiş olmasıdır. Kanun yapma tekniği açısından değerlendirildiğinde, “yüklenici” sıfatının teknik anlamda kullanılmadığı fikri bu bilgi ile desteklenmektedir¹⁷⁴.

Yüklenici, eser sözleşmesi kapsamında bir eser meydana getirmeyi taahhüt eden kişidir¹⁷⁵. Bu kişinin, gerçek veya tüzel kişi olmasının bir önemi yoktur¹⁷⁶. Tüzel kişi, kamu yahut özel hukuk kişisi de olabilir¹⁷⁷. Ne gerçek ne de tüzel kişi sıfatı olmayan bir adi şirket de olması mümkündür¹⁷⁸. Yüklenicinin hak ehliyetine

¹⁷² Reisoğlu, , **a.g.e.**, s.28 vd., Akın, **a.g.m.**, s. 753; Davran, **a.g.e.**, s.58; Faruk Acar, **Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2. (Tıpkı) Baskı, 2017, s. 360; Jale Akipek, **Türk Eşya Hukuku, Ayni Haklar**, Üçüncü Kitap, Mahdut Ayni Haklar, Ankara, 1974, s. 241. Aynı görüşte: Güleş **a.g.e.**, s.56. Ayrıca vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde yapı işini gerçekleştiren kimselerin de bu hakka sahip olduğu yönünde bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 30,39,40. Duman, **a.g.e.**, s. 190; Uyumaz, **a.g.m.**, s. 239; Wieland, **a.g.e.**, s. 677, Güleş, **a.g.e.**, s.77. Aksi yönde bkz: Kurt, **a.g.m.**, s. 223.

¹⁷³ Alman Medeni Kanunu’nun BGB § 648 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

¹⁷⁴ Nurten İnce-Akman, “**Yapı Alacaklısı İpoteği**”, Gayrimenkul Davaları, Cilt:1, s. (1091-1178) Editörler: Ayşe Havutçu, a. 1102.

¹⁷⁵ Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 19.Bası. Beta Yayınları, 2024, s. 986; Ayan, , **a.g.e** s. 267; Altay/Eskiocak, **a.g.e.**, s. 282; Kaçaran, **a.g.m** s. 1370; Akkanat, “Bir inşaat sözleşmesi çerçevesinde iş sahibi ile doğrudan akdi ilişki içerisine girerek, bu yapı eserine ait projenin tamamının veya bir kısmının kendi gözetim ve denetimi altında meydana getirilmesi amacıyla başka yüklenicileri kendi nam ve hesabına yaptığı sözleşmelerle görevlendirmekte olan kişi” olarak tanımlamaktadır. Akkanat, **a.g.e.**, s.7., Yavuz/Acar/Özen **a.g.e.**, s.435; Aral/Ayrancı **a.g.e.**, s.340; Aydın Zevkliler/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, 2021/09, 21.Baskı, s.503; Eren, **İnşaat Sözleşmeleri**, s. 50; Duman, **a.g.e.**, s. 191; Sirmen, **a.g.e.**, s. 628.

¹⁷⁶ Oral, **a.g.m.**, s.674. Yüklenici; kural olarak eser sözleşmesi ilişkisi ile bağlı bir inşaat işinin tamamını veya bir kısmını yapı sahibi hesabına yapmayı üstlenen ve genellikle tacir sıfatına haiz kişiler olarak tanımlanmaktadır. Fikret Eren, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları**, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici, İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, B.2, Ankara, 2001, s.59; Cengiz Kostakoğlu, **İçtihat İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 10.Bası, İstanbul, 2017, s. 324.

¹⁷⁷ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 503.

¹⁷⁸ Yapı veya diğer iş üstlenmiş adi ortaklığın kanuni ipotek hakkının bulunduğu konusunda bir uyumsuzluk bulunmasa da bunun nasıl uygulanacağı açıklamaya muhtaç bir sorundur. Çünkü adi

sahipliğinin yeterli olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁹. Yüklenici sözleşme ile borç altına girmesi dolayısıyla fiil ehliyeti olması gerekir. Sınırlı ehliyetlilerin yasal temsilcisinin rızası da aranmaktadır¹⁸⁰.

Daha büyük işlerde, Konsorsiyum¹⁸¹ ortaklık olarak da karşımıza çıkabilir. Burada referans alınması gereken husus ticaret sicile kayıtlı olup olmaması değil, bağımsız olarak kendi hesabına hareket imkânı bulunmasıdır¹⁸². Burada işin ne kadarının üstlenilmiş olduğu da yüklenicilik sıfatı değerlendirilirken önem arz etmemektedir¹⁸³.

Eski dönemde klasik anlamda yapı faaliyeti sürecinde taşınmaz malikinin her yüklenici ile ayrı ayrı sözleşme akdettiği ve koordinasyonu bizzat üstlendiği sözleşmeler yaygındı¹⁸⁴. Ancak inşaat sektöründeki ilerleme ve teknik gelişim ile bu durum artık kontrolü mümkün olmayan bir hale dönüşmüştür. Bu sebeple günümüzde ekseriyetle, taşınmaz malikinin her bir yüklenici ile ayrı ayrı sözleşme akdetmesi yerine tek bir muhatap seçerek bir yüklenicinin tüm yapı faaliyetini üstlenmesi tercih edilmektedir.

Yüklenici, iş sahibi ile sözleşme yapılmasından sonra sözleşmesinin bir başka yükleniciye devri söz konusu olabilir. Sözleşmenin devrinde, yüklenici iş sahibinin vekili sayılacaktır¹⁸⁵. Bu halde ipotek hakkının sözleşmeyi devreden yükleniciden

ortaklık gerçek veya tüzel kişi değildir. Tapu sicilinde sahip olunan hakkın sicilde görünümü eşya hukukunun katı şekil kuralları çerçevesinde oldukça mühimdir. İki ihtimal söz konusudur. Adi ortaklığın temsilcinin kaydı olması güvenlik açısından duruma pek uygun düşmeyecektir. Ancak bütün ortakların adının ipotek alacaklısı olarak yazılması halinde TBK'nın kabul ettiği elbirliği ile hareket düzenine uygun bir çözüm ortaya çıkar. Aynı yönde bkz. Güleş, **a.g.e.**, s. 59.

¹⁷⁹ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 503.

¹⁸⁰ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 958. Eğer yüklenici, eser sözleşmesi söz konusuymuş gibi borcunu ifa etmiş ancak fiil ehliyeti bulunmamakta ise, bu halde sözleşmenin geçersizliği hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Güleş, **a.g.e.**, s.57.

¹⁸¹ Konsorsiyum, ortaklardan her birinin üstlenilen işin bir kısmının yapılmasını taaahhüt ettiği ve sadece kendi üstlendiği kısımla sınırlı olarak iş sahibine karşı sorumlu olduğu bir ortaklık türüdür. Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, 9.Baskı, İstanbul, 2015. Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 3. Baskı, İstanbul, 2012.

¹⁸² Oral, **a.g.m.**, s. 674.

¹⁸³ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s.503.

¹⁸⁴ Oral, **a.g.m.**, s. 674.

¹⁸⁵ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, Vedat Kitapçılık, Tıpkı Basım, İstanbul, 2010, s. 95.

devralan yükleniciye geçtiği kabul edilir. Çünkü devreden yüklenicinin yapı işi üstlenme borcu ortadan kalkmasıyla korunması gereken bir alacak hakkı bulunmaz.

İş sahibi, bizzat sahip olduğu bir uzmanlığı nedeniyle veya hiçbir uzmanlık gerektirmemesinden ötürü yapı faaliyetini kendisi veya kendisine bağlı olarak bir uzman aracılığıyla gerçekleştirmek isteyebilir. Bu şekilde bir ihtiyacın ortaya çıkması halinde, iş sahibi her bir iş için o alanda uzman bir yüklenici ile sözleşme yapma yoluna gidecektir. Bu halde birbirinden bağımsız faaliyetler ile yapı faaliyeti gerçekleştirilmiş olur. Burada birbirinden bağımsız sözleşmeler ile ortaya çıkan yükleniciler, birbirilerine karşı sahip oldukları hukuki statü “yan yüklenici” olarak tanımlanır.”¹⁸⁶

TMK.m 893/I-3’de ipoteğin tescili talebinde bulunabilecek kişiler, malik veya yükleniciden alacaklı olan “*alt yüklenici ve zanaatkarlar*” olarak tanımlanmıştır. Eğer madde lafzi yorumla değerlendirilecek olursa asıl yüklenicilerin değil, yalnızca alt yüklenicilerin kanuni ipotek hakkı olduğu şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu durum da yüklenicilerin kanun kapsamında yapı alacaklısı sayılıp sayılmaması konusunda tartışma ortaya çıkarmıştır.

Öğretide hâkim görüş kanun koyucunun amacının yüklenicileri koruma dışında bırakmak olmadığı ve asıl yüklenicilerin de kanuni ipotek hakkına haiz olduğu yönündedir¹⁸⁷. Bir kısım yazarlara göre, TKM m. 807/f. 1,b.3 düzenlemesinden¹⁸⁸ farklı olarak Türk Medeni Kanunu’nun m. 893/f.1, b.3 düzenlemesinde yapı alacaklısı ipoteği hakkından istifade edenler arasında asıl yüklenicinin sayılmamasının sebebi

¹⁸⁶ Konu hakkında detaylı bilgi için bakınız. Akkanat, Taşeronluk Sözleşmesi, s. 22; Gökyayla, **a.g.e.**, s. 13; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 467; Eren, **Özel Hükümler**, s. 600; Ayan, **a.g.e.**, s. 27-28; Kurt, **a.g.m.**, s. 39, dn. 61;

¹⁸⁷ Aynı yöndeki görüşler için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3486, Sirmen, **a.g.e.**, s. 655; Can, **a.g.m.**, s. 59; Kaçaran, **a.g.m.**, s.1369-1370. Baysal, **a.g.m** s.156 vd; Davran **a.g.e.**, s.58; Uyumaz, , **a.g.m** s. 236-237; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 26 vd; Akipek-Öcal **a.g.m** s.35-36; Güleş **a.g.e.**, s.55; Can, **a.g.m** s.54; Ayan, , **a.g.e** s. 267; Delipınar, **a.g.m** s.156; Ertaş/Cumalıoğlu/Serdar, **a.g.e.**, N. 2700; Oral, **a.g.m.**, s.676. Alt yüklenicinin bu haktan yararlanabilmesi yükleniciye olan borcun ödenmesi şartına bağlayan görüş için Bkz. Esener/Güven, **a.g.e.**, s.573.

¹⁸⁸ Mülga Türk Medenî Kanun’un 807’inci maddesinin birinci fıkrasının 3 numaralı bendinde, "bir gayrimenkul üzerindeki inşaat yahut ameliyatta malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış olmaları hasebiyle malik veya müteahhit zimmetinde tahakkuk eden alacakları için o gayrimenkul üzerinde bu müteahhit ve işçiler kendi adlarına kanunî ipoteğin tescilini talep edebilirler."

kanunun koyucunun koruma kapsamına asıl yükleniciyi de dahil etmek isterken, unutkanlık sonucu hüküm kapsamına asıl yüklenici terimine yer vermesidir¹⁸⁹.

Hâkim görüşteki yazarlara göre, malikten alacaklı olmayan alt yüklenicilere bu hak verilirken, malikten alacaklı olan asıl yüklenicilerin istifade edebilmesi gerekir. Nitekim, katıldığımız görüşe göre de kanun metnin devam eden maddelerinden (TMK m. 895/f.1: m.897/f.1,2,3) asıl yüklenici-alt yüklenici ayrımı yapmadan doğrudan yüklenici terimini tercih etmesi de bu yorumu desteklemektedir¹⁹⁰.

Yargıtay'ın yerleşik kararları da asıl yüklenicinin kanuni ipotek hakkına sahip olduğu yönündedir¹⁹¹. Ancak Yargıtay'ın aksi yönde vermiş olduğu, konuyu lafzi yorumla değerlendirdiği bir kararı da mevcuttur¹⁹².

Sütçü¹⁹³'ye göre, asıl yüklenicinin kanuni ipotek hakkı değerlendirmesinde kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan yüklenici açısından ayırım yapılmalıdır. Yazara göre, kanuni ipotek hakkının amacı, yapılan imalata ilişkin emek ve sermayesi ile kredi sağlayan ve alacağını işin sonunda elde etmesi sebebiyle riziko üstlenen yükleniciyi korumaktır. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin

¹⁸⁹ İki madde arasındaki farklılık konusundaki eleştiriler için bkz. Can, **a.g.m.** s. 54; Uyumaz, **a.g.e.**, s. 236; Çetiner, **a.g.e.**, s.252-253, dn.697.

¹⁹⁰ Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s.60; Uyumaz, **a.g.m.**, s.236-237.

¹⁹¹ Kararlar için bkz. Y. 15 HD. E.2015/5673, K.2016/2437, T.21.04.2016 (Lexpera İçtihat Bankası) erişim tarihi: 10.10.2022) <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2015-5673-k-2016-2437-t-4-5-2016>

Y. 15 HD., E.2014/4356, K.2014/6677, T.19.11.2014 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2014-4356-k-2014-6677-t-19-11-2014> (çevrimiçi) ET: 04.08.2023

¹⁹² Buna karşılık, alt yüklenici sıfatına haiz olmayan yüklenicinin TMK. m. 893'e göre kanuni ipotek hakkına sahip olmadığı yönünde bkz. Y. 15 HD. T. 04.12.2012, E.2012/6837, K.2012/7621. "MK'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 kararın bozulması gerekmiştir." Benzer yönde bkz. Y. 15 HD. T:25.11.2014, E:2016/1924, K:2016/3111 (Lexpera İçtihat Bankası) (çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2016-1924-k-2016-3111-t-31-5-2016>

¹⁹³ Sütçü, **a.g.m.**, s. 35. Geriye etkili fesih halinde sözleşmede kararlaştırılan bedel yerine sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre imalat bedelinin belirlenecek olması yönünde ayrıca bkz. Sütçü **a.g.m.**, s.35.

konumu bu şekilde değildir. Arsa payının devrine yönelik bir alacağı olan yüklenicinin kanuni ipotek hakkının varlığına ancak yorum yolu ile ulaşılabilecektir. Benzer şekilde, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin fesih biçimine göre de bir ayırım yapılarak da konu incelenebilir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi aynen ifa veya ileriye etkili fesih sonucu sona ererse, yüklenicinin kanuni bir ipotek hakkı söz konusu olmayacaktır¹⁹⁴. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili feshi halinde ise alacak imalat bedeli alacağına dönüşecektir. Bu halde yüklenici ve arsa sahibinin alacakları, sebepsiz zenginleşme hükümlerine yönelik tasfiyesi alacağın yapı alacağı vasfını ortadan kaldırmayacağı için şartları oluşması halinde yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı söz konusu olacaktır¹⁹⁵.

Yapı alacaklısı ipoteğinin, ücretine ancak işin sonunda elde edebilen yapı alacaklısının, taşınmaz malikine tanımış olduğu kredinin karşılıksız çıkması riskine karşı düzenlendiği göz önüne alındığında; kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereği uhdesinde kalacak bağımsız bölümlerin bir kısmını veya tamamını bazen işin başında üzerine alan yüklenici, inşaatın devamı sırasında üçüncü kişilere yaptığı bağımsız bölüm satışları ile kendisine kredi sağlama imkanına erişmektedir. Bu nedenle, bu sözleşmelerde yüklenicinin arsa sahibine yönelik değil, arsa sahibinin yükleniciye kredi sağlaması sonucu ortaya çıkmaktadır.¹⁹⁶

Kanuni rehin hakkı ile arsa sahibinin arsası üzerinde sınırlı bir ayni hak kazanmaktadır. Arsa sahibinin mülkiyet hakkına yönelik ağır bir müdahaledir. Bu nedenle kanund açık bir hükümle düzenlenmesi gerekmektedir.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Avcı/Köksal-Oruç **a.g.m.**, s.106. Benzer yönde y. 15. hd. 10.02.2004 tarih, 2003/3612 e. 2004/600 k. sayılı kararı (çevrimiçi) ET: 11.08.2023 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2010-7438-k-2011-2040-t-04-04-2011>

¹⁹⁵ Benzer yönde geriye etkili fesih halinde menfi zarar, gecikme cezası talepleri için mahkemenin kanuni ipotek hakkını kabulü yönünde bkz. Yargıtay 15 HD. 4.4.2011 T. 2010/7438 E. 2011/2040 K. Sayılı kararı

¹⁹⁶ Sütçü, **a.g.m.**, s. 37.

¹⁹⁷ Sütçü, **a.g.m.**, s. 37

2. Alt Yükleniciler

Eski dönemde klasik anlamda yapı faaliyet süreçlerinde, taşınmaz maliki her yüklenici ile ayrı ayrı sözleşme akdeder ve koordinasyonu bizzat üstlenirdi¹⁹⁸. Ancak günümüzde teknolojik gelişmeler ve belirli alanlarda uzmanlaşma eğilimindeki artış sektörlerde iş dağılımı ve uzmanlaşmayı zorunlu hale getirmiştir¹⁹⁹. Özellikle kapsamlı inşaatlarda, yapı işleri niteliği gereği çok farklı faaliyetleri bünyesinde barındırmakta olup bu edimlerin eksiksiz ve sözleşmeye uygun tamamlanması ancak uzmanlık ile mümkün olabilir hale gelmiştir²⁰⁰. Projelerin niceliği ve niteliği de arttıkça uzmanlık gerektiren iş sayısı ve muhatap olunan yüklenici sayısı artar. Bu sayede sadece asıl yüklenici ile sözleşmesi olan iş sahibi, daha çok sayıda yüklenici ile ortaya çıkabilecek olan hukuki rizikoları da azaltmış olur²⁰¹.

Elektrik ve su tesisatının döşenmesi, iklimlendirme ünitelerinin yerleştirilmesi, asansör ve yürüyen merdivenlerin kurulması gibi teknik işlerde ise alt yükleniciler sürece dahil edilir²⁰². Bu ölçekte büyük işlerin ortaya çıkardığı sermaye ihtiyacı ve işin potansiyel riskleri konsorsiyum yoluyla, işin teknik uzmanlık gereksinimi yönüyle de alt yüklenicilik kurumundan destek alınarak yük paylaşımı dengelenme yoluna gidilmektedir²⁰³. Ticari hayatın gerektirdiği yeni ihtiyaçların bu şekilde hukuki

¹⁹⁸ Oral, **a.g.m.**, s.674.

¹⁹⁹ Alt yüklenicilik ile beraber inşaat maliyetleri düşer. Asıl yüklenicilerin teknik kapasitelerini aşan işlerin gerçekleşmesi ve geniş hareket alanı, yapı kalitesinde artış ile iş olanaklarının artması açısından önemli sonuçlar doğurur.

²⁰⁰ Doruk Gönen, **İnşaat Sözleşmesinde Bedel**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan, 2016. (çevrimiçi):<https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/insaat-sozlesmesinde-bedel-9786051523750s.36-37>. Bu faaliyetlere hafriyat yapılması, temel kazılması veya asansör, elektrik, su, havalandırma tesisatı döşenmesi, fayans döşeme, kapı-pencere montaj işleri örnek olarak verilebilir.

²⁰¹ Gönen, **a.g.e.**, s. 37. Alt yüklenicinin asıl yükleniciye bağımlı hale gelmesi, sözleşmede ayıp sorumluluğunun zamanaşımı sürelerine yönelik sakıncalar olabileceği yönünde değerlendirme için bkz. Gönen, **a.g.e.**, s. 38.

²⁰² Gönen, **a.g.e.**, s. 34. Yüklenicinin yapının inşasına bizzat katılmadan inşaatı kendi adına ve hesabına kısım kısım alt yüklenicilere de yaptırabileceği, bu durumda ortada inancılı vekalet sözleşmesinin olduğunu savunan bir görüş olmakla birlikte, esasen halen bir eser sözleşmesinin söz konusu olduğu, sözleşmeyi nitelendiren edimin bizatihi sözleşmede üstlenilen edim olması gerektiği düşünülürse, edimin ifasının kısmi edimler halinde alt yüklenicilere bırakılmasının sözleşmenin niteliğini değiştirmeyeceği yönünde, bkz. Özer Seliçi. **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**. İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 1978, s. 17; Halil Akkanat, **a.g.e.**, s. 6, dn. 12.

²⁰³ Günümüzde, şehirleşmenin beraberinde artan ihtiyaçlarla beraber büyük çaplı projeler kurumsallaşmış ve alanında uzmanlaşmış şirketler tarafından hayata geçirilmeye başlamıştır. Nitekim, günümüzde büyük ölçekli işlerden olan havaalanı, demiryolu, otoyol inşası gibi yapı işleri tek bir gerçek ya da tüzel kişinin sermaye, deneyim ve teknik yeterliliğini aşmaktadır. Bu potansiyel aşkınlığın yanı

düzenlemelere konu olması ve ihtiyacın doğru anlaşılacak çözülmesi ekonomik refah için oldukça önemlidir.

Alt yüklenici,²⁰⁴ “*asıl yüklenici ile yapmış olduğu sözleşme kapsamında, asıl yüklenicinin iş sahibine karşı borçlanmış olduğu yapı eserinin bir kısmını veya tamamını kendi sorumluluğu altında meydana getirmeyi, asıl yükleniciye karşı borçlanmış bulunan*” yüklenicidir²⁰⁵.

İş sahibi, asıl yüklenici ve alt yüklenici olmak üzere üç köşeli bir ilişkinin oluştuğu²⁰⁶ ve iş sahibi ile alt yüklenicinin²⁰⁷ arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı bir hukuki durumdur²⁰⁸. Kural olarak alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine karşı başvurabileceği bir hukuki yol nispilik ilkesi gereği söz konusu değildir²⁰⁹. İş sahibinin de alt yükleniciden işin yapılmasını talep etme imkânı bulunmamaktadır²¹⁰. Esasen burada asıl yüklenici, alt yüklenici için iş sahibi

sıra bu çapta büyük maliyetli işlerin gerektirdiği rizikonun tek bir kişi tarafından üstlenilmesi yerine riskin bölüşülmesi ihtiyacı doğmuştur. Bu ihtiyaca yönelik ortaya çıkan bir kurum olarak, yüklenicilerin bir araya geldiği konsorsiyum kavramı oraya çıkmıştır.

²⁰⁴ Türk Hukukunda, borçlarının ifasını devreden ile borçların ifasını devralan üçüncü kişi arasında, devreden için “asıl” sıfatı, devralan üçüncü kişi için ise alt sıfatı kullanılarak terminolojik ayrım yapılır. Can, **a.g.m.**, s.54.

²⁰⁵ Akkanat, **a.g.m.**, s.10. Buna karşın, asıl yüklenicinin en azından bir kısmını dahi olsa kendisinin yapması gerektiğini, tamamını devretmesi halinde inancılı vekalet sözleşmesi sayılacağı yönündeki görüş için bkz. Seliçi, **a.g.e.**, (İnşaat) s.17. Aksi yönde ise, sözleşmeyi nitelendirilmesinde esas olan şeyin, sözleşme kapsamında bizzat üstlenilen edim olduğu ve bu doğrultuda eser sözleşmesi sayılacağı yönündeki görüş için Seliçi, **a.g.e.**, (İnşaat), s. 17.

²⁰⁶ Akkanat, Taşeronluk Sözleşmesi, s. 3

²⁰⁷ Alt işveren teriminin de alt yüklenici olarak kabul edileceği değerlendirilmesi için bkz. Şentürk, **a.g.e.**, 67. Nuri Çelik/Nurşen Canikoğlu/Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul, Beta Yayınları, 36.Baskı, 2023, s.53; Talat Canbolat, Alt İşveren Kavramı Ve Uygulama Sorunları”, **İş Hukuku Ve İktisat Dergisi**, 1997, s.14 “taşeron” kavramı için bkz. Akkanat, **a.g.e.**, s.8; Eren, **a.g.e.**, (İnşaat), s.65. İkame edilen şahıs” terimi için bkz. Ahmet Kılıçoğlu, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Ve Ya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c.32, s.1-4. 1975, s.194. Alt yüklenici-alt işveren ayrımında, her alt yüklenicinin aynı zamanda alt işveren olmadığı yönünde açıklamalar için ayrıca bkz. Kaçaran, **a.g.m.**, s.1377.

²⁰⁸ İş sahibi ve alt yüklenici karşısında üst yüklenicinin hukuki durumuna ilişkin detaylı açıklama için, bkz. Akkanat, **Taşeronluk Sözleşmesi**, s. 11 vd.; Öz, **a.g.e.**, (İnşaat Sözleşmesi), s. 46 vd.; Eren, **a.g.e.**, (Özel Hükümler), s. 604 vd.; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 84 vd. Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 347 vd.

²⁰⁹ Akipek-Öcal, **a.g.m.**, s.36. burada iş sahibi asıl yüklenici ile birlikte, alt yükleniciye karşı müteselsil borçlu veya kefil olma, garanti taahhüdü gibi üçüncü kişi yararına sözleşme hallerinde sözleşmesel ilişki kurulabilir. Detaylı bilgi için bakınız. Eren, **Özel Hükümler**, s. 607; Eren, **İnşaat Sözleşmeleri**, s. 66; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 88. Haluk Tandoğan, “Eser sözleşmesinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (İş Ortaklığı)”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 3(3-4), 1986, s. 57-89.

²¹⁰ Oral, **a.g.m.**, 676. Ancak şartların oluşması halinde haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğu doğabileceği yönünde görüşler için bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 85. Eren, **a.g.e.**, s.66.

konumundadır. Bir başka ifadeyle, alt yüklenici bir işi yapma ve teslim etme borcunu, genel yükleniciye karşı ifa edecektir²¹¹. Alt yüklenicinin sözleşme sorumluluğu da sadece kendisinin eser sözleşmesi imzaladığı kişi olan asıl yükleniciye karşıdır.

Türk Borçlar Kanunu’nun nispiyet ilkesi gereğince sözleşmeler ancak tarafları arasında hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak TMK m. 893 kapsamında düzenlenen yapı alacaklısı ipoteği hakkı, nispiyet ilkesinin en büyük istisnası olarak karşımıza çıkar ve iş sahibi ile aralarında sözleşme olmayan alt yükleniciye; sözleşmeden değil kanundan doğan hakkı dolayısıyla iş sahibine, asıl yükleniciden olan alacağını güvence altına almak amacıyla yapı ipoteğinin tescili talebini ileri sürebilme hakkı tanınmıştır. Çünkü, yapı alacaklısı ipoteği, taşınmaz maliki ile yapılan sözleşmeye değil, yapı için gerçekleştirilen edimlere dayanır²¹².

Alt yüklenici, taşınmaz maliki ile eser sözleşmesi ilişkisi içerisinde olan asıl yüklenicinin ifa yardımcısıdır²¹³. Alt yüklenicinin “bağımsız” olup olmadığı hususu yapı ipoteğinin tescilini talep hakkının kapsamına girmesini belirlemektedir. Çünkü alt yüklenici ile diğer çalışanlar arasındaki farkı ortaya koyan kriter, asıl yüklenici ile işi yapan kişiler arasındaki bağımlılık ilişkisidir. Hâkim görüş, alt yüklenicinin bağımsız olduğu ve asıl yüklenicinin gözetim ve denetim yükümlülüğü bulunmadığını ifade etmektedir²¹⁴. Tam aksine, iş sahibinin talimatları doğrultusunda hareket eden ve üzerinde gözetim ve denetim yükümlülüğü olan bir ilişki tipinde ise “diğer çalışan” olarak nitelendirilmesi gerekmektedir²¹⁵.

²¹¹ Kaşak, **a.g.t.**, s. 112. Oral, **a.g.m.**, s. 676.

²¹² Kaçaran, **a.g.m.**, s.1375. Uyumaz, **a.g.m.**, s.236-237.

²¹³ Eren, **a.g.e.**, (İnşaat Sözleşmeleri), s. 65-67. Bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s. 12.

²¹⁴ Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 16. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023/11, s.372 vd.; Cem Baygın, **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret Ve Tabi Olduğu Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınları, 1999 s. 220; Yalçınduran, **a.g.e.**, s.208; Muhammet Erişen, **Alt Müteahhitlik Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.13; Baysal, **a.g.m.**, s.158. Eren, **İnşaat Sözleşmeleri**, 65 - 67. Aynı yönde Tandoğan, **a.g.e.**, s.77. Alt yüklenici ile bağımlı çalışan işçiler arasındaki fark, alt yüklenicinin alanında uzman bir kimse olmasıdır. Aksi yönde, alt yüklenicinin bağlı çalışmasında bir engel oluşturmadığı yönünde görüş için bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 77. Eren, **a.g.e.**, s. 65. Buradaki bağımsızlık ifadesini keyfiyet olarak anlaşılmasını gerektirdiği ve alt yüklenicinin yapmakla yükümlü olduğu iş üzerinde uzmanlığının gerektirdiği özeni göstermek zorunda olduğu yönünde bkz. Kaçaran, **a.g.m.**, s.1376.

²¹⁵ Aynı yönde bkz. Güleş, **a.g.e.**, s.65.

Alt yüklenici, her ne kadar alacağını doğrudan taşınmaz malikine yöneltemese de alacağının teminatı için taşınmaz üzerinde ipotek hakkının tescil edilmesi talebini ileri sürebilir²¹⁶. Burada alt yüklenicinin sözleşme ilişkisi olmayan taşınmaz malikine karşı sözleşmeden değil ancak kanundan doğan bağımsız bir ipotek hakkı yöneltebilme imkânı söz konusudur²¹⁷. Alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkı, asıl yüklenicinin kanuni ipotek hakkından tamamen ayrı ve bağımsızdır²¹⁸.

TBK. m. 471 f.3 gereği, yüklenicinin üstlendiği işi bizzat yapma veya yönetimi altında yaptırma kuralı vardır. Yüklenicinin işin yapımında kişisel özellikleri önem taşıması halinde işi başkasına yaptırabilmesi istisna olarak düzenlenmiştir. Alt yüklenicilik bu istisna kapsamında ortaya çıkar.

Alt yüklenicilikteki hiyerarşik ilişkinin mevzuattan, sözleşmeden veya işin niteliğinden kaynaklanan bir engel olmaması halinde, zincirleme şekilde katmanlı olması da mümkündür²¹⁹. Uygulamada her ne kadar taşınmaz maliki ile genel yüklenici arasında hazırlanan sözleşmelerde, işin alt yükleniciye devredilmesi hususunu yasaklayan koşullar eklenmekte ise de yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının bu şekilde ortadan kaldırılması mümkün değildir²²⁰. Alt yükleniciye devir yasağının yanı sıra, iş sahibi, yüklenicinin belirli bir alt yüklenici ile çalışmasını da yasaklamış olabilir. Bu halde de alt yüklenicinin ipotek hakkının olmayacağı ancak bu sebeple doğan zararının asıl yükleniciden karşılayabilecektir²²¹. Ancak, alt

²¹⁶ Oral, **a.g.e.**, s.677.

²¹⁷ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.38-39. Bıçakçı, **a.g.m.**, s.541; Oral, **a.g.m.**, s.677.

²¹⁸ Sirmen, **a.g.e.**, s. 628.

²¹⁹ TBK. m 471, f.3. Ancak, yüklenicinin hizmet sözleşmesi ile çalıştırdığı, inşaat işinin fayans, kapı pencere gibi çeşitli kısımlarında uzmanlaşmış maaşlı ustalar ve yapacağı inşaat için yükleniciye malzeme ve araç-gereç satan kişiler alt yüklenici olarak kabul edilemez. Gönen, **a.g.e.**, s.38, Öz, **a.g.e.**, (İnşaat Sözleşmesi), s. 46; Kaplan, **a.g.e.**, (İnşaat Sözleşmeleri), s. 64. Alt yüklenicilerin, asıl yüklenicinin inşaat sürecinde çalıştığı işçiler, malzeme temin edenler gibi farklı nitelikteki kişilerden ayırt edilmesine yönelik detaylı açıklama için, bkz. Akkanat, **a.g.e.**, s. 8 vd.; Yalçınduran, **a.g.e.**, s. 50 vd.; Öz, **a.g.e.**, (İnşaat Sözleşmeleri), s. 46; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 77 vd.; Tandoğan, **a.g.m.**, s. 63 vd.; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 64.

²²⁰ Oral, **a.g.m.**, s.677. Bu yönde İsviçre federal mahkemesi kararı için; Baysal, **a.g.m.**, 158, Dn.44, BGE 72 II 347, 350. Aynı Yönde, Eren, **İnşaat Sözleşmeleri**, s. 67; Delipinar, **a.g.m.**, s.161; Kaçaran, **a.g.m.**, s.1376. Aksi görüşte asıl yüklenicinin işin tamamını ya da bir kısmını alt yükleniciye devre yetkili olması gerektiği ve aksi halde borcu şahsen ifa etmekle yükümlü olduğu halde gerçekleştirilen devirde ifayı tam ve gereği gibi yapmamış olacağı ve bu halde TBK. M .112'ye göre ya da BK m.100 gereğince sorumluluğuna başvurulabileceği görüşüne göre bkz. Eren, **İnşaat Sözleşmeleri**, 68; Güleş, **a.g.e.**, s. 67.

²²¹ Güleş, **a.g.e.**, s. 68

yüklenicinin asıl yükleniciden olan alacak hakkını güvence altına alma gayesi taşıyan ipotek hakkından faydalanmaması sebebiyle ortaya çıkan zararın asıl yükleniciden tahsil edilebilme fikrinin pratikte sonuç doğurmasının zor olduğu hesaba katılmalıdır.

Asıl yüklenicinin, alt yüklenici ile çalışma yetkisinin mevcut olması halinde, iş sahibinin bu sözleşmeden haberdar olup olmamasının hukuki bir sonucu yoktur. İş sahibinin, alt yüklenici çalıştırma yetkisi vermediği asıl yüklenicinin, bu yetkisizlik kapsamında çalıştığı alt yüklenicilerin ipotek hakkı olup olmadığı konusunda öğretide farklı görüşler olsa da hâkim görüş, taşınmaz malikinin bir bilgisi olup olmamasının, alt yüklenicinin ipotek hakkının varlığını etkilemediği yönündedir²²². Nitekim benzer şekilde, alt yüklenicinin de iş sahibine karşı bir ihbar yükümlülüğü bulunmamaktadır. Burada yetkisiz devrin oluşması halinde, iş sahibine alt yüklenicinin yapı işinde çalışmasının ilgili koşula dayanarak engellenmesi önerilmektedir²²³.

Doktrinde alt yüklenicinin ipotek hakkından yararlanabilmesi için kabul edilen şartlardan biri de asıl sözleşmede kararlaştırılan işe uygun ve bu sözleşme kapsamında bir yapı faaliyeti olması gerektiğidir. İş sahibi ile asıl yüklenicinin anlaşmış olduğu faaliyet ile hiçbir ilgisi olmayan bir işin bu kapsamda korunmayacağı kabul edilmektedir²²⁴.

3. Zanaatkarlar

TMK. m 893/I-3'e göre, kanuni ipoteğin tescilini talep etme hakkına sahip kişiler kapsamında sayılan gruptan biri de zanaatkarlardır. Eski kanundaki "işçi" terimi çıkartılarak, onun yerine "zanaatkar" terimi eklenmiştir²²⁵. Zanaatçı veya zanaatkar,

²²² Sirmen, **a.g.e.**, s.628; İslamoğlu, s. 26; Kaçaran, **a.g.m.**, s.1375-1376; Göka, **a.g.m.**, s.462; Baysal, **a.g.m.**, s. 158; Akkanat, **a.g.e.**, 284; Güleş, **a.g.e.**, s. 68.

²²³ Kurt, **a.g.m.**, s.217-218. Yazar, ancak iş sahibinin bilgisi dışında bir şekilde çalışan alt yüklenicinin de bu hakkı kısıtlanarak mağdur edilmemesi gerektiği ifade etmektedir.

²²⁴ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.38. İş sahibi ile asıl yüklenicinin sadece ev içi tadilat anlaşması mevcut iken, bahçe düzenlemesine ilişkin bir faaliyet örnek olarak değerlendirilebilir.

²²⁵ TMK m 893 f.1 gerekçesinde; "*burada kanuni ipotek hakkına sahip olmaları medeni kanunca kabul edilen kimseler sadece zanaatkar, yani usta, kalfa ve taşeron gibi taşınmaz malikine veya yükleniciye (müteahhide) bir yapıt sözleşmesi (istisna akdi) ile az çok sürekli bir biçimde hiç değilse kendi paylarına düşen yapı kısmının bitimine değin, sözleşmeye bağlı olarak kalan zanaatkar olup, bunların yanında veya yapı malikinin emrinde, belirli bir yapı kısmıyla ilgili olmaksızın ve bir taahhahüdü bulunmaksızın, sadece hamal ve rençber gibi çalışan ırgat ve işçiler değildir. ... esasen almanca metnindeki (handwerker) ve fransızca metnindeki (artisan) ve italyanca metnindeki (artigiani) kelimeleri, bildiğimiz ırgat ve*

bir zanaatı meslek edinen ve emekçi; zanaat ise insanların maddeye dayanan gereksinimleri karşılamak için yapılan, öğrenimle birlikte deneyim, beceri ve ustalık gerektiren iş olarak tanımlanmaktadır²²⁶.

5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nu²²⁷ m.3'te "ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan" şeklindeki tanım da "zanaatkar" olarak anılan meslek grubunu kast etmektedir²²⁸.

Zanaatkarların yaptıkları faaliyet, genel yüklenicilerin aksine madde işleme ve el becerisi ağırlıktadır. Bir yapının bütünü yerine, elektrik, su ve ısıtma tesisatı gibi uzmanlık ve el becerisi gerektiren ince işleri yapan kişiler zanaatkar olarak kabul edilir²²⁹. Ustalaştıkları sanat ve meslek alanında bilgi, görgü ve uzmanlığını yansıtan, bağımsız ve küçük sanat sahipleridir²³⁰.

Eser sözleşmesi²³¹ kapsamında faaliyet göstermiş olmaları nedeniyle, alacaklarını ancak kendi edimlerini ifa ettikten sonra talep edebilmektedirler. Bu durum da haliyle emekleri ve malzemelerini kullandırmaları karşılığında kredi açmış olmaları sonucunu doğurmaktadır. Kanun koyucu bu şekilde çalışan zanaatkarların ortaya çıkardıkları değer nedeniyle doğan alacaklarını elde edememelerinin önüne

işçiyi değil, türkçede (zanaatkar) denilen sanat erbabını ifade etmektedir." Bkz. Türk Medeni Kanununu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, s.585

vd Eski kanun döneminde de işçi kelimesinden anlaşılması gerekenlerin hizmet sözleşmesi kapsamında değil bağımsız çalışan kimseler olduğu yönünde öğretice görüş birliği olduğu yönünde bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.1054; Ayan, **a.g.e.**, s. 267; Altay/Eskiocak, **a.g.e.**, s.282., Akipek, **a.g.e.**, s.240-241. Aynı yönde, işçilerin neden yapı alacaklısı ipoteği kapsamında korunmaması gerektiği yönündeki detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**,N. 3487. Aynı görüş için bkz. Sümer, **a.g.m.**, s.6 03-604; Akkanat, **a.g.e.**, s. 283; Bıçakçı, **a.g.m.**, s.539-540; Ayan, **a.g.e.**, s..267 vd.; Altay/Eskiocak, **a.g.e.**, s.284; Baygın, **a.g.e.**, s..220.

²²⁶ Türk Dil Kurumu Sözlükleri "zanaat" (çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/> , ET: 01.02.2024

²²⁷ RG. T:21.06.2005, S:258522

²²⁸ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s.360; Delipınar, **a.g.e.**, s..157.

²²⁹ Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s. 310; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.797; Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s.83.

²³⁰ Kalın, **a.g.t.**, s.15.

²³¹ Aksi görüşte, kanun koyucunun temel aldığı unsurun emek ve ya malzeme verme olması gerektiği, bu sonucun eser sözleşmesi dışında da sağlanabildiği başka hukuki ilişkilerden doğabilecek yapı alacaklarının da kanuni ipotek hakkı ile güvence altına alınması gerektiği yönünde bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.30. Madde gerekçesinde yapı alacaklısı ipoteği hakkına sahip kişilerin eser sözleşmesi kapsamında çalışması gerektiği ifade edilmekte ise de vekaletsiz iş görmeyle çalışan kimselerin de ipotek hakkı olduğu yönünde bkz. Güleş, **a.g.e.**, s.76. Benzer şekilde eser sözleşmesinin mutlak bir şart olmadığı yönünde bkz. Uyumaz, **a.g.e.**, s. 238. Ancak aksi görüşte bkz. Baysal, **a.g.m.**, s. 165.

geçmektedir²³². Zanaatkarların, doğrudan taşınmaz maliki ile sözleşme ilişkisi kurmuş olmaları aranmaz. Asıl yükleniciye veya alt yükleniciye karşı bir yapı faaliyetini eser sözleşmesi kapsamında²³³ üstlenen ve edimini ifa eden zanaatkarlar da yapı alacaklısı olarak kabul edilmektedir²³⁴. Zanaatkârların yapı alacaklısı ipoteği hakkı, asıl yüklenicinin ve alt yüklenicinin ipotek hakkından ayrı ve bağımsızdır²³⁵. Asıl yüklenici veya alt yüklenicinin yapı alacakları için aynı taşınmaza ipotek tesis etmiş olmaları zanaatkarın ayrı olarak ipotek hakkını ileri sürmesinin önünde bir engel teşkil etmez. İpotek hakkına sahip olduğu kabul edilen zanaatkarların malikten ve yükleniciden alacaklı olan zanaatkarla sınırlı olmadığı ve alt yükleniciden alacaklı olan zanaatkârların da ipotek hakkı kapsamında dahil olduğu kabul edilir²³⁶.

4. Diğer Kişiler

a. Vekaletsiz İş Görenler

Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının kaynaklandığı hukuki ilişkinin eser sözleşmesine dayanmasının gerekip gerekmediği konusundaki tartışmaya yukarıda yer verilmişti²³⁷. Uygulamada ağırlıklı olarak da yapı faaliyetleri esas itibariyle eser sözleşmesi çerçevesinde gerçekleşmektedir. Burada tartışma yaratan konu vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilen yapı faaliyetinden kaynaklanan alacakların bu kapsamda değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı hususudur. Hâkim görüş, vekaletsiz iş görme çerçevesinde yapılan faaliyetlerin de kapsama alınması gerektiği yönündedir²³⁸. Ancak burada vekaletsiz iş görme türlerinin ayrı ayrı

²³² Bıçakçı, **a.g.m.**, s. 540.

²³³ Yükleniciye hizmet sözleşmesi kapsamında bağlı çalışan zanaatkarlar yapı alacaklısı olarak kabul edilmez.

²³⁴ Yapıda özellikle mimari açıdan özel değeri olan mimari işlerin yerine getirilmesi yapıda gerçek vekaletsiz iş görme hükümlerine tabi olacak şekilde hükmün korunması kapsamında olması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Çetiner, **a.g.e.**, s. 252.

²³⁵ Akkanat, **a.g.e.**, s. 284; Sümer, **a.g.m.**, s. 605-606; Baysal, **a.g.m** s. 158, Kaçaran, **a.g.m** s.1375.

²³⁶ Ayrıca bkz. Can, **a.g.m.**, s.55.

²³⁷ bkz. İkinci Bölüm, II/A. 2

²³⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 30, 39, 40. Akipek/Öcal, **a.g.e.**, s. 36; Duman, **a.g.e.**, s. 190; Uyumaz, **a.g.m.**, s. 239, Wieland, **a.g.e.**, s. 677, Güleş, **a.g.e.**, s. 77 Aksi yönde bkz. Kurt, **a.g.m.**, s.223.

incelenmesi şarttır²³⁹. Vekaletsiz iş görmeyi ortaya çıkaran esas unsur, işin yapılmasının iş sahibi açısından zorunluluğu meselesidir²⁴⁰.

Yapı ipoteğinin yasal koşullarının oluşabilmesi için alacağın malik tarafından kabul edilmesi veya alacağın ilama bağlanmış olması gerekmektedir. Vekaletsiz iş görme mahiyeti gereği malikin bilgisi dışında gerçekleşmektedir. Ancak, yapılan işin “yapılması zorunlu ve malikin yararına olması” halinde (gerçek vekaletsiz iş görme), iş sahibi kabul etmese dahi mahkeme alacağın varlığına kanaat getirir ise yapı alacaklısı ipoteğinin tescili için aranan hukuki sebep şartı gerçekleşeceği kabul edilir.

Vekaletsiz iş görmenin caiz olup olmadığı meselesinin yapılan işin sonradan malik tarafından onaylanması halinde hukuki açıdan bir önemi kalmayacaktır. TMK m. 531 uyarınca, caiz olmayan vekaletsiz iş görme, sonradan rıza şartının gerçekleşmesiyle beraber vekalet sözleşmesine dönüşür. Bu halde, vekalet sözleşmesinden doğan bir alacağın yapı alacaklısı ipoteği ortaya çıkar.

b. Haksız Yapıda Yapı Faaliyetinde Bulunanlar

Yapı faaliyeti kapsamında bir kimseye ait bir malzemenin başkasına ait bir arazide kullanımı, gerçekleştiren kimsenin sıfatından bağımsız (malik veya üçüncü kişi) geçerli bir hukuki ilişkiye bağlı olması halinde, söz konusu uyumsuzluk doğduğu hukuki ilişkiye ait hükümlere tabi olur. Ancak, malikin yapı faaliyetinin gerçekleşmesi yönünde hukuki ilişki kurmaya yönelik bir iradesi olmamasına rağmen bir kimsenin malzemesini başkasına ait bir arazide kullanması halinde “haksız yapı” meydana gelir²⁴¹. Bu durumda yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının bu tarz yapılarda uygulanıp uygulanamayacağı hususu incelenmesi gereken bir meseledir.

²³⁹ Vekaletsiz iş görmeye ilişkin çeşitli ayrımlar vardır. Bunlarda biri gerçek vekaletsiz iş görme ile gerçek olmayan vekaletsiz iş görmedir. İş sahibinin yararına ve işi yapan kişinin başkası yararına iş yapma gayesinin olması durum gerçek vekaletsiz iş görme olarak tanımlanır. İş görenin kendi yararına fayda sağlamak gayesi neticesinde başkası üzerinde fayda oluşması durumunda ise gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden bahsedilir. Gerçek vekaletsiz iş görme de kendi içerisinde caiz ve caiz olmayan şeklinde ikiye ayrılır.

²⁴⁰ Eren, **Özel Hükümler.**, s. 834.

²⁴¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 1757; Sirmen, **a.g.e.**, s. 376; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 316; Ayiter, **a.g.e.**, s. 121 vd.

Bir görüş, yapı faaliyetinin gerçekleştiği arazide meydana gelen yapının haksız yapı niteliğinde olması halinde inşaat işinde çalışan yüklenici ve zanaatkarların ipotek talep hakkı olmayacağını ifade eder²⁴². İkinci görüş, haksız yapının meydana gelme şekline göre ayırım yapmaktadır. Birinci ihtimal, haksız yapının arazi malikinin başkasına ait malzemeyi kullanması neticesinde ortaya çıkmasıdır. Bu halde malzeme malikinin seçimlik hakları vardır. (TMK m. 722). Malzemenin sökülüp geri verilmesi, tazminat ve arazinin mülkiyetinin verilmesi taleplerinden sökme hakkı ve tazminat talebinin kullanılması halinde inşaatçı çalışan yapı alacaklılarına ipotek hakkı tanınmalıdır. Çünkü burada taşınmaz malikinin yönlendirmesi mevcuttur. Malzeme malikinin sıfatı, yapı alacaklıları ile taşınmaz maliki arasındaki ilişkiyi etkilememektedir²⁴³.

İkinci ihtimal, yapı faaliyetinde bulunan kimse ile malzeme sahibi aynı kişi olabilir. Bu durumda, taşınmaz maliki malzemenin söküp kaldırılmasını²⁴⁴ veya tazminat ödenmesini²⁴⁵ talep edebilecektir. (TMK m. 722-723)

5. İpoteğin Tescilini Talep Hakkı Olmayanlar

a. Mimarlar Ve Mühendisler

Mimar ve mühendislerin yapı ipoteğini tescilini talep hakkı olup olmadığı hususu öğretide tartışılmıştır. Yapı alacaklısı ipoteğinin kapsamı belirlenirken temel kriter, fiziki bir iş görme neticesinde oluşan maddi sonuçtur. Bu nedenle hâkim görüşe

²⁴² Tekinay, **Eşya Hukuku**, II/3, s. 86. Ancak yazar, taşınmaz malikinin sonradan yapıya onay vermesi halinde ipotek talebinin ileri sürülebileceğini kabul eder. Üçüncü şahıs tarafından yapılan inşaatçı çalışan kimselerin malikin rızasını bulunup bulunmayacağını araştırma külfetlerinin olduğu aksi halde riski üstlenmeleri gerektiği fikri için bkz. Reisoglu, **a.g.e.**, s.45.

²⁴³ Güleş, **a.g.e.**, s. 92. Ancak yazar, yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının hukuki niteliğinin şahsi bir talep olarak kabul etmesinin bir sonucu olarak malzeme malikinin arazinin mülkiyetinin kendi üzerine geçirilmesi talebinin sonucunda, yapı alacaklılarının taleplerini ileri süremeyeceklerini kabul etmektedir.

²⁴⁴ Söküp kaldırma talebinin kullanılması halinde yapı alacaklısı ipoteği hakkının olmayacağı yönünde bkz. Güleş, **a.g.e.**, s.92.

²⁴⁵ Tazminat talebi halinde yapı alacaklılarının ipotek hakkının olacağı ve bu durumun malikin yapıyı “kabullenmiş” olmasının bir sonucu olduğu yönünde görüş için bkz. Güleş, **a.g.e.**, s.92. Yapı işleri yetkisiz bir kişi tarafından yapılsa bile yapı alacaklısının alacağını kanuni ipotek ile teminat altına alabileceği yönünde İsviçre Federal Mahkemesi kararının gerekçesinin TMK. 723 kapsamındaki tazminat yükümlülüğü olduğu yönünde bkz. Çabri, **a.g.m.**, s. 382 dn. 10 (BGE 95 II 221).

göre, fikri iş görme faaliyeti ipoteğin kapsamı belirlenirken dahil edilmediği için, mimar ve mühendislerin proje ve çizim faaliyetlerinden kaynaklanan alacakları ipotek koruması kapsamında kabul edilmemektedir.²⁴⁶ Çünkü fikri ürün, yapının bütünsel bir parçasına dönüşmez²⁴⁷. Amerikan ve Fransız hukukunda ise, mimar ve mühendislerin hazırladıkları plan ve projeler, binanın inşa edilmesi şartının gerçekleşmesi halinde yapı alacağı kapsamında kabul edilmektedir²⁴⁸. Türk-İsviçre hukukunda hâkim görüş ve Federal Mahkemenin yerleşik kararları yapı işinde fikri emek harcayanların yapı ipoteği talep hakkının bulunmadığı yönündedir²⁴⁹.

Bu görüşün nedenlerinden biri, fikri iş görmenin ipotek alacaklısı sıfatının kapsamına dahil edilmesinin, uygulamasını önemli ölçüde genişleterek taşınmaz maliki ve taşınmaz üzerinde aynı hak sahibi kişiler tarafından aşırı yük altına girmesi riskini ortaya çıkaracağı düşüncesidir²⁵⁰. Kanun koyucu, bu rizikonun taşınmaz maliki ve taşınmaz üzerinde aynı hak sahibi kişiler açısından öngörülebilirlik kriterini aşar nitelikte olduğu ve ortaya çıkan belirsizliğin ipoteğin niteliği ve amacı ile örtüşmeyeceği düşüncesindedir²⁵¹. Halbuki, yapı alacaklısı ipoteğinin kapsamı

²⁴⁶ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 1054; Güleş, **a.g.e.**, s.113; Uyumaz, **a.g.e.**, s.239; Ayan, **a.g.e.**, s. 68; Oral, **a.g.m.**, s.683; Davran, **a.g.e.**, s.58; Akın, **a.g.m.**, s.753; Sümer, **a.g.m.**, s.606; Kaçaran, **a.g.m.**, s.1371; Süral, **a.g.m.**, s.694; Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s.99; Proje hazırlayan mimarların yapılan işin bedensel değil fikri emek olduğunu, “inşaatin bir entelektüeli” olarak mimarın binayı fiziksel olarak şekillendirmediği kabul ile mimarlık alacaklarının koruma kapsamına alınmayacağı yönünde federal mahkeme kararları için bkz. Kaşak, **a.g.t.**, s. 122 dn. 527; BGE 119 II 426 BGE 65 II 1. Kararda ayrıca belirleyici kriterin sözleşmenin türü değil, yapılan işin türü olduğu ve yalnızca inşaatta somutlaşan hizmetlerin dikkate alındığı ifade edildiği yönünde bkz. Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s..99.

²⁴⁷ Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s. 99; Kaçaran, **a.g.e.**, s. 1371.

²⁴⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 56.

²⁴⁹ Süral, **a.g.m.**, s.694; Duman, **a.g.e.**, s.191; Uyumaz, **a.g.e.**, s.239; Akın, 753; Bıçakçı, **a.g.m.**, s.541; Wieland **a.g.e.**, s. 677; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. S. 586; Davran, **a.g.e.**, s. 58; Oral, **a.g.m.**, s. 683; Güleş **a.g.e.**, s. 113. (BGE 65 II 1; BGE 119 II 426; BGE 131 III 303.)

²⁵⁰ Kocabaş, **a.g.m.**, s. 89 vd.

²⁵¹ Fikri iş görme faaliyeti kapsamının geniş yorumlanması halinde bu kapsama harita planlayıcıları, avukatlar, yer bilimciler, bankalar vb grupların da hak iddiası sonucunu doğuracağı yönünde benzer görüş için ayrıca bakınız: Kocabaş **a.g.m.** s.89. Ancak, İsviçre hukukunun aksine, Alman hukukunda fikri iş görme faaliyetinin yeni tarihli kararlarda ipotek kapsamında kabul edildiği yönünde ayrıca bkz. **A.m.**, s.89. İnşaatin yapılması sırasında kredi veren bankaların emek sarf etme unsurunun bulunmaması sebebiyle yapı alacaklısı ipoteğinin konusu olmayacağı değerlendirmesi için ayrıca bkz: Kaçaran **a.g.m.**, s.1373. Sektör içinde kredi sağlayan kişi sıfatının güven kurumu olan Banka olduğu ve bankaların ipotek alacaklısı olarak kabul edilmemesinin en önemli gerekçesinin maddi açıdan korunma gereksinimlerinin bulunmaması olduğu yönünde bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.43. Aynı yönde bakınız Baysal, **a.g.m.**, s.161; Akkanat, **a.g.e.**, s. 248; Sümer, **a.g.m.**, s.606; Ali Karahacıoğlu/Haydar Doğrusöz/M.Edip Altın, **Türk Hukukunda Rehin**, Üçbilek Matbaası, Ankara, 1996, s.166; İslamoğlu, **a.g.t.**, s.23. Basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü çerçevesinde yeterli teminatı sağlamadan alacağını riske atan bankaların bu çerçevede korunma hakkının olmadığı yönünde bkz: Kaçaran, **a.g.e.**,

belirlenirken inşaat sektöründeki ihtiyaçlar ve teknik gelişmelerin göz önünde tutulması gerekmektedir. İpoteğin kapsamının salt “bütünleyici parça kuralı” çerçevesinde sınırlı tutulması birçok yapı inşa faaliyetinin korunmaması sonucunu ortaya çıkarır ki bu da kanun koyucunun öngördüğü amaca uymaz²⁵². Kanaatimizce, tüm bu nedenlerle, ipotek kapsamı belirlenirken artı değer ve fiziki etki ölçütlerinin geniş yorumlanması gerekmektedir. Her ne kadar bir yapı inşa faaliyeti doğrudan artı değer veya fiziki etki ölçütü kriterlerini sağlamasa dahi, bu faaliyetleri destekleyici nitelikte olması kriteri yeterli sayılmalıdır. Bu yorumlama faaliyeti kanımızca da TMK m.893/1 b.3’un ruhuna daha uygundur²⁵³. Mimar ve mühendisler salt proje faaliyetinde bulunmayıp bina yapım işini üstlenmeleri halinde ise yüklenici sıfatı kazanarak ipotek hakkına sahip olur²⁵⁴. Buna benzer bir diğer durum olan projenin uygulanma sürecini denetleyen mimarların da koruma kapsamına alınacağı kabul edilmektedir²⁵⁵.

Bir yapının projesini çizen ve plan yapan mimar veya mühendisler genelde vekalet²⁵⁶ veya hizmet²⁵⁷ sözleşmesi ile çalışmaktadırlar. Yargıtay eski tarihli bir

s.1373. Ancak kredi temin etme sürecinde bankaların ihtiyaç duydukları teminatı zaten sağlayabiliyor olmaları, yapı ipoteği dışında başka ipotek türlerinin uygulamada yerleşik olması sebebiyle bizim de katıldığımız görüşe göre koruma kapsamına alınmamasının isabetli olduğunu ifade ettiği görüş için bkz. Güleş, **a.g.e.**, s.114. Yazar ayrıca, yapı ipoteği tesisinde ekonomik koruma ihtiyacının tek kriter olarak alınamayacağı, sektöre bakıldığında yüklenici firmaların taşınmaz maliklerinden ekonomik olarak daha güçlü olduğunu ifade etmektedir.

²⁵² Mimarın faaliyeti, zanaatkarlar ve müteahhitler tarafından sağlanan hizmetlerde olduğu gibi, inşaatın ayrılmaz bir parçası olan iş biçimini almadığı ve işveren karşısındaki sosyal konumu nedeniyle de ayrıca mimarın yasal korumaya ihtiyacı olmadığı yönünde İsviçre Federal Mahkemesi kararı ve değerlendirme için bkz. Kaşak, **a.g.t.**, s. 122 dn. 527. BGE 119 II 426 F. 428. (çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3a%2f%2f119-ii-426%3ade&lang=de&type=show_document, ET: 03.05.2023

²⁵³ Bu doğrultuda, yıkım, yapı iskelesi kurulması, tahkimat işleri veya buna benzer faaliyetlerin Türk hukukunda da kapsamda kabul edilebilir.

²⁵⁴ Uyumaz, **a.g.m.**, s. 239; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 42; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 586.

²⁵⁵ Burada yapının inşa sürecine katılım sağlandığı yönündeki değerlendirme için bakınız: Tekinay, **a.g.e.**, s. 87; Saymen/Erbil, **a.g.e.**, s. 586; Kaçaran **a.g.m.**, s. 1379. Projenin uygulanma safhasının kontrol edilmesinden ne anlaşılması gerektiği hususu da kanaatimizce açıklamaya muhtaçtır. Teknik uygulama sorumluluğu kavramı olarak ifade edilen hizmet bünyesinde yapı denetim firmaları, şantiye şefliği olarak da faaliyetlerini de barındırmaktadır.

²⁵⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s.1989.

²⁵⁷ Belirli veya belirsiz süreli olarak mimari proje düzenleme sözleşmesi ile bağlı çalışan işçi-mimar ile işveren arasındaki hukuki ilişkinin hizmet sözleşmesi olduğu yönünde ayrıca bkz: Göktürk Uyan, **İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği**, İstanbul, Beta Yayınları, 2006, s.45.) Aynı görüşte; Yavuz, **a.g.e.**, s.988.

kararında²⁵⁸, bir bina inşaatının hem proje çizimini hem de projenin uygulama safhasında denetim edimini barındıran sözleşmenin eser ve hizmet sözleşmelerinin bir arada bulunduğu karma tipli bir akit niteliğinde olduğu ve bu kapsamda mimari proje sözleşmesinin eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir²⁵⁹.

Mimar ve mühendislerin üstlendikleri edimin hizmet olması ve doğrudan iş sahibine bir kredi sağlamıyor olması da ipotek hakkını kabul etmeyen yazarların gerekçelerinden biridir. Kanun koyucunun koruduğu menfaatin kredi sağlanması ve risk üstlenmesi karşısında zayıf konumun dengelenmesi olduğu bir gerçektir. Bu sebeple kredi sağlanması şartı, söz konusu yapı alacağında meydana gelen emeğin koruma kapsamına dahil edilmesi tartışmasının odağını oluşturmaktadır. Tüm bu gerekçeler nedeniyle hâkim görüş mimar ve mühendislerin, belirtilen istisnalar dışında madde kapsamına dahil edilmemesi gerektiği yönünde oluşmuştur²⁶⁰. Ancak genel görüşün aksine, kanaatimizce bu gerekçe kanun koyucunun ipotek hakkı tanımakta özgülediği amaç ile uyumlu değildir²⁶¹. Nitekim Alman hukukunda, 1.1.2018 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik neticesinde de malik ile sözleşme akdeden mimar ve mühendisler ipotek hakkı tanınmıştır²⁶².

b. Yapı İşine Sadece Malzeme Temin Edenler

Yapı alacaklısı ipoteğinin kapsamı belirlenirken karşımıza çıkan bir diğer konu bina yapım sürecinin en temel ihtiyaçlarından biri olan malzeme teminidir. TMK. m. 893/3 düzenlemesinde “malzeme vererek veya vermeden emek sarf etmiş olmak”

²⁵⁸ Y. 10 HD. T.22.11.1976, E.1975/4776, K.1976/1102.

²⁵⁹ Bu karar ile de anlaşıldığı üzere mimar ve mühendislerin koruma kapsamına alınmamasının tek sebebi mimari proje sözleşmesinin eser sözleşmesi kabul edilmemesi değildir. Eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğine yönelik mahkeme kararında da mimari proje hizmeti kanuni ipotek kapsamında kabul edilmemiştir.

²⁶⁰ Akipek, **a.g.e.**, s.240. Kaçaran, **a.g.m.**, s. 1371.

²⁶¹ Benzer görüşte mimar ve mühendisler tarafından hazırlanan plan ve projelerin inşaat nedeniyle oluşan değer fazlasında rol oynaması nedeniyle kapsam dışında tutulmaması gerektiği yönünde bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.55. Aynı yönde, yapı ile sıkı bağlantısı bulunması nedeniyle mimarın yaptığı projenin ipotek kapsamı içinde olduğu yönünde bkz. Çetiner, **a.g.e.**, s.254. Mimarların projenin uygulamasını kontrol etmeleri halinde kanuni ipotek hakkından yararlanmaları gerektiği yönünde bkz. Tekinay, **Sınırlı Ayni Haklar**, s.87.

²⁶² Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s.100. Kocabaş **a.g.m.**, s.90.

şeklinde açıkça “emek” unsuruna asli unsur olarak yer verilmiştir²⁶³. Hâkim görüşe göre²⁶⁴, emek ve malzeme ya da sadece emek harcanması kriterini sağlamaması nedeniyle sadece kum, taş, çimento gibi salt malzeme satımlarından doğan alacak hakkı bu kapsamda değerlendirilemeyecektir²⁶⁵. Çünkü yapı işine yalnızca malzeme temini sağlayan kimseler, faaliyetlerini satım sözleşmesi kapsamında gerçekleştirirler. Sözleşmenin mahiyeti gereği alacaklarını talep etme hakları mevcut olup malike kredi sağlamak zorunda kalmaz ve mülkiyeti saklı tutmak kaydıyla satış yapabilirler²⁶⁶. Ancak, tek başına düşünüldüğünde yapı alacaklısı ipoteğine esas teşkil etmeyen malzeme ve işlere (satış sözleşmesi kapsamında malzeme verilmesi, binanın yıkılması vb.) alacaklar ipotek tesis edilirken, eser sözleşmesinden doğan alacaklardan ayrıştırılmasına gerek olmayıp alacak bütünsel değerlendirilecektir²⁶⁷. Bir başka deyişle, yapı işine verilen malzeme ve emek aynı kışide birleşmiş ise hak sahibi tüm alacağı için ipotek hakkına sahip olduğu kabul edilir²⁶⁸.

²⁶³ Baysal, **a.g.m.**, s.156. .

²⁶⁴ REİSOĞLU hâkim görüşten ayrılarak, satış sözleşmesi temin edenlerin de koruma kapsamında tutulması gerektiğini savunmaktadır. Kurumun temel amacının, emek ve sermayeden ve ya emeğinden kaynaklanarak ortaya çıkan değer fazlasını, bu değer fazlasını meydana getirenlere özgülenmesi olması nedeniyle hangi sözleşmeye istinaden çalıştıkları önem arz etmeksizin (hizmet ve satış sözleşmesi) fiilen kredi vermiş olanları da korumak olduğu düşüncesindedir. Malzemenin inşaata özgülenmiş ve kıymetin artmasında birinci derece rol oynadığı düşüncesindedir. Söz konusu sınırlandırmalara ilişkin detaylı eleştiri için ayrıca bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 54 vd.

²⁶⁵ Reisoğlu **a.g.e.**, s.42; Göka, **a.g.m.**, s.460; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.796; Güleş **a.g.e.**, s.111; Ayan, **a.g.e.**, s. 268; Aksan, **a.g.m.**, s. 83; Avcı/Köksal-Oruç, **a.g.m.**, s. 101; Akın, **a.g.m.**, s.752; Çetiner, **a.g.e.**, s.254; Göktürk, 1047; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s.51; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.1123; Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s.224; Saymen/Erbil, **a.g.e.**, s. 587; Ayiter, **a.g.e.**, s.179; Bıçakçı, **a.g.m.**, s.541; Davran, **a.g.e.**, s. 58; Süral, **a.g.m.**, s. 694, Duman, **a.g.e.**, s.191, Delipınar, **a.g.e.**, s.157; Ertaş/Cumalıoğlu/Serdar **a.g.e.**, N.2700; Kalın **a.g.t.**, s.23, Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s.98. Delipınar, temel amacın taşınmaz artı değer kazanmak için emek veren kişilerin alacaklarının güvence sağlanarak yapı işinin devamlılığının sağlanması olduğunu belirtir. Delipınar, **a.g.e.**, s. 158. Aynı yönde bkz. Y. 14 HD. E.2016/5633 K.2016/5949 T.17.05.2016 (çevrimiçi) (Lexpera İçtihat Bankası) ET: 04.08.2023 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/14-hukuk-dairesi-e-2016-5633-k-2016-5949-t-17-5-2016> “.... Binanın yapımına salt malzeme temin edenler yasanın tanıdığı haktan yararlanamazlar... (....) sözleşmenin satış sözleşmesi bir başka deyişle malzeme temin sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde davacının TMK 893/3 maddesinden faydalanamayacağı açıktır.(....) Taraflar arasındaki sözleşmenin beton satışının yanında inşaat mahaline getirilerek davacının kendi işçileri tarafından betonun kalıplara dökülmesi işini de yerine getirip getirmediğinin belirlenmesi gerekir.(....)”

²⁶⁶ Güleş, **a.g.e.**, s.112; Davran, **a.g.e.**, s.58; Bıçakçı, **a.g.m.**, s. 541, Akıntürk, **a.g.e.**, s.796; Sayman/Erbil, **a.g.e.**, s.587.

²⁶⁷ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.50

²⁶⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.847., Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.796. Köprülü/Kaneti **a.g.e.**, s.224. Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s. 98. Kocabaş, **a.g.m.**, s.90.

Ancak, Federal Mahkeme, satım konusu malzemenin ancak o inşai faaliyet için üretilmiş olup başka bir yapı faaliyetinde kullanılamaz hale gelmesi veya kullanılma imkanının büyük ölçüde azalarak güçleşmesi durumlarında malzeme sağlanmasından kaynaklanan alacağı da ipotek kapsamına alınması gerektiği yönündeki kararı öğretide kabul görmüştür²⁶⁹. Çünkü bu durumda, malzeme üretilirken harcanan emek faktörü korunma kapsamına alınmaktadır²⁷⁰. Bir başka deyişle, üretim sürecindeki ortaya çıkan emek nedeniyle satış sözleşmesinden ayrışır²⁷¹. Örneğin, bina inşasında asansörün satılması halinde yapı alacağı olarak değerlendirmek mümkün olmadığı halde hem asansörün satılması hem de kurulma faaliyetinin aynı kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde yapı alacağı kapsamına dahil edildiği söylenebilir²⁷².

c. Hizmet Sözleşmesi Kapsamında Yapı İşinde Çalışanlar

Yapı işine emek veren ve hizmet sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren işçilerin yapı alacaklısı ipoteğine sahip olup olmadığı meselesi öğretide tartışılmıştır. Hâkim görüşe göre, işçilerin yapı alacaklısı ipoteğinden istifade etmeyeceği kabul edilmektedir²⁷³. Çünkü yerleşmiş uygulamada işçiler yevmiye usulü çalışarak emeklerinin karşılığı ücretleri günlük alırlar. Yapı işlerinde çalışma süreçlerinde alacaklarını elde etme vadeleri çok kısa olduğu için ücretlerinin işin bitimini beklemesi ve sermayelerini kullanmaları söz konusu değildir²⁷⁴. Alacaklarını elde etme

²⁶⁹ Akkanat, **a.g.e.**, s.282; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.31; Duman, **a.g.e.**, s.191; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 51; Çetiner, **a.g.e.**, s.254. Göka, **a.g.m.**, s.460, İnce-Akman, **a.g.e.**, s.1119; Kocabaş, **a.g.m.**, s.91; Kocabaş, özel üretilmiş beton demiri, özel üretilmiş beton kirişi, taze inşaat betonu malzemelerini örnek olarak yer vermiştir. Taze beton tedarik edilmesinin bu kapsama alındığı yönünde bkz. BGE 125 III 113 ff, BGE 97 II 212. Naklen: Kocabaş, **a.g.m.**, s.90.

²⁷⁰ Yenice-Ceylan **a.g.e.**, s.98. Güleş **a.g.e.**, s.112. Çoğunlukla malzeme temin edilirken, satış-eser karışımı bir sözleşmenin ortaya çıktığını belirten REİSOĞLU, malzemeleri yapıya ithal eden kimse ile yerleştiren kimsenin farklı kişiler olmasının ipotek hak sahipliği konusunda problem oluşturmayacağı yönünde detaylı bilgi için ayrıca bakınız: Reisoğlu, **a.g.e.**, s.31. Aynı yönde bkz: Güleş **a.g.e.**, s.112. Göka, **a.g.e.**, s.460. Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s.99.

²⁷¹ Oral, **a.g.e.**, s. 682.

²⁷² İlgili örnek ve detay için bkz. Süral, **a.g.m.**, s. 694.

²⁷³ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.1130; Baysal, **a.g.e.**, s. 156; Akın, **a.g.m.**, s. 752; Uyumaz, **a.g.e.**, s. 237; Davran, **a.g.e.**, s. 57; Kurt, **a.g.m.**, s. 216; Ayiter, **a.g.e.**, s. 179; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 586; Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s.224; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.1120; Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın, **a.g.e.**, s.167; Sümer, **a.g.m.**, s.604; Bıçakçı, **a.g.m.**, s.540.

²⁷⁴ Ayiter, **a.g.e.**, s. 179; Tekinay, **Eşya Hukuku II/3**, 86; Uyumaz, **a.g.e.**, s.237; Duman, **a.g.e.**, s.S.192; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s.586; Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s.224; Wieland, **a.g.e.**, s.676.

tehlikelerini öngörmeleri uzun zaman almaz ve işi bırakma imkanları kolaydır²⁷⁵. Bu doğrultuda kredi sağlayarak çalışmak zorunda kalmamaktadırlar. Bu durumun yanı sıra, işçi ücretlerinin İcra ve İflas Kanununa göre öncelikli olarak kabul edilen imtiyazlı alacaklardan sayılması ile kanun koyucu tarafından ayrıca korunmaktadır²⁷⁶. Kaldı ki, söz konusu alacak miktarlarının çok küçük meblağlar olma ihtimali de oldukça yüksektir. Bu sebeple, öğretide bu derece küçük alacaklar ve bir günlük de olsa yevmiyeli çalışan işçilerin dahi bulunduğu kısa süreli çalışma faaliyetlerinde ipotek hakkının tanınmasının tapu sicilini ciddi meşgul etmesinin doğru olmayacağı ifade edilmiştir²⁷⁷. Hâkim görüş olmamakla beraber işçilerin yapı alacaklısı ipoteği kapsamında koruma altına alınması gerektiğini ifade eden yazarlar da vardır²⁷⁸.

Tüm bu yaklaşımların yanı sıra bu soruna yanıt bulmak için yasama süreci ve kanun madde gerekçesinin incelenmesi gerekmektedir. Nitekim, TMK. m 893 madde gerekçesinde; TKM m. 807’de yer alan “işçiler” terimi çıkartılarak, “zanaatkar” kelimesi eklenmiştir²⁷⁹. Burada kanun koyucunun bilinçli olarak kapsamı sınırlı tutmayı amaçladığı görüşüne katılmaktayız.

²⁷⁵ Bıçakçı, **a.g.m.**, s. 540.

²⁷⁶ Uyumaz, **a.g.e.**, s. 237; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.1052; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s.586; Akipek **a.g.e.**, s.241; Ayiter, **a.g.e.**, s.179; Davran, **a.g.e.**, s.57; Hatemi/Serozan/Arpacı **a.g.e.**, s.742; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.26 Vd; Bıçakçı, **a.g.m.**, s.541; Ayan, **a.g.e.**, s.267; Sümer **a.g.m.**, s.604; Şener, **a.g.e.**, s.39 Karşı görüş için Bkz. Tekinay, **a.g.e.**, s..86. tekina, işçilerin ekonomik koşulları nedeniyle sahip oldukları İİK imtiyazın bu hakkı engellemesini doğru bulmamakta aksine güçlendirici bir yaklaşımla değerlendirmektedir. İşçilerin korunması kapsamında ipotek hakkından yararlanması gerektiğini savunmaktadır.

²⁷⁷ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.55. Yazar, miktar olarak asgari bir sınırlandırmanın olmayışı ve tapu sicilini korumak gayesini gerekçe göstermiştir.

²⁷⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.55. Tekinay, **Eşya Hukuku II/3**, s. 86; Kâmil Turan, **Ferdi İş Hukuku**, Türk Tarih Kurumu Yayınevi, Ankara, 1993. REİSOĞLU ise hâkim görüşten ayrılarak, satış sözleşmesi temin edenlerin de koruma kapsamında tutulması gerektiğini savunmaktadır. Yazar kitap sistematüğinde hâkim görüşlere yer verip daha sonra “tenkid” başlığı altında eleştirilerine yer vermeyi tercih etmesi dolayısıyla bazı kaynaklarda hakim görüşte olduğu geçmekte ise de yazar maddenin kapsamını geniş yorumlamaktadır. Kaldı ki, terim tercihi de “müteahhit ve işçilerin kanuni ipotek hakkı” olmuştur. Yazar, tüm bu eleştirilerin bir teoriden ibaret olduğunu ifade etmektedir. Kanun ipoteğe esas teşkil eden alacaklara ilişkin herhangi bir sınırlama belirtmemiştir. Kanun koyucunun böyle bir amacı taşıdığının söylenebilmesi için kanunda belirli bir miktarla sınırlı düzenleme yapılması gerekeceği ve tüm bu gerekçelerin işçilerin kapsama dahil edilmeyişini gerektirmeyeceği ifadesiyle işçilerin yapı alacaklısı ipoteği hakkı tanınması gerektiğini ifade etmektedir. Benzer şekilde, İcra ve İflas Kanunun işçiler için düzenlediği korumanın, yapı alacaklısı ipoteği kadar güçlü olmadığı yönünde bkz. Tekinay, **a.g.e.**, s. 86.

²⁷⁹ çeviri olarak “el sanatı, zanaatkar”
<https://translate.google.com/?hl=tr&sl=auto&tl=tr&text=handwerkerhan&op=translate>

Ancak, “işçi” sıfatının doğru belirlenmesi gerektiği gözden kaçırılmaması gereken bir husustur. İşçinin, işçi sıfatını aşar ölçüde bir yüklenici gibi hareket ettiği ve kar oranına iştirak etmesi söz konusu olduğu hallerde hüküm kapsamında korunacağı kabul edilecektir²⁸⁰.

B. İpotek Borçlusu

1. Genel Olarak

İpotek hakkı talebinin yöneltileceği borçlunun tespit edilmesine yönelik yapılacak incelemede temel alınacak husus yapı faaliyeti icra edilmiş olan taşınmazdır. Taşınmazın el değiştirmesi, üst hakkına taşınmaz niteliği kazandırılması, taşınmaz malikinin iflası gibi hallerde malik sıfatındaki değişim sebebiyle ipotek borçlusu sıfatı da değişmektedir²⁸¹. İpotek borçlusunun tespiti ve yapı alacaklısının ipotek hakkını ileri sürüp süremeyeceği hususları öğretide tartışmalıdır. Önceki bölümde detaylı izah edilen yapı alacaklısı ipoteği talebinin hukuki niteliğine ilişkin görüşler ile bağlantılı olarak şekillenen farklı görüş ve yaklaşımlar ipotek sahipliği sıfatı üzerinden bu bölümde incelenecektir.

2. Taşınmaz Maliki

Yapı ipoteğinin tescilinin muhatabı kural olarak taşınmazın malikidir. (TMK. m. 893/I-3)²⁸². Taşınmaz malikinin, yapı faaliyetinin dayandığı sözleşmenin tarafı olması şart değildir. Bir başka deyişle, yapı alacağının borçlusu ile yapı ipoteğinin

²⁸⁰ Ancak “kara iştirak edilmesinin” işçi ücretini alma usulü olarak belirlenmiş olmasının bu kapsamda değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. Güleş, **a.g.e.**, s.110 Alman Hukukunda ise işçinin yapı faaliyetinde taşeron sıfatıyla tüm işi üstlenmesi halinde bu hakkın tanındığı yönünde bkz. Wieland, **a.g.e.**, 676.

²⁸¹ Baysal, **a.g.m.**, s. 161; Akkanat, **a.g.e.**, s. 284., Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s.582. Reisoğlu **a.g.e.**, s.81, Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s.227-228; Güleş, **a.g.e.**, s.115., Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s. 102.

²⁸² Akkanat, **a.g.e.**, s. 284; Saymen/Erbil, **a.g.e.**, 582; Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s. 227-228. Güleş, **a.g.e.**, s.115; Oral, **a.g.m.**, s.685, Baysal, **a.g.m.**, s.161; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 81, Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s.102. Aynı yönde; ” *Davanın kime yöneltileceği konusuna gelince, aleyhine yapı ipoteği tescil edilecek kişi taşınmazın malikidir. Bu nedenle yapı ipoteği tesisine dair davanın taşınmaz malikine yöneltilmesi gerekir. Malik dışındaki davalıların davada taraf sıfatı (pasif husumet ehliyetleri) bulunmamaktadır.* Aynı yönde: Y. 15 HD., T.28.03.2013 E.2014/4365 K. 2014/6677. (çevrimiçi) (LexperA İçtihat Bankası) <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2014-4365-k-2015-2936-t-28-5-2015> Erişim Tarihi: 11.08.2023.

borçlusu her zaman aynı kişi olmayabilir. Yapıyı inşa eden ile yapı faaliyeti sonucu değer artışından faydalanan taşınmazın maliki farklı olabilir. Yapıda alt yüklenicilerin çalışması halinde durum böyledir²⁸³.

İpotek borçlusunun, üzerinde yapı faaliyeti gerçekleştirilen taşınmaz maliki olduğu açıktır. Bu doğrultuda yapı alacaklısı ipoteğinin dava yoluyla talep edilmesi halinde davanın taşınmaz malikine yöneltilmesi gerekmektedir²⁸⁴. Ancak taşınmaz maliki sıfatına özgü hukuki durumlar farklı hukuki sonuçlar doğurabilmektedir. Taşınmazın sonradan bir başkasına devri, yapı faaliyetinde bulunmayan taşınmaz malikinin hukuki durumu veya taşınmaz malikinin iflas etmesi hallerinde uygulamada bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Yapı ipoteği borçlusunun tespiti, yapı ipoteğinin tescilini talep hakkının hukuki niteliğiyle doğrudan ilişkilidir. Yapı ipoteğinin kurulması şahsi talep olarak kabul eden yazarlara göre, sadece yapı işini yaptıran veya yapılmasını kabul eden taşınmaz malikinin ancak borçlu sıfatını haiz olabileceği ifade edilmektedir²⁸⁵. Ancak, eşyaya bağlı borç görüşünün kabul edilmesi halinde ise, taşınmazı sonradan edinen maliklere karşı da hakkın ileri sürülebileceği kabul edilir²⁸⁶.

²⁸³ Örneğin, alt yüklenicilerin çalışması halinde yapı alacağının borçlusu ile ipotek borçlusu farklı kişilerdir. Yapı alacağının borçlusu asıl yüklenici, yapı ipoteğinin borçlusu ise taşınmaz maliki olur. Alt yüklenici ise yapı alacaklısı sıfatına haiz olması ile üçlü bir ilişki ortaya çıkar.

²⁸⁴ Nitekim, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E: 2018/2855, K. 2018/3585 T. 04.10.2018 Tarihli Kararında (Çevrimiçi) (Lexpera İçtihat Bankası) <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2018-2855-k-2018-3585-t-4-10-2018> “İfraz ve tescilden sonra ... Nolu parsel davalı ... Tarafından dava dışı ...'ye satılarak bu 3. Kişi adına tescil edilmiştir. Mahkemece bu üçüncü kişi adına kayıtlı taşınmaz maliki aleyhine usulüne uygun bir dava açılmadan ve usulü işlemler yerine getirilmeden dava dışı üçüncü kişi adına kayıtlı bulunan taşınmazın tesciline karar verilmesi mümkün değildir. Dava dışı üçüncü kişi adına kayıtlı olan bir taşınmazla ilgili verilen kararın icra ve infaz kabiliyeti olamaz. İnfaz kabiliyeti olmayan bir karar verilmesi usul ve yasaya uygun bulunmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir. O halde mahkemece yapılacak iş; üzerine kamuni ipotek tesis edilen ... Ada ... Parsel sayılı taşınmazın son tapu kaydının celp edilerek bu taşınmazla malik olan davanın tarafları dışında maliklerin usulüne uygun şekilde dava açılmasından sonra bu dosya ile birleştirilmesi sağlanarak sonucuna göre karar vermekten ibaret olmalıdır.” ET: 11.08.2023.

²⁸⁵ Bkz. İkinci Bölüm, I / B

²⁸⁶ Bkz. İkinci Bölüm, I / D

a. İşi Yaptıran Taşınmaz Maliki

Taşınmaz maliki, yapı işinin taşınmaz malikinin iradesine istinat edilip edilmemesine göre iki açıdan incelenebilir. Şahsi talep görüşünü kabul edenler, taşınmaz malikinin yapı işini kendi iradesi doğrultusunda yapılması halinde ancak yapı ipoteğinin borçlusu sayılabileceğini kabul etmektedirler²⁸⁷. Taşınmaz malikinin iradesi dışında işin yapılması hallerinde bu talebin yöneltilemeyeceği kabul edilir²⁸⁸. Söz konusu yükümlülüğün oluşması için malikin işi yapanlarla sözleşme ilişkisinin varlığı, önce veya sonrasında yapı işini benimsemesi ve kabulü veya işin yapılmasına yönelik talimat veya yetki vermesi gereklidir²⁸⁹. Örneğin kiraya verenin yapı alacaklısı ipoteği rizikosuna karşı kira sözleşmesine yazılı rıza şartı ve kayıtlara bağlanabilir²⁹⁰. Dolayısıyla işin yapılmasına yönelik yetki verilmesi halinde kiracının talimatı ile yapı işi gerçekleşir ise taşınmaz maliki de yapı ipoteği yükümlüsü kabul edilecektir. Kiracı taşınmazda onarımlar yapmış olursa ve malikin onarım işlerine rıza göstermesi o işler için yapılan masraflardan dolayı sorumluluğunu kabul etmiş olması gerekir²⁹¹. Federal Mahkeme, taşınmaz üzerinde yapı işlerinin yetkisiz bir üçüncü kişi tarafından yaptırılmış olsa bile alacağın ipotekle teminat altına alınabileceğini kabul

²⁸⁷ Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s.224; Çetiner, **a.g.e.**, s.254; Akın, **a.g.m.**, s. 754; Duman, **a.g.e.**, s.190; Baysal, **a.g.m.**, s.167; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.45; Altay/Eskiocak, **a.g.e.**, s.284.; Güleş, **a.g.e.**, s.116. İnşaat işinin ancak inşaat işini yerine getirildiği dönemdeki malike ileri sürülebileceği, inşaat bittikten sonra devralan kimselere ileri sürülemeyeceği işlerin tamamlanması halinde oluşan değer artışından devralan malikin de istifade edecek olması nedeniyle, tamamlanmadan, inşaat devam ederken devralan yeni malik yönünden hakkın ileri sürülebileceği değerlendirmesi için bkz.. Başoğlu/Kapancı, **a.g.e.**, s. 505. Tartışmalar için bkz. Köprülü/Kaneti **a.g.e.**, s. 314. Sirmen, **a.g.e.**, s. 629.

²⁸⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3494; Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s.224; Çetiner, **a.g.e.**, s.254; Akın, **a.g.e.**, s.754; Duman, **a.g.e.**, s. 190; Baysal, **a.g.e.**, s.167; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.45; Altay/Eskiocak, **a.g.e.**, s.284. Burada taşınmaz malikinin rızası olmamasına rağmen kiracı tarafından yapılan inşaat, yüklenicilerin emek ve malzeme alacaklarının faydalanıp faydalanamayacağına yönelik bir tartışma söz konusudur. Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 360. İsviçre federal mahkemesi'nin eski kararlarında bu görüş benimsenirken, İsviçre Federal Mahkemesi'nin yeni tarihli kararlarında görüş değiştirerek yetkisiz bir üçüncü kişi tarafından yapılan inşaatların alacakları için bile inşaatçı ipoteği konulabileceği şeklinde içtihat oluşturulmuştur. Daha geniş bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3494.

²⁸⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3494. Köprülü/Kaneti **a.g.e.**, s.226; Altay/Eskiocak, **a.g.e.**, s.284; Güleş **a.g.e.**, s.80.

²⁹⁰ Ahmet Türkmen, "Kiracı Tarafından Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapılması (TBK. m 321)." **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 62.1: 219-252, s. 233

²⁹¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3494. İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski kararlarında da görüşü bu yönde iken, sonraki içtihatlarının aksi yönde olduğuna ilişkin ayrıca bkz. **A.e.**, N.3494. Taşınmaz malikinin rıza göstermediği bir yapı işinden dolayı kanuni ipotek hakkının savunulmasının mümkün olmadığı yönünde eleştiri için bkz. Baysal, **a.g.m.**, s. 167.

etmesinin gerekçesi, MK. M. 723'e göre taşınmaz malikinin, rızasını almamış olsa bile, kanuni ipotekle teminat altına alınmasının gerekli olduğunu gösterir²⁹².

b. Taşınmazı Sonradan Edinen Malik

İnşaat faaliyetine konu olan taşınmazın üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde kanuni ipotek hakkının yeni malike karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği konusunda farklı görüşler vardır.

Bir görüşe göre, değerlendirme taşınmazda ortaya çıkan değer artışına göre yapılacaktır²⁹³. Eğer yeni malik taşınmazı yapı faaliyetinin bitmesinden sonra devralırsa söz konusu yapı faaliyeti yeni malik için bir değer artışı meydana getirmemiş olacaktır. Bu sebeple yeni malike tescil talebinin ileri sürülemeyeceği kabul edilir²⁹⁴. Bir başka deyişle, inşaat devam ederken üçüncü bir kişi taşınmazı devralırsa yapı alacaklısı ipoteği yeni malike karşı ileri sürülebilecektir.

Bazı yazarlar ise, değerlendirmeyi yapı alacaklısı ipoteği talep hakkının hukuki niteliğine göre yapmaktadır²⁹⁵. Şahsi talep olduğu görüşüne göre, yapı ipoteği talebi yalnızca yapı faaliyeti yapan malike karşı ileri sürülebilir ama taşınmazı sonradan edinen yeni malike karşı ileri sürülemez²⁹⁶. Taşınmaz maliki, ipotek tescil edilmeden önce devir gerçekleştirirse yapı alacaklıları zarara uğrayacaktır. Hatta taşınmaz maliklerinin ipotek tehdidinden kurtulmak adına bir imkân olarak kullanması dahi oldukça muhtemeldir. Taşınmaz maliki, asıl yüklenicinin ödeme gücü içinde olduğuna yönelik bir ihtimal neticesinde taşınmazı elden çıkararak asıl yükleniciden olan alacağını elde edemeyecek olan alt yüklenicilerin ipotek taleplerin ile karşılaşmamak adına taşınmazı elden çıkarma yoluna gidebilecektir. Kaldı ki, yapı

²⁹² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3494. Ancak İsviçre Medeni Kanununu m. 837'de yapılan değişiklikle kira veya başka bir hakka sahip olanların yaptırdığı inşaat nedeniyle inşaatçı ipoteğinin kurulması ancak malikin yapılan inşaat işine izin vermesi şartına bağlandığı yönünde bkz: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.3494.

²⁹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. N.3496; Delipınar, **a.g.e.**, s.159.

²⁹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3496, Delipınar, **a.g.e.** s.159.

²⁹⁵ Reisoğlu, **a.g.e.** s.62; Köprülü/Kaneti, **a.g.e.** s.227; Saymen/Elbir, **a.g.e.** s.582, 591; Göktürk, **a.g.e.** s.1050; Güleş, **a.g.e.** s.117.

²⁹⁶ Reisoğlu, **a.g.e.** s.62; Köprülü/Kaneti, **a.g.e.** s.227; Saymen/Elbir, **a.g.e.** s.582, 591; Göktürk, **a.g.e.** s.1050; Güleş, **a.g.e.** s.117.

ipoteğini tescil talebi sürecini işletmek için gereken üç aylık kısa süre düşünüldüğünde bu hususun yapı alacaklısı ipoteği kurumuyla bağdaştığı düşünülemez²⁹⁷. Yapı alacaklılarının alacaklarını hiç elde edemeyecek ve mağdur olacakları bir sonucun ortaya çıkması yerine, taşınmazı devralmak isteyen üçüncü kişilerin geçici tescil şerhi için gereken üç aylık sürenin geçmesini beklemesi kanaatimizce daha hakkaniyetlidir. Kaldı ki, kimse kanun metnini bilmediğini ileri süremez. Taşınmazı devralacak olan üçüncü kişilerin, yapı alacaklısı ipoteği hakkına ilişkin düzenlemeyi bilmesi gerektiğinin kabul edilmesi kanaatindeyiz²⁹⁸.

Şahsi hak görüşüne göre yapı ipoteğinin tescil edilme şartları arasında yapı işinin malikin iradesine dayanması gerektiği kabul edilir. ²⁹⁹Asıl yapı borçlusunun kabul etmediği borçlar için ipotek tescili talebiyle karşı karşıya kalmasının yeni malik açısından adil olmayacağı ifade edilmektedir³⁰⁰. Kanaatimizce, yapı faaliyeti için aranan rıza ile değer artışının yeni malik tarafından kabul edilmesi birbirinden farklı durumlardır. Yapı alacaklısı ipoteğinin tescil şartlarından biri malik tarafından alacağın kabul edilmesi olsa da bir diğeri yapı alacağının mahkeme tarafından tespit edilmesidir. Uygulamada, taşınmaz malikin alacağı kabul etmesinin pek mümkün bir ihtimal olmadığı açıktır.

Aynı talep görüşündeki yazarlara göre, yapı ipoteği tescil talebi herkese ve taşınmazın her yeni malikine karşı ileri sürülebilir³⁰¹. Taşınmazı sonradan edinen kimsenin iyi niyetli olup olmadığı yahut yapı alacağını bilmesi veya bilmesinin gerekmesine bir sonuç bağlanmamaktadır³⁰².

²⁹⁷ Aksi yönde yapı ipoteği tescil edilmeden önce yapı alacaklılarının geçici tescil şerhi alabileceği görüşü için bkz. Güleş, **a.g.e.**, s. 396.

²⁹⁸ Derriuc, M. G., Jale Güral, "Kanunu Bilmemek Özür Sayılmaz Kaidesi Hakkında Bazı Düşünceler", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2.4, 1945 (çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/635414> E.T: 09.01.2024

²⁹⁹ Güleş, **a.g.e.**, s.116.

³⁰⁰ **A.e.**, s.116.

³⁰¹ Davran, **a.g.e.**, s.54-55.

³⁰² **A.e.**, s.55.

Yenilik doğuran hak görüşü sahiplerine göre ise³⁰³, yapı ipoteğinin tescili talebi şahsi hak niteliğinde olup sadece işi yaptıran taşınmaz malikine karşı ileri sürülebilecektir. Eşyaya bağlı borç görüşüne sahip yazarlara göre ise, taşınmaz sadece sözleşmenin tarafı olan taşınmaz malikine değil, taşınmazı sonradan edinen maliklere karşı da ileri sürülebilir³⁰⁴. Yeni malik, taşınmazı yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinden önce devralmış olsa da yeni malike karşı ileri sürebilir³⁰⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 06.12.2007 tarihli kararında, kanuni bir ipotek hakkının tesisine ilişkin talebin eşyaya bağlı borç niteliğinde olduğu kabul edilerek taşınmazın talebin yapıldığı andaki malikine karşı yöneltilebilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Federal Mahkemeye göre taşınmazı sonradan iktisap eden davalıya karşı talep tereddütsüz olarak ileri sürülecektir³⁰⁶.

c. TMK m. 1023 Bağlamında Değerlendirme

Yapı ipoteğinin tescilini, taşınmazı sonradan edinen malike karşı ileri sürülebileceğinin kabul edilmesi halinde, TMK m. 1023 kapsamında iyi niyetli üçüncü kişilerin aynı hak iktisabına ilişkin düzenlemenin beraber incelenmesi gerekmektedir. Bu halde, iyi niyetli yeni maliklerle yapı alacaklılarının menfaatleri çatışmaktadır. Bu halde hangi menfaat grubunun korunması gerektiği konusu doktrinde tartışmalıdır. Türk hukukunda hâkim olan görüş, iyi niyetli taşınmaz maliki ile yapı alacaklılarının menfaatlerinin çatışması durumunda iyi niyetli yeni malikin korunması gerektiği yönündedir³⁰⁷.

³⁰³ Azınlık bir görüştür. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.** s.1117; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** N.3496.

³⁰⁴ Baysal, **a.g.e.** s. 162-163. Akıntürk, **a.g.e.** s. 794; Esener/Güven, **a.g.e.** s. 575; Uyumaz, **a.g.e.** s. 232. Hakkın eşyaya bağlı borç olduğu yönündeki görüşünü beyan eden diğer yazarlar için bkz. Tez Bölüm III. Baysal, **a.g.e.** s.152. sirmen, **a.g.e.**, s. 626. Eşyaya bağlı borç görüşü ile aynı talep görüşü arasındaki fark, eşyaya bağlı borç görüşü talebin hukuki nitelendirmesini şahsi hak olarak yapmaktadır. Yapı ipoteği tescil talebi ise herkese karşı değil ancak yeni malike karşı ileri sürülebilecek olduğunu kabul etmektedir. Aynı hak görüş sahiplerine göre tescil talebi herkese karşı ileri sürülür.

³⁰⁵ Oral, **a.g.m.** s. 687.

³⁰⁶ Fahri Erdem Kaşak, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Başkasının Arazisine Kendi Malzemesini Kullanarak İnşaat Yapan Kişiye Kanunî Bir İpotek Hakkı Tanınmasına İlişkin 06.12.2007 Tarihli (BGE 134 III 147) Kararı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 2, Temmuz 2014, sayfa: 1069-1072, s.1072. Ayrıca Bkz. BGE 92 II 227 e.1 s.229-230)

³⁰⁷ Tekinay, **a.g.e.**, s. 137 Vd.; Kaşak, **a.g.e.**, s. 143 vd.; Delipınar, **a.g.e.**, s.687.

TMK m. 1023 kapsamında aynı haklar bakımından iyi niyetli üçüncü kişiyi korumuş olan kanun koyucunun, aynı hak kabul edilmeyen yapı alacaklısına karşı iyi niyetli üçüncü kişiyi koruyacak olması makul bir çıkarımdır³⁰⁸. TMK m.1023 düzenlemesi, kanun koyucu tarafından iyi niyetin açık olarak düzenlendiği hallerden biridir. Ancak, TMK M. 895’te tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içerisinde yapılması imkânı olup bu üç ay süre içerisinde yeni malikler ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. Kanunun bu haliyle açık olarak koruma ihtiyacı duyduğu yapı alacaklılarının, iyi niyetli üçüncü kişiler karşısında korunmayacaklarının kabulü, kanunun ruhu ve kanun koyucunun amacı ile bağdaşmamaktadır. Bu sebeple katıldığımız Türk hukukunda azınlık olan ancak İsviçre hukukunda hâkim olan görüşe göre, kanun maddesinde taşınmazı iyi niyetle devralan kişiler hakkında özel bir düzenleme yapılmadıkça; yapı alacaklıları, ipoteğin tescili taleplerini taşınmazı iyi niyetle iktisap eden üçüncü kişilere karşı ileri sürerler³⁰⁹. Taşınmazı sonradan edinen maliklere karşı ileri sürülemeyeceği görüşünü eleştiren ORAL’a göre³¹⁰ ipoteğin doğumu ve varlığı hukuki sebebin geçerliliğine bağlı kılınmış olsa bile ipotek kurulacak olan taşınmaz malikinin ipoteğin altında yatan hukuki sebebin tarafı olması gerekmemektedir. Rehin sözleşmelerinden kaynaklanan ipoteğin tescilini talep yetkisi şahsi nitelikte kabul edilirken, kanuni ipoteklerin de aynı şekilde değerlendirilmesi Kanun amacına aykırı olduğunu ifade etmiştir. Bu haliyle, yalnızca taşınmaz maliki ile sözleşme yapan asıl yüklenicinin bu hakka sahip olduğu sonucu ortaya çıkar ki bu da yapı alacaklılarının korunması amacına uygun değildir.

³⁰⁸ Tekinay, **a.g.e.**, s. 137-138; Kaşak, **a.g.t.**, s.143-144.

³⁰⁹ Oral, **a.g.e.**, s. 688. Yazar burada olması gereken hukuk (de lege feranda)) açısından da değerlendirme yaparak, aslında yapı alacaklısının taşınmazı devralan iyi niyetli üçüncü kişiye karşı ileri sürülmemesi gerektiği düşüncesinde olduğunu ifade etmiştir. Ancak mevcut kanun hükümleriyle, iyi niyetin korunduğuna dair bir hüküm bulunmadığı için yürürlükte olan, pozitif hukuk (de lege lata) gereği kanunun bu haliyle taşınmazı iyi niyetle iktisap eden üçüncü kişi bakımından adaletsiz sonuçlar doğabileceğini belirtmiştir

³¹⁰ Oral **a.g.m.**, s. 671; BGB m. 648’de “an dem baugrundstück des bestellers” (inşaat yaptıranın inşaat arazisinin üzerine) terimi yer almakta olup, kanun’da inşaat yaptıranın açıkça borçlu olduğuna işaret edildiği konusunda ayrıca bakınız. Oral, **a.g.m.**, s.672 dp. 21.

3. İflas Masası

Yapı alacaklısının ipotek hakkı doğduktan sonra ve fakat ipoteğin tescil talebinin ileri sürülmesi gereken üç aylık süre içerisinde, taşınmaz maliki iflas etmiş olabilir. Bu ihtimalin meydana gelmesi halinde, alacaklının söz konusu ipotek talebini iflas masasına yöneltip yöneltemeyeceği hususu öğretilde tartışılmıştır.

İpotek hakkını şahsi talep olarak kabul eden görüş sahiplerine göre³¹¹ yapı ipoteğinin tescil talebi iflas masasına karşı ileri sürülemez³¹². Yapı faaliyeti kaynaklı ipotek talebinin yalnızca inşaatı yaptıran taşınmaza karşı ileri sürülebileceğini kabul ettiği için bu sonuç zorunludur.

Aynı talep görüşü sahipleri, söz konusu talep iflas masası dahil herkese karşı ileri sürülebileceğini ifade etmektedir³¹³. Talep, inşaatın bitiminden itibaren en geç üç aylık hak düşürücü süre içerisinde iflas masasına bildirilme koşulunun gerçekleşmiş olması gerekmektedir³¹⁴. Bir başka deyişle, eğer üç aylık (ZGB’de yapılan ve 01.01.2012 tarihinden itibaren yürürlükte bulunan değişikliklerle beraber dört aylık) süre iflas açıldıktan sonra sona erer ise, geçici tescil şerhi işlenmiş olan hak, iflasın açıldığı anda kayıtlı olmasa dahi, eğer yüklenicinin iflası tescil edilmemiş ise, hala kaydedilmesi mümkün olacaktır³¹⁵.

Eşyaya bağlı borç görüşüne sahip yazarlarda hâkim görüş ve İsviçre Federal Mahkemesinin güncel kararına göre ise, ipotek alacaklısı talebini iflas masasına yöneltilebilecektir³¹⁶. Bir kısım eşyaya bağlı borç görüşündeki yazarlara göre ise talebin hukuki niteliği şahsi haktır ve bu şahsi hak aynı hak haline gelmemiş olduğundan, yapı alacaklısının talep hakkı, iflas alacaklılarına karşı ileri sürülemeyecektir³¹⁷.

³¹¹ Bkz. İkinci Bölüm, I/B

³¹² Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s. 315; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 627; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 72 vd.

³¹³ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 794; Çetiner, **a.g.e.**, s. 248.

³¹⁴ Bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 67.

³¹⁵ Kavasoglu/Çom, **a.g.m.**, s.94.

³¹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 1119 dn. 327. Yapı alacaklısı ipoteğinin hukuki niteliğini eşyaya bağlı bir borç olduğunu kabul etmesine rağmen, iflas masasına karşı ileri sürülebileceği görüşü için ayrıca bkz. Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 575; Bıçakçı, **a.g.m.**, s.552.

³¹⁷ Baysal, **a.g.e.**, s. 163; Oral, **a.g.m.**, s. 686.

İflas masasının muhataplığı hususundaki probleme çözüm geliştirebilmek için iflas hususu bakımından da mesele incelenmeye muhtaçtır.

Şahsi hak görüş sahiplerinden bir kısım yazarlar her ne kadar bu hukuki nitelendirmeyi kabul etseler de söz konusu talebin mutlak bir biçimde iflas masasına karşı kullanılmayacağı sonucunun zorunlu olmadığını ifade etmektedirler³¹⁸. Esasında, tüm şahsi haklar muhatap olan borçluya karşı ileri sürülür. Ancak iflas açıldıktan sonra bunlar iflas masasına bildirilir ve sıra cetvelinde yerini alır. (İİK. m. 219/ I -2). Bu şekilde doğrudan şahsi hak olmaları sebebiyle iflas masasına karşı ileri sürülmeyecekleri kabul edilip tüm alacaklar aynı düşünülse idi hiçbir alacaklının alacağını elde edememesi gerekirdi. Bu da iflas ile birlikte tüm borçların sona ereceği sonucunu doğururdu ki hiç mantıklı bir netice olmazdı. Aksine, iflas ile birlikte tüm borçlar sona ermez, sadece yönetimi iflas idaresine³¹⁹ geçer. (İİK. m. 226) Bir başka deyişle, borçlunun yerini iflas idaresi alır. Bu doğrultuda, şahsi bir talep olan ipotek tesisi talebinin de iflas masasına karşı ileri sürebileceği kabul edilmesi gerekir.³²⁰

Buna karşın, iflastan sonra müflisin malları üzerinde tasarruf edemeyecek olması dolayısıyla, taşınmazı üzerinde ipotek tesis edemeyeceği düşünülebilir³²¹. Burada müflis sadece kendi iradesine dayanan bir tasarrufta bulunmamaktadır. İflas idaresi bir başvuru ile karşılaştığı zaman, alacağın gerçekten var olup olmadığını incelemesi ve var olduğunu tespit etmesi halinde alacağı kabul etmesi gerekmektedir³²². İİK. m. 198 kapsamında para olmayan alacakların para alacağına çevrilmesi ile kabul edilmektedir. İİK. m. 198'in devamında, iflas idaresinin konusu para olmayan alacağın ifasını bizzat üstlenebileceği ve bunun için alacaklı isterse teminat gösterebileceği düzenlenmiştir.

³¹⁸ Güleş, **a.g.e.**, s. 119.

³¹⁹ İflâs idaresi, iflâs tasfiyesinin merkezi organıdır ve idarenin temel görevi tasfiyeyi yürütmektir. Bu temel görev kanuni dayanağını İİK md. 226/1'de bulur. Bu hükme göre masanın “kanuni mümessili iflâs idaresi” olup, idare masanın menfaatlerini gözetmek ve tasfiyeyi yapmakla mükelleftir. İflas idaresi hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Yakup Oruç, **İflas İdaresi**, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019, İstanbul.

³²⁰ Aynı yönde, Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 81; Akın, **a.g.m.**, s. 755; İsviçre Mahkemenin Kararları Atf Iı 31, Atf 119 III 124. aksi yönde, şahsi talep görüşü ile bahse konu çözüm bağlantısının bağdaşmadığı eleştirisi için bkz Baysal, **a.g.m.**, s. 163.

³²¹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 79-80.

³²² Bu incelemenin iflas idaresinin serbest yetki alanı içerisinde olduğu, yönünde bilgi için bkz. Oruç, **a.g.t.**, s. 218-220.

İkinci olarak, alacaklının iflas idaresine ipotek alacağını bildirmesi üzerine iflas idaresi gerekli incelemeyi yapar. Alacağın varlığına kanaat getirmesi halinde rehin hakkının varlığını kabul eder. Yapı faaliyeti gerçekleştirilmiş olan taşınmaz paraya çevrildikten sonra alacaklı lehine yapı ipoteği varmış gibi bedel dağıtılır. İflas nedeniyle yapı alacaklısının hakkı kayba uğramadan ve iflas hukukunda müflisin iflastan sonra mallarında tasarruf edememesi kuralına aykırı davranılmamış olur.

Ortaya çıkabilecek sorunlardan bir diğeri ise, iflastan sonra ipotek talebinin iflas masasına karşı kötüye kullanılabilme ihtimalidir. İflas masasının bildirilen alacakları belgeleri ile inceleme yükümlülüğü vardır. Bunun yanı sıra alacaklıların sıra cetveline itiraz mekanizması da bu hususta bir denetim oluşturacaktır³²³.

İcra ve İflas Kanunu madde 194'te müflisin taraf olduğu hukuk davalarının duracağı düzenlenmiş ise de rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerle ilgili hukuk davalarına istisna getirilmiştir. Bu durum ise bu davaların durmasına yönelik değerlendirmelerde tartışmalar ortaya çıkarmaktadır. Geçici tescil şerhinin talep edildiği davalarda, aslında rehnin paraya çevrilmesi yolu ile bir takip bulunmamakta, en iyi ihtimalle aynı hakkın tesisi söz konusu olmaktadır. Bu halde davanın devamının mümkün olmadığı ve geçici tescil talebinin de acele işlerden sayılamayacağından davanın ikinci alacaklılar toplantısından on gün sonraya kadar duracağı ifade edilebilir³²⁴.

³²³ Her ne kadar bu şekilde bir yorum geliştirilse de bu yeterli olmayıp bu yönde açık bir kanuni düzenlenmesi yapılması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Güleş, **a.g.e.**, s. 120 vd.

³²⁴ Kavasoglu/Çom, **a.g.m.**, s.92. İsviçre doktrininde davanın acil işlerden sayılması halinde basit yargılama usulüne tabi olacağı ve inşaatçı ipoteğinin bu istisna kapsamında yer aldığı yönünde ayrıca bkz. Kavasoglu/Çom, **a.g.m.**, s.93 vd. TMK. m 1011/ III uyarınca talep edilen geçici tescil şerhi kararının, alacağın varlığına hakim kanat getirmesi ve "inanılır kılınması" yeterlidir. Geçici tescil şerh edilmesinde kısaltılmış usul uygulanır.³²⁴ (ZPO Art. 249/d/5 hükmü) Hatta İsviçre Hukukunda GBV Art 13 uyarınca acil durumlarda resmî kurumlar ve mahkemelerin tapu memurluğundan telefon veya elektronik yollarla tescil talep edebildiğine ilişkin bakınız: Kaşak, **a.g.t.**, s. 152.

III. YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKININ KONUSU

A. Üzerinde Yapı Alacaklısı İpoteği Tesis Edilebilen Taşınmazlar

Bu bölümde Medeni Kanun’umuzda yapı alacaklıları özelinde tanınan kanuni ipotek hakkının üzerinde kurulduğu taşınmaz açısından görünümünü ele alacağız. Taşınmazların niteliği gereği veya bazı kanuni düzenlemeler neticesinde ortaya çıkan özel durumların yapı alacaklısı ipoteğinin tescili bakımından nasıl değerlendirilmesi gerektiğine yönelik hususlar doktrinde tartışılmıştır.

Yapı alacaklısı ipoteğinin konusu, esas itibariyle yapı faaliyetinin gerçekleştirilmiş olduğu taşınmazdır³²⁵. Yapı alacaklılarının bir faaliyeti neticesinde üzerinde katma değer³²⁶ oluşan taşınmazın varlığı zorunludur. Hemen devamında Türk Medeni Kanunu’nun 853. maddesi “*rehin hakkı, ancak tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde kurulabilir.*” şeklindeki düzenlemesinde yapı alacaklısı ipoteği için de geçerli olacaktır. Hal böyle iken, yapı alacaklısı ipoteğinin ancak tapu siciline kayıtlı taşınmaz üzerinde tesis edilebilmesi mümkündür³²⁷.

TMK m 998 “Kaydedilecek Taşınmazlar” başlıklı hükmünde “*Tapu siciline taşınmaz olarak şunlar kaydedilir.*” şeklindeki ifadesiyle madde metni kapsamına giren üç kategori düzenlenmiştir. Taşınmazlar, arazi (1), taşınmaz üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar (2) ve kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler (3) olarak belirtilmiştir.

1. Taşınmaz Mülkiyeti Olarak Arazi

TMK. m. 684 uyarınca, yapı arazinin bütünleyici parçası olarak kabul edilir ve arazinin mülkiyetine tabi olur³²⁸. Burada “yapı” kavramından anlaşılması gereken

³²⁵ Cemal Oğuz, “Yapı Alacaklısı Rehininin Konusu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13.1, 2009), s.63.

³²⁶ Burada taşınmazın üzerinde artı bir değer oluşturulması gerekip gerekmediği konusundaki tartışma için ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm, I / A. Sözlük anlam olarak “katma değer”: bir ürüne, bir işleme yoluyla katılan, hizmete emekle eklenen değer anlamına gelmektedir.

³²⁷ Eşya hukuku anlamında taşınmaz niteliği kazanabilmesi için “kayıt” gerekir. Kayıt, tapu sicili işlemleri açısından ön şart niteliğinde olduğu yönünde bkz. Kaçaran, a.g.e., s.1366.

³²⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir a.g.e., N 1752.

inşaat tekniği kuralları ile arazinin üst veya alt sahasına raptedilen her şeydir.³²⁹ Kanunda açık bir tanım bulunmamakta olup yalnızca tapu siciline kaydedilmesinin özel kanun hükümlerine tabi olduğu ifade edilmiştir³³⁰. Arazi, genel anlamda yeryüzüdür. Sınırları belli yeryüzü araziye oluşturur³³¹. Taşınmaz mülkiyetinin dikey kapsam alanını TMK m. 718/f.1 “*arazi üzerindeki mülkiyetin kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar*” şeklinde tanımlamıştır. Mülkiyet hakkının dikey kapsamı, malike arazi üzerinde inşaat yapma yetkisi (aktif yetki) ve arazi üzerinin alt ve üst alanlarına müdahaleleri engelleme yetkisi (koruyucu yetki) olarak nitelendirilen iki yetkiyi de sağlar³³². Burada sınırlama meselesi önemlidir. Zira ancak bu şekilde toprak yüzeyinden ayrılarak hukuksal açıdan ele alınabilir halde bağımsızlık kazanabilir³³³.

Mülkiyet hakkının yatay ve dikey kapsam sorunu ile yakından ilgili fakat onlardan bağımsız incelenmesi gereken başka bir sorun daha vardır. Mülkiyetin yatay ve dikey kapsam alanı içerisinde yer alan mallardan nelerin mülkiyete tabi olarak bu kapsama dahil edileceği üzerinde durulması gereken bir meseledir.

Çalışmamızda bahsettiğimiz üzere, arazinin bütünleyici parçası olma şartlarını sağlayan mallar arazinin mülkiyetine tabidir. TMK. m. 728’de, başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmadan yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapıların, onların malikine ait olduğu, bu şekliyle söz konusu yapılara taşınır mal hükümlerinin uygulanacağı ve tapu kütüğünde gösterilmeyeceği düzenlenmiştir. Taşınır yapının mülkiyeti üzerinde bulunduğu arazinin mülkiyetine dahil olmayıp inşa

³²⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 1752; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **a.g.e.**, s. 797; Jale Akipek, **Türk Eşya Hukuku**, II, Kitap, Mülkiyet, Ankara, 1971, s. 174; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 618.

³³⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 687. yürürlükten kalkan tapu sicil nizamnamesinin 8.maddesinin 2.cümlesinde “arazi, hudutları tefrika kafi vasıtalar ile tahdit ve tayin edilmiş bilimüm sathı zemindir.” Başka yazarların tanımları için ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 687 dn.461.

³³¹ Bülent Köprülü, **Taşınmaz Mülkiyetinin Yatay Ve Düşey Sınırlandırılmasına İlişkin Başlıca Hukuki Sorunlar**, s. 32-40, (çevrimiçi) https://www.hkmo.org.tr/resimler/ekler/k6th_c8dba7d0df1c4a7_ek.pdf), ET: 10.06.2024.

³³² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 1735, 1736, 1737.

³³³ **A.e.**, N. 687. Köprülü **a.g.m.**, 34. Mecelle 1194’de arazi sahibinin dilediği yükseklikte ev yapabileceği, dilediği derinlikte kuyu kazabileceği şeklinde bir hüküm var ise de günümüz kanunlarında böyle bir yaklaşım mümkün değildir.

eden her kim ise onun mülkiyetine tabi olduğu kabul edilir³³⁴. Burada başkasının arazisi ifadesi yer alsa da inşaatı yapan arazinin maliki de olsa söz konusu mallar taşınmazın mülkiyetine dahil olmayacak taşınır mal olarak bağımsız bir mülkiyet konusu oluşturacaklardır³³⁵. Bu nedenle taşınır yapıların, kalıcı olma gayesi taşımaması nedeniyle yapı alacaklısı ipoteğinin konusunu oluşturmayacağı kabul edilmektedir³³⁶. Ancak arazinin üzerinde yapı faaliyeti gerçekleştirilmesi halinde yapı alacaklısı ipoteği konusu oluşabilir³³⁷.

Taşınmaz içerisinde sayılan madenler, daha sonrasında özel kanunlarla ve Anayasadaki hükümle devletin hüküm ve tasarrufu altına alınmış olmalarının sonucu olarak medeni kanun kapsamından çıkarılmıştır.

Mülga TKM m. 911 “madenler” de taşınmaz kapsamında sayılmaktaydı³³⁸. Ancak daha sonrasında özel kanunlarla ve Anayasadaki hükümle devletin hüküm ve tasarrufu altına alınmış olmalarının sonucu olarak Medeni Kanun kapsamından çıkarılmıştır. Medeni Kanun kapsamında ayrı bir rejime tabi tutulmuştur³³⁹. 6309 sayılı kanun ile kaldırılan 15.06.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3213 sayılı Maden Kanunu’nun 4. maddesinde düzenlendiği şekliyle madenler, devletin hüküm ve tasarrufundadır. Bu haliyle madenler üzerinde taşınmaz rehni kurulması mümkün değildir.

Ancak 3213 sayılı Kanunun 42 ve devamındaki maddelerde maden işletme ruhsat sahibinin maden işletmesiyle ilgili borçları için maden üzerine ipotek tesis edebileceği düzenlenmiştir. Devamında ise, Maden Kanunu’nun 45. maddesinde özel olarak düzenlenen maden ipoteğinin Türk Medeni Kanunu’un ipoteğe ilişkin

³³⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 1749.

³³⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 1749

³³⁶ Göka, **a.g.m.**, s. 459; Güleş, **a.g.m.**, s. 153; Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın, **Türk Hukukunda Rehin**, Ankara, 1996, s.167. Karavan, prefabrik ev gibi örnekler için ayrıca bkz. Ece Baş, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Bina Veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk (Tbk Md. 69-Bk Md. 58)**, Yüksek Lisans Tezi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011. Güleş, **a.g.e.**, s. 155.

³³⁷ Hatta yapı ipoteğinin tescil edilebileceği taşınmazın sadece arazi niteliğinde olabileceğini kabul eden görüş için bkz. Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın, **a.g.e.**, s.165.

³³⁸ Madenlerin yapı ipoteği konusu olabileceği yönünde değerlendirme için bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 22.

³³⁹ Türk Medeni Kanunu, **Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Ve Gerekçeleri**, Ankara, 2002, s. 602.

hükümleri için de uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir. Bu halde bütünsel olarak değerlendirildiğinde malzeme veya emek sarf eden yapı alacaklısının ipoteği bu anlamda bir karşılık bulabilir. Çünkü icra safhasına gelindiğinde paraya çevrilme işleminde madenin kendisi değil, maden işletme ruhsatının paraya çevrilmesi söz konusudur. Burada bir taşınmaz rehni söz konusu değildir³⁴⁰³⁴¹. Maden ipoteği ifadesinden anlaşılması gereken, taşınmaz mülkiyetinin kapsamında konu olan madenlerin kendisi olmayıp, maden işletme ruhsatından doğan hakların rehnidir³⁴². Burada bir taşınmaz rehininden söz edilemez.

2. Bağımsız ve Sürekli Haklar

Bir önceki bölümde açıkladığımız arazi kavramını, niteliği itibariyle taşınmaz olmasından kaynaklı olarak kavramak nispeten daha kolay iken, “hak” olarak ifade edilen bir şeyin taşınmaz sayılmasının anlaşılması pek kolay değildir.

Medeni Kanun’umuzun taşınmaz hükümlerine nelerin dahil olacağını belirlerken ekonomik ve sosyal ihtiyaçları referans almış olmasının bir sonucu olarak “bağımsız ve sürekli haklar³⁴³” da kanunumuzda taşınmaz sayılmıştır³⁴⁴.

Tapu Sicil Tüzüğü m.10’daki düzenlemeye göre, süresiz veya en az otuz yıl süreli olan ve tasarrufları kısıtlanmayan bağımsız ve süreli irtifak hakları tapu kütüğüne ayrı bir sayfasına taşınmaz mal olarak tescil edilir³⁴⁵. Tapu kütüğüne

³⁴⁰ Maden ipoteği, işletme ruhsatından doğan hakların rehnedilmesi olduğu yönünde ve detaylı bilgi için ayrıca bakınız: Hüseyin Bozok, **Maden İpoteği**, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021.

³⁴¹ Bu haliyle, madenler üzerinde kurulan ipotek bir sicilli taşınır rehni olduğu yönünde değerlendirme için ayrıca bakınız: Şeref Ertaş, **Tescilli Taşınır Rehinleri**, Prof.Dr. Aydın Zevklilere Armağan, Journal Of Yasar Universty, Özel Sayı, Cilt II, 2013, s.1176; Güleş, **a.g.e.**, s. 148.

³⁴² Reisoğlu, **a.g.e.**, s.20.Aksi görüşte; Wieland C I, **a.g.e.**, s.133.

³⁴³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 699.

³⁴⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 691. MK. 704, 998) Kalın, **a.g.t.**, s.11, Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s.117. Bu hakların niteliğinde değişiklik yapmayarak yalnızca taşınmaz gibi işlem göreceği yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e** N.692 Aynı yönde bkz. Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s..273.

³⁴⁵ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e**, s.249; Oğuz, **a.g.m.**, s.64.

taşınmaz mal olarak tescil edilen bağımsız ve süreli haklar, devir ve intikal kabiliyeti olup üzerinde aynı ve kişisel hak kurulabilir³⁴⁶.

Tapu kütüğüne kayıtlı olan³⁴⁷ bu şekilde bağımsız ve sürekli bir hakkın devri için de taşınmaz mülkiyeti hükümleri uygulanır. Bu şekliyle taşınmaz olarak kabul edilen bağımsız ve sürekli haklar üzerinde ipotek ve haliyle yapı ipoteği de tesis edilebilecektir³⁴⁸.

TMK.m. 718/II'de düzenlenen arazinin üzerindeki yapının arazi malikine ait olduğu kuralının bir istisnası olan bir üst hakkına istinaden arazi üzerinde bina inşa edilmesi örneğini³⁴⁹ düşünelim. Burada üst hakkı taşınmaz niteliği kazanmıştır. Söz konusu yapının inşaatında faaliyet gösteren kimseler ise yapı alacaklarına teminat oluşturması amacıyla taşınmaz niteliği kazanmış kabul edilen üst hakkı üzerinde yapı alacaklısı ipoteği talebinde bulunurlar. Burada bir hak değil, taşınmaz rehini söz konusudur³⁵⁰.

Bağımsız ve sürekli hak olarak, taşınmaz niteliği kazanan irtifak hakkının bir diğer türü olan kaynak hakkı söz konusu olduğunda rehin tesis edilip edilmeyeceği konusu incelenmesi gereken bir diğer husustur. Bir görüşe göre, kanunda kaynakların mülkiyetinin, kaynadıkları arazinin mülkiyeti ile beraber elde edilebileceğine yönelik

³⁴⁶ Bağımsız olmasından anlaşılması gerekenin tasarrufların sınırlandırılmaması ve sürekli olma kriterinden anlaşılması gereken ise en az otuz yıllık bir süre için belirlenmiş olmasıdır. Ne taşınmaz lehine ne de şahısla sınırlı olarak kurulmamaları gerekmektedir.

³⁴⁷ Üst hakkının bağımsız ve sürekli niteliği mevcutken tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilmemiş olması halinde bunu talep edebileceği yönünde bkz. Oğuz, **a.g.m.**, s.65. Oğuz'a göre, eğer üst irtifakı, şahıs lehine kurulmuş, devri yasaklanmış, otuz yıldan az süreli kurulmuş olması halinde bağımsız olmaması sebebiyle tapu kütüğüne ayrı bir sayfa olarak kaydedilemeyecektir. Bu durumun şekli bir sonucu olarak da yapı faaliyetinin artı değer kattığı yapının maliki olan üst hakkı sahibine karşı rehin kurulamaması sonucu doğar. Çünkü arazinin değerinde bir artış söz konusu değildir ve yapı alacaklısı ipoteğinin konusu ise ancak yapı faaliyetinin değer kattığı taşınmaz olabilir. Bu halde üst hakkı mevzu bahis olan bir yapıda faaliyet gösteren yapı alacaklıları üst hakkının niteliğini araştırmak yükümlülüğündedir aksi durumda ise sonucuna katlanmalıdır. Oğuz, **a.g.m.**, s.65.

³⁴⁸ Sirmen, **a.g.e** s.140. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e** s. 951, 963; Saymen/Elbir, **a.g.e** s. 272; Oğuz, **a.g.m.**, s.65.

³⁴⁹ Örnek için bkz. Güleş, **a.g.e.**, s. 29. Burada yapı alacaklılarının yapı faaliyetinin üst irtifakının değerinde artışa neden olup, yüklü taşınmazın değerinde değişiklik olmadığı görüşü için bkz. Oğuz, **a.g.m.**, s.65.

³⁵⁰ Buna ek olarak, üst hakkı üzerinde yapı alacaklısı ipoteğinin tesisi her ne kadar kabul edilse de, taşınmaza bağlı olarak kurulan üst hakkında ipotekle yükümlü taşınmaz, yararlanan taşınmaz olduğuna ve yapı alacaklısının söz konusu ipotek talebini üzerinde yapı bulunan taşınmaz malikine yöneltemeyeceğine ilişkin değerlendirme için bkz. Oğuz, **a.g.m.**, s. 65.

şart ihtiva etmesi nedeninin sadece taşınmaz malikinin rızası ile kurulumuna engel teşkil edeceğini kabul eder³⁵¹. Bir başka görüşe göre ise, kural olarak kaynaklar arazinin bütünleyici bir parçasıdır. Ancak bu durum kaynak için irtifak tesisinin, başkasının yararına bırakılmasını engellemeyecektir. Burada suların niteliği gereği belirli bir taşınmaz üzerinde bulunmalarının mümkün olmaması nedeniyle TMK. m. 756 maddesinin düzenlenme sebebi, suyun tabiatı gereği bu akışkanlığı neticesinde ilerlediği ve sirayet etmiş olduğu taşınmaz malikleri tarafından mülkiyet iddiaları neticesinde çıkması muhtemel uyuşmazlıklardır³⁵².

Bu haliyle yapı alacaklısı ipoteğinin irtifak hakkı üzerinde kurulabilme imkânı ancak kaynak tesisatı bakımı faaliyeti için mümkün olabilecektir. Bu bedelin yapı ipoteği tescili için gerekli bir bedel³⁵³ olup olmayacağı hususu pratik açıdan anlamlı bir şey ifade etmeyecektir.

3. Kat Mülkiyetine Kayıtlı Bağımsız Bölümler

Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler, TMK. m. 704'de taşınmazlar arasında sayılan sınıflardan biridir. KMK m. 1'e göre, binanın bağımsız olarak kullanılmaya elverişli daire, kat, büro, dükkân gibi bölümleri kat mülkiyeti kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilir. Bu haliyle bağımsız olarak tasarruf işlemlerine konu olabilir. Dolayısıyla, yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkına konu oluşturabilir³⁵⁴. Kat mülkiyeti tesis edilmiş bir taşınmazda kanuni ipotek hakkı birkaç farklı şekilde karşımıza çıkar.

Kat mülkiyetine dönüştürülmüş olan taşınmazlarda, yapı alacaklısının alacaklarından dolayı bütün bağımsız bölümler üzerinde kanuni ipotek kurulabilmesi

³⁵¹ Bu görüşün irtifak haklarının taşınmaz olarak kabul edilerek taşınmaz niteliğinin sağladığı haklardan yararlanma düşüncesi ile çeliştiği yönünde eleştiri için bkz. Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 154; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 269; Gürsoy/Eren/Cansel **a.g.e.**, s. 499; Sirmen, **a.g.e.**, s. 140; Güleş, **a.g.e.**, s.129.

³⁵² Aynı yönde değerlendirme için bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 960, Güleş, **a.g.e.**, s.130. Kaynak hakkının bu şekilde bir taşınmaz olarak kabul edilmesi halinde hak sahibi doğrudan rehin hakkına sahip olur.

³⁵³ İnşaattan kaynaklı alacağın pek küçük olmasının ipotek tesisine engel teşkil etmeyeceği yönünde bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.49

³⁵⁴ Oğuz, **a.g.m.**, s. 67; Güleş, **a.g.e.**, s. 130.

ancak ortak alanlara yönelik yapılan imalatlar (örneğin kanalizasyon borularının yenilenmesi, çatının aktarılması gibi) söz konusu olduğunda mümkündür³⁵⁵.

Belirli bir bağımsız bölüm üzerinde yapılan yapı işleri ancak söz konusu bölüm üzerinde kanuni ipotek hakkının kurulmasına ve yalnızca o bağımsız bölümün paraya çevrilmesine imkân tanır³⁵⁶. Birden fazla bağımsız bölümü ilgilendiren yapı işlerinde her bir bağımsız bölüm masraflardan fiilen payına düşen oranda yükümlendirilir³⁵⁷. Birden fazla taşınmaz üzerinde yapılan inşaat nedeniyle doğan yapı alacakları nedeniyle bu taşınmazlar üzerinde söz konusu alacaklılar lehine toplu ipotek kurulması da mümkündür. Eğer koşullar mevcut değilse, ipotek yükü her bir parsel için düşen yapı işine göre taşınmazlar arasında dağıtılacaktır³⁵⁸. Toplu rehinde ise her bir taşınmaz tüm miktar ile sorumlu olur³⁵⁹. Bu nedenle alacaklı, TMK. m. 873/III uyarınca toplu rehin ile yüklü taşınmazların tamamının paraya çevrilmesini talep etmesi gerekmektedir³⁶⁰. İcra dairesi ise, alacağı karşılar miktarda taşınmazın satışına karar verir³⁶¹. Bu açıdan toplu rehin konusu olan tüm taşınmazların paraya çevrilmesi zorunlu değildir³⁶².

Birinci ihtimal, ipotek konusu yapı faaliyeti taşınmazın yalnız bir bölümünde gerçekleşirse, ipotek hakkı da yalnızca ilgili bölüm ile sınırlı olarak talep edilebilecektir. Bu halde ipotek hakkı ana taşınmazın bütünü için talep edilemez³⁶³.

³⁵⁵ Çetiner, **a.g.e.**, s. 255.

³⁵⁶ Çetiner, **a.g.e.**, s. 255. Bu konuda kararlar için ayrıca Bkz. Çetiner, **a.g.e.**, s. 255, dn. 708. BGE 125 III 113 E.3a.

³⁵⁷ İsviçre Federal Mahkemesinin bu masraflar dolayısıyla toplu (müteselsil) ipotek kurulabilmesini mümkün olmadığını kabul etmiş olsa da hâkim görüşün TMK. m 855. (Art.798/1 ZGB) koşulları varsa, bağımsız bölümler aynı kişiye aitse ve bağımsız bölüm malikleri masraflardan müteselsil sorumlu iseler her bir bağımsız bölümün alacağın tamamından sorumlu olacağı şekilde toplu ipotek kurulabileceği yönünde bkz. Çetiner, **a.g.e.**, s. 255.

³⁵⁸ Çetiner, **a.g.e.**, s. 256.

³⁵⁹ Kaşak/İpek, **a.g.m.**, S.76.

³⁶⁰ Bkz. Kaşak/İpek **a.g.m.**, s.76 dp. 96 (BGE 138 III 186; BGE 36 III 34 e .2) Alacaklının haricen maliklerle anlaşarak bir kısım malikleri zarara uğratma tehlikesine yönelik kararlar için bkz. YHGK, T.27.11.2002, E.2002/12-823, K. 2002/1020; Y. 8. HD. T.31.12.2013, E.2013/21690, K. 2013/20428.

³⁶¹ Kaşak/İpek, **a.g.m.**, s.77; Y.12. HD. t.23.11.2001, E.2001/17448, K.2001/19796 (“... hangi taşınmazın önce satılacağı konusunda seçimlik hak icra müdürüne aittir.”) (Çevrimiçi) (Lexpera İçtihat Bankası) <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-hd-e-2001-17448-k-2001-19796-t-23-11-2001>, ET: 10.06.2024.

³⁶² Kaşak/İpek, **a.g.m.**, s.77.

³⁶³ Değerlendirmenin dayandığı İsviçre Federal Mahkemesinin kararı için bkz. BGE 126 II 462. Güleş, **a.g.e.**, s. 130 dn 296.

İkinci ihtimal, ana taşınmazda gerçekleştirilmiş olan yapı faaliyetinin bütün bağımsız bölümün yararına olması halidir. Bu durumda her bağımsız bölüm, masraftan payına düşen oranda ipotekten sorumlu olur³⁶⁴. İsviçre Federal Mahkemesi kararına göre, müteselsil rehin düzenlenemez. Ancak koşullarının oluşması halinde birlikte rehlin (TMK. M. 855) mümkün olduğunu kabul eden görüşler vardır³⁶⁵. Birlikte rehin tesis edilmemesi durumunda yük parseller arasında dağıtılır³⁶⁶.

TMK m. 855'te birlikte rehin şartları düzenlenmiştir. İki şekilde müteselsil rehin söz konusu olur: Taşınmazların aynı malike ait olması veya taşınmaz maliklerinin aynı borçtan müteselsil sorumlu olmaları gerekir. Birden fazla bağımsız bölüm maliki olan iş sahibinin, bölümlerin ortak yararına bir yapı faaliyeti gerçekleştirmesi halinde müteselsil rehin kurulabileceğini kabul etmek gerekir. Ancak aynı malikin taşınmazlardan yalnızca birinde yapı faaliyeti gerçekleştirmesi halinde diğer taşınmazlar ipotekle kısıtlanamaz. İnşai faaliyet ile ilgisi olmayan taşınmazlar, başka bir taşınmazın borcu için kısıtlanamaz³⁶⁷.

İkinci ihtimalde, kat mülkiyetinin ortak alanlarında yapılan yapı faaliyeti neticesinde ortaya çıkan yapı alacağından birden fazla taşınmaz maliki sorumlu olur. Ancak bu bir müteselsil sorumluluk hali değildir. Her malik kendi payına düşen masrafla sınırlı olarak sorumlu olur. Bu halde kanuni ipotek hakkının müteselsil rehin şeklinde tesisi mümkün olmayacaktır. Aksinin taraflar arasında kararlaştırılması mümkündür.

Kat mülkiyeti kapsamında karşımıza çıkan bir diğer sorun ise kanuni ipotek hakkı tesisi, kat mülkiyetine geçilmeden önce mi yapılmıştır yoksa sonra mı? Bu iki ihtimalde farklı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Taşınmazı üzerinde kat irtifakının bulunması, kanuni ipotek hakkına konu olmasını engellemez. Kat mülkiyetine geçilmesinden sonra kanuni ipoteğin tesis edilmesi halinde taşınmazın niteliği aynı kalmakla birlikte malikin değişme ihtimali söz konusu olur.

³⁶⁴ Çetiner, **a.g.e.**, s. 255; Güleş, **a.g.e.** s. 131.

³⁶⁵ İlgili görüşler ve karar için bkz. Çetiner, **a.g.e.**, s. 255.

³⁶⁶ Güleş, **a.g.e.** s. 131.

³⁶⁷ Çetiner, **a.g.e.**, s. 255.

(1) Birinci ihtimal olarak, kanuni ipotek hakkı kat mülkiyeti kurulmadan önce tesis edilirse yapı alacaklısı kanuni ipotek hakkını yeni malike ileri sürülebilir mi? Eğer yapı tamamlanana kadar kat irtifakına geçilmesi beklenmişken yapı alacaklıları ipoteklerini tesis ettirirlerse, kat mülkiyetine geçilmesinin akabinde her bir bağımsız bölüm maliki farklı kimseler olur. KMK m. 5/V düzenlemesine bakıldığında, kat mülkiyeti tesis edilmeden önce ana taşınmazın kayıtlayan haklar veya şerhler, kural olarak kat mülkiyetini payı oranında kısıtlar. Benzer şekilde TST m. 60³⁶⁸ da bu yöndedir. Haliyle, kat mülkiyeti kurulmadan önce yapı faaliyetinde çalışan yapı alacaklıların hakları, kat mülkiyetine geçildikten sonra da her payda hakları varlığını sürdürmeye devam edecektir. Benzer yönde, TMK m. 889 düzenlemesinde, ipotekli taşınmazın bir kısmının bir başkasına devredilmesi veya taşınmazın bölünmesi halinde, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, ipotek, söz konusu taşınmazlara değeri oranında tapu idaresi tarafından re'sen dağıtılacaktır. Kat mülkiyeti kurulumu, KMK m.3 hükmünde ifade edildiği şekliyle, her bağımsız bölüme taşınmazın belli bir payının özgülenmesi suretiyle gerçekleşecektir. Söz konusu taşınmazları satın alacak üçüncü kişilerin de bu şekilde bir rehin yüküyle taşınmazı satın aldıkları kabul edilir³⁶⁹.

(2) İkinci ihtimal olarak, kat mülkiyetinden önce kat irtifakı bulunduğu hali ile taşınmazda ipotek tesis edilmiş olmasıdır. “Bağımsız bölümü sonradan edinen üçüncü kişinin söz konusu rehin yükü ile karşılaştığı durumda nasıl bir yol izlenmesi gerekir?” sorusu gündeme gelir. Burada KMK m.5 düzenlemesine gitmemiz gerekir. Düzenlemede “kat mülkiyeti kurulmasından önce” ifadesi yer almakta olup kat irtifakının varlığına ilişkin bir açıklama yer almamaktadır³⁷⁰. Bu durumda, kat irtifakı kurulmuş bir taşınmaz da olsa, kat mülkiyeti tesisisi öncesinde ipotek tesisi söz konusu olursa, kat mülkiyeti kurulmasından sonra da ipotek hakları devam eder. Kat irtifakı

³⁶⁸ Taşınmazların bölünmesinde rehnin taşınması veya paylaştırılması MADDE 60 – (1) Taşınmazların bölünmesinde, rehin hakları yeni taşınmazların tamamına aynen nakledilir. Bu durumda, yeni oluşan taşınmazların kütük sayfalarının düşünceler sütununda, rehinlerin birbirleriyle bağlantıları belirtilir ve taşınmazın bölünmesi ile rehnin taşınması alacaklılara hemen bildirilir. (2) Taşınmazların bölünmesi sırasında, rehnin ayrılan parçaların kıymeti oranında veya farklı oranlarda paylaştırılması istenilirse; taraflar arasında sözleşme varsa sözleşme hükümlerine, rehin alacaklısının onayının bulunması hâlinde ise bu onaya göre rehin hakları oluşan taşınmazlara nakledilir.

³⁶⁹ Bu görüşün şahsi talep görüşünü kabul edenlerin fikriyle çelişmeyeceği çünkü söz konusu tartışmanın ipotek tesisinden önce üçüncü kişiye ileri sürülebilirlikle alakalı olduğu burada ise zaten tescil edilmiş bir ipoteğin yüklü taşınmazlar arasındaki bölüştürme işlemi olduğu yönündeki açıklama için ayrıca bkz. Güleş, a.g.e., s. 133.

³⁷⁰ Güleş, a.g.e., s. 133.

mevcut iken kurulan ipotek, kat irtifakı kurulduktan sonra da her bağımsız bölüme pay oranında intikal eder.

Kanuni ipotek hakkına konu yapı faaliyetinin ortak alanlarda gerçekleştirilmesi halinde ise, KMK. m. 20/1-b düzenlemesine bakmamız gerekir. İlgili hükümde, ortak yerler için gerçekleştirilen yapı giderinden bütün malikler arsa payı oranında sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda kanuni ipotek hakkı da bütün taşınmazlar üzerinde kurularak ipotek bedelinin kat maliklerinin payları oranında paylaşılması gerektiği sonucu çıkar. Her bir malik borcun tamamından değil, payı oranında sorumlu olacaktır.

B. Üzerinde Yapı Alacaklısı İpoteği Tesisi Tartışmalı Olan Taşınmazlar

Üzerinde yapı faaliyeti gerçekleştirilen bir taşınmazın niteliğinden kaynaklı bir kısım özel hallerde yapı alacaklısı ipoteği tesisi mümkün olmamaktadır. Bu özellik arz eden durumların doktrin ve yargı uygulamalarındaki tartışma noktalarına da yer vererek temel başlıklarda inceleyeceğiz. Daha detaylı olan durumları ise çalışmada başlık yoğunluğu oluşturmamak adına bölümlerin dipnotlarında açıklamakla sınırlı tutmayı tercih ediyoruz.

Kamunun yararlanması için ayrılmış³⁷¹ ve özel mülkiyete tabi olmayan taşınmazlar³⁷² tapu siciline kaydedilmezler (TMK m.999/1). Kamu mülkiyeti, malların kişi üzerine değil topluma ait olmasıdır. Burada bahse konu mülkiyet tanımı Medeni Kanun anlamında bir mülkiyet değildir.³⁷³ Bu bağlamda İdare hukuku kapsamında kamu malları üzerinde kural olarak sınırlı ayni hak ve rehin hakkı da tesis

³⁷¹ Burada “ayrılan” ifadesini “tahsis edilmiş” olarak anlaşılmaması gerektiği ve tahsis işlemi olmasa da kamunun yararlanmasına açık olmasının yeterli olduğu yönünde bkz. Nomer/Ergüne a.g.e N.371

³⁷² Sahipsiz yerler bu açıdan değerlendirilir. Bu alanlar mahiyeti ve tabiatı itibarıyla kamu yararlanmasına açıktır. Tarıma elverişli olmayan topraklar, kayalar, dağlar, tepeler ile tarıma elverişli olmayan topraklardan çıkan nehir, göl vb gibi kaynaklar örnek olarak verilebilir. Bu alanlar aksi ispatlanmadıkça, kimsenin mülkiyetinde olmayıp özel mülkiyete de konu olamazlar. (tmk 715)Kadastro kanunu m.17; m.33/3) kapsamında imar ve ihya suretiyle tarıma elverişli hale getirilmek suretiyle belirli koşullar halinde mülkiyet kazanımının sağlanması imkânı doğabilir. Ormanlar özel mülkiyete elverişli kabul edilmezler dolayısıyla imar ve ihya yoluyla da kazandırıcı zamanaşımı işlemez. Nomer/Ergüne, a.g.e., N. 376 vd.

³⁷³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e N. 1214.

edilemeyecektir. Bunun sonucu olarak yapı alacaklısı ipoteği tescili de talep edilemeyecektir³⁷⁴.

Taşınmaz rehninin teminat fonksiyonundan istifade edilebilmesi ancak icra kanalıyla paraya çevrilmesi mekanizmasının işletilmesi halinde mümkündür. Bu şekilde icra vasıtasıyla paraya çevrilmesi mümkün olmayan taşınmazların üzerinde rehin tesis edilmesinin bir anlamı bulunmamaktadır³⁷⁵. Bunun dışında kamunun özel malları ise incelenmesi gereken bir konu olup tartışmalıdır³⁷⁶.

C. Pay, Bağımsız Bölüm ve Birden Fazla Taşınmaz Üzerinde Yapı Alacaklısının Kanuni İpotek Hakkı

1. Birlikte Mülkiyet Halinde

Medeni Kanun’da birlikte mülkiyet çeşidi olarak iki şekilde mülkiyet düzenlenmiştir. Birden çok sayıda kimse, bir mal üzerindeki mülkiyet hakkında pay (hisse) sahibi olması halinde “paylı mülkiyet” oluşmaktadır. Birden çok kimse aralarındaki ortaklık ilişkisi neticesinde bir mala birlikte malik bulunuyor ise “elbirliği mülkiyet” söz konusu olur³⁷⁷.

³⁷⁴ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.24. Duman, **a.g.e.**, s.192. Bıçakçı, **a.g.m.**, s. 543. Amerika’da kamu malları üzerinde yapı alacaklısı ipoteği kurulabildiği yönünde Bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 24 dp. 17. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında amaca uygun düşmediği için okul binasının, çocuk yuvasının, bölge hastanesinin, çok amaçlı PTT binasının yapı alacaklısı ipoteğine konu olmayacağına karar vermiştir. Kararların ayrıntılı bilgileri için bkz. Oğuz, **a.g.m.**, s.70. İsviçre Medeni Kanun’u m.839’da yapılan değişiklikle idare malları üzerinde yapılan faaliyetler nedeniyle yapı alacaklılarının hakları ayrıca düzenlendiğine yönelik detaylı bilgi için ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e** N. 3485 dn. 344

³⁷⁵ Oğuz, **a.g.m.**, s. 70. Bu anlamda yapı alacaklısı ipoteğinin kurulamamasının sonunda ortaya çıkacak sakıncaların giderilebilmesi adına alacağı güvence altına alabilecek başka teminatlar önerme yükümlülüğüne ilişkin bir kanun düzenlemesi yapılması gerektiği önerisi için ayrıca bakınız Yalçınduran, **a.g.e.**, s. 210.

³⁷⁶ Kamu özel malları üzerinde yapı alacaklısı ipoteği kurulabileceği görüşünde bkz. Reisoğlu **a.g.e.**, .25-26. Aksi yönde bkz. Güleş, **a.g.e.**, s.146.

³⁷⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N.1333. Akipek/Akıntürk/Ateş **a.g.e.**, s. 409; Eren, **Mülkiyet**, s. 125; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 431; Ertaş/Cumalıoğlu/Serdar **a.g.e.**, s. 263 vd.; Esener/Güven, **a.g.e.**, s.188; Sirmen, **a.g.e.**, s. 330.

a. Elbirliğı Mülkiyet Halinde

Elbirliğı ile mülkiyette aralarında ortaklık bağı bulunan kişilerin, bu ortaklıkları neticesinde bir mala birlikte malik olmaları durumudur³⁷⁸. Paylı mülkiyet, öncelikle mülkiyet kaynaklı bir birliktelik söz konusudur. Elbirliğı mülkiyet de ortaklık mülkiyetten önce meydana gelmiş olup mülkiyetin el birliğı ile mülkiyet olmasını sağlayan unsur ortaklıktır³⁷⁹.

Elbirliğı mülkiyetin, paylı mülkiyetten ayrıştığı en temel nokta, yapısını oluşturan topluluk ilişkisinin ancak kanunun öngördüğü şekillerde gerçekleşebilir olmasıdır. Bir başka ifadeyle, elbirliğı mülkiyet ancak hukuk düzeni tarafından açıkça öngörülen hallerde mümkündür. Zira, bu konuda sınırlı sayı ilkesi söz konusudur. Sözleşmeyle böyle bir ilişkinin yaratılması mümkün değildir³⁸⁰.

Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının ortaya çıkabileceği durumlardan biri adi şirketlerdir. Bu durumda ipoteğin tescilini talep hakkının ileri sürülmesinden, paraya çevrilmesi aşamasına kadar olan bütün aşamalarda ortakların birlikte hareket etmesi gerekecektir. Bu halde, bedelin paylaşılması aşamasında öncelikle bir anlaşma olup olmadığına bakılacak, anlaşma sağlanamaması halinde TBK. m. 623'e göre hareket edilecektir³⁸¹.

b. Paylı Mülkiyet Halinde

TMK m. 688'de *“paylı mülkiyete birden çok kimse maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyi tamamına belli paylarla maliktir.”*³⁸² Birden çok kişi söz konusu

³⁷⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 1331.; Nurşin Ayiter, **Türk Medeni Kanunu Ve Borçlar Kanunu'nda Elbirliğı Ortaklıkları**, Ankara, 1961, s.69 vd. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.431.

³⁷⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.1333.

³⁸⁰ Oğuzman/Seliçi /Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 1336; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s.259; Gürsoy/Eren / Cansel, **a.g.e.**, s. 435; Akipek/Akintürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 410; Esener / Güven, 189; Sirmen, **a.g.e.**, s. 331.

³⁸¹ Güleş, **a.g.e.**, s. 59.

³⁸² İsviçre-Türk hukukunda hâkim görüşün paylı mülkiyet konusu eşya üzerinde tek bir mülkiyet hakkı bulunduğu ve bu tek mülkiyete bütün paydaşların sahip olduğu bir başka deyişle mülkiyet hakkının paydaşlar arasında bölünmesinin söz konusu olmadığı yönünde görüşler için ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.1219 dn. 197.

mülkiyetin bir payına (hissesine) sahip olmaktadır³⁸³. Her paydaş söz konusu eşyanın her yerinde hak sahibidir³⁸⁴.

Paylı mülkiyet konusu taşınmaz üzerinde, kanundan doğan rehin türü olarak yapı alacaklısı ipoteğinin konulabileceği konusunda görüş birliği vardır³⁸⁵. Ancak bu hakkın nasıl kullanılacağı hususu tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi ve hâkim görüşe göre, yapı alacaklısının taşınmazın tamamını veya mülkiyet payını alacağın miktarına göre pay oranında seçimlik hakkı bulunmaktadır³⁸⁶. Ancak diğer görüşe göre ise, taşınmaz üzerinde rehin yoksa rehin yükü derhal paydaşlar üzerinde dağıtılması gerektir. Bu görüşteki yazarlar, yapı alacaklısının seçim hakkı bulunmadığını kabul ederler³⁸⁷.

Paylı mülkiyetin özel görünüm hallerinden biri de devre mülk sözleşmeleridir³⁸⁸. Devre mülk, esas itibarıyla taşınmazda paylı mülkiyete sahip kimselerin belirli devrelerde taşınmazdan yararlanmalarını sağlayan bir mülkiyet şekli

³⁸³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir N. **a.g.e.**, 1223

³⁸⁴ Eren, **Mülkiyet Hukuku**, s.87.

³⁸⁵ Oğuz, **a.g.m.**, s.72.

³⁸⁶ Naklen: Oğuz, **a.g.m.**, s.72 BGE 126 III 462 tarihli kararda, yapı alacaklısı, pay veya taşınmazın icra kanalıyla paraya çevrilmesi durumunda muhtemel ihale bedeline göre bu hakkını kullanacağı, taşınmazın paraya çevrilmesi durumunda ortaya çıkacak bedel eğer payın paraya çevrilmesi neticesinde ortaya çıkacak bedele göre düşük kalması ihtimalinde payın tamamı üzerinde değil, yalnızca pay üzerinde talep hakkını kullanacağı yönünde bkz: Oğuz, **a.g.m.**, s.73. Bu şekilde bir dava açılması halinde paydaşlar arasında zorunlu dava arkadaşlığı vardır.

³⁸⁷ Yapı faaliyeti neticesinde ortaya çıkan değer artışı paydaşlar açısından söz konusu değerın paylarına düşen miktarıyla sınırlıdır. Bu halde değerden istifade etmeyen paydaşın ipotek yükümlüsü olarak sorumlu tutulmasının kanunun amacına uygun olmayacaktır. Kanun koyucunun TMK. m. 694/1’de paydaşların ortaklık borçlarından payları oranında sorumlu olduklarına ilişkin müteselsil sorumluluk halinin bu duruma da uygulanması gerektiği tartışma için bkz. Oğuz, **a.g.m.**, s.73. “Bir paydaş, yetkisi çerçevesinde MK. m.690/f.1 uyarınca yaptırdığı küçük onarım giderlerinde diğer paydaş düşen payı talep edebilir.” Ancak kanunda “payları oranında gider payını ödemekle yükümlü kılındığı yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N.1286. Ancak yazar bu şekilde yapı alacaklısının alacağını elde etmesin durumunu güçsüzleştireceği düşüncesiyle seçimlik hakkı kabul etmektedir. Eğer yapı faaliyeti taşınmazın bütününe değil, yalnızca payın değerinde artış oluşturması halinde yapı alacaklısı ipoteğinin payla sınırlandırılması ancak anlaşmanın tapu siciline şerh edilmesi halinde mümkün olabileceği yönünde bkz. MK. m 689/2, Oğuz, **a.g.m.**, s.73.

³⁸⁸ Paylı mülkiyete tabi taşınmazlardan paydaşların zamana göre düzenleme sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme olduğu yönünde Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.2510.

olarak karşımıza çıkar³⁸⁹. Paylı mülkiyette payın rehnedilebilir ve haczedilebilir özelliği burada da aynı şekilde geçerlidir³⁹⁰.

Yapı faaliyetinin taşınmazın bütününe ilgilendiren bir alanında ya da yalnızca paydaşlardan birini ilgilendiren özel bir alanda yapılmış olma durumu ortaya çıkabilir. Bu halde gerçekleştirilen yapı faaliyetinin taşınmazın bütününe kapsamı gerekir mi? Taşınmazın belirli bir bölümü için yapılan inşai faaliyet nasıl değerlendirilecektir? Taşınmazın bütününe ilgilendiren bir yapı faaliyetinin bulunması halinde, bütün paydaşların katlanması gerekli olan masraf için yapı alacaklısı ipoteği kurulması mümkündür. Ancak yapı işinin paylardan yalnızca bir pay sahibine özgülenen kısmı ile ilgili olması halinde ise yapı alacaklısının, ilgili pay ile sınırlı olmak üzere ipotek talebini yöneltebileceği kabul edilecektir³⁹¹. Paydaşın sadece kendi payını rehnedebilmesi mümkündür. Paylı taşınmazın bütününde rehin kurulmuş olması halinde paydaşlar, taşınmazın tamamı üzerinde benzer bir ipotek kuramaz. (TMK. m. 692/II)

Burada üzerinde durulması gereken bir nokta ise, yaptırılan onarım için ödenecek borç üzerinde yapı alacaklısı ipoteği hakkının her paydaşın paylı mülkiyete katılımı halindeki önceki borçlardan sorumlu tutulup tutulmayacağı hususudur. Bu borç eşyaya bağlı borç olarak kabul edilirse, paydaşın kendisinden önceki malik zamanında veya paylı mülkiyetten ayrılmasından sonraki giderlere katılma yükümlülüğü olmayacaktır³⁹².

Paylı mülkiyete tabi bir taşınmaz üzerinde yapı alacaklısı ipoteği, her mülkiyet payı için sadece kendisi bakımından meydana gelen artış payı oranında ipotek yükü

³⁸⁹ Söz konusu hak her ne kadar, kat mülkiyeti kanunu 57 vd. Maddelerinde düzenlenmekte ise de bağımsız binaların da devre mülke konu olabilecek olması sebebiyle ayrı bir kanunda düzenlenmesi gerektiği yönünde eleştiri için ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N 2512.

³⁹⁰ Borcun ödenmemesi halinde pay icra yoluyla satılması halinde paya özgülenen yararlanma hakkı da alıcıya geçer. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir N. 2547.

³⁹¹ Bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 433; Sirmen, **a.g.e.**, s.276; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 393; Esener/Güven, **a.g.e.**, s.184; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 240; Güleş, **a.g.e.**, s. 128. Y. 2.HD. 26.9.1974, 4478/5283 (YKD. 1975/1, s. 82)

³⁹² Yaygınlaşan eşyaya bağlı bir borç görüşünde masrafın kendi mülkiyeti zamanında yapılmamış olan sonraki malike başvurulmasının mümkün olduğu yönünde bkz. Eren, **Mülkiyet Hukuku**, Ankara, 2011, s.112. Sirmen, **a.g.e.**, s.112. Aksi görüşte bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 1287.

yüklenebilecektir. İsviçre Federal Mahkemesi’de, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini, yalnızca üzerinde yapılan yapı işi ile meydana gelen değer artışıyla ilişkili olarak belli bir taşınmaz üzerinde yapılabileceğini ve bu sebeple toplu rehin şeklinde ipotek tesisinin mümkün olmadığını belirtmiştir³⁹³.

Peki paylı rehin yükünün taşınmazlar arasında dağıtımı nasıl olacaktır? Bu sorunun cevabı için TMK. m.855/f. 2’ye gitmemiz gerekir. Paylı rehin kurulurken taşınmazların her birinin alacağın ne kadarı için teminat oluşturulacağını belirtilmesi gerekmektedir. Hâkim görüşe göre, TMK m. 855/III uyarınca taşınmazların her birinin ne miktar için teminat oluşturacağını belirtilmemesi halinde, tapu idaresi tarafından rehin miktarını taşınmazların değeri oranında re’sen dağıtılacağı kabul edilmektedir³⁹⁴. TMK m. 873 f.3 uyarınca paylı rehinin paraya çevrilmesi aşamasında rehin alacaklısının paraya çevirme talebinin taşınmazların tamamına karşı yönelmesi gerekecektir. Paylı rehinde taşınmazların tamamı paraya çevrilmektedir. Çünkü paylı rehinde rehin yükü taşınmazlar arasında bölünmüştür. Her taşınmaz yalnızca kendisi için belirlenmiş olan miktar ile orantılı olarak sorumludur³⁹⁵.

³⁹³ Özer, **a.g.t.**, s.33

³⁹⁴ TST m.32/f.1./b.c’de her bir taşınmazın ne miktar için rehin yükü tesis edildiği istemde bulunanlarca belirtilmemesi halinde istem reddedilmelidir. Uygulamada ise durum karmaşıktır. Türk hukukunda açık bir düzenleme bulunmamakta olup İsviçre tapu sicil tüzüğüne paylı rehin tescili ile ilgili 113. Maddesinin 2.fıkrası kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. ÖZER, **a.g.t.**, s.40. Vd.

³⁹⁵ Özer, **a.g.t.**, s.33.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKININ TESCİLİ

I. YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKININ TESCİLİNE İLİŞKİN ŞARTLAR

TMK. m. 895/I'de “*zanaatkarların ve yüklenicilerin kanuni ipotek hakları, çalışmayı veya malzeme vermeyi yükledikleri andan başlayarak tapu kütüğüne tescil olunabilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Yapı alacaklısı ipoteği tescile bağlı bir kanuni ipotek türü olup yapı faaliyetinden doğan alacağını güvence altına almak için tescil talebinde bulunması şarttır³⁹⁶. Bu talep hakkının oluşabilmesi için ise bir kısım koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir³⁹⁷. Bunlar, yapı faaliyetinden kaynaklanan bir alacağın bulunması (1), kanunda belirlenen yasal süre içinde tescil talebinin yapılmış olması (2), alacağın çekişmesiz olması (3) ve malik tarafından yeterli güvence gösterilmemiş olması (4) dır. Aşağıda bu kısımlar tek tek incelenecektir.

A. Bir Yapı Alacağının Mevcut Olması

Yapı alacağı ise yalnız emek veya emek ve malzeme ile inşaata katkıda bulunma neticesinde ortaya çıkan alacaktır³⁹⁸. Yapı alacaklısı ipoteği, taşınmaz üzerinde gerçekleştirilen yapı faaliyetinde ve diğer işlerde malzeme ve emek ya da sadece emek sarf eden yüklenici ve zanaatkarların alacak haklarının korunmasını amaçlar. Bu sebeple, kanun koyucu, eser sözleşmesi kapsamında iş gören kişilere bu sağladıkları değer fazlalığının karşılığında alacaklarının teminat altına alınması için ipotek hakkı tanımıştır³⁹⁹.

³⁹⁶ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.799; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3497.

³⁹⁷ Yargıtay 15HD., 19.11.2014, 4356/6677 tarihli kararında şartlar şu şekilde sayılmıştır. “Anılan maddelere göre yapı ipoteğinin yasal koşullarını, a- bir yapı alacağının mevcut olması, b-alacağın çekişmeli olmaması, yani alacağın taşınmaz maliki tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması-malik tarafından yeterli güvencenin gösterilmemiş olması, d-yüklenilen işin tamamlanmasından itibaren en geç 3 ay içinde tescil talebinde bulunulması olarak saymak mümkündür.

³⁹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3491. İş ve taşınmaz arasındaki fiziksel bağ gerektiği şartının kalktığı ve proje ve şantiye bağlılığının yeterli olduğu yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3491 dn. 355.

³⁹⁹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.842; Kocabaş, **a.g.m.**, s.84. Reisoğlu, yapı alacaklısı ipoteği hakkını kabul edebilmek, inşaat ve inşaat yürütülen yapı faaliyetinin taşınmazın değerinin yükseltmesinin şart

Yapı alacaklısı, bir yapı alacağı olan kimsedir. Burada terminolojik olarak kavram belirlenirken yapı üzerinden mi yoksa yapıya emek veren kimse üzerinden mi tanımlanacağı hususu esasen bir isimlendirme tartışmasıdır. Öğretide söz konusu hak, ağırlıklı olarak yapı alacağı üzerinden incelenirken yapı alacağında “değer artışı” aranıp aranmayacağı tartışılmıştır⁴⁰⁰. Bir görüşe göre, inşaata yapılan işle ilgili alacağının yapı alacağı olup olmadığı incelemesi yapılırken emek veya emek ve malzemenin inşaatta bir değer artışı yaratması gerekir⁴⁰¹. Diğer bir görüşteki yazarlar ise değer artışı aranmasının gerekli olmadığını kabul ederler⁴⁰². Yazarlar, ipotek alacaklısının belirlenmesine yönelik yapılan incelemenin talepte bulunma hakkının taşınmaz üzerinde oluşturduğu artı değer ile sert bir şekilde sınırlandırılmamıştır. Doğrudan artı değer oluşturmaya bile artı değer oluşturan faaliyetleri destekleyen yahut gerçekleşmesini sağlayan “diğer faaliyetler”⁴⁰³ ile de yapı alacaklısı sıfatının

olmadığı, değer artışının ancak öncelik hakkının kullanılmasında önem arz etmektedir. Aksi yönde, emek veya emek ve malzemenin taşınmaz üzerinde mutlaka değer artışı yaratmış olması gerektiği düşüncesinde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.3496.

⁴⁰⁰ Yıkım, montaj ve yapı kazısını güvenliğe alma gibi inşai faaliyetlerin yapıya doğrudan bir değer artışı oluşturmaması nedeniyle inşaatın yapılması için gereken yapı faaliyetlerinin bu kapsama dahil edilip edilmeyeceği öğretide tartışılmıştır. Ancak 11 Aralık 2009 tarihli İsviçre Medeni Kanun’u değişikliğinde iMK. 837 maddesinin I. Fıkrasının 3. Bendinde yapının yapımı, yıkımı, montajı, yapı kazısının güvenliğe alma ve benzeri işler yapı alacağı kapsamına dahil edilmiştir. Sirmen, **a.g.e.**, s. 629 dn. 335. İsviçre hukukunda kanun değişikliği neticesinde inşaatta fiziksel varlık aranması şartı ortadan kalktığı ve bu doğrultuda federal mahkemenin mimarın proje alacağı ve iskele kurmanın inşaat alacağı sayılmayacağı yönündeki kararlarının devre dışı kaldığı yönünde değerlendirme için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3491 dn. 356.

⁴⁰¹ Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 289; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3491; Naklen: Oğuz, **a.g.m.**, s. 63. İsviçre Federal Mahkemesi’nin geçmişte vermiş olduğu bu yönde kararları BGE 103 II 35. Görüş değişikliği yönünde bkz. dn. 112. Yargıtay aynı konuda bir kararında “Bu hükümler ile bir taşınmaz üzerinde yapılan kalıcı nitelikteki bir yapıya malzeme ve emek vererek veya sadece emek vererek katkıda bulunan, bu suretle taşınmaz malikinin malvarlığında değer artışı sağlayan yapı alacaklılarına kanuni ipotek hakkı tanınmıştır.” Yargıtay 15. H.D., E. 2015/5673, K. 2016/2437, T. 21.4.2016; Göka, **a.g.m.**, s.457 dn.12.

⁴⁰² Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.359, dn.169; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.49; Davran, **a.g.e.**, s.59; Çetiner, **a.g.e.**, s.253-254; Kaşak, **a.g.t.**, s.136 vd; Güleş, **a.g.e.**, s. 154-155; Göka, **a.g.m.**, s. 457. Ayrıca, yapı alacaklısı ipoteğinin istenebilmesi için taşınmazın değerini artırmaya uygun olmasının yeterli olduğu somut bir değer artışının ve bunun ispatlanmasının gerekmediği görüşünde Bkz. Göka, **a.g.m.**, s. 457. Dn.12 (naklen, Rainer Schumacher, **Das Bauhandwerkerpfandrecht**, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich, 2011, N. 83.) değer artışı kriterinin, inşaatlardaki yıkım faaliyetleri ve ya iş sahibinin kişisel arzusu için istediği ancak herhangi bir değer artışı sağlamayacak işlerde yapı alacaklısının korumasız bırakmasının kurumun mantığı ile örtüşmediğine ilişkin ayrıca bkz. Kocabaş, **a.g.m.**, s. 88. Doğrudan yapıya değer artışı oluşturmaya bile taşıma ve hazırlık giderleri gibi masraf kalemlerinin de yapı alacaklısı ipoteği korumasına dahil edilmesi yönünde bkz. Bıçakçı, **a.g.m.**, s. 543; Çetiner, **a.g.e.**, s.253-403

⁴⁰³ Diğer faaliyetlerin şantiye organizasyonunun sağlanması, yapı iskelesi kurulması veya temizlik işleri gibi değer faaliyetler, yapı temizliği faaliyetlerinin bu kapsamda kabul edileceği görüşünün hâkim olduğu yönünde bkz. Kocabaş, **a.g.m.**, s.88 vd. Ancak, taşımacılık, inşaat alanı yahut makine ve teçhizatın kiralanması, temizlik işleri, inşaat alanı güvenlik hizmetleri ile standart malzeme temini işleri

kazanılması mümkün kabul edilir.⁴⁰⁴ Bu bağlantının sıkı olması, yapıda açık ve somut olarak ortaya çıkması ve yapıya yönelik gerçekleştirilmesi şartının gerçekleşmesi yeterlidir⁴⁰⁵.

Yapı alacaklısının, alacağını elde edebileceği hukuki korumalardan yoksun bu haliyle hukuki konumu oldukça zayıflamaktadır. Buna ek olarak yapı alacaklılarının alacaklarına kavuşma zamanı da uygulamada işin tamamlanmasından sonraya kalması yapı alacaklılarının alacaklarını tahsil edebilme gücünü azaltarak hukuki statülerini zayıflatmaktadır. Yapı alacaklısının korunma ihtiyacının esasen kaynağının bu olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Yapı alacağını doğuran faaliyet kapsamında yalnızca yapı inşa faaliyeti ile sınırlı olmadığı, onarım ve tamirat işlerinin de dahil edildiği konusunda ise bir tartışma bulunmamaktadır⁴⁰⁶. Doktrinde, taşınmazın çevresine duvar çekilmesi, kaynak suyunu tutma tesisleri yapılması, kanal açma, köprü yapma gibi faaliyetlerin de yapı alacaklısı hakkına konu olacağını kabul etmektedir⁴⁰⁷.

Yapılan iş, sözleşmede kararlaştırılan bedelden daha düşük bir değerde gerçekleşmiş ise (örneğin bahçe yapımı) verilen emek ile taşınmazda değer artışı meydana gelmez ise aynı doğrultuda alacağın tamamı için ipotek talebinde bulunulacaktır⁴⁰⁸.

Sözleşme bedelinin götürü olarak kararlaştırılmadığı hallerde ise inşaatın tamamlanma safhasında ipotek yükü belirlenirken, yüklenicinin masrafı ve hak ettiği ücret esas alınacaktır.⁴⁰⁹ Peki, eser sözleşmesinin feshi halinde ortaya çıkacak olan tazminat alacağı yapı alacaklısı ipoteği korumasından yararlanabilecek midir? Bu konu öğretide tartışılmıştır.

sıkı bir bağlantı oluşturmadığı için ipotekle güvence altına alınamayacağı yönünde bkz. Çetiner, **a.g.e.**, s.254.

⁴⁰⁴ Kocabaş, **a.g.m.**, s. 84.

⁴⁰⁵ Çetiner, **a.g.e.**, s. 254.

⁴⁰⁶ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 50; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 630.; Hüseyin Avni Göktürk, **Türk Medeni Hukuku**, Dördüncü Kitap, Ayni Haklar, Ankara, 1949, s.412.

⁴⁰⁷ Ayan, **a.g.e.**, s. 235; Çabri, **a.g.m.**, s. 382.

⁴⁰⁸ **A.e.**, s. 50.

⁴⁰⁹ **A.e.**, s. 50.

Çünkü yapı alacaklısı ipoteği mahiyeti itibariyle taraflar arasında anlaşmazlıkların ve ödeme güçlüklerinin yaşanması aşamasında gündeme gelmektedir. Bu gelişmelerin olası sonuçlarından biri de tarafların güven ilişkisinin zedelenmesi ve sözleşmenin sona ermesi yoluna başvurmasıdır.

Bir görüş söz konusu alacağın “inşaat için sarf edilen bir alacak olmaması” nedeniyle ipotek konusu edilemeyeceğini kabul etmektedir⁴¹⁰. Tazminat, elde edilememiş bir kazanç, sözleşmenin hayata geçeceği inancıyla yapılan masraflardır. Kanatımızca bu konuda genel ve kesin bir yorum tercihi yerine somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapmak daha uygundur. Taraflar arasındaki sözleşme malikin kusuru nedeniyle sona ermiş veya mücbir sebep, ifa imkansızlığı gibi durumlar ortaya çıkmış olabilir. Kaldı ki, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, yapı alacaklısı ipoteğinin tarafların ödeme güçlüğü yaşadığı ve karşılıklı güven ilişkisinin zedelenmediği zeminlerde gündeme gelmesi daha olasıdır. Bu haliyle, sözleşmeden kaynaklanan alacağını yükleniciden tahsil edememiş olan bir alt yüklenicinin, sözleşmeyi borçlunun temerrüdü neticesinde haklı olarak feshetmesi kanunundan doğan bir hakkını kullanmasıdır. Bu halde, sözleşmeden kaynaklanan alacağını alamayan alt yüklenicinin alacağını alamama riskine karşın inşaata devam etmesine yönelik bir baskı oluşturmak kanun koyucusunun amacına oldukça aykırı bir sonuç doğuracaktır. Götürü bedelli eser sözleşmelerinin feshi halinde, fesih zamanına kadar yapılan işin oranının, sözleşme bedeline oranlanmasıyla elde edilecek bedelin hesaplanarak ipoteğe esas teşkil edecek alacağın hesaplanması kanaatimizce daha uygun olacaktır.

Yapı alacağı devredilmişse, ipotek kurma hakkı alacağa bağlı olarak yeni alacaklıya geçer⁴¹¹ (TBK. m. 189). Yapı alacaklısı ipoteği alacaklının şahsına değil, alacağın mahiyeti gereği tanınmıştır⁴¹².

⁴¹⁰ Wieland, **a.g.e.**, s. 677; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 52.

⁴¹¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3495 BGE 53 II 467) Kanuni ipotek hakkını kapsam dışı tutan alacak devrinin mümkün olmadığı yönünde ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, n. 3495 dn. 366.

⁴¹² Reisoğlu, **a.g.e.**, s.53.

B. Alacağın Çekişmesiz Olması

1. Alacağın Malik Tarafından Kabul Edilmesi

Yapı alacağının tescil edilebilmesi için gereken olumlu şartlardan biri olan alacağın çekişmesiz olması şartı ancak iki halde karşımıza çıkar. Bunlardan biri yapı malikinin alacağı kabul etmesi diğeri ise alacağın mahkeme tarafından ilama bağlanmasıdır. Pratik yaşam içinde, mahkeme dışında malik tarafından alacağın kabul edilmesi yaşanması oldukça düşük bir ihtimal olduğu bir gerçektir. Taşınmaz malikinin bu konuda ikna olmasının zorluğu bir yana, taşınmaz maliki ile borcun tanınması için müzakereler yürütmek, sonuç almak ve üç aylık süre dolmadan tapu sicilinde işlem yapmak için yeterli bir zaman da bulunmamaktadır⁴¹³. Söz konusu başvuru için tapu memuru tarafından incelenme süreci ve olası bir ret halinde kanun yollarına başvuru aşamaları da geçici tescil şerhi için mahkemeye başvurma sürecinden daha zor ve riskli görünmektedir⁴¹⁴.

Kanun koyucu tarafından düzenlenen “malik rızası veya mahkeme kararı” şartının esas kaynağı, hukuki sebep şartıdır. TMK. m 851/c.1’de bir taşınmaz rehninin tapuda belirli bir miktarın tapuda gösterilmesi şartı ile ifade edilen belirlilik ilkesi kaynaklıdır. İlgili maddede alacağın belirsiz olduğu haller için de ipotek imkânı getirilmiştir. Alacağın kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olmadığı hallerde taraflarca en çok ne kadar miktar için teminat belirlenebileceği kararlaştırılır ve bu miktar tapuya tescil edilir⁴¹⁵.

Alacağın malik tarafından kabul edilmesi halinde tescil işlemi kim tarafından yapılabileceği konusunda bir görüşe göre, kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte malikin yapı alacaklısı ile birlikte tapu dairesine giderek tescil talebinde bulunabileceği ve bu şekilde kanuni ipotek hakkının tescilinin sağlanabileceği ifade

⁴¹³ Schumacher, **a.g.e.**, N. 720.

⁴¹⁴ Schumacher, **a.g.e.**, KN. 720.

⁴¹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir **a.g.e.**, n.3205. Bu ana para ipoteği ile üst sınır ipoteği tartışmasının detaylı olarak incelendiği bir karar için bkz. Yargıtay 14 HD 18.6.2006 3260/4870 (E-uyar İçtihat Bankası) <https://app.e-uyar.com/karar/index/a143897b-2968-4442-a632-b61726408146> (çevrimiç)

edilmektedir⁴¹⁶. Bir başka görüş ise, yapı malikinin doğrudan yapı alacaklısı adına tapu dairesine giderek tescil talebinde bulunabileceğini ileri sürmektedir⁴¹⁷.

Peki malikin alacağı kabul etmesi halinde tapuda yapılacak işlemin hukuki niteliği ne olacaktır? Azami miktar tespiti yoluyla ancak geçici tescil şerhi talep edilebilir⁴¹⁸. Eser sözleşmesi götürü bedelli düzenlenmemiş olsa bile malik tahmini bir miktarı kabul edebilir. Tespit edilen bu azami miktar, eser sözleşmesi veya yapı şartnamesi referans alınarak belirleneceği için ileride miktarı belirlenecek olan kesin alacak miktarı ile arasında büyük bir fark oluşturmayacaktır⁴¹⁹.

Burada malik tarafından kabulden ne anlaşılması gerektiği hususu incelenmeye muhtaçtır⁴²⁰. Bahse konu kabul, yapı alacağının “çekişmesiz olması” gerekliliğinin bir sonucudur. Kabul işlemi yazılı şekilde yapılmalıdır⁴²¹. Kanuni ipotek ile güvence altına alınacak olan miktarın malik tarafından kabul edilmesinde hiçbir tehlike bulunmamaktadır⁴²². Zira, burada “kabul” e bağlanan sonuçlar ikrar değildir. Doktrinde ağırlıklı görüş, malikin alacağını kabul etmesi, teknik anlamda bir borç tanınması ve gerçek borcun tespiti anlamına gelmeyeceği yönündedir⁴²³. Taşınmaz maliki tarafından alacağın tanınması, işin değeri ve taşınmaz üzerinde ne kadar miktarda bir rehin yükü teşkil edeceğinin kabulünden ibarettir.⁴²⁴ Bir görüşe göre ise, alacağın malik tarafından kabul edilmesi onu aynı zamanda borçlu sıfatı taşıyor olması halinde mümkün olacağını kabul etmektedir⁴²⁵. Bu halde açık bir borç ikrarı

⁴¹⁶ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 97-98.

⁴¹⁷ Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s. 316. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 1057. Ancak tescili isteme hakkının yapı alacaklısına tanınmış olması nedeniyle bunun mümkün olmayacağı yönünde bizimde katıldığımız aksi görüş için bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 97-98 Aynı yönde Çabri, **a.g.m.**, s.388 dn. 44.

⁴¹⁸ Wieland II, **a.g.e.**, s. 63-64.

⁴¹⁹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.93.

⁴²⁰ Alt yüklenici ve zanaatkarların alacağında asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki ilişkiye bakılır. Burada asıl yüklenicinin alt yüklenicinin alacağını kabul etmesinin yeterli ve gerekli olup olmadığı yönünde ise farklı görüşler olsa da ağırlıklı görüş malikin alacak kabulünün şart olduğu yönündedir. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.94; Çabri, **a.g.m.**, s. 384.

⁴²¹ Duman, **a.g.e.**, s. 192; Güleş, **a.g.e.**, s. 158.

⁴²² Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 93

⁴²³ Yavuz Selim Şener, **Türk Hukukunda İpotek Ve Uygulaması**, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.61; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.799. Üzerinde yapı faaliyeti gerçekleştirilen taşınmazın aile konutu olması durumunda eşin rızası sorunu hakkında bkz. Güleş, **a.g.e.**, s. 166.

⁴²⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, n.3499; Sirmen, **a.g.e.**, s. 630.

⁴²⁵ Malikin üçüncü kişi konumunda olduğu yani borçlu sıfatı taşımadığı durumlarda alacağı tanınması her zaman ipotek yükünü tanınması anlamına geldiği yönünde ayrıca bkz. Çetiner, **a.g.e.** s.257 dn 714.

aranmayacağı TBK m.154/b.1'e kıyasen malikin kendisine tutarı bildirilen alacağa ilişkin kısmi ödemede bulunmuş olması, temerrüde bağlı olarak gecikme faizi ödemesi yapmış olması, ayrı bir güvence olarak rehin vermiş veya kefil göstermiş olması gibi alacağın kabulü anlamına gelebilecek davranışlarda bulunmasını yeterli görmüştür⁴²⁶. Ancak yazılı kabulün bulunmadığı hallerde tescil talebi aşamasında TMK. m. 1015 uyarınca belgeleme zorunluluğunun şart olduğunda bir tartışma yoktur. Haliyle uygulamada tapu memurları malikin rızası veya mahkeme kararı olmaması halinde tescilden kaçınımları olasıdır⁴²⁷.

Kabul işlemi, her yapı alacaklısının tescil talebi için ayrı ayrı aranır. Çünkü asıl yüklenicinin yapı alacaklısı ipoteği hakkı, alt yüklenicinin ipotek hakkından ayrı ve bağımsızdır. Eğer asıl yüklenicinin alacağı malik tarafından kabul edilmiş olması veya mahkemece karara bağlanması halinde bu alt yüklenici ve zanaatkarlar için geçerli olmamaktadır⁴²⁸.

Üç aylık hak düşürücü süre, alacağın malik tarafından kabul edilmesi aşamasında da geçerlidir. Üç aylık sürenin dolması durumunda kanuni ipotek tesis edilmesi söz konusu değildir. Çünkü, rehin hakkı sahibi üçüncü kişilerin korunması amacı gözetilmiştir⁴²⁹. Malikin alacağın varlığını kabul etmediği durumda yapı alacaklısı, kanuni ipotek hakkının tescili için dava yoluna gidecektir.

Belirli bir alacağın malik tarafından kabul edilmiş olması halinde kurulacak olan kanuni ipotek anapara ipoteği olup kapsamı MK. m. 875'e göre belirlenecektir⁴³⁰. Ancak, işin tamamlanmasından önce de ipotek tescil talebinin mümkün olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu aşamada alacak miktarının belirli olup olmaması durumuna göre ana para veya üst sınır ipoteği olarak karşımıza çıkabilecektir. Alacak miktarı belirli olmaması halinde ipotek kurulmasına yönelik alacak tanınması ancak ipotek yükünün tanınması sayılacak olup bu halde ancak üst sınır ipoteği

⁴²⁶ Çetiner, **a.g.e.**, s. 256.

⁴²⁷ Çetiner, **a.g.e.**, s. 256.

⁴²⁸ Göka, **a.g.m.**, s. 465,

⁴²⁹ Köksal-Oruç, **a.g.e.**, s.110; Akipek-Öcal, **a.g.e.**, s.38.

⁴³⁰ Çetiner, **a.g.e.**, s. 256.

mümkündür⁴³¹. Burada ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklardan biri, taraflar arasında alacak miktarının ihtilaflı olması halinde malikin belirli bir ipotek yükü üzerinden tapuda kanuni ipotek kurulmasına rıza açıklamasında bulunması olur. Bu işlem yalnızca ipotek yükünün tanınmasından ibaret olup ihtilaflı alacak miktarının tanınması sayılmayacaktır⁴³².

2. Alacağın Mahkeme Kararıyla Tespit Edilmiş Olması

Yapı alacaklısının alacak talebinin malik tarafından kabul edilmemesi halinde⁴³³ yapı alacaklısı alacağının belirlenmesi için mahkemeye başvurabilir. TMK. m. 895/II uyarınca gerçekleştirilecek bir talep olması halinde açılacak dava tespit davası niteliğindedir⁴³⁴. Ancak mahkemenin tespitine karar vereceği alacağın sözleşmeden doğan gerçek alacak değil, ipoteğin tesciline esas teşkil eden bir miktar olacağı ifade edilmektedir⁴³⁵. Bu sebeple ipoteğin, üst sınır ipoteği şeklinde tescil edilmesi gerekir⁴³⁶. İşin tamamlanmış olduğu hallerde ipoteğe esas teşkil eden miktar tam olarak belirlenebilir hale gelmesi halinde ipotek, ana para ipoteği şeklinde kurulacaktır⁴³⁷. Taşınmazın yük miktarının belirlenmesine yönelik açılacak bu dava, yüklenicinin ücretinin ödenmesine yönelik açabileceği davadan farklıdır⁴³⁸.

⁴³¹ Çetiner, **a.g.e.**, s. 256.

⁴³² Çetiner, **a.g.e.**, s. 257.

⁴³³ Rehin yükünün malik tarafından kabul edilmesi için ilk önce malike başvurma zorunluluğu bulunmadığına ilişkin bkz. Göka, **a.g.m.**, s.470 dp. 73.

⁴³⁴ Akın, **a.g.m.**, s. 758; Bıçakçı, **a.g.m.**, s. 555, Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s.318; Altay/Eskiocak, **a.g.e.**, s.289; Ayan, **a.g.e.**, s.189; Kaşak, **a.g.t.**, s.151; Güleş, **a.g.e.**, s.159; Göka, **a.g.m.**, s. 470. Yapı alacaklısı mahkeme kararına istinaden rehin tescili yapabilecek ise de malikin sonradan sözleşmede yapması gereken edimleri yerine getirmediği ölçüde rehin terkin ve ya teminatın azaltılmasını isteme talebin de bulunmasının mümkün olduğu yönünde bkz. Sirmen, **a.g.e.**, s. 630; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3498; Reisoğlu **a.g.e.**, s.93

⁴³⁵ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 97. Duman, **a.g.m.**, s.192.

⁴³⁶ Altay/Eskiocak, **a.g.e.**, s.289; Şener, **a.g.e.**, s. 62; Güleş, **a.g.e.**, s.159. Bunun objektif dava birleşmesi olacağı yönünde ayrıca bkz. Hakan Pekcanitez, Usul, **Medeni Usul Hukuku**, Cilt II, 15.bası, İstanbul, 2017, s.1092 vd. Ancak haklı olarak aksi görüşte “...yapı alacağının ifası için eda davası açılması halinde alacağın tam miktarı belirlenebilir olacaktır. Bu halde tespit davasını göre mahkemenin alacağın tam miktarını belirleyerek tapu memurunun ana para ipoteği kurabileceği şekilde karar vermesi gerekirken, bir üst sınır belirlemesi doğru olmayacaktır.” Göka, **a.g.m.**, s.470.

⁴³⁷ Altay/Eskiocak, **a.g.e.**, 289; Şener, **a.g.e.**, s.62-63.

⁴³⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3500. Bu nedenle yazar, yük miktarının belirlenmesine yönelik açılan davada, ücret alacağının ödenmesine yönelik açılmış olan davanın bekletici mesele yapılmaması gerektiğini ifade eder.

Peki mahkeme kararı ile alacağın ilama bağlatılması halinde mahkeme ayrıca kesin tescil için de hüküm tesis edecek midir? Yoksa, alacağın tespitine ilişkin mahkeme ilamı ile doğrudan tapu müdürlüğüne başvurularak tescil işleminin yapılabilmesi mümkün müdür?

Mahkeme kararı ile alacağın ilama bağlanmış olması neticesinde, yapı alacaklısı mahkeme kararı ile önce malikin tescil muvafakatini istemesi gerekir mi yoksa doğrudan Tapu Müdürlüğü 'ne başvurabilir mi? Burada usulün uzatılmasının kimseye bir fayda sağlamayacağı ve bu şekilde bir ön koşulun geçerli olmadığı açıktır. Ancak tapu memurunun tescili malike bildirmesi malikin de gerekli görmesi halinde mahkemeye başvurması için gerekli olduğu söylenebilir⁴³⁹.

Taşınmaz maliki aynı zamanda iş sahibi sıfatını taşırsa ve yapı faaliyetini yaptıran kişi asıl yükleniciden alacaklı olması halinde açılacak davada alacağın ifasının talep edilebilmesi de mümkündür⁴⁴⁰. Peki, rehin yükünün tespiti davası ile yapı alacağı bedeline ilişkin eda davası olarak iki ayrı dava açılması mümkün müdür? Bu davaların medeni usul hukuku çerçevesinde açılmasının mümkün olup olmadığı ve çalışma konumuza temas eden yerleri incelenmeye muhtaçtır.

6100 sayılı HMK m. 114/1.h gereğince, dava açacak kişinin dava açmakta hukuki yararının bulunması dava şartıdır⁴⁴¹. Bu şart, “dava konusuna ilişkin genel dava şartlarından biri” olup, davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi ve esas hakkında hüküm verilebilmesi için gerekli olduğundan “olumlu dava şartları” arasında sayılmaktadır⁴⁴².

⁴³⁹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.111.

⁴⁴⁰ Kaşak, **a.g.t.**, s.151. Burada yazar İsviçre Federal Mahkemesinin kararında, alt yüklenici ve zanaatkarların ikame ettikleri davanın tespit davası niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.

⁴⁴¹ Davayı açmakta özel menfaat şartının arandığı yönünde Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3500.

⁴⁴² Yargıtay'ın bu doğrultuda kararları için bkz. YHGK Esas No:2013/436 Karar No:2013/1748 k. Tarihi: 25.12.2013. Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.11.1982 gün ve 1982/7-1874 E., 1982/914 K.; 05.06.1996 gün ve 1996/18-337 E. 1996/542 K.; 10.11.1999 gün ve 1999/1-937 E. 1999/946 K. İle 25.05.2011 gün ve 2011/11-186 E. 2011/352 K. Sayılı kararları) hukuki yarar kavramı için detaylı bilgi için ayrıca bakınız: Merve Usta, **Medeni Usul Hukukunda Tespit Davalarında Hukuki Yarar**, İstanbul Üniversitesi, 2020, 90 Vd.(Çevrimiçi) <https://tez.yok.gov.tr> ET: 23.04.2023

Davacının dava açmakta hukuki yararı olduğunun kabul edilebilmesi için hukuk düzenince kabul edilmiş meşru bir yararı bulunmalıdır. Bu yarar dava açan hak sahibi ile ilgili olmalı ve dava açıldığı sırada mevcudiyetini devam ettirmelidir. Bir kimsenin, hakkına erişmek amacıyla bir mahkeme kararına ihtiyaç duyması halinde hukuki yararının bulunduğu kabul edilir⁴⁴³. Bir mahkeme kararına ihtiyaç yoksa hukuki yarardan da söz edilemez.

Bu bilgiler ışığında, yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının tescilini talep hakkının mahkeme yoluyla talep etmesi halinde durum nasıl değerlendirilecektir?

Bir görüşe göre, yapı alacaklısının hem tespit hem eda davası olarak iki ayrı dava açılması halinde⁴⁴⁴ eda davasının, tespit davasında bekletici mesele yapılması uygun olmayacaktır⁴⁴⁵. Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının tescili için açılan davanın amacı alacağın değil, rehin miktarının veya başka bir deyişle ipotek

⁴⁴³ “Davacının hukuki ilişkinin derhal tespitinde hukuki yararının varlığı için öncelikle, davacının bir hakkı veya hukuki durumunun güncel ve ciddi bir tehditle karşı karşıya olması gerekmektedir. Bu tehdit çoğunlukla davalının davranışları ile ortaya çıkar. Bu tehdidin davacı için bir tehlike oluşturabilmesi, bu tehdit nedeniyle, davacının hukuki durumunun tereddüt içinde olmasına ve bu hususun, davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmasına bağlıdır.” YHGK 01.02.2012 gün ve 2011/10-642 E., 2012/38 K. sayılı kararı

⁴⁴⁴ Yargıtay’ın eda davası açma imkânı varken tespit davası açılmayacağı yönündeki kararı Yargıtay 3. HD., T. 21.05.2012, E. 2012/8408, K. 2012/12747 (Lexpera, 01.04.2023) Aynı yönde, yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının tespiti davası konusunda da benzer şekilde karar veren: İstanbul Anadolu 10. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2018/836 K. 2020/234, T. 10.3.2020. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/adli-yargi-ilk-derece-mahkemeleri/istnblndl-10-asliye-ticaret-mahkemesi-e-2018-836-k-2020-234-t-10-3-2020> “Yine aynı maddeye göre maddi vakalar tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz. Yukarıda belirtildiği üzere, eda davası açma hakkı varken tespit davası açmak için korunmaya değer bir hukuki yararın bulunması gerekmektedir. Dava konusu uyuşmazlığa gelince kanunlarda tespit davası açılacak istisnalardan bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yine dava konusu uyuşmazlığın eda davası olarak açılması her zaman mümkündür. Eda davası açılacak yerde aynı talebin tespit davası olarak açılmasında korunmaya değer güncel bir yarar bulunmamaktadır. ----- bu haliyle; davacının tespit davası açmakta hukuki yararı bulunmadığı anlaşılmakla davanın usulden reddine karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm tesis olunmuştur.”

⁴⁴⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.3500. Göka, **a.g.m.**, s. 470.dn.77. Konya BAM 5.HD 20.02.2019 Tarihli ve 2019/95 E., 2019/103 K. Sayılı kararında: “Somut olayda; alacak davalı iş sahibi-taşınmaz maliki tarafından kabul edilmediğinden davacı alt yüklenicinin yükleniciden olan alacağı konusunda mahkeme ilamı ibraz etmesi gereklidir. Ancak mahkeme ilamı bulunmamaktadır. Bununla birlikte aynı ilk derece mahkemesinde, iş bu davadan önce açılmış ... Esas Sayılı dosyasında, alt yüklenici ile yüklenici arasında görülen alacak davası bulunmaktadır. Mahkemece bu Dava hmk’nın 165. Maddesi gereğince bekletici mesele yapılıp sonucuna göre diğer delillerle birlikte Değerlendirme yapılarak hüküm kurulması gerekirken, alacak konusunda mahkeme ilamı bulunmamasına rağmen yapı alacağının geçici tesciline karar verilmesi doğru olmamıştır.” (Çevrimiçi) Konya Bam 5hd, 20.02.2019, 95/103 (Lexpera Bilgi Bankası) Son Erişim Tarihi: 15.04.2023

teminatının kapsamının belirlenmesidir. Burada belirleyici olan işin objektif değeri değil, genel yüklenici ile alt yüklenici arasında kararlaştırılan ücrettir⁴⁴⁶.

Eda davası içerisinde yer alan tespitin mahkeme kararının kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği hususu da öğretide tartışılmış olup, eda davasında elde edilen hükmün sonraki davalarda esas olacak şekilde kesin hüküm teşkil edeceği fikri benimsenmiştir⁴⁴⁷.

Yapı ipoteği alacaklısının hem tespit davası hem ifa davası açma hakkı olduğunu kabul etmek kanaatimizce kurumun mahiyetine daha uygundur. Çünkü alacaklının, ekonomik koşullara göre, borçlunun ödeme güçlüğü içinde olmasına karşı daha hızlı bir yargılama ile tespit davası açma yoluna gidebilme imkânı hukuki yarar olarak kabul edilmelidir⁴⁴⁸. Alacak talebini ipotek talebi ile sınırlandırmadan, ifa

⁴⁴⁶ BGE 126 III 467 s. 474 (çevrimiçi) http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F126-III-467%3Ade&lang=de&type=show_document ET: 20.04.2023. Kesin tescil davası açan alt yüklenicinin eser sözleşmesinin borçlusu olan asıl yükleniciye karşı ayrıca bir alacak davası açmış olmasının gerekli olmadığı görüşünde ayrıca bkz. Schumacher, *a.g.e.*, KN. 783). Daha açık bir ifadeyle, geçici tescil talepli davanın amacı, tescil hakkının ve somut olayda tescilin koşullarına uygun olup olmadığı ve rehinle güvence altına alınan miktarın teyit edilmesidir. BGE 126 III 467 Alt yüklenicinin, genel yükleniciye karşı olan talebinin nihai sonucundan bağımsız olarak, kararlaştırılan ücretin bir rehin ile güvence altına alınmasını isteme hakkına sahip olduğu yönünde bkz. BGE 126 III 467 F. 475 (çevrimiçi) https://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F126-III-467%3Ade&lang=de&type=show_document ET: 10.06.2024.

⁴⁴⁷ Baki Kuru/Alı Cem Budak, **Tespit Davaları**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 70. Usta, *a.g.t.*, s. 91. Bkz. Çetiner, *a.g.e.*, s.257. Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının tescili davasında tarafların taşınmaz maliki olması zorunludur. Bu halde açılacak tespit davasında yüklenicinin dava ehliyeti olmaması sebebiyle söz konusu davada belirlenecek miktar yükleniciye karşı kesin hüküm teşkil etmeyecektir. Yargıtay 15. HD., E. 2012/4521 K. 2013/3030 T. 09.05.2013 tarihli kararında; “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 TOKİ 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 TOKİ 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 gerekmektedir.”

⁴⁴⁸ Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000, s. 332.;Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 205. Alman Yüksek Mahkemesi de eda davası açılabilcekken uyumsuzluk daha basit bir şekilde tespit davası açılarak çözülebiliyorsa tespit davasının açılabilceği kanaatindedir. Bu konuda bkz. Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım, Nevhis Deren-Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, , *a.g.e.*, S. 204.; Emel Hanağası, **Davada Menfaat**, Ankara,

davası neticesinde icra ve iflas hukuku hükümlerine göre de alacağını talep edebilmek adına ifa davası ikame etmekte hukuki yararı⁴⁴⁹ vardır⁴⁵⁰. Ancak başka bir görüş, ifa davası açma imkânı varken tespit davası açmasında hukuki yararı olmadığı gerekçesiyle tespit davasının reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁵¹.

Tüm bu değerlendirmeler neticesinde katıldığımız görüşe göre, yapı alacaklısı iki ayrı davayı açma hakkına da sahiptir. Ancak bu aşamada ise karşımıza iki ayrı yargılama neticesinde ortaya çıkacak hükmün kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği meselesi üzerinde durulması gereklidir.

Alt yüklenicinin, asıl yüklenici ile arasındaki eser sözleşmesinden kaynaklı alacak talebinin ticaret mahkemesinde görülmesi ve yerel mahkeme tarafından alacağın miktarına yönelik verilecek karar TMK. m. 893 kapsamında da bir kesin hüküm teşkil edecektir⁴⁵². Yapı faaliyetinden kaynaklı alacak çoğunlukla iki tarafın tacir olması nedeniyle, ticaret mahkemesinin görev alanına girmektedir. Alt yüklenici ile asıl yüklenici arasındaki eser sözleşmesinden kaynaklanan eda davası neticesinde belirlenecek olan mahkeme kararı da alacağın belirli hale getirilmesi ihtiyacını karşılayacak bir imkandır. Buna ek olarak, alt yüklenicinin öncelikle sözleşme tarafı olan asıl yükleniciden alacağını talep etmesi ve icra iflas hukuku enstrümanlarını kullanabilmesi için icra kabiliyeti olan bir mahkeme kararına erişmesi şarttır. Kanuni ipotek hakkı talebini ileri süreceği tespit davasında elde edeceği sonuç, davanın tarafı

Yetkin Yayınları, 2009, S. 257. Detaylı Bilgi İçin Bkz. Merve Usta **a.g.e.**, s.91 Dn 272. Benzer yönde Güleş, **a.g.e.**, s. 159.

⁴⁴⁹ Aksi halde, alt yükleniciler açısından tespit davasının tarafı sözleşmeden kaynaklanan alacağının borçlusu olan yükleniciye karşı kesin hüküm teşkil etmesi ve icra iflas hukuku enstrümanları kullanabilmesine engel olma sonucunu doğurur. Bu sonuç da kurumun amacıyla örtüşmeyecektir.

⁴⁵⁰ İşin bitiminden üç ay içinde (bu süre alacağın tespiti için oldukça kısadır) talep edilerek tescil ettirilmesi gereken ipotek tescil isminin (yükümlü taşınmaz maliki açısından eşyaya bağlı borç olarak) uyulmaması halinde, açılacak davanın “tescile zorlama davası” olduğu yönünde bakınız Rona Serozan, **Taşınmaz Rehni**, İÜHFM C. LXIV, S.2, s.301-324, 2006, s.310.

⁴⁵¹ . İstanbul Anadolu 10. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2018/836 K. 2020/234, T. 10.3.2020 tarihli yerel mahkeme kararında, alt yüklenici sözleşme ilişkisinden kaynaklanan inşaatçı ipoteğinin kesin tesciline esas teşkil edecek alacak miktarının tespiti talep edildiği davada dava bakımından öncelikle tespit davasının şartlarının bulunup bulunmadığının değerlendirilerek, dava konusu uyumsuzluğun eda davası açılacak yerde aynı talebin tespit davası olarak açılmasında korunmaya değer güncel bir yarar bulunmaması nedeniyle reddetmiştir.

⁴⁵² Doktrinde eda davası içerisinde yer alan tespitin kesin hüküm etkisine sahip olup olmadığı tartışılmış ve eda hükmü içerisinde yer alan tespitin kesin hüküm etkisinin olduğuna ilişkin görüş geliştiği yönünde bkz. Usta, **a.g.t.**, s. 91.

olmayan asıl yükleniciye başvurma imkânı sağlamayacaktır. Bu durumda, alt yüklenicinin asıl yükleniciye karşı eda davası, taşınmaz maliklerine karşı ise TMK 893/II uyarınca tescil talebini ayrı bir dava ile ikame etmesi yolu daha makul görünmektedir. Bu halde yapı alacaklısı ipoteğinin kesin tescilli davası, ticaret mahkemesinde görülen eser sözleşmesinden kaynaklı alacak davasını bekletici mesele yapacaktır⁴⁵³.

Ancak yapı alacaklılarının açacağı bu şekilde bir davanın kısa sürede sonuçlanması mümkün değildir. Bu sebeple TMK m. 895/II de öngörülen hak düşürücü sürenin sonuna kadar tescillin yapılabilmesi için, yapı alacaklıları, geçici tescil şerhi verilmesi için mahkemeye başvurma imkânı düzenlenmiştir⁴⁵⁴.

C. Malik Tarafından Yeterli Güvence Gösterilmemesi

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin istenebilmesinin olumsuz şartı malikin yeterli güvence göstermemesidir⁴⁵⁵. Eş deyişle, malik yeterli güvence göstererek ipotek hakkının tescilini önleme imkanına sahiptir (TMK.m. 895). Sağlanacak güvence türünü (kefalet, teminat mektubu, alacak tutarının tevdi, taşınır rehni, kıymetli evraka bağlı alacak rehni vb.) belirleme yetkisi malike aittir⁴⁵⁶. Bu teminatın kapsam olarak kanuni ipoteği karşılayacak miktarda olması halinde ancak yeterli olduğu düşünülebilir⁴⁵⁷. Ancak belirtilen güvenceden ne anlaşılması gerektiği önem

⁴⁵³ Benzer yönde; bir önceki kararında dosyanın ilama bağlanması için bekletici mesele yapmamış olması nedeniyle kararı bozulan dosya BAM'a yeniden gelmiştir. Mahkeme, alacak davasının karara çıktığı anlaşılmış olduğundan dosyada bekletici mesele sorunun ortadan kalktığı bu halde davacının talep etmiş olduğu geçici ipotek tescilinin şartlarının oluştuğu yönünde vermiş olduğu kararı için bkz. Konya BAM, 5. HD., E. 2021/806 K. 2021/874 T. 9.6.2021 (çevrimiçi) www.lexpera.com ET: 17.04.2023

⁴⁵⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.3501; Sirmen, **a.g.e.**, s. 725; Çetiner, **a.g.e.**, s. 258.; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 112 vd; Ertaş/Cumalıoğlu/Serdar, **a.g.e.**, N 2701; Velidedeoğlu/Esmer, **a.g.e.**, s.398; Kaşak, **a.g.t.**, s.151. İnce-Akman, **a.g.e.**, s. 1148; Güleş, **a.g.e.**, s. 170-171. Akipek **a.g.e.**, s.247; Uyumaz, **a.g.m.**, s.242-243; Göka, **a.g.m.**, s. 470.

⁴⁵⁵ İsvmk m.839 f.4 = tmk m. 895 f.4. Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s.317; Sirmen, **a.g.e.**, s. 630; Çabri, **a.g.m.**, s.385. Teminatın olumsuz şart olarak kabul eden görüş için bkz. Saymen-Elbir, **a.g.e.**, s. 634. Ancak, burada teminat verilmemesinin ipotek hakkının değil, tescilin olumsuz şartı olduğu yönünde görüş için bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.98.

⁴⁵⁶ Çetiner, **a.g.e.**, s.254.

⁴⁵⁷ Çetiner, **a.g.e.**, s.254.

arz etmektedir⁴⁵⁸. Kanunda teminatın niteliğine ilişkin detaylı bir düzenleme ve sınırlama bulunmamaktadır. Malikin, aynı veya şahsi teminat araçları yolundan herhangi birini kullanabileceği kabul edilmiştir⁴⁵⁹. Örnek olarak, bono, sigorta, banka garantisi, rehin, mevduat uygun olabilir⁴⁶⁰. Teminatın yeterliliğine yönelik bir uyuşmazlık çıkması halinde teminat mahkemece belirlenecektir⁴⁶¹. Malik tarafından sonradan güvence gösterilmesi halinde ipoteğin terkin edilmesi mümkün olduğu genel olarak kabul edilmektedir⁴⁶². Terkine karar verecek olan merci, teminatın miktarını incelemeye yetkili mahkemedir⁴⁶³.

Malikin tescile onay vermemesi veya teminat göstermemesi halinde yapı alacaklısı, mahkemeye başvurarak öncelikle ihtiyati tedbir yoluyla şerh talebinde bulunacağı için malikin göstereceği teminat da 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 395 f.2'nin yollamasıyla m.87 f.1 hükmüne tabidir⁴⁶⁴.

Uygulamada yaygın olarak kullanılan güvence, “kesin ve süresiz” banka teminat mektuplarıdır. Teminatın yetersiz hale dönüşmesi halinde (örnek olarak

⁴⁵⁸ “Mülk sahibi, yeterli güvence sağlaması halinde yapı alacaklısı ipoteğini engelleyebilir. Bu konuda 1. Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe giren versiyon ve eski kanun içtihatları şu şekildedir. İkame teminatın “yeterli” sayılabilmesi için, nitelik ve miktar bakımından yapı alacaklısı ipoteğinin sağlayacağı teminatı sağlayabilmesi şartı aranır (BGE 121 III 445 5A P 447; BGE 110 II 34 E.1B); BGE 97 I 209 e.2 s.215.) Niceliksel olarak, yapı alacaklısı ipoteği, alacaklıya sermaye talebi ve temerrüt faizi sunar. Gecikme faizi zamanla sınırlı değildir, en fazla sözleşmeden doğan faiz için bir sınırlama getirilebilir. Gecikmiş borç faizi ile ilgili ikame teminat, süre ve miktar bakımından sınırlı olmayan teminat sunar (BGE 121 II 445 e. 5a s.447) ancak taraflar teminatın somut içeriği üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkına sahiptirler. “BGE 142 II 738 Erişim Linki: <https://d2949dc635c6a357b8576413b60d58d4bf7efa8d.vetisonline.com/de/doc/claw/97294dcd-38e7-4263-9797-7955dd8fea9e/search/175651262> Son Erişim Tarihi: 01.04.2023 Ancak ipoteğin sadece yapı alacağını teminat alacağı ve yapı alacaklısının faiz ve dava masraflarını teminat kapsamına dahil edilemeyeceği yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., N. 3485 dn. 345.

⁴⁵⁹ Göktürk, a.g.e., S.1049; Reisoğlu, a.g.e., s.99; Tekinay a.g.e., s.86-87; Çetiner, a.g.e., s.254.

⁴⁶⁰ Evrim Kerman. "L'hypothèque Légale Des Artisans Et Entrepreneurs Et L'évolution Législative Du Code Civil Suisse DU 1er Janvier, 2012, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi** 22.3: 1679-1715, s.1691.

⁴⁶¹ Reisoğlu, a.g.e., s.99.

⁴⁶² Oğuman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s.968; Reisoğlu, a.g.e., s.101; Uyumaz, a.g.m., s.245; Çetiner, a.g.e., s. 254.

⁴⁶³ Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s.1126.

⁴⁶⁴ Reisoğlu, a.g.e., s.99 dn.58; Köprülü/Kaneti, a.g.e., s.313 Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s.799; Ayan, a.g.e., s.236 dn.308; Baysal, a.g.m., s.173.

teminat mektubunu veren bankanın TMSF'ye devredilmesi gibi) üç aylık süreye bakılmaksızın, yeni teminatın verilmesi için yeniden üç aylık bir süre işler⁴⁶⁵.

İpotek konusu taşınmazın paraya çevrilmesi halinde ortaya çıkacak olan değerinin, yapı alacaklısının alacağından daha düşük olması halinde, malikin göstermekle yükümlü olacağı teminatın bu miktarla sınırlı olup olmadığı sorusu düşünülebilir. Bu soru, ekonomik krizde artan inşaat maliyetleriyle taşınmaz arzında yaşanacak problemlerde karşı karşıya kalınabilecek bir olasılıktır. Bu şartlar altında yapı alacaklısının, ipotek tescili talebi dışında bir hakkı olmayacaktır. Yapı malikinin bu ipoteğe izin vermek yerine teminat gösterme yolunu tercih etmesi durumunda, taşınmazın değerini aşan bir miktarı depo etmemesi ilk bakışta mantıklı olarak görünüyor olabilir. Fakat, alacağın tamamı için teminat oluşturması amaçlanan bir kurum olan kanuni ipoteğe malikin kendisinin teminat yoluna yönelik seçimlik hakkı ile alacağının tamamını garanti edebilmesi gerekmektedir. Taşınmazın değer kaybetmesi mümkünse de bu diğer teminat yollarına göre daha düşük bir ihtimaldir. Bu sebeple rehinli alacaklı olası değer kayıplarından korunmalıdır⁴⁶⁶.

Malik tarafından gösterilen teminatın, yeterli güvence olması niteliğini sonradan kaybetmesi (depo edilen kıymetli evrakin değerini kaybetmesi, kefilin ödeme güçlüğü yaşaması vb.) halinde yapı alacaklısının yeni teminat talep etme imkanın olup olmadığı incelenmesi gereken bir husustur. Eğer bu durum, işin bitimini takip eden üç ay içinde gerçekleşir ise, yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı yeniden doğacağı için malik yeterli güvence göstermemesi halinde tescil talebi mahkeme yoluyla istenebilir⁴⁶⁷. Ancak, teminatın, teminat olma niteliğinin üç aylık sürenin geçmesinden sonra kaybolması halinde artık yapı alacaklısının kanuni ipoteğinin tescilini isteme hakkına ilişkin süre dolmuş olacaktır. Ancak bu durumda da teminat talebinin mahkemeye yeniden yöneltilebileceği kabul edilmektedir⁴⁶⁸. Çünkü, rehin hakkına karşın daha riskli olan bir teminatı kabul ettirme yönünde baskı oluşturma düzenlemenin amacıyla bağdaşmayacaktır⁴⁶⁹. Taşınmazın değerini kaybetmesi diğer

⁴⁶⁵ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.100.

⁴⁶⁶ Reisoğlu, **a.g.e.** s.100.

⁴⁶⁷ **Ae.**, s.100.

⁴⁶⁸ **Ae.** s. 100.

⁴⁶⁹ **Ae.** s.100.

alternatif teminat araçlarına göre çok daha düşük bir ihtimaldir. Malikin kurumu ortadan kaldıracabilecek güçteki bu imkanının, ipoteğin teminat fonksiyonunu işlevsiz hale getirmesinin önüne geçmek zorunludur.

Peki ipotek borçlusu olan taşınmaz malikinin, teminat göstermek suretiyle tescili engelleyebilme imkanının yanı sıra tescil edilmiş olan kanuni ipoteğin terkinini talep etme hakkı var mıdır? Hâkim görüş, yapı alacağını teminat altına alınması konusunda malike seçim hakkı sunan kanuni düzenlemenin doğal bir sonucu olarak, terkin talebi hakkına sahip olacağı yönündedir⁴⁷⁰. Olumsuz şart olarak kabul edilen “malikin yeterli güvence göstermemesi” şartına yönelik yapı alacaklısının böyle bir ispat yükü bulunmamaktadır. Çünkü olmayan bir şeyin ispatı mümkün değildir. Borcun tanındığına veya kabul edildiğine yönelik bir belge olmayışı malikin yeterli güvence göstermemesine karine teşkil edecektir.

D. Tescilin Süresi İçerisinde Yapılmış Olması

Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkını kullanabilmesi ancak belirli bir süre içerisinde kanunda belirtilen gerekli şartların sağlanması halinde mümkündür. Kanun koyucu tescil talebinin yapılmasına yönelik zaman dilimi için iki ayrı hüküm tesis etmiştir.

Kanunda düzenlenen ilk süre, yüklenici ve zanaatkarların ipotek hakkının tescili talebini işe başladıkları andan itibaren isteyebileceklerine ilişkindir. Bu kişilerin işe başlama tarihini beklemelerine gerek yoktur⁴⁷¹. Vekaletsiz iş görme halinde kanuni ipotek talebi, işin görülmeye başlandığı andan itibaren talep edilebilir. Caiz olmayan vekaletsiz iş görmede ise iş sahibinin onay verdiği andan itibaren talebi mümkündür⁴⁷².

⁴⁷⁰ **Ae.** s.101.

⁴⁷¹ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1104. Yapı ipoteğinin ancak yüklenilen işin fiilen tamamlanması halinde istenebileceği aksi görüşte bkz. Helvacı, **a.g.e.**, s. 383. İşe başlanmadan ipotek talep edilebileceği düşüncesinin teorik olduğu eleştirisi için ayrıca bkz. Kurt, **a.g.m.**, s. 230.

⁴⁷² İşe onay verme iş sahibinin tek taraflı beyanı ile gerçekleştirildiği düşünüldüğünde iradenin iş sahibine ulaşması anı esas alınacağı yönünde bkz. Güleş, **a.g.e.**, s. 163, Gümüş II, **a.g.e.**, s. 241.

Kanunda belirlenen ikinci süre ise, TMK m. 895/II’de tescilin yapılması için öngörülen azami süredir. Süreye bağlı olan tescil istemi yapı alacaklılarının çalışmayı veya malzeme vermeyi yükledikleri andan itibaren kullanabilir ve işlerin bitiminden itibaren üç ay içinde yapılabilir⁴⁷³. Bir başka ifadeyle, hâkim görüş tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak en geç üç ay içinde yapılmış olması gerektiği yönündedir⁴⁷⁴. Bu süre hiçbir şekilde değiştirilemez. Bu süre niteliği gereği hak düşürücü süredir⁴⁷⁵. Dolayısıyla tapu memuru veya mahkemeye başvurulması halinde ise hâkim tescilin süresi içinde yapılıp yapılmadığını resen incelemek zorundadır⁴⁷⁶.

Örneğin, sürenin son günün Cumartesi’ye denk geldiğini düşünelim. Süre, takip eden pazartesi günü sona erer⁴⁷⁷. İsviçre’de ZBG Art. 839 2’de düzenlenen hüküm üç aylık süre konusunda çok katıdır. Ancak Fransız hukukunda “tescil talebinin” üç aylık süre içerisinde yapılmış olması yeterli kabul edilmektedir⁴⁷⁸. Başvuran kişinin veya avukatının üç aylık sürenin başlangıcı ve sonu hakkında hâkime bilgi vermesi ve durumun aciliyet derecesini bildirerek dikkat çekmesi tavsiye edilmiştir⁴⁷⁹. Kalan süre ne kadar kısa ise yüklenicinin ve avukatının yerine getirmesi gereken özen borcu o kadar fazla olacaktır. Talebin yetkili hâkime zamanında ulaştığı, hâkimin geçici tescil şerhi kararının derhal vermesi ve süre dolmadan tapu siciline ulaşmasının sağlanmasından emin olması gerekmektedir. Burada gerekirse, yüklenici veya avukatının hâkime bizzat ulaştırması ve mahkeme tarafından derhal tapuya

⁴⁷³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3497; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.800-801; Sirmen, **a.g.e.**, s.646; Ercoşkun-Erol, **a.g.m.**, s.386. İsviçre MK m. 839’da yapılan değişiklikle birlikte bu sürenin dört aya çıkarıldığına ilişkin ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.3474, 3476.

⁴⁷⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, n. 3497; Çetiner, **a.g.e.**, s. 256. Yargıtay, intikal eden bir uyuşmazlıkta, işin tesliminden itibaren dava açılmaması ve geçici tescil talebinde bulunulmaması halinde, alt yüklenicinin yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteyemeyeceğini karar vermiştir. Bkz. Y. 15. HD., E.2006/6606, K.2008/960, T.18.02.2008. Benzer şekilde “üç ay içinde istenmelidir” ifadesi için bkz. Aydın Aybay/ Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, 1981, s.193. Süre içinde dava sonuçlandırılmamış ise aynı süre içerisinde süre uzatımının tescilini sağlanması gerektiği değerlendirilmesi için ayrıca bkz. Çetiner, **a.g.e.**, s. 258.

⁴⁷⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 1126; Uyumaz, **a.g.m.**, s. 246; Duman, **a.g.e.**, s.193; Sirmen, **a.g.e.**, 632; Güleş, **a.g.e.**, s. 163.Wieland, **a.g.e.**, s. 685; Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s. 230; Bıçakçı, **a.g.e.**, s. 553.

⁴⁷⁶ Kurt, **a.g.m.**, s. 231.

⁴⁷⁷ Üç aylık sürenin en az 89 en fazla 94 gün olabileceği yönündeki hesaplama için bkz. Schumacher, N. 696.

⁴⁷⁸ Schumacher, **a.g.e.**, N. 697.

⁴⁷⁹ Bazı kanton içtihatlarında, hâkimin ilgilinin başvurusuna dahi gerek kalmadan geçici tescil şerhi kararı verdiği yönünde bkz. Schumacher, **a.g.e.**, N. 724.

ulaşmasının sağlanması gerekmektedir⁴⁸⁰. Yüklenicinin süreye uymaması neticesinde hak kaybına uğramasının, hâkimin bilgi eksikliğinden kaynaklanmaması halinde hâkim zarardan sorumlu tutulması mümkün olmayacak ve yüklenici zor durumda kalacaktır⁴⁸¹.

Yüklenici, işe başladıkları günden itibaren kanuni ipotek hakkını tapu siciline kaydettirme hakkına sahiptir ve eser sözleşmesinin imzalanması yeterli olup fiilen inşaata başlanmış olması şartı aranmaz⁴⁸².

Burada öngörülmüş iki farklı süre olduğu yukarıda ifade edilmiştir. İlk süre tanımı, TMK. m. 895/I’de tescil talebinin en erken ne zaman ileri sürülebileceğini düzenlenmiş olup eser sözleşmesinin imzalanması genel olarak yeterli görülmektedir⁴⁸³. Burada fiilen işe başlama tarihinin esas alınmamasının sebebi daha erken tescil imkânı sayesinde sonradan yöneltile ihtimali olan rehinlere karşı da alacaklıyı koruma düşüncesidir⁴⁸⁴.

Kanun maddesinde düzenlenen ikinci süre ise tescili talep süresinin sona erme zamanını düzenlemektedir⁴⁸⁵. Süre, (yapı işlerinin tamamlanması olarak belirtilen zaman dilimi) yapının tamamının tamamlanması demek olmayıp, her bir yapı alacaklısının kendi üstlendiği bölümü bitirmesi halinde yapının geri kalanının

⁴⁸⁰ Schumacher **a.g.e.**, kn. 725. Yazar, İşlemlerin posta yoluyla yapılması halinde risk yükleniciye ait olacağı kabul edilmesi gerektiği ifade etmektedir. Bir başka şekilde, İsviçre Hukukunda GBV Art 13 uyarınca acil durumlarda resmî kurumlar ve mahkemelerin tapu memurluğundan telefon veya elektronik yollarla tescil talep edebildiğine ilişkin ayrıca bakınız: Kaşak, **a.g.t.**, s. 152.

⁴⁸¹ Örneğin, perşembe günü hâkime ulaşan talebi çarşamba günü sunan kimse, pazartesi günü sona erecek sürenin riskini almış sayılabilir. Yüklenici talebinden açıkça parsel numarası bulunmaması, gerekli bilgilerin hâkim tarafından elde etmesi gerekip yeterli sürenin bulunmadığı olayda mahkeme üç aylık sürenin neredeyse son gününe kadar başvurunun beklendiği, gerekli belgelerin teslim edilmediği nedeniyle kendi kusuru nedeniyle iddiasını kaybettiğine yönelik verilen karar için bkz. Schumacher, **a.g.e.**, KN. 732. Burada “makul süre” değerlendirmesi kanaatimizce adil yargılanma ilkesi çerçevesinde uygun olacaktır. Zira alacağını yaklaşık olarak ispat etmeye çalışan yüklenicinin delil tespiti yaptırma süresi de gözetilmelidir.

⁴⁸² Reisoğlu, **a.g.e.**, s.83.

⁴⁸³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir N. 3503;

⁴⁸⁴ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.1057; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.83; Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s.764. Davran, **a.g.e.**, s. 60; Aybay/Hatemî **a.g.e.**, s.194.

⁴⁸⁵ Teslim tarihinin kesin olarak belirlenmesi gerektiği, eser sözleşmesinde diğer sözleşmeden farklı olarak teslim hukuki eylem olarak kabul edildiğinden tanık dahil her türlü delil ile kanıtlanabileceği yönünde istinaf mahkemesi kararı. (çevirimiçi)

İstanbul Bam 15. Hukuk Dairesi, 18.12.2019 Tarihli Ve 2019/2074 E., 2019/1578 K. Sayılı Kararı Son Erişim Tarihi 17.04.2023

tamamlanmasını beklemeden bu andan itibariyle üç ay içerisinde kanuni ipotek hakkının tescilini talep edebileceği kabul edilir⁴⁸⁶.

Burada işin tamamlanmasından ne anlaşılması gerektiği ve yüklenicinin sözleşmeye göre belirlenen kısmı tamamlanmaması durumunda hakkın talep edilebilirliği incelenmesi gereken bir husustur. Tamamlama, eser sözleşmesinin yüklenici tarafından yerine getirilmesi ve taahhüt edilen tüm inşaat işlerinin yapıldığı anlamına gelmektedir. Üç aylık süre, yapı alacaklısının artık sözleşme gereği işi tamamlayacağı bir şeyin kalmaması denebilir⁴⁸⁷. Yüklenicinin şantiyeyi boşaltması ve temizleme işinin tamamlanmasının da bu sürenin bir parçası olduğu kabul edilir⁴⁸⁸. Bu işler tamamlanmadan üç aylık süre başlamayacaktır. Garanti kapsamında kusurların ortadan kaldırılmasına yönelik tali işler ise üç aylık sürenin başlamasını geciktirmeyecektir⁴⁸⁹.

Süreyi belirleyen esas unsur, yüklenicinin artık çalışması gerekmediğini öğrendiği gündür. Bu işin tamamlanması veya sözleşme ilişkisinin sona

⁴⁸⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3504; Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s.319; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.1058; Karahasan, **a.g.e.**, s. 255; Akipek, **a.g.e.**, s. 246; Ayan, C II, **a.g.e.**, s. 270; Uyumaz, **a.g.m.**, s.246. Önemsiz ve ya rötuşların inşaatı tamamlayıcı işlerden sayılmayacağı yönünde bkz. BGE 102 II.

⁴⁸⁷ Schumacher, **a.g.e.**, N. 612. Kalorifer tesisatçısı tarafından ısıtma tesisatının ayarlanmasının gereksiz olmadığı ve bu nedenle son teslim tarihinde tamamlama işi olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. BGE 106 II 22. İşin zamanını tespit edilirken, iddia edilen iş için gereken zaman ve malzeme ile iş performansı ve ya iş ücreti arasındaki ilişkinin incelenmesi ve bu incelemenin nasıl olması gerektiğine yönelik “kontrol listesi” önerisi için ayrıca bkz. Schumacher, **a.g.e.**, s. 174 N. 620. İsviçre Federal Mahkemesinin “Ufak tefek ve ya önemsiz salt işleri mükemmelleştirmeye yönelik işler ve ya teslim edilen ancak ayıplı olduğu anlaşılan parçaların yerine yenisinin temini ve ya diğer ayıpların ortadan kaldırılması benzer onarımlar dikkate alınmazlar” ifadesi için ayrıca bkz. Çetiner, **a.g.e.**, s. 256, dn. 712.

⁴⁸⁸ Bir vinç pistinin yıkılması ve şantiyetinin temizlenmesinin de bu yönde örnek olarak sayılmıştır. Schumacher, **a.g.e.**, N. 632. Ancak geride bırakılan ekipmanın terk edilmiş bir kompresör veya gereksiz ve ucuz depolanan bir vinç vb gibi tali unsurlar üç aylık sürenin başlangıcına engel oluşturmaz. İnşaat iskelesi ancak taşeronlar tarafından kullanılmaması halinde sökülecektir. Burada faturanın son teslim tarihinin tespitinde bir etkisi olmadığı yönünde bkz. Schumacher, **a.g.e.**, N. 634.

⁴⁸⁹ Naklen atf: Şener Akyol, **Medeni Hukukla İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararları (BGE 38 II- BGE 47 II)**, İstanbul, 1980, s. 22) BGE 106 II 26, 102 II 208. İşin tamamlanması ile hiçbir kusur bulunmayan bir iş olması farklı şeylerdir. Bir eser kusurlu olabilir, eser de ayıp söz konusu olabilir ancak yine de tamamlanmış sayılabilir.

erdirilmesinden kaynaklanabilir⁴⁹⁰. Burada artık zaman sınırının başlangıç noktası son işin tarihi değil, geri çekilme tarihi olarak kabul edilir.

Kanuni ipotek hakkının talebinde tescil süreye tabidir. Bu süre inşaatın yapılmaya başlanmasıyla başlar ve üç ay geçinceye kadar devam eder. Ancak inşaat yeteri kadar ilerlemeden çoğu zaman alacağın miktarını tespit etmek zordur. Bu sebeple tescilin de gecikmesi, taşınmaza üçüncü kişilere karşı talebin ileri sürülmesi konusunda hukuki birtakım problemler baş gösterebilir. Buna karşı yapı alacaklılarına önerilebilecek imkanlardan biri, yapı alacaklılarının inşaat sözleşmesini tapu sicilinde beyanlar hanesine kaydetme imkanının kullanılmasıdır. İşe başlandığının talep halinde beyanlar hanesine yazılmasının sonucu inşaatın sona ermesinden itibaren üç aylık tescil süresinin sonuna kadar taşınmazın ipotekten başka bir rehin hakkının tescili önlenmiş olur. Ancak beyanlar hanesine işe başlama beyanının yazılmasıyla kanuni ipotek hakkının sırası arasında hiçbir ilişki olmayacaktır⁴⁹¹. Yapı alacaklısının işe başladıkları konusunda tapu memurunda kanaat oluşturması yeterlidir⁴⁹². Ancak burada işe fiilen başlanması şart değildir.⁴⁹³ Bu sözleşmenin beyanlar hanesine kaydı halinde, kimse tapu sicilindeki kayıtları bilmediğini iddia edemeyeceği için, tescilden önce üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir⁴⁹⁴. Tap. Sic.Niz. m.89'a göre TMK. m. 809 da yazılı işe başlama tarihi ilgili işçi veya yükleniciden birinin yazılı talebi üzerine taşınmazın tapu kütüğündeki beyanlar sütununa kayıt edilir. Bu kayıttan itibaren, kanuni ipotek hakkının tescil süresi bitene kadar taşınmaz üzerinde ipotek dışında bir rehin hakkın kurulamaz.

Kamu işlerinde sürenin başlangıcında Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesine göre Geçici Kabul, işe başlama sayılır. İmar Kanunu'na göre kullanma izin belgesinin alınmasıyla işin sona erdiği kabul edilmektedir⁴⁹⁵.

⁴⁹⁰ İnşaat işinin kuş tatili veya finansman güçlükleri nedeniyle askıya alınması bu süre hesabına dahil edilmeyeceği yönünde bkz.Schumacher, **a.g.e.**, n. 640.

⁴⁹¹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 173.

⁴⁹² Velidedeoğlu/Esmer, **a.g.e.**, s399.

⁴⁹³ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 173.

⁴⁹⁴ Tekinay, **Eşya Hukuku**, s.409.

⁴⁹⁵ Detaylı bilgi için bkz. Orhan Cevdet Kural/Ercüment Kılıçbay, Halil İzmir, **İnşaat Ve İhale Hukuku**, Ankara, 1988, Türkiye Tesiat Müteahhitleri İşveren Sendikası, s. 717.

Üç aylık hak düşürücü⁴⁹⁶ süre taşınmaz malikinin korunmasına hizmet etmektedir⁴⁹⁷. Kanun koyucu, taşınmaz maliki için denge oluşturma amacıyla böyle bir süre sınırlandırması öngörmüştür. Üç aylık hak düşürücü süreden ne anlaşılması gerektiği, bu süre içerisinde dava açılmasının süreyi durdurup durdurmadığı yoksa tapuya tescil işlenmemesinin şart olup olmadığı meselesi özellikle incelenmesi gerekmektedir. Yeni tarihli BAM kararlarında davanın üç aylık süre içerisinde açılmış olmasının yeterli olduğu ifadesi görülmektedir⁴⁹⁸. Kanunda açık bir düzenleme yapılması şart olduğunu ve ancak açık bir kanuni düzenlemenin bu sorunları ortadan kaldıracı olduğunu düşünmekle birlikte mevcut durumda hakkaniyetin sağlanması için geçici tescil talebinin üç aylık süre içerisinde talep edilmiş olmasının⁴⁹⁹ muteber bir talep olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁵⁰⁰.

Kanunda açık bir tanımlaması olmamakla birlikte uygulamada sıkça karşılaşılan tapu kaydına ihtiyati tedbir niteliğinde “davalıdır şerhi” konulması konusuna değinilmesi gerekmektedir. Söz konusu şerhin, HMK. M. 391 kapsamında

⁴⁹⁶ Üç aylık sürenin uzatılmasına yönelik talep ve tartışmalar ve uzatılmaması gerektiği görüşünde ayrıca bkz. Schumacher, **a.g.e.**, N.610. Yazar, borçlunun mali gücünü sorgulayarak tespit etme sorumluluğu ve buna yönelik tedbirlerin alınması tacirin sorumluluğunda olması gerektiğini ifade etmektedir.

⁴⁹⁷ Schumacher, **a.g.e.**, s.170 n.603

⁴⁹⁸ İstanbul BAM 15.HD., E. 2019/2074 K. 2019(1578 T. 18.12.2019 tarihli kararında: “*Dava konusu somut olayda, davacı alt taşeron kapı imalatı yaptığını belirterek bedel alacağı talebinde bulunmuştur. Davaya konu geçici tescil talebinin kabul edilebilmesi için davanın işin tesliminden itibaren 3 aylık hak düşürücü sürede açılması gerekir. Dosya kapsamına göre mahkemece teslim tarihinin kesin olarak belirlenmediği anlaşılmaktadır. Eser sözleşmesinde, diğer sözleşmeden farklı olarak teslim hukuki eylem olarak kabul edildiğinden tanık dahil her türlü delil ile kanıtlanabilir. O halde; mahkemece, öncelikle davanın hak düşürücü sürede açılıp açılmadığı araştırılarak ve süresinde açıldığının kabul edilmesi durumunda şerhe konu hakkın varlığının kabul edilebileceği kanısına varılması halinde (yaklaşık isbat ölçütünde) talebin kabulüne karar verilmesi gerekir. Sonuç olarak; yukarıda yapılan açıklamalara göre inceleme ve değerlendirme yapılarak sonuca uygun karar verilmesi gerekirken hukuki yorumlamada yanılğıya düşülerek yazılı şekilde red kararı verilmesi usul, yasa ve dosya kapsamına uygun düşmediğinden kararın kaldırılarak gereği için dosyanın mahal mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmiştir.* (çevrimiçi) www.lexpera.com. (Lexpera Bilgi Bankası) Son Erişim Tarihi 16.04.2024.

⁴⁹⁹ “İşin tamamlanmasından itibaren en geç 3 ay içinde tescil talebinde bulunulması gerektiği” ifadesi için ayrıca bkz. Konya BAM 5. Hukuk Dairesi 09.06.2021 tarihli 2021/806 E. 2021/874 K sayılı kararı (çevrimiçi) www.lexpera.com ET: 13.04.2024.

⁵⁰⁰ Benzer şekilde, müteahhit tarafından kanuni ipotek hakkının tescil talebinin en geç inşaatın bitiminde üç ay içinde yapılması gerektiği ifadesinde, “tescil” yerine “talep” kavramının tercihi yönünde bkz. Cengiz Kostakoğlu, **İçtihatlı İnşaat Hukuku Ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, Beta Yayınları, 5.Baskı, Ekim 2006, İstanbul.

ihtiyati tedbir niteliği taşıdığı kabul edilir⁵⁰¹. Yargıtay uygulamasında “davalıdır” şerhinin tasarruf yetkisini kısıtlayan bir sonuç doğurmadığı ve tapu sicilini kilitlenmediği anlaşılmaktadır⁵⁰².

II. YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKININ TESCİLİ

Türk Medeni Kanunu’nun 1021. Maddesinde “*kurulması kanunen tescile tabi aynı haklar, tescil edilmedikçe varlık kazanamaz*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme kapsamında bir aynı hak ancak tescil edilmesi ile doğar. Taşınmazlara ilişkin aynı haklar tescil kapsamında şekillenir. Tescile tabi kanuni ipotek hakkının bir türü olan yapı alacaklısı ipoteği de varlığı bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Mevcut durumda, TST m.12 vd düzenlemesi gereği tapu sicili elektronik ortamda tutulmaktadır. Bu kapsamda Tapu Ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nün 2015/4 (1766) sayılı genelgesi ile 02.07.2015 tarihlerinden itibaren şerh ve beyan kayıtları yalnızca elektronik ortamda tutulmasına karar verilmiştir⁵⁰³.

A. Geçici Tescil

Yapı faaliyetinden doğan alacağını ipotekle teminat almak isteyen alacaklı, söz konusu alacağın malik tarafından kabul edilmemesi halinde mahkemeye başvurmak zorundadır. Bütün ilgililerin rızasının sağlanması nadiren gerçekleşebilecek bir olasılıktır⁵⁰⁴. Bir kimsenin kendi aleyhine sonuç doğurabilecek bir hukuki işlem gerçekleştirmesi pek karşılaşılabilecek bir olasılık olmaması nedeniyle, ilgililerin rıza göstermesi şartının gerçekleşme ihtimali güçtür. Bu halde, ilgililerin (ilgiliden kasıt

⁵⁰¹ Mustafa Serdar Özbek, **Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyatî Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, 2017, s. 65-91.

⁵⁰² Yarg. 14. H.D., T. 09.04.2019, 19037/3248 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>); Yarg. 23. H.D., T. 10.10.2019, 6069/4156 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>) Uygulamada, davalıdır şerhi niteliği değerlendirirken söz konusu şerhin ismine bakmak yerine, dava konusu ve şerhin verilme amacının dikkate alınarak niteliği hakkında bir tespitte bulunmak gerektiği bir anlamda hakimnin nitelendirme ile bağlı kalmaksızın somut olayın koşullarına göre değerlendirerek, gerekli görürse geçici tescil şerhi hükümlerini uygulaması gerektiği görüşünde bkz. Delipinar **a.g.m.**, s. 48-49.

⁵⁰³ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N. 342.

⁵⁰⁴ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 168; Sirmen, **a.g.e.**, s. 221; Antalya, **a.g.e.**, s. 193; Ercoşkun-Şenol, **a.g.m.**, s. 392.

sicilde hak sahibi gözüken ve geçici tescil şerhinden zarar görebilecek kimse olup çalışma konumuz açısından taşınmaz maliki⁵⁰⁵) rıza göstermeyecek olması halinde yapı alacaklısının mahkemeye başvurması halinde, kanunda düzenlenen üç aylık hak düşürücü süre içerisinde yapı alacaklısının alacağını mahkeme yoluyla tespit edebilmesi ve söz konusu kararın kesinleşme sürecinin gerçekleşmesi mümkün değildir. Yapı alacaklısının, kanunda düzenlenmiş olan hak düşürücü sürenin geçirilerek ipotek hakkının kaybetme riskinin önüne geçmek adına tapu siciline geçici tescil şerhi işlenmesi imkânı düzenlenmiştir⁵⁰⁶. Söz konusu şerh öğretide ağırlıklı olarak “geçici tescil şerhi” olarak tanımlanmaktadır⁵⁰⁷.

Tezin bu bölümünde, ilgili mahkeme kararları ve öğretide ileri sürülen görüşler ışığında yapı alacaklısı ipoteği talebinin üç aylık hak düşürücü sürenin korunması için talep edilebilecek şerhin hukuki niteliği, mevcut ilgili hukuki düzenlemeler, geçici tescil şerhinin yapısı, dayanağının hangi konun hükmü olduğu konumuz ile ilgisi ölçüsünde incelenecektir. Buna ek olarak geçici tescil şerhinin yapılması usulü ve ihtiyati tedbir olup olmadığı tartışmalarına yer verilecektir.

Geçici tescil şerhi, kesin tescil yapılarına kadar geçen süre zarfında üçüncü kişilerin taşınmaz üzerinde hak kazanımlarını önlemek amacını taşıyan bir işlem

⁵⁰⁵ Aybay, **a.g.e.**, s. 58; Ercoşkun Şenol, **a.g.m.**, s.392; Ünal, **a.g.e.**, s. 128.

⁵⁰⁶ Yargıtay 15. Hd. 21.11.2012, e. 2012/4558, k. 2012/7308 tarihli kararında, “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 ihtimâlini 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.” Aynı yönde bkz. 15.h.d. 18.02.2008 t. Ve 2006/6606 e., 2008/960 k. Sayılı kararı.

⁵⁰⁷ Davran, **a.g.e.**, s. 63; Kurt, **a.g.m.**, s. 233; Akın, **a.g.m.**, s.759; Duman, **a.g.m.**, s. 19; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3501;; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.112; Çetiner, **a.g.e.**, s. 256; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s.592. Bu terimin kurumu anlatmak için doğru bir kavram olmadığı yönünde bkz. Güleş, **a.g.e.**, s.171. Geçici tescilin bahse konu olduğu kararlar için bkz. Y. 15. Hd., E. 2016/27, K. 2016/1944, T.28.3.2016 (çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2016-27-k-2016-1944-t-28-3-2016> ET:04.08.2023; 15. HD., E.2016/1924, K. 2016/3111, T.31.5.2016; 15.Hd., E.2012/4558, K.2012/7308, T.21.11.2012. (çevrimiçi) (Lexpera Bilgi Bankası) <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15hd-e-2012-4558-k-2012-7308-t-21-11-2012> ET: 04.08.2023.

ibarettir⁵⁰⁸. Öncelikle söz konusu üç aylık sürenin korunmasına ilişkin maddelere bakılacak daha sonrasında yapı alacaklısı ipoteği ile ilgili bu şerhin dayanağına ilişkin tartışmalar incelenerek söz konusu şerhin, TMK. m. 1010'da düzenlenen “çekişmeli hakların korunmasına ilişkin malikin tasarruf yetkisini kısıtlayan şerh” mi yoksa TMK. m. 1011'de düzenlenen “geçici tescil şerhi” mi olduğu sorusuna yanıt aranacaktır.

Yapı alacaklısı ipoteğinin geçici tescil şerhine konu edilebileceği görüşü açık kanuni bir düzenleme bulunmamakla birlikte uygulamada⁵⁰⁹ ve öğretide⁵¹⁰ kabul edilmektedir.

1. TMK. m. 1011/1 Uyarınca Değerlendirme

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda 1011. Madde başlığı “Geçici tescil şerhi” olarak düzenlenmiştir⁵¹¹. Türk Medeni Kanunu’nun 1011. Maddesi’nde geçici tescilin iki şekilde yapılabileceği düzenlenmiştir. TMK. m. 1011/1: “*Aşağıdaki hallerde geçici tescil şerhi verilebilir. 1. İddia edilen bir ayni hakkın güvence altına alınması gerekiyorsa, 2. Tasarruf yetkisini belirleyen belgelerdeki noksanlıkların sonradan tamamlanmasına kanun olanak tanıyorsa.*” Hükmünü getirerek, iki halde geçici tescil şerhi imkânı getirilmiştir. (Aynı yönde bkz. ZGB Art. 961 Abs.1)

⁵⁰⁸ Delipınar, **a.g.e.**, s.32. Yazar, hakkında şerh kararı verilen kişiye tasarruf yetkisi tanımadığı, hak karinesi oluşturmadığı ve açıklayıcı nitelikte olduğuna yönelik değerlendirmeler için bkz. Delipınar **a.g.e.**, s.32 vd. Geçici tescil şerhinin hukuki niteliğine ilişkin, geçici tescil şerhi kavramı için tescil mi yoksa şerh mi olduğu yönünde tartışmalar için bkz. Yazarın ayrıca “tescile dönüşebilen şerh” isimlendirme önerisi için bkz. **A.e.** s.33.

⁵⁰⁹ Yarg. 15. H.D., T. 31.05.2016, 1924/3111 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>) ; Yarg. 15. H.D., T. 28.03.2016, 27/1944 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>); Yarg. 15 H.D., T. 18.02.2008, 6606/960 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 15. H.D., T. 21.11.2012, 4558/7308 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵¹⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3501.; Aybay, **a.g.e.**, s. 57; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 398; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 433; Erman, **a.g.e.**, s. 43; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 801; Sirmen, **a.g.e.**, s. 703; Antalya/Topuz, **a.g.e.**, s. 193; Ertaş/Cumalıoğlu/Serdar **a.g.e.**, N.2701. Aksi yönde bkz. Ercoşkun Şenol, **a.g.e.**, s. 385 Şenol, geçici tescile açık bir kanuni düzenleme yapılmasını önermektedir. Geçici tescil şerhinin kanuni bir dayanağı bulunmamakta ise de uygulamada izin veriliyor olması nedeniyle mümkün olduğu görüşü için ayrıca bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 112 vd.

⁵¹¹ TMK. m. 1011'deki geçici tescil şerhinin “ayni hak iddiası şerhi” ve “tasarruf vesikalarının ikmalî için şerh” olarak iki ayrı terimle düzenlenmesi önerisi için ayrıca bkz. Aybay, **a.g.e.**, s. 8.

Mülga 08.10.1930 tarihli Tapu Sicil Nizamnamesinin 23. Maddesinde⁵¹² yapı alacaklısının güvence altına alınmasını talep ettiği alacak miktarı üzerinde borçlu ile alacaklı anlaşma sağlanmaması halinde geçici tescil şerhi suretiyle yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme hakkı düzenlenmiştir⁵¹³. Bu düzenlemenin yürürlükte olduğu dönem geçici tescil şerhinin verilmesinin mümkün olduğu düşüncesi mevcuttu⁵¹⁴. Ancak, bu düzenlemeye eski 1994/5623 sayılı TST⁵¹⁵'de ve yürürlükte bulunan 2013/5150 sayılı TST⁵¹⁶'de yer verilmemiştir⁵¹⁷. Buna rağmen, Yargıtay eski alışkanlığını devam ettirerek yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin geçici tescil şerhi verilebileceğine yönelik kararlar vermeye devam etmiştir.⁵¹⁸ Yargıtay bu kararlarının hukuki dayanağını kanun maddesi olarak belirtmemekte, Tapu Sicil Tüzüğü'nün 35/V⁵¹⁹, 48.⁵²⁰ Ve 50.⁵²¹ maddelerine dayandırmaktadır. Doktrinde ağırlıklı görüş,

⁵¹² 09.12.1930 Tarih 1668 Sayılı RG.

⁵¹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop **a.g.e.**, s.398; Saymen/Elbir **a.g.e.**, s. 639. İsviçre hukukunda karşılığı olan 2012 tarihli İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü'nün 76.maddesinde hala yürürlükte olduğu yönünde bkz. Akın Ünal, **Tapu Sicilinde Geçici Tescilin Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.118 dn.483, Delipınar, **a.g.e.**, s.159 dn.455. Şerhlerin ancak kanunla düzenlenebileceği yönündeki eleştiriler için ayrıca bkz. Aybay, **a.g.e.**, s. 10; Ertaş/Cumalıoğlu/Serdar, **a.g.e.**, s.169. Tapu Sicili Nizamnamesi m.23 hükmünün, TMK m.1011'e aykırı olduğu ve normlar hiyerarşisi gereği uygulanmaması gerektiği yönünde değerlendirme için ayrıca bkz. Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s.320-321.

⁵¹⁴ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 112; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.398; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 639; Aybay, **a.g.e.**, s.10.

⁵¹⁵ 07.06.1994 Tarih Ve 21953 Sayılı RG.

⁵¹⁶ 17.08.2013 Tarih Ve 28738 Sayılı RG.

⁵¹⁷ Tüzüklerin kanun uygulamasını göstermek ve emrettiği işleri belirlemekle sınırlı olarak çıkarılacağı ve kanun hükmü yerine geçecek yeni bir hüküm ihdas edilemeyeceği gerekçesi ile bu şekilde tapu sicilinde şerh verilmesinin caiz olmadığı şeklinde eleştiriler için bkz. Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s. 320; Aybay, **a.g.e.**, s.10. Aybay, daha da ileri giderek, bu talebin hâkim tarafından reddedilmesini görev olarak tanımlamıştır.

⁵¹⁸ Y. 15. H.D., T. 31.05.2016, 1924/3111 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); Y. 15. H.D., t. 28.03.2016, 27/1944 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>). Aynı yönde yeni tarihli BAM kararları için bkz: İstanbul BAM, 15. HD., E. 2019/2074 K. 2019/1578 T. 18.12.20 19. y. 15. hd., e. 2006/6606, k. 2008/960, t.18.02.2008 (çevrimiçi) www.lexpera.com.tr/

⁵¹⁹ Zannatkarlar ve yüklenicilerin kanuni ipoteklerinin tescilinde, düşünceler sütununa “zanaatkar ve yüklenici ipoteği” olduğu belirtilir.”

⁵²⁰ Tapu sicil tüzüğü'nün 48.maddesinin c bendinde “çekişmeli hakların korunmasına ilişkin hallerde mahkeme kararı” ibaresi tasarruf yetkisini kısıtlayan şerh olarak belirtilmiştir. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/2.5.20135150.pdf>

⁵²¹ TST m.50 hükmü ise, “iddia edilen bir ayni hakkın güvence altına alınmasının gerektiği veya tasarruf yetkisini belirleyen belgelerdeki eksiklerin sonradan tamamlanmasına kanunun olanak tanıdığı hallerde, bütün ilgililerin istemi veya hâkim kararı ile geçici tescil şerhi verilebilir.” Yargıtay’a göre: “İddia edilen bir ayni hakkın güvence altına alınmasının gerektiği ve ya tasarruf yetkisini belirleyen belgelerdeki eksikliklerin sonradan tamamlanmasına kanunun olanak tanıdığı hallerde, bütün ilgililerin istemi ve ya hakim kararı ile geçici tescil şerhi verilebilir.” 15. HD., 28.03.2016 T., 2016/27 E. 2016/1944 K. (çevrimiçi) www.lexpera.com.tr/, Yargıtay uygulamasına benzer şekilde TST m.50 hükmünün yapı alacaklısı ipoteğinin geçici tescil şerhine imkan sağladığı görüşü için bkz. Sirmen, **a.g.e.**, s.703.

yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme hakkının geçici tescil şerhine konu olabileceğini kabul edilmektedir⁵²². Ancak bir kısım yazarlar ise, yapı alacaklısı ipoteğinin aynı hak iddiasına dayanmaması veya tasarruf yetkisini belirleyen belgelerdeki eksikliğin sonradan tamamlanmasına olanak sağlayan bir hal olmaması sebebiyle geçici tescil şerhinin mümkün olmadığını savunmaktadır⁵²³. Buna görüşteki yazarlara göre, tarafların ipoteğe konu alacağın miktarı konusunda veya teminat tutarı konusunda anlaşamamaları durumunun çekişmeli haklara konu edilmelidir. Bu doğrultuda yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı için üç aylık sürenin korunması için gereken şerh, TMK. 1011 uyarınca geçici tescil şerhi tescil değil, TMK m. 1010/1 kapsamında çekişmeli hakların korunmasına ilişkin tasarruf yetkisine ait kısıtlamaların şerhine konu olması gerektiğini savunmaktadır.

Yapı alacaklısı ipoteğinin, tapu siciline geçici şerh olarak tescil edilmesinin iki türlü hukuki sonucu vardır.

(1) Şerhe konu hak, daha sonradan gerçekleşmesi halinde şerh tarihinden itibaren kesin tescile dönüştüğü kabul edildiği için yapı alacaklısının sıra almasını sağlar ve ön sıralarda olmasına imkân tanır.

(2) TMK. 895/II’de düzenlenen üç aylık hak düşürücü sürenin dolması engellenir. İpotek alacaklısının, alacağının malik tarafından kabul edilmemesi halinde hakkını elde edebilmesinin tek çaresi mahkeme yoluna başvurmasıdır. Yargılamanın üç aydan fazla bir zaman gerektireceği muhtemeldir. Ancak kural olarak yüklenilen işin tamamlanmasından itibaren üç aylık süre içerisinde tescil gerçekleştirilemez ise

⁵²² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3501; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.191; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.398; Davran, **a.g.e.**, s. 63; Ünal/Başpınar, **a.g.e.**, s. 364; Çetiner, **a.g.e.**, s. 256; Baysal, **a.g.m.**, s.173; Altay/Eskiocak, **a.g.e.**, s.290; Duman,**a.g.m.**, s.1194. Kanuni dayanak zayıflığına rağmen, geçici tescil şerhinin kabulüne ilişkin ağırlıklı görüşün sebebinin sonuçları itibariyle yapı alacaklısı ipoteği hakkının uygulama alanının genişliğini artırmak ve haklarını güçlendirme olduğu yönündeki görüş için bkz. Delipınar, **a.g.e.**, s.162. MK 1011’in yapı alacaklılarının menfaatine daha uygun olduğu hiç olmazsa kıyasen uygulanması gerektiği yönünde değerlendirme için ayrıca bkz. Baysal, **a.g.m.**, s. 173.

⁵²³ Bu görüşte; Ünal, **a.g.e.**, s.124-125; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.1056; Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s.320; Altay/Eskiocak, **a.g.e.**, s.290; Ercoşkun-Şenol, **a.g.m.**, s. 387 Delipınar, **a.g.e.**, s.162. Ayrıca alacak miktarının çekişmeli olmasını, tasarruf yetkisini belirleyen belgelerdeki noksanlık kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde bkz: Aybay, **a.g.e.**, s.27; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s.433; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.188., Ercoşkun Şenol, **a.g.m.**, s. 387

yapı alacaklısı hakkını kaybetme tehlikesi ile karşı karşıyadır⁵²⁴. Doktrinde ağırlıklı görüş, üç ayın sona ermesi halinde yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkını kaybedeceğini ifade etmektedir⁵²⁵. Ancak Yargıtay ve BAM, yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin davanın üç aylık süre içerisinde açılmış olmasını yeterli saydığı yönünde yeni tarihli kararlar vermiştir⁵²⁶.

2. TMK. M. 1010/1 Uyarınca Çekişmeli Hakkın Korunması Şerhi Olduğu Görüşü

TMK. m. 1010'a göre, *"aşağıdaki sebeplere dayanan tasarruf yetkisi kısıtlamaları, tapu kütüğüne şerh verilebilir: "1. Çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları, 2.Haciz, iflas kararı veya konkordato ile verilen süre, 3.*

⁵²⁴ Yargıtay, üç aylık süre içerisinde geçici tescil şerhi için başvuru yapılmasının yeterli olduğu yönünde bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 18.02.2008 Tarihli Ve 2006/6606 E., 2008/960 K. Sayılı Kararı (Çevrimiçi) www.lexpera.com ET: 04.04.2024: *"Alt yüklenici davacının alacak miktarı hususunda taraflar uyuşamadıkları gibi mahkemece de karara bağlanmış değildir. Kısaca alacağın miktarı tartışmalıdır. Alacağın dayanağı imalat 22.01.2004 tarihinde teslim edildiğine göre bu tarihten itibaren üç aylık süre içinde geçici tescil istenildiği iddia olunmadığından işbu davada üç aylık süre de aşılmadığından dinlenebilirle koşullarının gerçekleştiğinden söz edilemez"* Bu eski tarihli karar her ne kadar bu ifadeyi kullanmış olsa da yeni tarihlere kadar yüksek mahkemeler tarafından olumlu nitelikte usulden red haricinde esasa yönelik kararlar verilmemişti. Bu açıdan söz konusu karar oldukça önemlidir. İstanbul BAM 15.HD 20.04.2017 tarihli 2017/225 E. 2017/235 K. Sayılı kararı www.lexpera.com (çevrimiçi) *"bir kısım arsa Sahipleri ile dava dışı yüklenici arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığı, davalıların arsa malikleri olduğu, davacı taşeronun burs 2. Asliye ticaret mahkemesi'nin 08/04/2016 tarih 2015/1270 esas, 2016/372 Karar sayılı ilamı ile 144.148,80 TL olarak dava dışı yükleniciden alacağının tahsiline hükmedildiği, kararın 11/07/2016 tarihinde kesinleştiği, taşeronluk sözleşmesi ve yapılan imalat bedellerinin mahkemece tespit Tarihine göre davanın 3 aylık hak düşürücü süre içinde açıldığı, böylece TMK'nun 893/3 maddesindeki yüklenici ipoteğinin yasal şartlarının oluştuğu anlaşıldığından"* ifadesiyle üç aylık hak süre içerisinde dava açılmasını yeterli kabul etmiştir. ET: 04.04.2024.

⁵²⁵ Bkz. Tez, Bölüm III, 2, D.

⁵²⁶ Sakarya BAM, 5. HD., E. 2021/1372 K. 2022/251 T. 24.2.2022 tarihli kararında, taraflar arasında imzalanmış olan eser sözleşmesi uyarınca davacının alacaklı olduğu, yapı alacağının ticaret mahkemesinde yargılama neticesinde kesinleştiği, dosyada yer alan fatura teslim tarihinde itibaren üç aylık süre içerisinde davacı tarafın eldeki davayı açtığı anlaşıldığından üç aylık süre koşulunun gerçekleştiği şeklindeki karar vermiştir. (çevrimiçi) www.lexpera.com ET: 20.04.2023. Benzer şekilde: İstanbul BAM, 15. HD., E. 2019/2074 K. 2019/1578 T. 18.12.2019 tarihli kararında *"davaya konu geçici tescil talebinin kabul edilebilmesi için davanın işin tesliminden itibaren 3 aylık hak düşürücü sürede açılması gerekir. Dosya kapsamına göre mahkemece teslim tarihinin kesin olarak belirlenmediği anlaşılmaktadır. Eser sözleşmesinde, diğer sözleşmeden farklı olarak teslim hukuki eylem olarak kabul edildiğinden tanık dahil her türlü delil ile kanıtlanabilir. o halde; mahkemece, öncelikle davanın hak düşürücü sürede açılıp açılmadığı araştırılarak ve süresinde açıldığının kabul edilmesi durumunda şerhe konu hakkın varlığının kabul edilebileceği kanısına varılması halinde (yaklaşık ispat ölçütünde) talebin kabulüne karar verilmesi gerekir."* şeklinde karar vermiştir. (çevrimiçi) <https://www.lexpera.com> ET: 16.04.2023

Aile yurdu kurulması, art mirasçı atanması gibi şerh verilmesi kanunen öngörülen işlemler.”

Bazı yazarlar, yapı alacaklısı ipoteği için verilecek şerhin, TMK. 1010/1 hükmü kapsamında, çekişmeli hakların korunmasına ilişkin verilen şerh olduğunu kabul etmektedir.⁵²⁷ Çünkü bu görüşe sahip yazarlara göre, yapı ipoteğinin tescilden evvel hukuki şartların oluşmasıyla birlikte bir aynı hak doğmamaktadır⁵²⁸. Oysa, TMK. 1011/I ile koruma altına alınan hak, iddia aşamasında da olsa bir aynı hak olmalıdır. TMK. 1010/I-1’de ise bir aynı hak söz konusu değildir⁵²⁹. İki madde arasındaki fark, TMK m. 1011/1 b.1’de aynı hak konusundaki çekişmeler konu edilir iken, TMK m.1010/1 b.1’de kişisel hak mevzu bahis olmasıdır⁵³⁰. TMK. m. 1010/1 kapsamındaki şerh malikin tasarruf yetkisini ortadan kaldırmaz. Şerhin amacı, taşınmazı devir alan üçüncü kişilerin zarar gördüklerini ileri sürmesinin önüne geçerek iyi niyet iddialarını ortadan kaldırmaktır. Tapu sicili herkese açıktır⁵³¹. Üçüncü kişiler taşınmazı satın aldıkları esnada tapu üzerindeki kayıtları görebilirler.

⁵²⁷ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 1056.; Çabri, **a.g.m.**, s. 385; Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s.320; Altay/Eskiocak, **a.g.e.**, s.290; Ercoşkun-Şenol, **a.g.m.**, s.387; Ünal, **a.g.e.**, s.124-125. Güleş, **a.g.e.**, s.172. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.96; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s.743. Buradaki çekişme kelimesinden, ileride aynı hak değişikliğine yol açacak kişisel hak ile ilgili çekişmenin anlaşılması gerektiği görüşünde ve detaylı bilgi için ayrıca bkz. Mustafa Serdar Özbek, “Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyati Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 3(1), Ankara, 2017, s.70. DELİPINAR ise, bu şekilde görüş farklılıklarına yapı alacaklısı ipoteği üzerine monografik eser çalışanların ekseriyetle geçici tescil şerhi imkanını kabul ederken; aksine geçici tescil şerhi alanında monografik eser üreten yazarların ise kabul etmediği şeklindeki nüktesi ilgi çekicidir. Kanaatimizce böyle olmasının nedeni, geçici tescil şerhi alanında yoğunluklu çalışan yazarların ise, doğası gereği eşya hukukunun katı şekli anlayışı ile uzun süreli meşguliyet neticesinde ticari hayatın gerektirdiği esnek düşünmeden uzaklaşarak günlük hayat ihtiyaçlarına gerekli çözümler üretememesinden kaynaklanmaktadır. Bahse konu değerlendirme için bkz. Delipinar, **a.g.e.**, s. 162.

⁵²⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 915; Güleş, **a.g.e.**, s.172-173; İslamoğlu, **a.g.t.**, s. 65.

⁵²⁹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.116-119; 126-127; Bıçakçı, **a.g.m.**, s.559; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.1055-1056; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s.742; Kaşak, **a.g.t.**, s.164. Yapı alacaklısı hakkının hukuki niteliğinin şahsi hak olarak kabul edilmesinin söz konusu şerhin TMK. 1011/I kapsamında geçici tescil şerhi olarak kabul edilememesi sonucunu doğuracağı ve bu sebeple şerhin TMK. 1010 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşü için ayrıca bkz. güleş, **a.g.e.**, s.173-174.

⁵³⁰ Ünal/Başpınar, **a.g.e.**, s.358.

⁵³¹ Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 130; Sirmen, **a.g.e.**, s.118; Ünal/Başpınar, **a.g.e.**, s.244; Göktürk, **a.g.e.**, s.791; Reisoğlu, **Türk Eşya Hukuku-I**, s 90.

Uygulamada mahkemelerde, HMK. M. 391⁵³², Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 1390 sayılı ve 7.07.1965 tarihli Genelgesi⁵³³ ve TST m.49 uyarınca, şerh kararı ile beraber tapu sicilini dava sürecinde tüm işlemlere kapatan kararlar verilmektedir⁵³⁴. Bu uygulamanın dezavantajları olmak ile birlikte makul bir gerekçesi de vardır. Eğer mahkeme tarafından verilen geçici tescil şerhi hakkındaki karar maliki tasarruf işlemlerini engellemez ise, yargılama esnasında taşınmazın sürekli el değiştirmesi ve davacının dava süresince tarafların davaya eklenmesi işlemleri ile yargılama zorlaşmasının önüne geçer. Bu işlemler buna engel olmaktadır⁵³⁵. Tedbir konusunda hâkimin geniş bir taktir yetkisi vardır⁵³⁶.

TMK. m. 1010/I-1 kapsamında tasarruf yetkisini kısıtlayıcı şerhin, yapı alacaklısının alacağının tespit edilmesine ilişkin davanın uzaması halinde üç aylık süreyi koruyucu etkisinin olmayacağı ve ipotek hakkının şerh tarihinden itibaren sıra almasını da sağlamayacağı gerekçesiyle kanunun amacına uymayacağı için geçici tescil şerhinin verilmesinin daha uygun olduğu öğretide haklı olarak hâkim görüşür⁵³⁷.

Her ne kadar uygulamada yapı alacaklılarının kanuni ipotek haklarının geçici tescil şerhine konu olduğu yerleşik olarak kabul edilmiş olsa da bu kabulün kanuni bir dayanağı olması gerekmektedir. Yapı alacaklılarının geçici tescil şerhi

⁵³² Bu kararın dayanağı HMK.391'in "... her türlü tedbire karar verebilir." hükmüdür.

⁵³³ "Mahkemelerce verilen ihtiyati haciz ile ihtiyati tedbir kararlarının birbirine karıştırmamak lazımdır. Mahkemeler, ihtiyati tedbir kararlarını taşınmaz malın aynını taalluk eden bir ihtilaf sebebiyle verdiklerinden, haciz gibi telakki etmeye imkân yoktur. Bu itibarla, mahkemeler tarafından ihtiyati tedbir kararının tapu dairelerine tevdiinde, sicile hemen şerh verilecek ve ihtiyati tedbir kararı kaldırılmadıkça taşınmaz mal üzerinde üçüncü şahıs lehine hak doğurucu bir işlem yapılmayacaktır." Bu genelgenin aksi görüş için ayrıca bkz. Murat Doğan, **Tapu Sicilinde Tasarruf Kısıtlanmasının Şerhi**, 1.Baskı, Ankara, 2004, s.146.

⁵³⁴ Doğan, **a.g.e.**, s.136; Esmer, **a.g.e.**, s. 970; Bir başka gerekçe olarak ise, davacının davayı kazanması halinde, üçüncü kişinin şerhten sonra kazandığı ayni hakkın kaldırılmasının kolay olmaması da tapu kaydının kitlenme şeklinde tedbirin gerekli olduğu yönünde görüş için bkz. Doğan, **a.g.e.**, s.147.

⁵³⁵ Tekinay, **a.g.e.**, s.402. İsviçre medeni kanun düzenlemesinin, 1 Ocak 1994 tarihinden beri yürürlükte olan İsviçre Medeni Kanunun 961-a maddesinin, geçici tescil şerhinden sonra bir hakkın tescil edilmesini engellemediği dahası bir tescil yasağı olmadığına dair madde metnine hüküm eklendiği yönünde bkz. Delipınar **a.g.e.**, s. 31.

⁵³⁶ Ancak, geçici tescil şerhini, ikinci bende göre, belge eksikliği kapsamında verilmesinin bu kapsamda değerlendirilmeyeceği görüşünde Bkz Tekinay, **Tekinay Eşya Hukuku**, s.402.

⁵³⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.3501; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N.1154; Çetiner, **a.g.e.**, s.258; Ünal/Başpınar, **a.g.e.**, s.364; Göka, **a.g.m.**, s.471; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.801; Oral, **a.g.m.**, s.694.

verilebileceğine ilişkin açık bir düzenleme yapılması gerektiği görüşüne katılıyoruz. Öğretide, geçici tescilin hukuki dayanağı konusunda bir kanun boşluğu bulunmaktadır ve söz konusu boşluğun TMK. m. 1011/I'in kıyasen uygulanması suretiyle hâkim tarafından doldurulması gerektiği ileri sürülmüştür⁵³⁸.

3. Tmk. m. 1016 Uyarınca Değerlendirme

Bir görüş ise, yapı alacaklısı ipoteği talebinde henüz bir ayni hak mevcut olmadığı kabulü ile birlikte, TMK. m 1011/I-1'e göre değil, TMK. m 1016'ya dayanarak, TMK. m 1011/1 b.2'ye göre geçici tescil şerhi verilebileceğini kabul etmektedir⁵³⁹.

TMK. m. 1016'daki hüküm, *“Tasarruf yetkisine ve hukuki sebebe ilişkin belgeler tamam değilse istem reddedilir 2- Bununla birlikte, hukuki sebebe ilişkin belgeler tamam olmasına rağmen, tasarruf yetkisini belirten belgenin tamamlanması gereken hallerde, malikin rızası veya hâkimin kararıyla geçici tescil şerhi verilebilir.”* şeklindedir. Bu doğrultuda, alacağın kabul edilmesine ilişkin ek belge eksikliği varsa veya tasarruf yetkisini gösteren belgelerde eksiklik varsa TMK. m. 1016 kapsamında geçici tescil şerhi verilebilecektir⁵⁴⁰.

Geçici tescil kararı verilirken, hâkim süre tayininde belirli bir zaman dilimi yerine, “asıl davada hükmün kesinleşmesinden 10 gün sonrasına” kadar şeklinde bir ifade ile hüküm kurulması daha isabetli olacağı doktrinde ifade edilmektedir⁵⁴¹. Hâkim ayrıca, tescile ilişkin asıl davanın açılması için de yapı alacaklılarına belirli bir süre vererek, söz konusu süre içerisinde davanın açılmaması halinde geçici tescili de kendiliğinden hükümsüz hale geleceğini de belirtebilir⁵⁴².

HMK. m. 390/3'deki düzenlemenin doğrultusunda, yapı alacaklısının geçici tescil şerhi talebi ile mahkemeye başvurması halinde, mahkeme tarafından ayni hakkın varlığını tam olarak ispat etmesi şart değildir. Hâkimin burada zamanı ve gerekli

⁵³⁸ Akcan, **a.g.m.**, s.96; Kaşak, **a.g.t.**, s.165.

⁵³⁹ Kurt, **a.g.m.**, s.235.

⁵⁴⁰ Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s.176.

⁵⁴¹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 125; Kaşak, **a.g.t.**, s.169; Kaçaran, **a.g.m.**, s.1390.

⁵⁴² Reisoğlu **a.g.e.**, s.113.

kanıtın da ancak üç ay süre dolduktan sonra gelebileceğini göz önünde bulundurarak ipotek talebinin gerekli koşulları taşıyıp taşımadığına ilişkin kapsamlı bir değerlendirme yapması beklenemez. Söz konusu talebin detaylarının eksiksiz olması (ipotek kurulması istenen taşınmaz bilgilerinin açıkça belirtilmesi, talep edilen ve yaklaşık olarak belirtilen alacak miktarı, dosyaya sunulmuş bir delil tespiti veya hesap raporu vb.) halinde, açıkça bir olumsuzluk bulunmadığı sürece daha fazla bir araştırmaya girmeksizin geçici tescil şerhi verilmesi gerekmektedir⁵⁴³. Burada hâkim, tanık dinlemek gibi delil niteliğindeki işlemleri yapmakla yükümlü değildir. Eser sözleşmesi, hesap özeti, son iş gününe ilişkin günlük raporlar vb. yeterli olmalıdır. Gerçek bir alacağın olmadığı halde dahi geçici tescil şerhi verilmiş olması halinde, taşınmaz malikine önemli bir zarar oluşmadan tapuda işlem terkin edilebilir. Ama aksi halde üç aylık sürenin geçmesi ve iyi niyetli üçüncü kişiler üzerinde ortaya çıkabilecek hak kaybı telafisi mümkün olmayan zararlar meydana getirecektir.

Bu hakkın varlığını kuvvetle muhtemel göstermesi, inanılır kılması; bir başka deyişle yaklaşık olarak ispatlaması⁵⁴⁴ yeterlidir. Aynı yönde, “hâkim, şerhe konu hakkın varlığın kabul edebileceği kanaatine varırsa, şerh kararı verir” (TMK. m. 1011/3 c.1) Yargıtay kararlarında da benzer şekilde ifade edilmektedir⁵⁴⁵. Geçici tescil şerhinin amacı hızlı bir müdahale olup hakkın düşmesini önlemekten ibarettir. Bu

⁵⁴³ Burada ortaya çıkabilecek sorunlardan biri de üç ay içerisinde acele olarak mahkemeye başvurma girişiminde, yüklenicinin işin bitme tarihinin tespit edilebilmesine yönelik daha sonrasında kendisini bağlayabilecek beyanlardan kaçınması anlaşılabilir. Çünkü geçici tescil talebi, ihtiyati tedbir mahiyetinde bir kurum olup, esas hakkındaki tartışmaların yargılama safhasına bırakılması gerekmektedir.

⁵⁴⁴ “Yaklaşık ispat, dış görünüm olarak; maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeye elverişli olmayan usuli bir takım taleplerin kabulündeki ara kararlarda, içerik açısından ise; hızlı yargılamaalarda, tehlikeli hal durumlarında ve geleceği yönelik öngörülerin ispatında kullanılan, bütün delillerin incelenme fırsatının olmadığı, ispat ölçüsünün tam ispata göre düşük olan ağır basan ihtimal ölçüsünün kabul edildiği ancak geçici hukuki himaye tedbirlerinde menfaatler dengesine göre ispat ölçüsünün değişkenlik gösterebileceği, ispat yükünün de geçici hukuki himaye tedbirlerinde karşı tarafa savunma hakkını verip vermeyeceğine göre değişkenlik gösterebileceği esnek bir ispat rejiminin adıdır.” Hakan Albayrak, **Medeni Usul Ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.64. 190-196. İhtiyati tedbirlerde yaklaşık ispat hususunda detaylı bilgi için bkz. A.e., s.190-196.

⁵⁴⁵ Y. 15. HD. E. 2012/4558 K. 2012/7308, T. 21.11.2012 tarihli kararında “işe 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.”

nedenle, hâkim, üç aylık sürenin geçtiğini gösteren açık bir delil olmadıkça, alacağın varlığına ilişkin detaylı bir inceleme yapmamalı ve alacağın varlığına ilişkin “kanaat” oluşmasını yeterli bulmalıdır⁵⁴⁶.

4. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Mahiyeti itibarıyla geçici bir hukuki koruma olan geçici tescil şerhinin ağırlıklı görüş ihtiyati tedbir niteliğinde olduğunu kabul etmektedir⁵⁴⁷. Geçici tescil şerhi ihtiyati tedbir kapsamında değerlendirilmesi halinde HMK uygulanacaktır. İhtiyati tedbir kararının dava açılmadan önce verilmesi halinde kararın verildiği tarihten itibaren 10 gün içinde esas davanın açılması gerekir. Aksi halde tedbir kendiliğinden kalkar. Eğer dava açılmış ve dava içerisinde ihtiyati tedbir talebi yapılmış ise hâkim “dava açılması halinde şu kadar süreyle” şekli ile karar verebilir. Katıldığımız hâkim görüşe göre, mahkeme tescilin hangi süreyi kapsayacağına ilişkin belirli bir süreyi kararında belirtmelidir⁵⁴⁸.

Bir davada çekişmeli bir hakkın tapu siciline şerh edilmesi mahkemenin ihtiyati tedbir kararı vermesi suretiyle yapılır⁵⁴⁹. Ancak Yargıtay bazı kararlarında geçici tescil şerhinin ihtiyati tedbir olarak verilemeyeceği ifade etmiştir⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶ Kaçaran, **a.g.m.**, s. 1383. Kalın, **a.g.t.**, s. 44; Güleş, **a.g.e.**, s.177. “inanılabilir kılma” ifadesi için bkz. Tekinay Eşya Hukuku, s.400. Eski TMK 932/3 “Hâkim, iddia olunan hakkın vücuduna kanaat hasıl ederse” şeklinde ifade edilmiştir. İsviçre kanununda ise “hakkın mevcut görünmesi” olarak geçer. Benzer şekilde : Konya Bam, 5. HD., E. 2021/806 K. 2021/874 T. 9.6.2021 kararı “Yapılan işin el işi veya zanaat olmayıp sanayi ve seri üretime tabi olduğu ve bu konuların öncelikli olarak irdelenmesi ve bu konu ile ilgili bilirkişi raporlarının alınmasını talep etmiş ise de; söz konusu taleplerin ilerde açılacak muhtemel kesin yapı ipoteği davası içerisinde incelenmesi gerektiğinden verilen kararın geçici mahiyetli olup ve tarafın kesin ipotek davasını süresi içerisinde açmasına bağlı olduğundan davalının talepleri reddedilmiştir. www.lexpera.com (çevrimiçi) ET: 20.04.2023

⁵⁴⁷ Doğan, **a.g.e.**, s. 47. Aksi görüşte ayrıca bakınız: Duman, **a.g.m.**, s. 194.

⁵⁴⁸ Hâkimin süreyi kesin bir tarih ile sınırlaması gerekmediği ve “hüküm kesinleşinceye kadar” kaydını taşıyan bir karar olmasının yeterli olduğu görüşünde bkz. Tekinay, **a.g.e.**, s.400. Geçici tescil kararı verilirken, hâkim süre tayininde belirli bir zaman dilimi yerine, “asıl davada hükmün kesinleşmesinden 10 gün sonrasına” kadar şeklinde bir ifade ile hüküm kurulması daha isabetli olacağı görüşü içi bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 125; Kaşak, **a.g.e.**, s.169; Kaçaran, **a.g.m.**, s.1390.

⁵⁴⁹ Doğan, **a.g.e.**, s. 49,50; Esmer, **a.g.e.**, s. 970; Sirmen, **a.g.e.**, s. 211; Reisoğlu, **Türk Eşya Hukuku-I**, s. 189 ; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 313.

⁵⁵⁰ Y.15. HD., E. 2012/4558, K. 2012/7308, T. 21.11.2012 tarihli kararında; “*ihiyati 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, kanunî ipotek hakkının geçici şerhi davasından tamamen farklıdır. İhtiyati tedbir yoluyla geçici şerhe ya da tescile karar verilmesi durumunda, geçici hukuki koruma olan*

Kanaatimizce, başvurulana mahkemenin ara karar olarak ihtiyati tedbirle, geçici tescil şerhine karar vermesine ilişkin görüş daha isabetlidir. Talep kesin tescil iken, ara karar şerh şeklinde olacaktır; şerh ise bir hakkı kesin olarak kazandıran ve aynı hak tesis edebilen bir kurum değildir⁵⁵¹. Süresi bittiğinde şerh hükümsüz kalır ve taşınmaz eski hale tamamen geri döner⁵⁵². Bu şekliyle ihtiyati tedbir olarak tesis edilen geçici tescil şerhi neticesinde davanın yerine ikame edilmiş ve esaslı çözümler nitelikte bir sonuç doğmasının önüne geçilir. Bu şekliyle mahkemenin şerh kararı verebilmesi için başka türlü bir hukuki koruma yöntemi de bulunmamaktadır. Talebin bir para alacağı tahsiline yönelik olmaması nedeniyle ihtiyati haciz uygulanamaz⁵⁵³. Delil tespiti, defter tutulması veya mühürleme (HMK. m 400 vd.) duruma uygun hukuki korumalardan da değildir. İhtiyati tedbirin şartlarından birisi, çekişmenin anlaşmazlık konusu bir mala dair olmasıdır. Nitekim, taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tescili talebi de bu şekilde bir uyuşmazlıktır⁵⁵⁴. Türk Eşya hukuku sistemi içerisinde şerh kararları mahkeme tarafından ihtiyati tedbir kararı verilmek suretiyle konulmak durumundadır. Bunun dışında bir hukuki mekanizma sistem içerisinde yoktur. Geçici hukuki koruma dışında bir yol, dava mekanizmasının işletilmesi anlamına gelir ki burada taraf teşkilini sağlanması gerekliliği ortaya çıkar ve bu durum hak düşürücü sürenin geçmemesi amacıyla örtüşmez. Özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin söz konusu olduğu durumlarda taşınmaz üzerinde çok fazla sayıda hak sahipliği durumu ortaya çıkar ve ciddi bir yargılama süresi ile karşı karşıya kalınır.

Söz konusu geçici tescil şerhinin dayanağının hangi hüküm olursa olsun (tasarruf yetkisinin kısıtlanması hakkında şerh veya geçici tescil şerhi) şerhin tapu sicilini işlemlere kapatmadığı hâkim görüş tarafından kabul edilmektedir⁵⁵⁵. Geçici tescil şerhi talebinin mahkemeye ne şekilde yapılacağı konusunda bir boşluk bulunmaktadır. İsviçre Hukukunda benzer şekilde Asliye Hukuk Mahkemesinin mi

ihtiyati tedbir, davanın yerine ikâme edilmiş olur, oysa, mahkeme uyuşmazlığın esasını çözümler şeklinde ihtiyati tedbir kararı veremez.”

⁵⁵¹ Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 158; Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s.696; Güleş, **a.g.e.**, s. 175; Akıntürk, **a.g.e.**, s.317; Ünal/Başpınar, **a.g.e.**, s.302;

⁵⁵² Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s.159; Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s..696.

⁵⁵³ Kuru, **a.g.e.**, s. 468. Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, 5.Baskı, İstanbul, 1992, s. 569.

⁵⁵⁴ Doğan, **a.g.e.**, s. 143.

⁵⁵⁵ Doğan, **a.g.e.**, s. 131,132; Ünal/Başpınar, **a.g.e.**, s.306-309; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 317; Sirmen, **a.g.e.**, s. 213; Aybay/Hatemi, **a.g.e.**, s.106.

yoksa Ticaret Mahkemesinin mi yetkili olduğu hususu tartışılmıştır⁵⁵⁶. Bu tartışmanın yanısıra, tescil şerhi hakkında verilen hükmün niteliği itibariyle bir ara karar olup olamayacağı hususu tartışması da gündeme gelmiştir. Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı, aynı hak olarak kabul edilse bile geçici tescil şerhi ihtiyati tedbir görünümündedir. Bu halde talebin asli nitelikte sayılarak ihtiyati tedbir olarak değerlendirilmemesi halinde, istinaf kanun yolunun açık olup olmadığı konusunda olağan bir kanun yolu olmayacağı ifade edilmiştir⁵⁵⁷. HMK. m. 12’de taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olduğu belirtilmiştir. Kanuni ipotek taşınmazın aynına ilişkin bir haktır. HMK’nın 115. maddesi gereğince dava şartlarının yargılamanın her aşamasında mahkemece resen gözetilmesi gerektiği ifade edilmiştir. HMK’nın 138. maddesine göre dava şartları ile ilgili olarak dosya üzerinden karar verilebilmesi mümkündür. Yetki belirlenirken de geçici tescil istemi ile itirazın iptali taleplerinin birbirinden ayrılması mümkün değildir⁵⁵⁸.

Kanun koyucunun yapı alacaklısına sağladığı kanuni ipotek hakkı, tapu siciline tescil yapma hakkıdır. Yapı alacaklısının gerekli prosedürü yerine getirerek bu hakkını hayata geçirmesi gerekmektedir. Yapı alacaklısı ipoteğinin geçici tescili talepli açılacak olan davada mahkeme, söz konusu alacak miktarını belirterek, davacıya kesin

⁵⁵⁶ Pfaffli/Kaşak, **a.g.m.**, s.233.

⁵⁵⁷ Abdurrahman Kavasoglu/Ömer Çon, İsviçre Usul Hukukuna Genel Bir Bakış, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, Sayı 1, 49-58, 2018, s. 92. Bir mahkemenin geçici tescil şerhi tesciline dair verdiği ara karara karşı olağan bir kanun yolu yoktur. Böyle bir ara karara ancak ilgili taşınmaz malikinin geçici tescil şerhi veren mahkemeye(ilk derece mahkemesi) nezdinde ileri sürebileceği bir itiraz hakkı olabilir (bkz. BGE 139 II 86 vd.) Erişim linki <https://d2949dc635c6a357b8576413b60d58d4bf7efa8d.vetisonline.com/de/doc/claw/a88e5995-6ced-4d57-8da7-5dc548a19a07/search/175651262>

⁵⁵⁸ İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, 26.02.2019 tarihli 2019/99 E. 2019/159 K sayılı kararı: *Davacının dayandığı sözleşmede, ihtilaf halinde İstanbul Mahkemelerinin yetkili olacağı kararlaştırılmış ise de, alt yüklenicilik sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili amacıyla yapılan takibe itirazın iptali ile birlikte TMK. 892. , 893. ve 1011. Maddesine dayalı olarak kanuni ipoteğinin geçici tescilinin de talep edildiği bu davada, kanuni ipoteğinin geçici tescil koşullarının mevcut olup olmadığının, itirazın iptali talebine konu alacağın varlığının kabul edilip edilemeyeceğinin belirlenmesinden sonra tespit edilebileceği, bu durumda geçici tescil şerhi istemi ile itirazın iptali talebinin birbirinden ayrılmasının mümkün bulunmadığı, geçici tescil istemine konu taşınmazın mahkememizin yargı çevresinde bulunmaması nedeniyle HMK. 12. maddesindeki düzenleme dikkate alınarak davanın kesin yetki-dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmesi gerekmiş, aşağıdaki hüküm kurulmuştur. www.lexpera.com (çevrimiçi) ET: 15.04.2023*

yapı ipoteği davası açması için süre verecek ve aksi taktirde verilen kararın kaldırılacağına ilişkin sınırlandırma getirerek hüküm kuracaktır⁵⁵⁹.

Geçici tescil şerhi mahiyeti gereği belirli bir süre için söz konusudur. Hâkim, geçici tescil şerhinin zamansal etkisini sınırlandırmakla yükümlü kılınmıştır. Burada yasal belirsizliğin sınırlanması amaçlanmaktadır⁵⁶⁰. Bu sınırlama iki şekilde mümkündür. Hâkim tapu kütüğünde tescili belirli bir tarih ve gün sayısı belirterek sınırlandırabilir.⁵⁶¹(BGE 101 II 63 ff: iki yıl ile sınırlama). Bu durumda yüklenici, belirtilen süreye kadar kesin tescili sağlamakla yükümlü olur. Eğer söz konusu süre içerisinde kesin tescil gerçekleştirilemezse, geçici tescil şerhi veren mahkemeden yeni bir karar alması gerekecektir (BGE 98 Ia 244 ff.). Eğer tapu kütüğündeki bildirim tarihinin son gününde mahkeme kararı alınamazsa geçici tescil şerhi silinmelidir ve yenilenemez⁵⁶².

Yenilik doğurucu hak görüşünü benimseyen yazarlara göre, geçici tescil kararı talebinin doğrudan tapu memuruna yöneltilmesi gerekir.⁵⁶³ Ancak hukuki niteliğini ayni veya şahsi ya da eşyaya bağlı olarak tanımayan diğer görüşler kabul edildiğinde, geçici tescil şerhi mahkemenin talimatını verdiği bir emir olacaktır. Bu karar tapu siciline tebliğ edilecek ve ilgili taraflara (yüklenici veya taşınmaz malikleri) tebliğ edilecektir.

Tapu Müdürlüğü, tapu sicili işlemini yapacak olan devlet organıdır. Tapu memurunun denetim yükümlülüğü oldukça sınırlıdır. Ancak örneğin mahkeme

⁵⁵⁹ Konya BAM 5.Hukuk Dairesi tarafından incelenen 09.06.2021 tarihli 2021/806 E. 2021/874 K. Sayılı kararında şu şekilde hüküm kurulmuştur. *1-davacının davasının kabulü ile; 2-mülkiyeti davalıya ait dava konusu mahkememizin konya ili, karatay ilçesi, ... mah., kat, ... pafta, ... ada nolu,parsel, nolu bağımsız bölüm üzerine medeni kanun'un ilgili maddeleri gereği ve tapu sicil tüzüğüünün 37. maddesi gereği ve devamı maddeleri gereğince 90.000,00 tl alacak miktarı üzerinden davacının kesin yapı ipoteği şerhi davası açılıp kesinleşinceye kadar geçici yapı ipoteği şerhi konulmasına,3-davacının kesin yapı ipoteği davasını açması için davamız dosyasının kesinleşmesinden itibaren 15 günlük süre verilmesine, aksi takdirde verilen kararın kaldırılmasına," şeklinde karar verilmiştir. (çevrimiçi) www.lexpera.com ET: 14.04.2023*

⁵⁶⁰ Bu yönde bkz. Schumacher **a.g.e.**, n 760. BGE 101 II 63

⁵⁶¹ Schumacher **a.g.e.**, N 760. BGE 101 II 63

⁵⁶² Schumacher **a.g.e.**, N. 757.

⁵⁶³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** N. 3497. Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkını yenilik doğurucu hak olarak gören yazara göre mahkeme yalnızca hakkı tespit etmektedir, yenilik doğurucu hak doğrudan tapu memuruna yöneltilmesi gerekecektir.

kararından bu yana üç aylık sürenin açık olarak geçtiği anlaşılabilir⁵⁶⁴. Şerh talebi reddedilebilir⁵⁶⁴.

Hâkimin geçici tescil şerhi talebini reddetmesi halinde yüklenici tarafından kanun yoluna gidilebilir. Burada aynı zamanda Anayasa'ya bireysel başvuru yolu da gündeme gelecektir. Tapu memurunun, üç aylık süre dolmadan aldığı mahkeme kararını tapuya tescil etmemesi halinde TMK m. 1007 gereğince tapu memurunun sorumluluğuna gidilebilir.

Geçici tescil, şerh verilen hak sonradan tahakkuk ettiği halde şerh tarihinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Bu halde, şerhten faydalanan yapı alacaklısı, ayni hakkı sanki şerh tarihinde doğmuş gibi olur ve kesin tescile bağlanan hükümler geriye yürür. Sıra almasını sağlar⁵⁶⁵. Bu şerh aynı zamanda ihtiyati tedbir niteliğindedir. Bu şerh sayesinde, taşınmazın mülkiyetini ve sınırlı bir ayni hakkı kazananlar, yapı ipoteğini kuran yapı alacaklısına karşı iyi niyet iddiasında bulunamazlar⁵⁶⁶. Mahkemenin vermiş olduğu bu karara katlanmak zorundadırlar.

B. Kesin Tescil

İpotek hakkı tescil ile birlikte ayrıca düşünceler sütununda ipoteğin “zanaatkar ve yüklenici ipoteği” olduğu da gösterilir (TST m. 35/5). Yapı alacaklısının kanuni ipoteğinin tescili talebi, üzerinde yapı işi gerçekleştirilen taşınmazın kayıtlı olduğu tapu memurluğuna yapılmalıdır.⁵⁶⁷

İpoteğin kurulmasına yönelik talep doğrudan tapu memurluğuna yöneltilecektir.⁵⁶⁸

İpoteğe hukuki sebep teşkil eden alacağın malik tarafından kabulü veya mahkeme kararı usulüne uygun olarak belgelendirilmiş olması halinde, yapı alacaklısı,

⁵⁶⁴ Schumacher **a.g.e.**, N. 214.

⁵⁶⁵ Tekinay, **a.g.e.**, s. 402.

⁵⁶⁶ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.1125.

⁵⁶⁷ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 112; Kurt, **a.g.m.**, s. 232; Güleş, **a.g.e.**, s. 168.

⁵⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** N.3497; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 56; Sirmen, **a.g.e.**, s. 630; Güleş, **a.g.e.**, s. 168.

tek taraflı bir müracaat ile tescili gerçekleştirme imkânının bulunup bulunmadığı kanundan doğan bir hukuki sebebin rehin sözleşmesini yerini alsa da tescil talebinin yine de malik tarafından mı yapılması gerekeceği hususu öğretilerde tartışılmıştır.

Bir görüşe göre, yapı alacaklısı kanuni ipotek hakkını doğrudan doğruya tescil ettirebilir⁵⁶⁹. Eğer, tescilden önce ortaya çıkan hakkın aynı hak olduğu kabul edilirse⁵⁷⁰, kural olarak yüklenici eser sözleşmesini imzaladığı tarihten itibaren işleyecek alacağını işin bitiminden itibaren işleyen üç ayın sonuna kadar talep etme hakkına sahiptir.

Kural olarak, tapuda gerçekleştirilen işlemlerde taşınmaz üzerinde tasarrufa yetkili kimsenin yazılı beyanı gerekmektedir (TMK m. 1013/I). Bu kurala TST m.17/1’de ancak hak sahibi kimselerin talepte bulunabilecekleri ifad edilmektedir. Ancak hâkim görüşe göre, yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının tescili için malikin bir talepte bulunmasının gerekmediği yönündedir⁵⁷¹. TMK m. 1013/II’ye göre hakkı edinen kimsenin kanun hükmüne, mahkeme kararına veya buna eşdeğer bir belgeye dayanması halinde malikin yazılı rızasının aranmayacağı anlaşılmaktadır. Eğer tescil kararı mahkeme kararına dayanması halinde ortada bir tereddüt oluşmaz. Ancak, diğer şart olan malikin alacağı kabul etmesi neticesinde ipotek hakkı talebi olması halinde ise aynı şekilde yapı alacaklısının kanun hükmüne dayandığı kabul edilmelidir⁵⁷². Benzer şekilde, TMK. m. 893/1 hükmünde “...tescilini isteyebilirler” ifadesi de bu hususta yapı alacaklılarının yetkilendirildiğini gösterir⁵⁷³.

⁵⁶⁹ Sayman/Elbir **a.g.e.**, s.627; Aybay, **a.g.e.**, s.28; Velidedeoğlu/Esmer, **a.g.e.**, s.397. Aynı görüşte, kurumun mahiyeti tescilin mümkün olan en kısa sürede yapılması gerektiği, bu halde hukuki sebebin belgelendirilmesine rağmen malikin tescil onayına ihtiyaç duyulması, taşınmazın satışı gibi hallerde mağduriyet oluşmasına sebebiyet vereceği için aranmaması gerektiği yönünde bkz. Reisoğlu **a.g.e.**, s.109.

⁵⁷⁰ Aynı hak tescil ile doğacak olsa dahi malikin tescil beyanına ihtiyaç olmadığına dair yapı alacaklısı ipoteğini örnek göstermesine ilişkin bkz. Wieland, C. II, **a.g.e.**, s. 535. Burada tescil beyanının malik tarafından değil, yapı alacaklısı tarafından yapılacağına ilişkin Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 1127.

⁵⁷¹ Bıçakçı, **a.g.m.**, s. 558; Güleş **a.g.e.**, s. 168.

⁵⁷² Güleş, **a.g.e.**, s. 169.

⁵⁷³ **A.e.**, s.169.

Yapı alacaklısı, kanuni ipotek hakkı talebini, malikin alacağını kabul ettiğine veya tescile izin verdiğini gösteren belge veya mahkemenin alacağın varlığına karar verdiğini gösterir belge sunmak suretiyle yapması gerekmektedir⁵⁷⁴.

Kanuni ipotek haklarında, sözleşmeden doğan ipotek haklarında olduğu gibi bir rehin sözleşmesi yapılmamaktadır⁵⁷⁵. Yapı alacaklısı ipoteğinin hukuki sebebi kanundan kaynaklanmaktadır. Kanun hükmü, sözleşmeden doğan ipoteğin resmi şekilde yapılan “rehin sözleşmesinin yerini alır⁵⁷⁶. Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkını tesisi için ayrıca bir resmi senet düzenlemesi gerekmemektedir⁵⁷⁷. Tescile tabi kanuni ipotek haklarının doğumunda ise tapu siciline tescil şarttır⁵⁷⁸. TMK hükmü burada tescilin hukuki sebebini oluşturarak hak sahiplerine talep etme yetkisi tanır.⁵⁷⁹ Tapu siciline yapılacak her tescilde hukuki sebebin bulunması şarttır. Yapı alacaklısı lehine ipotek hakkının tescil edilebilmesi için yapı faaliyetine konu taşınmazın maliki tarafından yazılı olarak kabul edilmesi veya mahkemece hüküm altına alınması gerekmektedir. Söz konusu resmî belgeler hukuki sebebi oluşturmaz ancak hukuki sebebin belgelendirilmesi ve kanıtlanmasına imkân tanır⁵⁸⁰. Tapu memurunun sebep denetimini yapabilmesi için şarttır.

Malik tarafından düzenlenecek belgede, iş bitmişse tarihi, bitmemişse devam ettiği, eser sözleşmesi veya yapı faaliyetini oluşturan çalışmadan doğduğu, malikin hangi taşınmazı üzerinde kurulacağına ilişkin bilgiler mutlaka yer almalıdır⁵⁸¹. Eser sözleşmesinin bir örneği de belgelere eklenmelidir⁵⁸². Ancak üzerinde yapı

⁵⁷⁴ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 1127; Çetiner, **a.g.e.**, s. 256; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 57; Köprülü/Kaneti **a.g.e.**, s. 228 Vd.; Güleş, **a.g.e.**, s. 169.

⁵⁷⁵ Reisoğlu **a.g.e.**, s.103.

⁵⁷⁶ **A.e.**, s.103.

⁵⁷⁷ Uyumaz, **a.g.m.**, s. 247.

⁵⁷⁸ Reisoğlu, **a.g.e.** s. 57, Avcı/Köksal-Oruç **a.g.m.** s. 95.

⁵⁷⁹ Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar**, 4. Bası, Konya 2012., s.199. “*Tapu memuru tarafından ipotek kurulmasına ilişkin bir sözleşme düzenlenmez. Yalnızca hak alacaklısı tarafından ipotek hakkının doğduğuna dair belgelerin (alacağın malik tarafından kabul edildiğine dair belge, alacak ilama bağlanmışsa ilam örneği vs) ibrazı yeterlidir. Tapudaki tescil istemi mahkeme kararıyla yapılmış ise, ipotek hakkının doğduğu tarih yine karara istinaden tapuda tescilin yapıldığı tarihtir. Mahkeme kararı ile ipotek hakkı doğmaz, davacının tapuda tescil işlemini yaptırma hakkı doğar.*”

⁵⁸⁰ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 103.

⁵⁸¹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.104; Duman, **a.g.e.**, s.7.

⁵⁸² Götürü bedel kararlaştırılmış olsa da sadece eser sözleşmesinin ibrazı ile tescil yapılamayacağına ilişkin bkz. Duman **a.g.m.**, s.7. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.104. Soyut bir borç ikrarının içeren bir belgenin tescile esas teşkil edemeyeceğine ilişkin bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.104.

faaliyetinde bulunulan taşınmaz, söz konusu yapı alacağı için kanuni ipotek tescil edilebilir⁵⁸³.

Yapı alacağının tamamen belirli olduğu hallerde kurulacak ipotek ana para ipoteği olacaktır ve kapsamı TMK. m. 875'e göre belirlenecektir⁵⁸⁴. Ancak, işi tamamlanmadan önce, çalışma veya malzeme verilmesi ile eser sözleşmesinin faaliyete geçmesi halinde borçların üstlenildiği andan itibaren ipoteğin tescili talebin bulunulabilme hakkı mevcut olduğu ve bu aşamada alacak miktarı belirli olmadığı için malik tarafından kabul edilmesi halinde kurulacak ipotek anapara veya üst sınır ipoteği olabilecektir⁵⁸⁵.

C. Alt Yüklenici Olması Halinde Üç Köşeli İlişki

1. Genel Bilgi

TMK. m. 893 metninde yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkından yararlanabilecek kimseler için “alt yüklenici” ler açıkça yer almaktadır. Hatta lafzi yorum yapılması halinde yükleniciler yerine sadece alt yüklenicilerin bu hakka sahip olduğuna yönelik tartışmalara yer verilmişti⁵⁸⁶.

Kural olarak alt yüklenicinin, doğrudan iş sahibi taşınmaz maliki ile arasında bir sözleşme ve bu anlamda bir ilişki de bulunmamaktadır. Malik ile sözleşme ilişkisi içerisinde bulunan yüklenici, yapı faaliyetini bağımsız olarak yürütmektedir⁵⁸⁷.

Taşınmaz maliki, asıl yüklenici ve alt yüklenici statülerinin olduğu bir yapı faaliyetinde tarafların hukuki statülerini doğru belirlemek önemlidir. Alt yükleniciye karşı arasında sözleşme ilişkisi çerçevesinde borçlu olan kişi, asıl yüklenicidir. Alt

⁵⁸³ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.104. Yapı alacaklısının alacağının gerçek anlamda mevcut olması şarttır. Eğer kanuni ipoteğin tesciline hatalı olarak esas teşkil etmişse alacaklı leine geçerli bir rehin hakkı doğduğu kabul edilmeyecektir. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.105.

⁵⁸⁴ Çetiner, **a.g.e.**, s. 256, 257.

⁵⁸⁵ **a.e.**, s.256. Ancak burada alacak miktarı belirli olmadığı için malikin alacak tanınmasının alacak değil ipotek yükü tanınması olacağı ihtilaflı bir alacağın tanınması sayılmayacağı yönünde ayrıca bkz. Çetiner, **a.g.e.**, s. 257.

⁵⁸⁶ bkz. Tez, İkinci Bölüm II / A.1

⁵⁸⁷ Kaşak, **a.g.t.**, s.111; Eren, **a.g.e.**, s.67-68.

yüklenicinin, ana yüklenici ile yaptığı eser sözleşmesi, alt yüklenici ile taşınmaz maliki arasında sözleşmesel bir ilişki meydana getirmeyecektir⁵⁸⁸. Bir başka ifadeyle, taşınmaz malikinin alt yükleniciye karşı borçlu sıfatı bulunmamaktadır⁵⁸⁹. Dolayısıyla, taşınmaz malikinin alt yükleniciden, alt yüklenicinin de taşınmaz malikinden bir alacak hakkı bulunmamaktadır⁵⁹⁰. Ana yüklenicinin borcu açısından, taşınmaz maliki yalnızca ipotek yükümlüsüdür⁵⁹¹.

Taşınmaz maliki, alt yüklenici ve asıl yükleniciyle oluşan ilişkinin olası problemleri şu şekilde sıralanabilir:

İlk olarak aynı alacak için birden fazla ipotek hakkının tescil edilmesi ihtimaliyle malikin, taşınmaz üzerinde borcunun üstünde miktarla rehin tesis edilmesi bunun sonucu olarak da kredi imkanının daralması riski ortaya çıkabilir.

İkinci olarak, alacağının tamamı için ipotek tescil ettirmiş olan asıl yüklenicinin borcunu ödeyen malikin, üç ay içinde alacağını asıl yükleniciden tahsil edemeyen alt yüklenicinin kanuni ipotek haklarını tescili neticesinde yeniden ödeme yapmak veya taşınmazın ipotekçe çevrilmesine katlanması mecburiyeti ortaya çıkabilir. Bu şekilde bir durumda bir görüş⁵⁹², taşınmaz maliki inşaata bir defa ödemede bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Aynı ödeme için bir tek rehin hakkıyla ancak garanti yükümlülüğü söz konusudur. Asıl yüklenicinin ipotek hakkı ancak, alt yüklenicinin tüm ödemelerini yaptığı takdirde tanınabileceğini ifade eder⁵⁹³. Bu görüş, ortaya çıkan sorunları çözmek adına, asıl yüklenicinin, alt yüklenicinin borcunu

⁵⁸⁸ Sirmen, **a.g.e.**, s. 628. Yazar, burada malikin alt yüklenicinin varlığından haberi olup olmaması bir yana sözleşmede alt yüklenici kullanılması yasaklansa bile eser sözleşmesi yapmış olan alt yüklenicinin yapı alacaklısı ipotek hakkının bulunduğunu ifade eder. Kanaatimizce de bu görüş yerindedir, kanundan doğan bir hakkın sözleşmeyle engellenememesi düşüncesinin doğal bir sonucudur.

⁵⁸⁹ Nitekim, federal mahkemenin, iş sahibinin asıl yükleniciye karşı sahip olduğu bir alacağın alt yüklenicinin alacağı ile takas edemeyeceğine yönelik verdiği karar için bkz. BGE 39 II 217 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3490 dn 353.

⁵⁹⁰ Sirmen **a.g.e.**, s. 628.

⁵⁹¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3489.

⁵⁹² Wieland, C. II, **a.g.e.**, s. 67.

⁵⁹³ Ancak bu görüş, asıl yüklenicinin, alt yükleniciye olan borcunu işin bitiminde zaten ödeyeceği ancak taşınmaz malikinin gayrimenkulü satması veya iflas etmesi gibi ödeme gücü sorunlarının ortaya çıkması halinde paranın ödenmesi gecikeceği için işin tamamlanmasından sonra üç ay içerisinde kalan kısım için ipotek haklarından mahrum kalabilir. Paranın ödenmesi, ödendiğinin ispatı, mahkemeden karar alınması ve tescilin yapılması süreçlerinin de üç aydan fazla süreceği nedenleriyle görüşün kurumun yapısıyla örtüşmediği yönünde eleştiri için bakınız Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 130-131. .

ödemesi halinde, alt yüklenici için tesis edilen ipoteklere sahip olur. Bu halde kendisine bağlı olan alt yüklenicilerin alacaklarını ödediği andan itibaren malikten olan alacağının tamamı için kanuni ipotek imkanına erişmiş olur⁵⁹⁴.

Söz konusu risk için öneride bulunan başka bir görüş ise⁵⁹⁵, Tapu Sicil Müdürlüğünde yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin sütunda, alt yüklenicilerin ve asıl yüklenicilerin sıfatlarının ayrı ayrı belirtilmesinin ve taşınmazın değerinin üstünde bir miktarla ipotek yükü taşımasının nedeninin anlaşılmasını sağlayabileceğini ifade etmektedir. Yazar, aynı zamanda taşınmaz malikinin, kanuni ipotek hakkı olarak tescil edilmiş alacak miktarı ne kadar olursa olsun, taşınmaz malikinin asıl yükleniciye olan borcuyla sınırlı olarak kabul etmiş olduğu için iki görüşün birbiriyle bağlantılı olarak tamamlandığında nispeten fayda sağlayabilecek tutarlı bir öneri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı ile güvence altına alınan alacak miktarı, kural olarak, tapu kütüğünde gösterilir⁵⁹⁶. Asıl yüklenici ile diğer çalışanlar için söz konusu olan alacak miktarı TBK. m. 480'e göre "götürü olarak" veya TBK. m. 481 hükmüne göre⁵⁹⁷ "yaklaşık olarak" belirlenir⁵⁹⁸. Malik ile sözleşmesel ilişkisi bulunmayan alt yüklenicilerinin kanuni ipotek hakkının kapsamının nasıl belirleneceği konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁵⁹⁹, ipotek ile korunacak alacak miktarı taşınmaz malikinin asıl yüklenici ile sözleşmesinde kararlaştırılmış olan bedeli geçemez. Diğer

⁵⁹⁴ Wieland, c. II, **a.g.e.**, s.61, 66. Ancak bu öneri, alacaklıya ödeme yapan üçüncü şahısların hangi şartlarda alacaklarına halef olacağına ilişkin düzenlemelere uymamaktadır. Alt yükleniciye ödeme yapan asıl yüklenici, üçüncü kişi olan malikin değil bizzat kendi borcunu ödemektedir. Bu sebeple alt yüklenici ipotek hakkını tesis ettirmiş olsa bile malikten alacaklı değildir. Bu sebeple söz konusu önerinin bir işlevinin bulunmadığına yönelik eleştiri için bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 131. Ancak, alt yüklenicilerin tescil ettirdikleri ipotek nedeniyle alt yüklenicilere ödeme yapmak zorunda kalan taşınmaz malikinin, alt yüklenicilerin haklarına halef olacağını ve bu alacak hakkını (asıl yüklenicinin ifasını malike karşı yüklediği imalat ile alt yüklenicinin ifa kalemlerinin uygunluğu ölçüsünde) asıl yüklenicilere karşı ileri sürebileceği yönünde bkz. Kaşak, **a.g.t.**, s.118 dn. 511.

⁵⁹⁵ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 133.

⁵⁹⁶ Sümer, **a.g.e.**, s.607; Kaçaran, **a.g.m.**, s.1379.

⁵⁹⁷ Ayan **a.g.e.**, s.230; Reisoğlu **a.g.e.**, s.50-51; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1102

⁵⁹⁸ Duman, **a.g.m.**, s. 1000; Reisoğlu, s.50-51; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1102.

⁵⁹⁹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.38; Sümer, **a.g.m.**, s.607; Duman, **a.g.e.**, 749; Şener, **a.g.e.**, s.38; Ertay/Cumalıoğlu/Serdar, **a.g.e.**, N 2700; Wieland Art. 837 N 8a; Altay/Eskiocak, **a.g.e.**, s.283. Bu görüşün artık geçerliliği yitirdiği yönünde bkz. Kaşak, **a.g.t.**, s. 114.

görüŖe göre ise, alt yükleniciler, asıl yüklenicinin alacak hakkı ile sınırlı olmadan ipotek tesis edebilir⁶⁰⁰.

İŖ sahibi, tarafı olmadığı bir sözleşmeden kaynaklı asıl yükleniciye ait olan bir borcu ödemek mecburiyetinde değildir. Yapı ipoteği hakkının tesis amacı, asıl sözleşmede kararlaştırılmış olan bedelin yükleniciler arasında paylaştırılması değildir. Burada kanun koyucunun arzuladığı amaç alacağın elde edilememesi riskine karşı alacağın teminat altına alınarak yüklenicinin korunmasıdır. İpoteğin kaynağı olan yapının sahibi olması nedeniyle taşınmaz maliki bu yükümlülüğe katlanmak zorundadır⁶⁰¹. İŖ sahibi yükleniciye karşı olan borcunu ödemiŖ olsa dahi alt yüklenici ve zanaatkarların ipotek hakkı bundan etkilenmeyecektir⁶⁰². Hâkim görüş göre, taşınmaz malikinin alt yükleniciye karşı olan sorumluluğunun kapsamının ana yükleniciye olan borcu ile sınırlı olmadığı yönündedir.⁶⁰³ Ancak aksi görüşler de vardır⁶⁰⁴.

Taşınmaz malikinin, takas, bağışlama, ibra gibi sebeplerle asıl yükleniciye olan borcu sona erse bile, alt yüklenicinin alacağını ödemek mecburiyetindedir⁶⁰⁵. Aksi

⁶⁰⁰ Bu görüşün dayanağı da “alt yüklenicilerin alacaklı olduğu miktarın asıl yüklenicinin alacağı ile sınırlı olabileceği” görüşünün, taşınmaz malikinin asıl yükleniciye olan borcunu yerine getirmiŖ olması halinde dahi alt yükleniciye kanuni ipotek hakkı tanıdığı ve alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkının asıl yüklenicinin kanuni ipotek hakkından tamamen bağımsız bir hak olduğu fikri ile çeliştiğini ifade etmektedir. Bu görüşte bkz. Akipek/Akıntürk/AteŖ **a.g.e.**, s. 797; Davran **a.g.e.**, s. 784; Akın **a.g.m.**, s. 753; Sümer **a.g.e.**, s. 605-606; Esener/Güven **a.g.e.**, s. 519; Bıçakçı **a.g.m.**, s. 541; Karahasan **a.g.e.**, s. 253-254; Altay/Eskiocak **a.g.e.**, s. 282; Kaşak, **a.g.t.**, s. 115.

⁶⁰¹ Federal Mahkemenin, taşınmaz malikinin ipotek tesis etme yükümlülüğünün fabrikatörün iŖletmesinde meydana gelen zarar nedeniyle illiyet bağı gereği sorumlu olmasına benzer bir sorumluluk Ŗekli olduğu yönündeki görüş için bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 34-35.

⁶⁰² Nomer/Ergüne **a.g.e.**, s. 361.

⁶⁰³ Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s. 313.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.3490. Baysal, **a.g.m.**, s. 169; Davran, **a.g.m.**, s. 58-59; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 221. Bu durum beraberinde taşınmaz malikinin iki defa ödeme yapma riskini ortaya çıkarır.

⁶⁰⁴ Aksi görüş için bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 38; Mustafa ReŖit Belgesay, **Türk Kanunu Medenisi Ŗerhi İv, Ayni Haklar**, İstanbul, 1956, s. 287., Mahmut CoŖkun, **İnŖaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar**, Seçkin Yayınevi, 2017, Ankara, s. 1018; Duman, **a.g.e.**, s. 1001; ErtaŖ/Cumalıoğlu/Serdar, **a.g.e.**, N.2700; Mehmet Çakıroğlu, İnŖaatçı İpoteği, **Legal Hukuk Dergisi**, C.17, s. 4., Kanun koyucunun amacının, taşınmaz malikini belirsizlik içerisinde ve öngöremeyeceği alacaklar karşısında bırakmak değil, malikin yapı faaliyeti karşılığında ödeyeceği paranın dağıtım Ŗeklini düzenlemek ve hak sahiplerinin haklarını aynı bir teminatla güvence altına alma yükümlülüğü ile sınırlı olduğu görüşü için bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 37-39. Malik üçüncü kiŖinin ipotek borcu için ipotek yükümlüsü olup ipoteğe konu alacağın kapsamı da üçüncü kiŖinin borcuna göre alt yüklenicinin alacağına göre belirlenmesi gerektiği görüşünde bkz. Baysal, **a.g.m.**, s. 169.

⁶⁰⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 1053-1054; GüleŖ, **a.g.e.**, s. 67; Avcı-Köksal-Oruç, **a.g.m.**, s. 104; Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s. 76.

halde, çok sayıda alt yüklenicinin toplam alacağıının iş bedelini aşması halinde, alt yüklenicinin korumasının engellenmesi kanun koyucunun isteyeceği bir sonuç değildir. Kaldı ki bu çıkarımın yasal bir dayanağı da bulunmamaktadır⁶⁰⁶.

2. Çift Ödeme Tehlikesi

Alt yüklenicilerin varlığı halinde, iş sahibi, yüklenici ve alt yüklenici arasında üç köşeli bir ilişki oluşur. Bu halde kritik konulardan birini teşkil eden çift ödeme tehlikesi (doppelzahlungsrisiko) öğretilerde farklı konular altında incelenmektedir. Bu konunun iyi anlaşılabilmesi için kurum mekanizmasının ve hukuksal temellerinin nasıl işlediğinin kavranması şarttır. Taşınmaz maliki, asıl yüklenici ve alt yüklenici arasında ortaya çıkan yukarıda izah ettiğimiz üç köşeli ilişkiyi ve birbirlerinin hak ve menfaatlerini dengeleyecek enstrümanlar geliştirebilmek, konuda derinleşmeyi zorunlu kılmaktadır.

Yapı faaliyeti yapılan taşınmaz üzerinde hem asıl yüklenicinin hem alt yüklenicinin aynı iş için ipotek tesisi talep etmesi halinde, taşınmaz üzerindeki ipotek yükünün iş sahibinin toplamda ödemesi gereken miktarı aşması riski doğar⁶⁰⁷. Asıl yüklenici, ipotek tesis etmese bile iş sahibi ile arasındaki sözleşmeye dayanan alacağını zaten iş sahibinden talep edebilecektir. Asıl yüklenicinin alt yüklenicilere ödeme yapmaması ancak bunun karşısında iş sahibinin hem asıl yükleniciye hem alt yüklenicilere ödeme yapması durumunda iş sahibi iki defa ödeme yapmış olur. Mükerrer ödeme konusu, yapı alacaklısı ipoteği hakkının değerlendirilmesinde önemli bir meseledir. Sadece Türk Hukukunda değil, İsviçre Hukukunda da bir sorun olarak ciddi tartışmalara sebep olmuştur.

İsviçre Federal Mahkemesi, alt yüklenicinin yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı nedeniyle mükerrer ödeme yapma riski taşıyan taşınmaz malikinin durumunu “aşırı hassas”⁶⁰⁸, hatta “şok edici”⁶⁰⁹ olarak değerlendirilmiştir. Bu nedenle İsviçre

⁶⁰⁶ Delipınar, **a.g.e.**, s.161.

⁶⁰⁷ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s.360; Delipınar, **a.g.e.**, s.162;

⁶⁰⁸ Oral, **a.g.m.**, s. 679. BGE 95 II 87, 92.

⁶⁰⁹ Oral, **a.g.m.**, s. 679; BGE 104 II 348, 354 “Choquant”

hukukunda yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının alt yükleniciye tanınması tartışılmıştır⁶¹⁰.

Öncelikle, kanunun yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin düzenlemesi malikin iki defa ödeme yapma riskini engelleyici bir hüküm değildir⁶¹¹. Çift ödeme tehlikesinin aşılabilmesi adına öğretide ve uygulamada bazı çözüm önerileri geliştirilmiştir. Bu öneriler sistematik bir şekilde şu şekilde incelenmeye çalışılacaktır.

- I. AKKANAT’a göre, yapı alacaklısı ipoteği tescil talebi yalnızca taşınmaz maliki ile doğrudan ilişkisi olan yapı alacaklısı olan asıl yükleniciye yöneltebilmelidir. Alt yüklenicilere ise asıl yüklenicinin taşınmaz malikine karşı sahip olduğu alacak hakkı üzerinde kanuni bir rehin hakkı tanınması şeklinde hukuki koruma sağlanması gerektiği düşüncesindedir. Yazar, bu durumda taşınmaz malikinin çift ödeme tehlikesi ortadan kalkabileceğini ifade eder⁶¹².
- II. SÜTÇÜ’ye göre ise, yüklenicinin iş sahibinden olan alacağı veya tüm malvarlığı üzerinde alt yüklenici ve zanaatkarlar lehine öncelik tanıyan bir kanuni rehin hakkının derç edilmesi şeklinde olması gerekir⁶¹³.
- III. Bir başka yaklaşımda ise, asıl yüklenicinin iş sahibine, eser üzerinde ipotekli olarak teslim edilmesi halinde, bu ifanın “ayıplı ifa” olarak nitelendirilerek, ayıp oranında bedelden indirim veya alt yüklenicinin alacağının karşılanması halinde onun asıl yükleniciye karşı sahip olduğu haklara halef olabileceği ileri

⁶¹⁰ Delipınar, **a.g.m.**, s. 163. Türk hukukunda alt yüklenicilere tanınan kanuni ipotek hakkına ilişkin yasal düzenlemenin de kaldırılması gerektiği yönündeki eleştiriler için ayrıca bkz. Oral, **a.g.e.**, s. 681.

⁶¹¹ Baysal, **a.g.m.**, s.161. Çakıroğlu,**a.g.m.**, s. 4.

⁶¹² Akkanat, **a.g.e.**, s. 301 vd.

⁶¹³ Sütçü, **a.g.m.**, s. 559.

sürülmüştür. ⁶¹⁴ Bir başka görüş ise bedelden indirim talep edebilme hakkına ek olarak, bunun bir ayıp değil, eksik ifa olarak nitelendirmektedir⁶¹⁵.

İV. Yüklenicinin, alt yüklenicilerin tesis ettikleri yapı alacaklısı ipoteği yüküyle inşaatı teslim etmesi kötü ifa sayılacağını ve iş sahibi, yüklenicinin alacağının indirilmesini talep edebileceğini ifade edildiği bir öneri de karşımıza çıkmaktadır⁶¹⁶.

V. Bir kısım yazarlara göre de kanunda düzenleme ile alt yüklenici ile yapılan sözleşmenin geçerliliğinin iş sahibinin onayı şartına bağlanması ileri sürülmüştür⁶¹⁷. Bu şekilde iş sahibinin alt yükleniciyi tanımama ihtimalinin olmayacağı, işin ne kadarının alt yükleniciye bırakıldığının bilineceği, asıl yüklenicinin alt yüklenicilerin alacaklarını ödeyip ödemediğini kontrol ederek gerekmesi halinde asıl yükleniciye karşı ayıplı ifadan doğan seçimlik haklarından bedelde indirim hakkını kullanabilmesinin bir çözüm olabileceğini savunmaktadır⁶¹⁸. Ancak, alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkı bakımından malikin taşeronlarla olan ilişkisinden haberdar edilmesi ön şart olmaması nedeniyle, malik sözleşme tarafı olan yüklenicinin bilgisi dışında alt yüklenici kullanıp kullanmayacağını bilebilme ihtimali bulunmamaktadır. Bu gerekçe nedeniyle bu öneri ve sözleşmeye koyulan kayıtların çift ödeme tehlikesini ortadan kaldıran bir koruma sağlamayacağı yönünde görüşler de vardır ⁶¹⁹.

⁶¹⁴ Hukuki ayıp nitelendirilmesi mümkündür. İş sahibinin ücretin tamamını ödemiş olması ihtimalde, ayıplı olması sebebiyle sahip olduğu seçimlik haklardan bedelde indirim hakkını kullanamayacağı yönünde bkz. Baysal, **a.g.m.**, s.160. Bedelde indirim talep edilebileceği ancak bunun ayıp değil, eksik ifadan kaynaklandığı yönünde görüş için bkz. Oral, **a.g.m.**, s. 680. Yapının inşası aşamasında kredi kullanılması halinde kredi veren banka tarafından yapılacak denetimin etkili bir çözüm olabileceği önerisi için ayrıca bkz. Oral **a.g.m.**, 680 (naklen: Christoph Thurnherr, Das Bauhandwerkerpfandrecht-Eine Aktuelle Übersicht Unter Berücksichtigung Der Baukreditüberwachungspraxis Der Banken”, zbjv, c.142, s. 929)

⁶¹⁵ Naklen: Oral, **a.g.m.**, s.680. Yazar, İsviçre Federal Mahkemesinin çeşitli kararlarında sorunun hala tartışmalı olduğunu belirtmektedir. En etkili çözümün taşınmazın inşası esnasında kredi alınması durumunda kredi veren banka tarafından yapılacak denetim olduğu yönünde bkz. Baysal, **a.g.m.**, s.161.

⁶¹⁶ Kaşak, **a.g.t.**, s. 113. İsviçre federal mahkemesi kararları için ayrıca bkz. Naklen: Kaşak, **a.g.t.**, s.113 dn. 496. BGE 95 II 90; BGE 104 II 354; BGE 105 II 264; BGE 111 III 11; BGE 116 II 533; BGE 109 II 446.

⁶¹⁷ İnce-Akman, **a.g.e.**, s.1109. bkz. Bölüm II B. 3.

⁶¹⁸ İnce-Akman, **a.g.e.**, s.1109.

⁶¹⁹ Baysal, **a.g.m.**, s.161. Tandoğan, **a.g.e.**, s.90.

- VI. Alt yüklenicinin yapı alacaklısı ipoteğinin taşınmaza tescil edilmesi durumunda asıl yüklenicinin teminat yükümlülüğü olduğu⁶²⁰ yönünde öneri de uygulama için önemlidir⁶²¹. Teminatın koruma sınırının, asıl yüklenicinin ödeme gücü ile sınırlı olması sebebiyle, taşınmaz maliki için daha güvenilir bir yol olarak bu teminat şeklinin banka garantisi olması önerisi getirilmiştir. Çünkü bu şekilde alt yükleniciler tarafından yapı alacaklısı ipoteği tesis ettirilmesi halinde ipoteğin terkin ettirilmesi bankanın yükümlüğünde olacaktır⁶²².
- VII. Bir kısım yazarlar ise, yükleniciler lehine tescil edilmiş olan tüm ipoteklerin terkin edilerek taşınmazın temiz bir şekilde ve bir daha taşınmaz üzerine yapı ipoteği tescil edilme riski ortadan kalkıncaya kadar ödeme yapılmamasını önermektedir⁶²³.
- VIII. Alt yüklenicinin ücretinin doğrudan doğruya kendisi tarafından ödenmesi de doktrinde ileri sürülen önerilerden biridir⁶²⁴. Taşınmaz malikinin bu takipte zorlanması durumunda ödemenin bir üçüncü kişinin, özellikle Banka tarafından yapılması da önerilmektedir⁶²⁵. Ancak ödemenin taşınmaz maliki tarafından doğrudan alt yükleniciye yapılması halinde, asıl yüklenici by-pass edilerek doğrudan alt yükleniciye ödenen miktarın asıl yükleniciye sözleşme gereği ödenecek meblağdan kesilmesinin sözleşmeye aykırılık teşkil edebileceği rizikosu düşünülebilir⁶²⁶. Zaten iş sahibinin, asıl yüklenicinin kaç tane asıl yüklenici ile

⁶²⁰ Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s.78.

⁶²¹ Oral, **a.g.m.**, s.679.

⁶²² Oral, **a.g.m.**, s. 679.

⁶²³ Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s.79. Bu öneri, asıl yüklenicinin, alt yüklenici ve zanaatkarlara ödeme yaptığı veya üç aylık tescil süresinin geçtiğini nasıl ispat edebileceği konusunda yaşanabilecek zorluk ve asıl yüklenicinin inşaat ile ilgisi olmayan harici kimselerle anlaşarak bunları belgelendirmesi halinde malikin bunun doğruluğunu tespit edebilme imkânın zorluğu nedeniyle görüşe ilişkin eleştiri için bkz. Reisoglu, **a.g.e.**, s. 134. Burada, ödemelerin kanıtlanmasından ziyade işin tamamlanmasından üç ay sonraya kadar ödemediği imtina etme hakkı tanınmasının daha doğru olacağı ve bu süre zarfında temerrüt hükümlerinin uygulanmaması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Ebül'ula Mardin, **Medeni Hukuk Dersleri**, C.7, Feri Ayni Haklar, İstanbul, 1935, s. 89

⁶²⁴ Kurt, **a.g.m.**, s.128, dn.90.

⁶²⁵ Kaçaran, **a.g.m.**, s.138-1381. Bıçakçı, **a.g.m.**, s.544.

⁶²⁶ Örneğin uygulamada, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin bağımsız bölümlerin devrinde, müteahhitten taşınmaz satın alan üçüncü kişilere doğrudan devir yapılması yerine önce müteahhite devir sonrasında üçüncü kişiye müteahhit üzerinden devir gerçekleştirilmektedir. Alacağın temlik ile doğrudan üçüncü kişiye devir, taşınmaz malikinin asıl yükleniciye olan sözleşmesine aykırılık teşkil etmemelidir. Uygulamada müteahhitin alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla da bu yolu kullanması da bir başka riski beraberinde getirmektedir.

çalıştığı veya malvarlıklarından sürekli bilgi sahibi olması, sözleşmelerini ve miktarlarını bilmesi her zaman gerçekleşebilecek bir durum olamayacağı gerekçeleri ile bu öneri eleştirilmektedir ⁶²⁷.

- IX. Bir kısım yazarlar ise, alt yüklenicinin “ücret ödeme borcunun ödendiği hususunun kanıtlanması halinde ancak kendisine ödeme yapılacağına kaydı koyulması⁶²⁸. Hatta tüm taşeronlardan ibra belgesi alınarak delil göstermesi talep edilmesi⁶²⁹ ni önermişlerdir.
- X. Alt yüklenici lehine ipotek tesis edilirken, beyanlar hanesine asıl yüklenici ile bağlantının kurulması da getirilen önerilerden biridir⁶³⁰.
- XI. Bir diğer öneri iş sahibi maliklere, üç aylık sürenin sonuna kadar iş bedelinin ödenmemesi veya yüklenicinin tüm taşeronlarından ibra belgesi alması şeklindedir⁶³¹.

Yukarıda detaylı aktarılan tüm öneriler, sözleşmeye eklenebilecek kayıtlardan ibarettir. Her ne kadar mükerrer ödemeden koruyucu oldukları kabul edilse de daha çok işin başında ve önleyici olarak yapılması gerektiği için ticari hayatta pazarlık ve rekabet ortamı içerisinde karşı tarafa kabul ettirilmesi zordur. Bu öneriler, yalnızca önleyici hukuk kapsamında bir anlam ifade etmektedir⁶³². Hukukun soruna getirdiği öneri olarak değerlendirilemez. Asıl mesele “şok edici” bu durumun ortaya çıkması halinde nasıl bir hukuki yol izlenebileceği meselesinde bir çözüm üretilmesi

⁶²⁷ Oral, **a.g.m.**, s. 680.

⁶²⁸ Tandoğan, **a.g.e.**, s.89-90. Eren, **a.g.e.**, s.67. Malikin iki defa ödeme riskini önlemek için malikin asıl yükleniciye ödemesini sınırlı tutması gerektiği yönünde değerlendirme için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3493 dn. 359.

⁶²⁹ Sütçü, **a.g.e.**, s.550. Ayrıca, malik, yükleniciye karşı tüm borçlarını yerine getirdikten sonra, kanuni ipotek hakkına dayalı olarak taşeronlara yapmış olduğu ödemeler neticesinde ödemesi gerektiği tutardan fazladan ödeme yapmış ise bu miktarı sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca asıl yükleniciden talep edebileceği şeklinde görüş için bkz. **A.e.**, s. 550. Benzer şekilde, taşınmaz malikinin, yüklenicinin borçlarını ödememesinden kaynaklı olarak alt yüklenicilere yapmış olduğu fazladan ödemeler için asıl yükleniciye karşı rücu hakkına sahip olduğu yönünde görüş için bkz. Akkanat **a.g.e.**, s. 292.

⁶³⁰ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.151. Burada ipotek tescili ile paranın nasıl paylaşılması gerektiği konusundaki tartışmalar için ayrıca bkz. Reisoğlu **a.g.e.**, s.151.

⁶³¹ Sütçü, **a.g.m.**, s. 550. Oral, **a.g.m.**, s. 681.

⁶³² Bu şekilde sözleşmeye koyulacak kayıtlara ilişkin önerilerin temel seviyede avukatlar ve iş sahiplerine yönelik pratik hatırlatmalardan ibaret olabileceği eleştirisi için bkz. Delipınar **a.g.e.**, s.164.

gerektiğidir. Bu sebeple sorun ortaya çıktıktan sonra izlenmesi gereken hukuki yol ve enstrümanlar çerçevesinde pratik çözümlere ihtiyaç vardır.

Taşınmaz malikinin iki defa ödeme yapma sorunu iki şekilde karşımıza çıkabilir: Birinci ihtimal, iş sahibi asıl yükleniciye ödemesini yapmış ancak asıl yüklenici alt yükleniciye ödemesini yapmamış olabilir. Bu halde asıl yükleniciye borcunu ödemiş olan iş sahibi, alt yüklenicinin alacağı sebebiyle taşınmaz üzerine ipotek tescil etmesi halinde aynı borcu iki defa ödeme riskiyle karşı karşıya kalabilir. Taşınmaz maliki, asıl yükleniciye olan borcunu ödedikten sonra yapı ipoteği nedeniyle alt yüklenici ve zanaatkarlara tekrar ödeme yapmak mecburiyetinde kalması halinde, taşınmaz malikinin aynı iş için yaptığı bu ikinci ödemeyi asıl yükleniciden geri alması gerekmektedir. Taşınmaz maliki, yapmış olduğu bu ödemeyi asıl yükleniciye rücu edecektir⁶³³.

İkinci ihtimal ise, iş sahibi taşınmaz malikinin ne asıl yükleniciye ne de alt yükleniciye ödeme yapmamış olması halidir. Bu durumda hem asıl yüklenicinin hem de alt yüklenicinin ipotek tesisi gündeme gelir. İpoteğin paraya çevrilmesi sonrası paraların paylaşılması aşamasında iş sahibine aynı iş için çift ödeme tehlikesinin önüne geçecek bir paylaşım gerekir.

(1) İş sahibinin ilk ihtimal olarak aktardığımız, asıl yükleniciye ödeme yapmış olması durumunda alt yükleniciye tekrar ödeme yapması söz konusu olduğu halde rücu alacağı gündeme gelecektir. Rücu alacağı, başkasına ait bir borcu ifa eden bir kimsenin, asıl borçludan geri istediği alacak olarak tanımlanmaktadır⁶³⁴. Halefiyet ve rücu hakkı, başkasına ait borcun ifa edilmesi halinde, bu ödemeyi asıl borçludan talep edebilmesini sağlayan hukuksal kurumlardır⁶³⁵. Taşınmaz maliki, alt yüklenicilere karşı her ne kadar sözleşmeden doğan bir borç ile yükümlü olmamasına rağmen alt yüklenicileri yapı alacaklısı sıfatıyla koruma gayesinin bir sonucu olarak taşınmaz malikini ipoteğe katlanmakla yükümlü kılmıştır. Taşınmaz maliki, asıl borç

⁶³³ Nomer/Ergüne **a.g.e.**, s. 360-261.

⁶³⁴ Emine, Koçono-Rodoslu, **Rücu Alacağı**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2014, s.4 (çevrimiçi) <https://tez.yok.gov.tr/>, ET: 09/01/2022

⁶³⁵ Ahmet Kılıçoğlu, **Türk Borçlar Kanunu'nda Kanunî Halefiyet**, Ankara 1979, s. 13 vd.

ilişkisindeki borçlu sıfatı kazanmamaktadır. Hukuki konumu başkası için ipotek veren şeklinde tanımlanabilir. Yapı ipoteğinin paraya çevrilmesi aşamasına gelindiğinde alt yüklenicinin alacağı taşınmaz malikine geçecektir. Bu şekliyle, kanundan doğan bir halefiyet ilişkisi oluşur ve taşınmaz malikinin rücu talebi, halefiyet⁶³⁶ kaynaklı olacaktır.⁶³⁷

Kural olarak, üçüncü kişinin bir başkasına ait olan borcu ifa etmesi ile borç sona erer. Borçla birlikte alacağa bağlı fer'i haklar da özellikle güvenceler de sona erer. Ancak, halefiyetin öngörüldüğü hallerde üçüncü kişinin ifası ile birlikte borç sona ermez ve alacak hakkı kanundan dolayı ifada bulunan üçüncü kişiye intikal etmiş olur⁶³⁸. İş sahibinin rücu etmesi halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 167. ve 168. Maddelerinde düzenlenen müteselsil borçluların ilişkideki paylaşım ve halefiyet kurallarına göre düzenlenmelidir⁶³⁹.

Taşınmaz maliki asıl yükleniciye ödemenin tamamını yapmamış olduğu aşamada ve alt yüklenicinin ise yapı ipoteğini taşınmaza tescil ettirmiş olması ihtimalinde rücu imkânı dışında bir çözüm gerektiği düşünülmüştür⁶⁴⁰. Taşınmaz malikinin ipotek tehdidi nedeniyle önce alt yükleniciye ödeme yapması, daha sonra asıl yükleniciye ödeme yaparak daha sonra yapmış olduğu ödemeyi asıl yükleniciden tekrar almak üzere gereken hukuki prosedürü işletmesi hiç anlamlı ve pratik bir yol değildir. Kaldı ki, alt yüklenicinin asıl yükleniciden tahsil edemediği bir şahsi alacak hakkını, aynı şekilde şahsi bir alacak hakkından ibaret olan rücu alacağını da taşınmaz

⁶³⁶ Halefiyet sözlük anlamı olarak bir başkasının yerine geçmek şeklinde tanımlanmıştır. Miras hukukunda mirasçılardan mirasın yerini almaları, alacağın temlik halinde yeni alacaklının eskisinin yerine geçmesi örneklerinde olduğu gibi, kişilerin hukuki ilişkide birbirlerinin yerini almaları halinde kullanılan bir kavramdır. Borçlar hukukunda kullanılan halefiyet de bu anlamdadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Kılıçoğlu, **Türk Borçlar Kanunu'nda Kanunî Halefiyet**, Ankara, 1979, s. 3 Vd.

⁶³⁷ Benzer şekilde, TBK. 127/I hükmüne göre de "alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişi, başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet ve ya başka bir ayni hakkı bulunduğu takdirde, ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olmaktadır. Türk hukuk sisteminde halefiyet sadece kanunun öngördüğü durumlarda mümkün olduğu yönünde görüş için bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 5

⁶³⁸ Emine Koçono-Rodoslu, Rücu Alacağı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=uSwM0Uj5mdOIB4L0kHgDpA&no=RWy0It-8PA40yI6myFnFHQ> Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.275.

⁶³⁹ Delipınar, **a.g.m.**, s.165.

⁶⁴⁰ Delipınar, **a.g.m.**, s.167.

malikinin, asıl yükleniciden rücu imkânı mümkün görünmemektedir. Yapı alacaklısı ipoteğinin varlık sebebi, ödeme güçlüğü içerisinde olan asıl yükleniciden alacaklı olanların alacaklarının tahsil kabiliyeti riski sebebiyle güvence altına alınmasıdır.

Bu sebeple, taşınmaz malikinin alt yükleniciye yapmış olduğu ödemenin, asıl yükleniciye olan borcundan mahsup edilmesi en makul çözümdür. Asıl yüklenicinin ise bakiye alacak miktarının, bu mahsup işleminin yapılmasından sonra kalan tutara göre hesaplanması gerekmektedir⁶⁴¹.

Sadece alt yüklenici lehine yapı ipoteği tescil edilmiş ve ipoteğin paraya çevrilmiş olması halinde alt yüklenicinin alacağı sona erecektir. Bu halde, asıl yüklenici taşınmaz malikinden alacak talebinde bulunursa, taşınmaz maliki alt yükleniciye yapmış olduğu ödemeyi, sözleşme gereği asıl yükleniciye ödemesi gereken miktardan mahsup edebilecektir⁶⁴². Mahsup, genel anlamda, hesaplama ya da hesaptan düşme⁶⁴³ veya bazı sebepler nedeniyle alacak tutarından indirim⁶⁴⁴ yapılmasıdır. Neticede, iş sahibinin alt yükleniciye ödediği miktar, asıl yükleniciye yapılacak ödeme tutarından düşülecektir. Rücu ilişkisine benzer olarak iş sahibinin, alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkı çerçevesinde ödemek mecburiyetinde kaldığı masraf ve vekalet ücretlerini de mahsup kapsamında sayılacaktır⁶⁴⁵.

Doktrinde, aynı zamanda iş sahibinin asıl yükleniciye karşı takas beyanında bulunabileceği de ifade edilmektedir⁶⁴⁶. Burada takas ve mahsup hakkı

⁶⁴¹ Tazminat alacaklarının yapıya doğrudan değer artış sağlamaması nedeniyle, yapı alacaklısı ipoteği kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği görüşü kapsamında rücu alacağının mahiyeti de tartışılabilir.

⁶⁴² Delipınar, **a.g.m.**, s.167-168.

⁶⁴³ Fatih Karamercan, “Türk Borçlar Hukukunda Takas”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.9, C.5, Bahar 2018, s. 275.

⁶⁴⁴ Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, 2.Baskı, Ankara, 2010, s.23; Ejder Yılmaz, “*Davada Takas Ve Mahsup Talebi*”, **Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, S.2, 2010, s.248.

⁶⁴⁵ Ancak burada, asıl yüklenicinin alt yükleniciye ödeme yapamaması, iş sahibinin de asıl yükleniciye vadesinde ödeme yapamamasından kaynaklanması söz konusu olursa, burada masrafın kusurlu olan iş sahibi ve asıl yüklenici arasında paylaşılması hakkaniyet gereği daha uygun bir çözüm olduğu önerisi için ayrıca bkz Delipınar, **a.g.m.**, s.168.

⁶⁴⁶ Güleş, **a.g.e.**, s. 73; Delipınar, **a.g.m.**, s. 168. Mahsup, alacağın hesabına ilişkin bir itiraz olması sebebiyle yalnızca borçlu değil, menfaat sahibi herkes tarafından ileri sürülebilir ve hâkim tarafından resen dikkate alınır. Ancak takas, yenilik doğuran bir hakkın kullanımına ilişkin defidir ve yalnızca borçlu tarafından ileri sürülebilir. Burada mahsup ile takas arasındaki farklar için detaylı bilgi için bkz.Fatih Altan Gündüş, “*Medeni Usul Hukukunda Takas Ve Mahsup İle İlgili Sorunlar*”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:94, Sayı 1, Yıl 2020, (188-205), İstanbul, 2020. Aksi görüşte bkz. Duman, **a.g.m.**, s.192. İş sahibinin kendi mülkiyetinde olan taşınmazının üzerinde alt yüklenicinin alacak hakkı için

düşünüldüğünde, hakların yarışmasından söz edilebilir⁶⁴⁷. Mahsup, hâkim tarafından resen dikkate alınabilir olması ve hesaplama tekniği olması nedeniyle taşınmaz malikinin çift ödeme riskinden önleyiciliği daha fazla olacaktır⁶⁴⁸.

(2) İkinci ihtimal olan hem asıl yüklenicinin hem alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkını inceleyelim. Bu ihtimalin gerçekleştiği durumda hem asıl yüklenicinin hem de alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkı kurulmuş olacaktır. İki ipotek farklı tarihlerde tescil edilmiş bile olsa, TMK. m. 896 gereği birbirilerine göre aynı sırada sayılırlar. Haliyle kanuni ipoteklerin paraya çevrilmesi safhasında da ipotekler aynı sırada sayılacaktır⁶⁴⁹. Bu halde, icra müdürlüğünün her iki alacaklının alacaklarını eş zamanlı ödemesi gerekir. Bu halde, taşınmaz maliki iki defa ödeme yapmış olacaktır. Taşınmaz malikinin, asıl yükleniciye bu ödemeyi rücu etmesine yönelik işlemleri zorunlu kılmak anlamsız bir yaklaşım olur. Bu sebeple icra müdürlüğünün satış bedelinin paylaştırılması amacıyla sıra cetvelini oluştururken alt yükleniciye yapılan ödeme ölçüsünde asıl yüklenicinin alacağından mahsup etmesi yerinde bir çözüm olacaktır⁶⁵⁰.

Bu çözüm yöntemi, özellikle paraya çevrilen ipotek bedelinin alacakların tamamını karşılamaması durumunda önem arz etmektedir. Rücu ile iş sahibinden geri alanacağı kabul edilen bedelin, peşinen mahsup edilmesi, taşınmaz malikinin tahsil kabiliyeti olmayan asıl yükleniciden alacağını alma riskini bertaraf etmektedir. Kanaatimizce, yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı kurumunun alt yüklenicinin konumunu güçlendirirken, çift ödeme tehlikesine karşı taşınmaz malikinin konumunu güçlendirme ihtiyacı olan hukuki enstrüman mahsup yöntemidir.

koyulmuş ipotekten kurtarmak için alt yükleniciye ödeme yapması söz konusu olabilir. Bu halde iş sahibi alt yüklenicinin alacağına kanunen halef olacak ve bu sıfat ile asıl yükleniciden kendisine ödemede bulunmasını talep edebilecek veya üst yükleniciden kendisinden olan bir alacağı için takas yoluna gidebilecektir. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 94-95; Gönen, **a.g.e.**, s.41

⁶⁴⁷ Delipınar, **a.g.m.**, s. 168.

⁶⁴⁸ Oğuzman/Öz, c.2, **a.g.e.**, s. 625; Delipınar, **a.g.m.**, s. 168. mahsup itirazının üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebileceği, iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki sözleşmede kefil olması örneği için ayrıca bakınız: Von Tuhr **a.g.e.**, s.685.

⁶⁴⁹ Sirmen, **a.g.e.**, s. 704.

⁶⁵⁰ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 151 vd.; Delipınar, **a.g.m.**, s.169.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKININ SIRASI, ÖNCELİK HAKKI VE SONA ERMESİ

I. YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEĞİNDEN FERAGAT

MK. 893/II'ye göre, yapı alacaklısının kanuni ipoteğin kurulmasını isteme hakkından feragati geçersizdir. Bu düzenlemede ipotek hakkı doğmadan önce söz konusu haktan vazgeçilmesi yasaklanmıştır.⁶⁵¹ Ancak hak doğduktan sonra, feragat sözleşmesinin yapılması geçerli olup sonradan bu haktan vazgeçilebilmesi mümkündür⁶⁵².

II. YAPI ALACAKLISININ KANUNİ İPOTEK HAKKININ SIRASI

Türk hukukunda ipotek hakkı sahiplerinin alacaklarını elde etme sürecinde kural olarak sabit dereceler sistemi uygulanmaktadır. Sabit dereceler sisteminde, ipoteğin paraya çevrilmesi aşamasında alacakların sırası ipoteğin kuruluş tarihine göre değil, kurulmuş farazi dercelere göre belirlenmektedir. Bu sistem, taşınmaz maliklerinin menfaatine daha uygundur. Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı ise, sabit dereceler sisteminin uygulama alanının istisnalarından birisidir.

TMK m.1022'ye göre, tescile tabi kanuni ipotekler, taşınmaz üzerinde kurulmuş bulunan aynı haklar karşısında bulunduğu sıra, ipoteğin kurulduğu tarihe göre belirlenmektedir⁶⁵³. Bu durumda bir kanuni ipotek türü olan yapı alacaklısı ipoteğinin sırasını belirleyen esas unsur tarafların belirlediği derece değil, tapuya tescil edilen tarih oluşturmaktadır⁶⁵⁴. Ancak yapı alacaklısı ipoteğinin geçici tescil şerhinin söz konusu olduğu durumda, sıranın belirlenmesinde söz konusu şerhin yevmiye

⁶⁵¹ Sirmen, **a.g.e.**, s. 627.

⁶⁵² Sirmen, **a.g.e.**, s.627.

⁶⁵³ Eralp Ünver, “Yapı Alacaklısı İpoteği”, İpotek İle İlgili Makaleler, Yayına Hazırlayanlar: Saibe Oktay-Özdemir, Batuhan Akkuş, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, 354 vd. Bu hükmün istisnası üst hakkı sahipliği hakkında detaylı bilgi için bkz. Helvacı, **a.g.e.**, s.380. Burada sıra tescil tarihine göre belirlenmekte ise de yapı ipoteği de bir derece işgal etmektedir. Yapı alacaklısı ipoteğinin daha önce tescil edilen aynı haklara karşın öncelik hakları saklıdır.

⁶⁵⁴ İslamoğlu, **a.g.t.**, s. 73; Avcı/Köksal-Oruç, **a.g.m.**, s. 118; İnce-Akman, **a.g.e.**, s. 1153. Güleş, **a.g.e.**, s.180, Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s.188.

defterine kaydedildiği tarih esas alınacaktır. Daha önce kurulmuş yüklerin varlığı halinde ise, yapı alacaklısı ipoteği bunlardan sonra gelecektir. Bu halde tescile tabi kanuni ipotekler, sözleşmeden doğan ipoteklerden farklı olarak, taşınmaz üzerinde kendinden önce tescil edilmiş olan rehin haklarından sıra olarak sonra gelmektedir⁶⁵⁵. Ancak, taşınmazın üzerinden birden fazla sayıda yapı alacaklısı ipoteği mevcut fakat taşınmazın satışından elde edilen miktar alacakların tamamını karşılamaya yetmiyorsa kanuni ipotekler tescil tarihinden bağımsız bir başka ifadeyle tescil tarihlerine bakılmaksızın, aynı sırada kabul edilerek elde edilen mablağ yapı alacaklıları arasında orantılı olarak dağıtılacağı kabul edilir.⁶⁵⁶ Bu düzenleme, Türk Medeni Kanunnu m. 896'da *“Hakları değişik tarihlerde tescil edilmiş olsa bile zanaatkarlar ve yükleniciler, kanuni ipotekten yararlanma bakımından kendi aralarında aynı sırada sayılırlar”* şeklinde ifade edilmektedir. Rehnin paraya çevrilmesi aşamasında yapı ipoteğiyle güvence altına alınmış alacakların bir kısmının muaccel olmamasının sıra eşitliğini değiştirmeyeceği kabul edilir⁶⁵⁷.

TMK m. 896'ya göre ipoteğin paraya çevrilmesi halinde elde edilen miktardan, yapı alacaklıları, alacakları ile orantılı olarak tatmin edilirler⁶⁵⁸. Bu düzenlemenin amacı, yapı işini zorunlu olarak daha önce teslim etmesi gereken yapı alacaklısının diğer yapı alacaklılarından önce gelecek bir ipotekten istifade etmesi neticesinde diğerlerinin aleyhine bir menfaat sağlanmasının önüne geçmektir⁶⁵⁹. Bir yapının kaba inşaatı tamamlanmaksızın ince işler olarak tanımlanan elektrik ve su tesisatı döşemesi gibi yapı faaliyetlerine geçilmesi işin mahiyeti gereği mümkün değildir. Bu yapı faaliyetlerinin hepsi bir bütün olarak taşınmazın değerini artırdığı düşünüldüğünde, iş aşamalarında öncelik-sonralık ilişkisinin kabul edilmesi hakkaniyete uygun olmayacaktır⁶⁶⁰.

⁶⁵⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 1059; Köprülü/Kaneti, **a.g.e.**, s.308; Davran, **a.g.e.**, s.34; Ayan, **a.g.e.**, s. 228.

⁶⁵⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.3505; Köprülü/Kaneti **a.g.e.**, s. 321; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 802; Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 226; Gürsoy/Eren/Cansel **a.g.e.**, s.1059; Wieland m. 840, **a.g.e.**, s.686-687, Çabri, **a.g.m.**, s.395.

⁶⁵⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.802.

⁶⁵⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3505. Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s.368.

⁶⁵⁹ Reisoglu, **a.g.e.**, s. 148; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3505.

⁶⁶⁰ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.1059.

Bunun yanı sıra aksi bir halde ortaya çıkabilecek olan iyi niyetli olmayan malike karşı muvazaalı bazı alacaklar için taşınmazı üzerine sıra bakımından önde gelen rehinler kurmaya da imkân oluşturmak kanun koyucunun amacına uygun olmayacaktır⁶⁶¹.

III. ÖN SIRADA YER ALAN DİĞER REHİNLİ ALACAKLILAR KARŞISINDAKİ ÖNCELİK HAKKI

A. Genel Olarak

Yapı alacaklısının bu hakkından yararlanabilmesi objektif ve sübjektif şartların gerçekleşmesine bağlıdır.

Objektif şart, kanuni ipoteğini tescil ettirmiş bulunan yapı alacaklısının öncelik hakkını kullanabilmesi, ancak paraya çevrilme aşaması neticesinde ortaya çıkan tutarın, taşınmazın yapı işleri başlamadan önceki değerini aşmasına rağmen yapı alacaklısının alacağını tamamen veya kısmen elde edememiş olmasıdır⁶⁶².

Sübjektif şart ise, sıracı önce gelen rehinli alacaklı, rehinin kurulduğu esnada, söz konusu rehin yükünün yapı alacaklılarının zararına olacağını bilmeli veya bilmesi beklenmelidir. Rehlinli alacaklının, durumun şartlarına göre kendisinden beklenebilecek özeni gösterdiği halde zararı görebilecek durumda olması yeterli kabul edilir⁶⁶³.

Yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik hakkı ancak bir yapı alacağı için söz konusu olduğu konusunda tartışma bulunmamaktadır. Bunun doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan değer fazlasının yapı faaliyeti neticesinde ortaya çıkmış olması gerekmektedir.

⁶⁶¹ Yenice-Ceylan, **a.g.e.**, s. 189.

⁶⁶² İpoteğin paraya çevrilmesi ile elde edilen miktardan alacağın tahsilinin mümkün olmamasının yeterli olup borçluya karşı takibe geçilerek aciz vesikası alınmasının gerekmediği yönünde bkz. Köprülü/Kaneti **a.g.e.**, s. 322; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3507 dn. 392.

⁶⁶³ Sirmen, **a.g.e.**, s. 659. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3508.

Toprak değerinin artması nedeniyle meydana gelecek bir değer fazlası üzerinde yapı alacaklısının öncelik hakkından söz edilemez⁶⁶⁴.

Objektif ve subjektif şartın birlikte gerçekleşmesi halinde ancak ipotek alacaklısı, değer fazlasının uğradıkları zararın tazminine tahsisini talep edebilecektir⁶⁶⁵.

Sübjektif şart değerlendirmesinde örneğin, önce gelen bir taşınmaz rehni, rehinli alacaklının taşınmaz malikine, inşaatın finanse edilebilmesi için açtığı bir kredinin teminatının sağlanması amacıyla kurulmuş olması halinde, bu kredinin de yapı alacaklılarına tahsis edildiği konusunda bir şüphe bulunmuyor ise değer fazlası üzerindeki talep, rehinli kredi alacaklısına karşı ileri sürülemeyecektir⁶⁶⁶. Ancak söz konusu kredinin inşaat alacaklıları arasında, yarattıkları değer fazlası oranında ödenmiş olması şarttır⁶⁶⁷.

Kanun koyucunun gözettiği amaç, inşaat alacaklılarını alacağını elde etmede birbirlerine karşı daha kötü duruma düşürmek, inşaat alacaklıları arasında eşitliğin sağlanmasıdır⁶⁶⁸.

Söz konusu şartların gerçekleşmesi halinde, talep hakkının mevcut olabilmesi için sıraya önce gelen taşınmaz rehni çeşidine ilişkin açık bir ifade bulunmamaktadır.

⁶⁶⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3509 dn. 395; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.180.

⁶⁶⁵ Değer artışının yapı alacaklısına öncelenmesinin ancak önde gelen rehin alacaklılarına karşı hukuki sonuç doğurduğu, taşınmaz üzerinde malikin borçları nedeniyle haciz, ihtiyati tedbir gibi kısıtlamaların uygulandığı adi alacaklılara karşı öncelik hakkı olup olmadığı bu hüküm kapsamı dışında olduğu ancak bu hakkın düzenlenmesinin altında yatan düşünce ve kanun koyucunun amacına yönelik yorum yapılması halinde bu öncelik hakkının, yalnızca önce gelen rehinli alacaklılara için değil, haciz ve ya ihtiyati tedbir uygulatan taşınmaz malikinin adi alacaklıları açısından da geçerli olacağından, bunlara karşı da TMK m. 897 kapsamında değer artışından öncelikle yararlandırılmasının adil olacağı yönünde hakkaniyetli ve isabetli değerlendirmesi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3509 dn. 394.

⁶⁶⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3510. İnşaat kredisinin herhangi bir inşaat alacaklısına tahsisinin sübjektif şartın gerçekleşmesini önleyip önlemeyeceği konusunda detaylı bilgi için bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 192.

⁶⁶⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3510.

⁶⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3510. Kredi verenin, verdiği kredinin yapı alacaklıları arasında dağıtımının gözetilmesi gerektiği yönünde federal mahkeme kararları için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir N. 3510 dn. 400.

Ancak, hâkim görüş, hangi rehin çeşidi (ipotek, ipotekli borç senedi, irat senedi) ne olursa olsun yapı alacaklısı lehine doğacağı kabul edilir⁶⁶⁹.

Yapı alacaklısı, değer fazlasının zararının tazminine tahsis edilmesini, zarara sebep olan ön sıradaki alacaklıya karşı ancak bir dava ile talep edebilir⁶⁷⁰. Yapı alacaklısının gerçekleştirdiği yapı faaliyeti neticesinde taşınmazda bir değer artışı meydana gelmektedir. Yapı faaliyeti başlamadan önce çok sayıda rehin akkı ile taşınmazın yüklü olması söz konusu olabilmektedir. Bu halde, kanun koyucuya göre, ortaya çıkan değer fazlası sıracı önde gelen rehinli alacaklıların alacaklarını karşılayacaktır. Bu halde ise, yapı alacaklıları kendileri tarafından gerçekleştirilen bu değer fazlasına rağmen, kendi alacaklarını elde edememiş olma riskiyle karşılaşacaklardır. Bunu öngören kanun koyucu, TMK m. 897’de düzenlenen “küdeme itibar” ilkesine istisna olarak belirli şartların gerçekleşmesi halinde değer fazlasının, kendisinde önce tescil edilmiş ipotek hakları olsa dahi alacaklarını güvence altına almak amacıyla taşınmaz üzerinde rehin kurma ve değer artışından yararlanma, daha önce tescil edilmiş ayni haklar karşısında öncelikle yararlanma imkânı tanımıştır⁶⁷¹. Kanun maddesinin amacı, taşınmaz rehni karşılığında kredi sağlanması halinde krediden kaynaklı rehinlerin ön sıralara yerleştirilerek taşınmazın yapıyla birlikte kazanacağı tüm değerın ön sıradaki rehin alacaklılarına tahsisinin önüne geçerek yapının taşınmaza kattığı değerın öncelikli olarak yapı alacaklıların zararlarını tazmin edilmesine yönelme imkânı oluşturmaktadır⁶⁷². Bu şekilde bir düzenlemenin olmadığı halde taşınmaza emekleri veya emek vermeksizin malzemeyle katkıda bulunan yapı alacaklılarının kendileri neticesinde oluşan değer artışından ön sıradaki alacaklıların ipotekleri nedeniyle istifade edememeleri şeklinde haksız bir tablo oluşurdu⁶⁷³. Bu şekilde bir tablonun önüne geçmek isteyen kanun koyucu, TMK m. 897/I düzenlemesi

⁶⁶⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 3511.

⁶⁷⁰ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 163. Davanın hukuki niteliği hakkında Nomer/Ergüne **a.g.e.**, N.1162.

⁶⁷¹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 163 vd., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3508. Çabri, **a.g.m.**, s. 380. TMK. m. 897’deki düzenleme “satış bedeli zanaatkarlar ve yüklenicilerin alacaklarının tamamını karşılamadığı takdirde kalan kısım, ipotek hakkı elde eden önceki sıradaki alacaklıların payına düşen satış bedelinden arsa değeri çıkarıldıktan sonra artan para ile karşılanır. Ancak bu, taşınmaz üzerindeki yüklerin zanaatkar ve yüklenicilerin zararına olacağıın alacaklılar tarafından bilinebilir olmasına bağlıdır.”

⁶⁷² Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 163.

⁶⁷³ Tekinay, **a.g.e.**, s. 89.

ile ön sıradaki rehinli alacaklıların, taşınmazın yalın değerini aşan kısmından dolayı, yapı alacaklılarına karşı sorumlu tutulmasını uygun bir çözüm olarak düzenlemiştir⁶⁷⁴.

B. Öncelik Hakkının Kullanılmasının Şartları

1. İpoteğin Tapuya Tescil Edilmiş Olması

Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı kapsamında öncelik hakkından yararlanabilmesi için tapu kütüğüne tescili ile mümkündür⁶⁷⁵. Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkından söz edebilmek için TMK m. 893/I, b.3’de ifade edilen koşulların gerçekleşmesi gerekir⁶⁷⁶. TMK m. 893/I, b.3’de yüklenici ve zaanaatkarların bir taşınmaz üzerinde inşa edilen yapı ve diğer işlerde malzeme vererek veya emek sarf ederek malzeme ve emeklerinin karşılığı olarak alacaklı olmaları yapı alacaklısı sıfatını, alacaklı oldukları tutar ise yapı alacağı kavramını tanımlamaktadır. TMK m. 895/III’e göre, yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının tescil edilebilmesi için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması gerekir⁶⁷⁷. Malikin alacak için yeterli güvence göstermemesi olumsuz şart olarak düzenlemiştir. Tescilin süresi içinde yapılmış olması gerekir. Yapı alacaklısı, alacak hakkının doğması ile birlikte tescil etme hakkı da doğar. TMK m. 895/II’de tescilik yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması gerektiği düzenlenmiştir⁶⁷⁸. Tescille birlikte yapı alacaklının kanuni ipotek hakkı sınırlı ayni hak olarak doğmuş ve güvence vasfına erişmiş olur⁶⁷⁹.

⁶⁷⁴ Tekinay, **a.g.e.**, s. 89. Çabri, **a.g.m.**, s. 396.

⁶⁷⁵ Reisoğlu **a.g.e.**, s.165-166; Akın, **a.g.m.**, s. 763; Uyumaz, **a.g.m.**, s. 240; Oğuz, **a.g.m.**, s. 63 vd; Çabri, **a.g.m.**, s. 381.

⁶⁷⁶ Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının koşulları ve tescil edilmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Tez, Bölüm III.

⁶⁷⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 967; Çetiner, **a.g.e.**, s. 256; Sirmen, **a.g.e.**, s. 630.

⁶⁷⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir **a.g.e.**, N. 967; Çabri, **a.g.m.**, 386. Yargıtay, “üç ay içinde dava açılmaması ve geçici tescil talebinde bulunulmaması halinde, alt yüklenicinin tescilini isteyemeyeceğine” yönelik verdiği karar için ayrıca bkz. Y. 15. HD. E.2006/6606, K. 2008/960, T. 18.02.2008, www.hukukturk.com ET: 20.06.2024. Üç aylık sürenin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için ayrıca bkz. Tez, Bölüm 3, I- E s. 98 vd.

⁶⁷⁹ Çabri, **a.g.m.**, s. 389.

2. Yapı Faaliyetinin İnşaata Değer Katması

Öğretide, yapı alacaklısının öncelik hakkını kullanabilmesinin koşullarından biri olarak taşınmazın yapı değerinin üzerinde bir ipotek hakkının tescil edilmiş olması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁸⁰.

Taşınmazın değeri imar planlarının yapımı, değişimi, kentsel dönüşüm gibi nedenlerden ötürü sonradan artabilir. Bu halde taşınmazın değerindeki artıştan öncelik hakkı kapsamında faydalanması mümkün değildir⁶⁸¹. TMK. m. 897/I hükmü kapsamında düzenlenen öncelik hakkı kapsamında taşınmazın değerinin tespitinde taşınmazın paraya çevrilme anındaki değeri referans alınmaktadır⁶⁸².

3. Yapı Alacaklısının Kısmen veya Tamamen Alacağını Elde Edememesi

Yapı alacaklısının öncelik hakkından yararlanabilmesinin bir diğer koşulu ise, taşınmazın paraya çevrilmesi halinde elde edilen bedelin taşınmazın yapı faaliyetleri gerçekleştirilmeden önceki değerini aşmasına karşın, yapı alacaklısının söz konusu meblağdan alacağını tamamen veya kısmen elde edememiş olmasıdır⁶⁸³. Yapı alacaklısının bu halde, öncelik hakkını kullanabilmesi için borçlunun öteki malvarlığına başvurması ve borç ödemediği belgesi alması veya iflas yoluna başvurması şart değildir⁶⁸⁴.

Bu koşuldaki, ön sıradaki ipotek alacaklılarının ipotek hakkı tesisi aşamasında taşınmazda gerçekleştirilecek yapı faaliyeti neticesinde meydana gelecek değer artışının kısmen veya tamamen ön sırada bulunan ipotek haklarından dolayı yapı

⁶⁸⁰ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 178.

⁶⁸¹ Burada değer artışının yapı faaliyeti neticesinde gerçekleşmesi gerektiği ve toprak değerinin artmasıyla meydana gelen değer artışı üzerinde ipotek hakkının olamayacağı yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3509 dn. 396..

⁶⁸² Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 180. Taşınmazın değer kazanması ve yapının inşasında malikin katkısının bulunması halinde bu katkının öncelik hakkının kullanılması halinde düşülmesi gerekeceği yönünde ayrıca bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 180.

⁶⁸³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 983; Çabri, **a.g.m.**, s.390. Göktürk, **a.g.e.**, s.1052; Sirmen, **a.g.e.**, s. 633; Çetiner, **a.g.e.**, s.259

⁶⁸⁴ Akın, **a.g.m.**, s. 764. Yapı alacaklısının ipoteğinin öncelik hakkının asıl borçlunun borcunu ödeme gücünden bağımsız olduğu yönünde ayrıca bkz. Çabri, **a.g.m.**, s.391.

alacaklısının alacağını engelleyebileceğini öngörmelerinin aranması anlaşılmaktadır⁶⁸⁵.

4. Taşınmaz Üzerindeki Yüklerin Yapı Alacaklılarının Zararına Olacağını Diğer Alacaklılar Tarafından Bilinmesi

Yukarıda belirtilen objektif şartların yanısıra öğretide sübjektif şart olarak belirtilen, sıra olarak önde gelen alacaklının, rehinin kurulduğu sırada söz konusu rehinin yapı alacaklılarının zararına olacağını bilmeli veya bilmesi gerekir. (TBK. m. 897/I)⁶⁸⁶ Rehinli alacaklı, mevcut durum koşullarına göre kendisinden beklenebilecek özeni göstermiş olması halinde dahi zararı öngörebilecek durumda olmaması yeterli kabul edilecektir⁶⁸⁷.

5. Taşınmazın Paraya Çevrilmesinden Doğan Kıymet Fazlasının Ön Sıradaki Rehinli Alacaklıya Tahsis Edilmesi

Doktrinde, ön sıradaki rehinli alacaklıya karşı dava hakkının doğması için taşınmazda ortaya çıkan değer artışının ön sıradaki rehinli alacaklıya tahsisinin gerçekleşmiş olması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre, öncelik hakkının kullanımı için dava yoluna gidilebilmesinin ön şartı, taşınmaz paraya çevrildikten sonra elde edilen meblağın paylaşırma işleminin gerçekleştirilmiş olmasıdır. Öncelik hakkının paraların paylaştırmadan önce kullanmak isteyen yapı alacaklısının sıra cetveline karşı şikâyet yoluna başvurma hakkının olmayıp, paraların paylaşılmasından sonra ön sıradaki rehinli alacaklıya karşı alacak davası ikame etme yoluna gitmesi gerekmektedir. Katıldığımız görüşe göre, yapı alacaklısının öncelik hakkının kullanabilmesinin şartı, taşınmazın paraya çevrilmesi neticesinde elde edilen bedelin ön sıradaki rehinli alacaklıya tahsis edilmesi zorunlu değildir. Sıra cetvelinin

⁶⁸⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N.3508; Ayan, **a.g.e.**, s.238; Uyumaz, **a.g.e.**, s. 250; Çabri, **a.g.m.**, s. 392.

⁶⁸⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3508; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 181; Kaşak, **a.g.t.**, s. 183; Wieland, **a.g.e.**, Art. 841, N.3; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1062; Çetiner, **a.g.e.**, s. 259; Çabri, **a.g.m.**, s. 392.

⁶⁸⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3508; Uyumaz, **a.g.m.**, s. 250; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 590; Çabri, **a.g.m.**, s. 392.

oluşturulması ve taşınmaz satışında elde edilen miktarın rehinli alacaklının alacağını karşılamaması öncelik hakkının doğumu için yeterli sayılmalıdır.⁶⁸⁸

TMK. m.3 gereği ön sırada yer alan ipotek alacaklılarının kötünietli olduğunu ispat yükü yapı alacaklılarına aittir.⁶⁸⁹ Öncelik hakkının kullanımında ipoteğin kurulduğu esnadaki taşınmazın değeri esas alınmaktadır.⁶⁹⁰

6. Ön Sıralı Derecelerdeki Rehin Alacaklılarının İyi Niyetli Olmaması

Yapı alacaklısının öncelik hakkı kapsamında incelenecek koşullardan bir diğeri ise aynı zamanda subjektif koşul olarak isimlendirilen⁶⁹¹ diğer alacaklıların taşınmaz üzerindeki rehin yüklerinin yapı alacaklısının zarar vereceğini bilmesi veya bilebilecek durumda olması durumudur.⁶⁹² Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin her somut olaya göre değerlendirilmesi gerekmesi de sübjektif oluşunun doğal bir sonucudur. Ancak taşınmaz üzerinde bir yapının varlığı halinde yapı alacaklısı ipoteği tescilinin bulunmadığı bir tabloda, başka bir kimseye ipotek tesis edilmesi halinde iyi niyetinin ispatı zordur. Taşınmazın değeri, hukuki ve fiili durummu gayrimenkul değerlendirme uzmanları tarafından tespit edilen raporlar doğrultusunda ipotek miktarı belirlendiği bilindiği düşünüldüğünde, önceki sıradaki ipotek hakkı sahibi tarafından bilinmesi veya bilinebilecek durumda olduğu sonucu çıkmaktadır.

⁶⁸⁸ Çabri, **a.g.m.**, s. 394. Hatta ön sırada bulunan alacaklıların malikin ileride taşınmaz üzerinde yapı faaliyetinde bulunacağını tahmin edebilecek durumda olmasını bile öncelik hakkının ileri sürülebilemesi için yeterli kabul eden görüşler için bkz. Uyumaz, **a.g.m.**, s. 250; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 186-187. İşe başlama tarihinden sonrakiler için özellikle bu durumun geçerli olduğu yönünde ayrıca bkz. Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 744. Taşınmazın rehin kurulması sırasındaki değerine göre toprak değerinin üzerinde sınırlandırıldığını bilen ve ya bilmesi gereken ön sıradaki alacaklısı için sübjektif koşulun gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde değerlendirme için bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 191.

⁶⁸⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 1062.

⁶⁹⁰ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 183; Çabri, **a.g.m.**, s. 393. Değer fazlasının yapı faaliyeti neticesinde gerçekleşmiş olmasının şart olduğu toprak değerin artışı neticesinde meydana gelen değer fazlası üzerinde yapı alacaklılarının bir haklarının olmadığı yönünde değerlendirme için ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3509 dn. 396; Reisoğlu, **Kanuni İpotek**, s. 180.

⁶⁹¹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 180-181; Uyumaz, **a.g.m.**, s. 250.

⁶⁹² Kaşak, **a.g.t.**, s. 183; Akipek/Akintürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 804; Wieland, **a.g.e.**, s. 841; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.1062; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s.589; Çetiner, **a.g.e.**, s.259; Sirmen, **a.g.e.**, s. 633. Çabri, **a.g.e.**, s. 392. Ön sıradaki alacaklının malikin ileride taşınmaz üzerinde yapı inşa ettireceğinin önceden tahmin edebilecek olması halinin bile yeterli olduğu görüşünde bkz. Uyumaz, **a.g.m.**, s.250.

Bunun dışında, taşınmazda gerçekleştirilmesi düşünülen faaliyete ilişkin sözleşmenin akdedilip, yapı faaliyetine başlanmamış olduğu ve hazırlıklara ilişkin bilgilerin inşaat sahasında yer almadığı durumda önceki sıradaki alacaklının bu durumu bilmesinin mümkün olmadığı kabul edilebilir.⁶⁹³ Bu durumların tespitine ilişkin ispat yükü yapı alacaklısına aittir. (TMK m.3)⁶⁹⁴ Öncelik hakkının kullanımı safhasında taşınmazın değeri esas alınır⁶⁹⁵. Taşınmazın sonraki safhada çeşitli sebeplerle değerinin azalması halinde yapı alacaklısının alacağını elde edememesi halinde önceki sıradaki alacaklıya başvuramaz⁶⁹⁶.

Ön sıradaki ipotek, rehinli alacaklının iş sahibi taşınmaz malikine yapı faaliyeti için açtığı krediyi teminat altına almak amacı ile kurulmuş olması halinde, inşaat kredisi yapı alacaklılarına tahsis edilmiş ise, değer fazlası üzerindeki talep rehinli kredi alacaklısına karşı ileri sürülemeyecektir⁶⁹⁷. Bir başka ifadeyle, kredi sözleşmesinin inşaat sözleşmesinden kaynaklanan alacaklardan kaynaklanması ve fiilen yapı alacaklılarına ödenmesi gerekmektedir⁶⁹⁸. Bu durumda, kredi veren rehinli alacaklı, söz konusu rehin kurulması ile yapı alacaklılarına zarar verebileceği düşüncesi durumun koşullarıyla bağdaşmamaktadır.⁶⁹⁹

⁶⁹³ Çabri, **a.g.m.**, s.393

⁶⁹⁴ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s.1062.

⁶⁹⁵ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 183

⁶⁹⁶ **A.e.**, s. 183. Önce gelen taşınmaz rehininin rehinli alacaklının malike inşaat için açtığı krediyi teminat altına almak için kurulması halinde, inşaat kredisinin yapı alacaklısına tahsis edilmesi ve fiilen onlara ödenmesi şartı ile mümkün olduğu yönünde değerlendirme için bkz. **A.e.**, s.193. Bu halde birden fazla yapı alacaklısı bulunması halinde ödeme aşamasında dağıtımda eşit davranılması gerektiği ve hiçbir yapı alacaklısının alacağını elde etme noktasında birbirine karşı kötü duruma düşmemesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3510.

⁶⁹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3510.

⁶⁹⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 193; Çabri, **a.g.m.**, s. 394.

⁶⁹⁹ Reisoğlu, **Kanuni İpotek**, s. 192. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3510. Kredi verenin, söz konusu krediyi yapı alacaklıları arasında nasıl dağıtıldığını gözetmesi gerektiğinin Federal Mahkeme kararlarında arandığı ve kanunun amacının hiçbir yapı alacaklısının alacağını elde etmede birbirine karşı kötü durumda düşürmeden alacaklılar arasında eşitlik sağlanması gerektiği yönündeki değerlendirme için ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3510. Söz konusu Federal Mahkeme kararları için **A.e.**, N. 3510 dn. 401-402.

C. Öncelik Hakkı Hakkının Kullanılması

1. Öncelik Hakkının Kullanım Zamanı

Yapı alacaklısının sahip olduğu öncelik hakkı, taşınmazın paraya çevrilmesi halinde kullanılabilir. Çünkü taşınmaz paraya çevrilmediği sürece yapı alacaklılarının hakkını elde edememesine yönelik bir risk doğmamaktadır. Ancak taşınmazın satışı neticesinde elde edilen miktarın paylaşılması zorunlu değildir. Yapı alacaklısının, öncelik hakkını kullanmak için ön sıradaki rehinli alacaklının takibe girişmesini beklemesi gerekmediği gibi ön sıradaki ipotek hakkının muaccel olması da şart değildir⁷⁰⁰.

2. Öncelik Hakkının Tarafları

Öncelik hakkı sahibi, yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkını süresi içinde tescil ettirmiş yüklenici ve zanaatkarlardır⁷⁰¹. Davacı, öncelik hakkı sahibidir. Davalı ise ön sırada yer alan rehin alacaklılarıdır⁷⁰². Ön sırada yer alan rehin alacaklılarından anlaşılması gereken taşınmaz üzerindeki yüklerin yapı alacaklısının zararına olacağını bilen veya bilebilecek durumda olan kişilerdir (TMK m. 897/I)⁷⁰³.

Ön sıradaki rehinli alacaklı, yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının geçersiz olduğunu her zaman ileri sürme hakkına sahiptir. Eğer yapı alacaklısı ipotek hakkını ileri sürmekte üç aylık süreye uymaz ise yapılan tescil yolsuz olacaktır. Bu halde ön sıradaki alacaklıların ayrı bir dava açması şart olmayıp yapı alacaklısının kendilerine karşı açmış olduğu davada da itiraz olarak davanın her aşamasında ileri sürme imkanına sahip olup hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır⁷⁰⁴.

⁷⁰⁰ Çabri, **a.g.m.**, s. 398. Yazar, buradan anlaşılması gereken yapı alacaklısı öncelik hakkının kullanımı için, elde edilen miktarın ön sıradaki rehin alacaklısının hakkının mahsup edilmesinden sonra ancak kalan miktarın kısmen veya tamamen yapı alacaklısı hakkını karşılaması gerektiği şeklinde açıklamaktadır.

⁷⁰¹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.166.

⁷⁰² Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 168.

⁷⁰³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 3508; Kaşak, **a.g.t.**, s.183; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.182; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 1062; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 589.

⁷⁰⁴ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.168.

3. Öncelik Hakkının Kapsamı

Yapı alacaklısının öncelik hakkının kapsamı, yapı alacaklısının alacağını kısmen veya tamamen elde edememesinden ötürü uğradığı zarar kalemlerini içerir. Ancak burada yapı alacaklısının uğradığı tüm zararları ön sıradaki alacaklılardan talep edebileceği sonucu çıkmamalıdır. Burada tazminatın kapsamının, taşınmazın inşaaından dolayı meydana gelen değer artışıyla sınırlı olduğu kabul edilir⁷⁰⁵. Taşınmazda ortaya çıkan değer fazlasının belirlenmesinde hangi anın esas alınacağı sorusu gündeme geldiğinde, taşınmazın paraya çevrildiği an kabul edileceği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır⁷⁰⁶.

4. Öncelik Hakkı Talebinin İleri Sürülmesi

Rehin konusu taşınmazın icra yoluyla satılması neticesinde elde edilen miktarın nasıl paylaştırılacağı İİK. M. 151’de düzenlenmiştir. Bu hüküm ile paranın paylaştırılması safhasında İİK. M. 138’e gönderme mevcuttur. İİK. M. 151 satış bedelinin alacaklıların alacağını karşılamaması halinde her birine ait sıra ve payların icra memuru tarafından belirleneceği, İİK m. 206/III’de ise alacakları taşınmaz rehniyle teminat altına alınan alacaklıların sırası ve bu teminatın faiz ve eklentisine kapsamının taşınmaz rehnine ilişkin hükümlere göre belirleneceği görülmektedir. Burada icra memuru alacaklıların sırasını tayin ederken rehnin bulunduğu dereceye göre sıraya koymak ve elde edilen bedeli bu sıraya göre paylaştırması gerekmektedir. Bu halde icra memurunun takip konusu alacağı maddi bakımdan mevcut olup olmadığı

⁷⁰⁵ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 197-198. Çabri, **a.g.m.**, s. 399.

⁷⁰⁶ Ancak rehnin kurulmasından sonra taşınmazın değerinin inşa edilen yapıdan bağımsız olarak artması haline artan kısmın tazminat kapsamında değerlendirilmeyeceği daha önce ifade edilmiş ise de taşınmazın değerinin düşmesi halinde yüksek değer esas alınacağı yönünde ayrıca bakınız Reisoğlu, **a.g.e.**, s.199. Konun anlaşılması açısından örnek bir hesaplamayı yazar Çabri şu şekilde yapmıştır: “Taşınmazın değeri 1.000.000, yapının değeri 1.000.000 TL olduğu durumda, taşınmaz icra yoluyla 1.200.000 TL’ye satılsa, satış bedelinin belirlenmesinde yapıların taşınmaza kattığı değer dikkate alınarak öncelik hakkının belirlenmesi gerekecektir. Bu durumda, taşınmazın icra kanalıyla satışı halinde ele geçen miktar olan 1.200 TL bedelin içinde yapı alacaklısının yapı faaliyeti sonucu ulaşıldığı düşünüldüğünde taşınmazın yapısı değeri ile yapı değeri arasında orantı yapılarak yapı alacaklısının taşınmaza kattığı değer oranında ön sıradaki rehinli alacaklıya başvurulacağı kabul edilecektir. Bu halde yapı alacaklısının ön sıradaki alacaklıya başvurabileceği kısım 600.000 TL olarak karşımıza çıkar. Bunun nedeni de yapı inşa edilmemiş olsaydı taşınmazın paraya çevrilmesiyle elde edilecek tutarın 600.000 TL olacak olmasıdır.” Çabri, **a.g.m.**, s. 400.

veya öncelik hakkına sahip bulunup bulunmadığı bilinmesi veya bu yönde bir değerlendirmede bulunması beklenemez. Peki öncelik hakkının nasıl ileri sürülebilecektir? TMK m. 897’de bu konuda açık bir hüküm bulunmadığı için konu öğretide tartışılmıştır.

Ağırlıklı görüşe göre, yapı alacaklısının öncelik hakkına dayalı ikame edeceği dava haksız fiil niteliğinde bir alacak davasıdır⁷⁰⁷. Yapı alacaklısı bir alacak hakkına sahip olduğu bu hakkı TBK m.72/1’e göre 2 yıl ve 10 yıllık zamanaşımına tabidir⁷⁰⁸. Kanundan doğan bir alacak hakkının kabulü halinde ise TBK. m. 146 gereği 10 yıllık zamanaşımına tabi olup süre satış bedelinin ön sıradaki rehinli alacaklıya verilmesiyle başlayacaktır⁷⁰⁹. Satış bedelinin paylaştırılması ile haksız fiilin ve failin öğrenme anı olarak kabul edileceği için bu tarihten itibaren 2 yıl zamanaşımı başlar. Bu görüşü savunan yazarların gerekçesi, kanun tarafından getirilen bir yükümlülüğün ihlal edilmesinin haksız fiil niteliğinde olduğunu ifade eder⁷¹⁰.

İkinci görüş, yapı alacaklısına tanınan öncelik hakkının İİK. m. 280’deki hüküm ile benzerlik göstererek yapı işlerinin taşınmaza kazandırdığı değer fazlası ölçüsünde, önceki sırada bulunan rehin hakkı sahiplerine karşı bir iptal davası hakkı olduğunu kabul eder⁷¹¹. Burada uygulanabilecek nitelikte görülen düzenleme İİK m.280’de ‘*zarar verme kastından dolayı iptal*’ başlıklığın yer alan hükümdür. Bu madde kapsamında, malvarlığı borçlarını karşılayamayan borçlu alacaklılarına zarar verme kastıyla bir işlem yaparsa ve zarar verme kastı işlemin taraflarınca bilinir veya bilinmesi gerekirse bu halde yapılan işlemin iptali istenebilir. İşlemin iptalinin gerçekleşebilmesi için hem borçlu hem de taşınmaz malikinin malvarlığının borçları

⁷⁰⁷ Reisoglu, **a.g.e.**, s. 207-208. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 1064. Bazı yazarlar ise öncelik hakkının dava yoluyla kullanılması gerektiğini ifade etmekle birlikte davanın hukuki sebebi hakkında bir açıklamada bulunmamaktadır. Söz konusu alacak hakkının hukuki sebebinin haksız fiil olarak nitelendirilmesi mümkün olmakla beraber kanundan doğan kendine özgü bir alacak olarak da nitelendirilebileceği görüşünde ayrıca bkz. Çabri, **a.g.m.**, s. 409. Alacak davasının haksız fiil olarak kabulü halinde temerrüt faizi talebinin başlangıcı ile kanundan doğan alacak görüşünün kabulü halinde ön sıradaki rehinli alacaklıya ihtar şartı ile bedelin satış bedelini aldığı anda muaccel olacağına ilişkin temerrüt faizi talebine ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Çabri, **a.g.m.**, s. 410.

⁷⁰⁸ Reisoglu, **a.g.e.**, s. 208.

⁷⁰⁹ Çabri, **a.g.m.**, s. 409.

⁷¹⁰ Reisoglu, **a.g.e.**, s.208.

⁷¹¹ Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s.589. Bıçakçı, **a.g.e.**, s.566.

karşılamaya yetmemesi hem de tarafların zarar verme kastının varlığı olmak üzere iki ek şart ortaya çıkar. Halbuki yapı alacaklısının öncelik hakkını kullanımında borçlunun malvarlığının borçları karşılamaya yetmemesi şartı aranmamaktadır. Bunun yanı sıra zarar verme kastı da aranmamaktadır. İptal davası ile ortaya çıkan sonuç, borçlunun yaptığı işlemin iptaline karar verilmekten ibarettir. Burada yalnızca yapı alacaklısının öncelik hakkını kullanması ile ön sıradaki ipotekli alacaklının yaptığı işlemin iptalini talep ederek uğramış olduğu zararı alacak hakkı çerçevesinde talep etmesi söz konusu olur. Bu nedenle bu görüş de öncelik hakkını etkin kullanma açısından uygulanabilir nitelikte değildir⁷¹².

Üçüncü görüş ise, davanın İİK m. 142 hükümlerine göre sıra cetveline karşı şikâyet yoluna başvurmaktır⁷¹³. İİK m. 142’de cetvelin ilgililere tebliğinden itibaren yedi gün içinde her ilgilinin sıra cetveline karşı itiraz edebileceği, ancak itirazın alacağın esas ve miktarına değil de yalnız sıra ise bu halde şikâyet yoluyla icra mahkemesine başvuracağı düzenlenmektedir. Bu durumda yapı alacaklısı, kural olarak alacağın esas ve miktarına değil, taşınmazın değerini aşan miktar bakımından ön sırada olduğunu ileri sürecektir. Sıra cetveline karşı şikâyet yoluna başvuru, icra dairesi tarafından düzenlenmiş olan sıraya itirazı kapsar⁷¹⁴. Sıra cetveli düzenlendikten sonra ilgililere tebliğ edilir. Öncelik hakkı sahibi yapı alacaklısı, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde icra mahkemesine başvurarak sıra cetveline itiraz eder⁷¹⁵. Şikâyet yoluna başvurma yapı alacaklısı açısından avantaj yaratacak yönü, satıştan elde edilen paranın icra mahkemesi kararı kesinleşinceye kadar ertelenmesidir⁷¹⁶. Ancak İİK m. 142/a-I’de sıra cetveline karşı şikâyet ve ya itiraz yoluna başvurulması halinde,

⁷¹² Çabri, **a.g.m.**, s. 405.

⁷¹³ Wieland **a.g.e.**, Art.841, N.5; Altay/Eskiocak, **a.g.e.**, s. 295-296.

⁷¹⁴ Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer, **İcra Hukuku Esasları**, Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 5.Bası, İstanbul, 2010, s. 632. İpoteki taşınmazın paraya çevrilmesinden sonra elde edilen satış tutarının alacaklıların alacağını karşılamayınca icra memuru, her bir alacaklıya ait sıra ve payı belirleyecektir. İcra memuru takip konusu alacakların maddi bakımından mevcudiyeti veya öncelik hakkına yönelik bir hukuki değerlendirme yapması mümkün değildir.

⁷¹⁵ Şikâyet üzerine yargılamanın nasıl yapılacağı İİK m. 18’de düzenlenmiştir. Yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik hakkına sahip olup olmadığı hususunun ancak duruşmalı olarak incelenebileceği, bu kapsamda mahkemenin bilirkişi incelemesi yaptırabileceği konusunda değerlendirme için bkz. Çabri, **a.g.m.**, s.407. İcra mahkemesinin maddi hukukla ilgili sorunları çözmeye ne derece yetkili olduğuna ilişkin detaylı açıklamalar için ise ayrıca bakınız Postacıoğlu/Altay, **a.g.e.**, s. 86

⁷¹⁶ Postacıoğlu/Altay, **a.g.e.**, s. 632; Çabri, **a.g.m.**, s.408.

sıra cetvelinde hak sahibi her alacaklı bir banka kesin teminat mektubunun ibrazı halinde payına düşecek meblağın kendisine ödenmesini sağlayabilecektir⁷¹⁷. Yapı alacaklısı yalnızca sıraya karşı itirazda bulunacaksa icra mahkemesine şikayet, ancak sıra ile birlikte esas ve miktara da itiraz söz konusu ise genel mahkemede sıra cetveline itiraz davası açacaktır. Ancak bu tanım, ipotekli taşınmazın paraya çevrildiği ancak paraların dağıtılmadığı hallerde başvurulabilecek bir yol olarak karşımıza çıkar. İpotekli taşınmazın satışı halinde elde edilen miktarın dağıtılması halinde yapı alacaklısının hangi yola başvuracağını açıklanmadığı kısımda bu görüş yetersiz kalmaktadır⁷¹⁸.

Dördüncü görüş ise, TMK m. 897'nin gerekçesinde tazminat yükümlülüğü olmayıp, değer artışının öncelikle yapı alacaklılarına özgülenmesi nedeniyle burada kendine özgü bir dava olarak tanımlamaktadır⁷¹⁹. Bu görüşün kabulü halinde davaya hangi düzenlemenin uygulanacağı belirlenemeyecektir. Burada hakkın hukuki niteliği ve süreye ilişkin bilgilendirmelerin bulunmayışı nedeniyle kanaatimizce öncelik hakkının kullanımına yönelik uygulanabilirlik beklentisi için eksik kalmaktadır.

Türk hukukunda yapı alacaklılarının öncelik hakkını nasıl kullanacağına dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. İsviçre hukukunda taşınmazın satışından elde edilen bedelin alacaklarını karşılamaması halinde paraların paylaşılmasından önce de sonrasında da dava açma hakkına sahip olduğuna ilişkin açık bir düzenleme mevcuttur⁷²⁰. Yapı alacaklısının paraların paylaşılmasından önce dava açması, taşınmazın paraya çevrilmesiyle elde edilen miktarın dağıtılmasını dava sonuna kadar durdurur. Burada bedel icra dairesi tarafından tutulmakta olup davanın kazanılması halinde yapı alacaklısının doğrudan öncelik hakkına konu olan bedelin kendisine ödenmesini sağlama şansı oluşmaktadır⁷²¹. On günlük süre zarfında yapı alacaklısı tarafından dava ikame edilmemesi halinde ön sıradaki rehinli alacaklıya para verilmektedir. Bu halde, öncelik hakkına sahip yapı alacaklısının daha sonrasında

⁷¹⁷ Postacıoğlu/Altay, **a.g.e.**, s. 632; Çabri, **a.g.m.**, s.408.

⁷¹⁸ Çabri, **a.g.m.**, s. 405.

⁷¹⁹ Ayan, **a.g.e.**, s. 239.

⁷²⁰ Detaylı bilgi için bkz. Çabri, **a.g.e.**, s. 403.

⁷²¹ Çabri, **a.g.m.**, s.403.

açacağı davanın niteliği bir alacak davasından ibaret olacağı için daha aleyhe bir sonuç doğurmaktadır⁷²².

5. Değerlendirme

Yüklenici ve zanaatkarların alacaklarını güvence altına almayı amaçlayan yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkı çerçevesinde belirli koşulların sağlanması halinde kanun koyucunun düzenlemesinin işlevini etkin bir hale getirmek amacıyla düzenlenen öncelik hakkının nasıl kullanılacağına ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmaması doktrinde konuyla ilgili çeşitli tartışmaların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Kanaatimizce de Türk Medeni Kanunu veya İcra ve İflas Kanununda bir düzenleme ile bu tartışmaların sona erdirilmesi ve belirsizliği ortadan kaldırılması daha uygun olacaktır. Öncelik hakkı yapı alacaklısının ipotek takibi yoluyla elde edilen miktarın yapı alacağını karşılamadığı bir durumda başvurulacak bir hukuki yol olarak karşımıza çıkar. Bir başka deyişle, ipotekli taşınmazın satışından elde edilen miktarın bütün alacaklıların alacaklarını karşıladığı bir tabloda öncelik hakkının bir karşılığı olmayacaktır. Sıra cetvelinin düzenlemesinden sonraki süreçte icra memurunun öncelik hakkının koşullarının bulunup bulunmadığını inceleme yetkisi olmaması nedeniyle, yapı alacaklısının bu hakkını sıra cetveline karşı şikâyet yolu ile icra mahkemesine başvurarak kullanması gerekecektir. İpotekli taşınmazın satışı halinde elde edilen bedelin ön sıradaki alacaklılara paylaştırılmış olması halinde ise öğretide ağırlık görüşe göre ön sıradaki alacaklıya karşı tazminat davası açma hakkı olduğu kabul edilir. Ancak kanaatimizce bu iki görüş mevcut hukuk düzeni içerisinde en makul yol olduğu kabul edilmekle birlikte, belirsizliğin ortadan kaldırılması için yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı çerçevesinde öncelik hakkının Türk Medeni Kanunu veya İcra İflas Kanunu çerçevesinde uyumlu olarak yeni ve açık bir düzenlemesi gereklidir.

⁷²² A.m; s.403.

SONUÇ

Yapı alacaklılarının, sözleşmesel ilişkileri dolayısıyla önce ifa yükümlülüğü olması nedeniyle karşılığında elde edecekleri kazancı ancak inşaatın bitiminden sonra alabilmektedirler. Bunun yanısıra kanundan doğan def'iler, alıkoyma hakları, hapis hakkı gibi diğer alacaklıların sahip oldukları imkanlara da sahip değildirler. Krediyle ifada bulunmak zorunda kalan yapı alacaklıları aynı zamanda üst arza tabidir ilkesi neticesinde kullanıldıkları malzemeler de karışma veya işleme yoluyla taşınmaz malikinin mülkiyetine geçerek malzeme bağımsız niteliğini kaybetmektedir. Bunun neticesinde yapı alacaklısı taşınır rehni, mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satım, kullanılan malzemenin sökü alma haklarını da kullanma imkanından yoksun kalır.

Tüm bu nedenlerle ortaya çıkan kötü ödeme koşulları yapı alacaklılarının alacaklarını tahsil etmekte de oldukça güçleştirerek hukuki konumlarını oldukça zayıflatmaktadır. Yapı alacaklısının teminat ile korunması ihtiyacını öngören kanun koyucu, TMK m. 893/f. 1/b 3'te bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek ve ya vermeden emek sarf eden yüklenici, alt yüklenici ve zanaatkarlara, malzeme ve emek karşılığı olarak malik ve ya yükleniciden olan alacakları için bir tescile tabi kanuni ipotek hakkı tanımıştır.

Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkını kullanabilmesinin koşulları kanunda açıkça belirlenmiştir. Bunlardan ilki, ipotekle korunacak olan alacağın bir yapı faaliyetinden kaynaklanması gerektiğidir (bir görüşe göre bu yapı faaliyetinin bir değer artışı oluşturması şarttır.)

İpotek hakkı kapsamında korunacak alacağın kaynaklandığı yapı faaliyetinin çoğunlukla eser sözleşmesi kapsamında gerçekleşmesiyle birlikte bu zorunlu bir unsur değildir. Kanunun esas almış olduğu ayırım sözleşme tipi değildir.

İlk olarak, yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının konusunu oluşturacak taşınmaz belirlenmelidir. İpotek talebi, üzerinde yapı faaliyeti gerçekleştirilmiş olan taşınmaza ilişkin olacaktır. Yapı faaliyetinin bir arazi üzerinde gerçekleştirmiş olması halinde arazi, kat mülkiyetine tabi bir bağımsız bölümde gerçekleşmiş olması halinde bağımsız bölümün inşaatçı ipoteğiyle yüklenecektir.

Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının hukuki niteliğini açıklayan çok sayıda görüş doktrinde tartışılmıştır. Bu görüşlerden en makul olanı kanaatimizce Federal Mahkeme'nin de mevcut durumda kabul ettiği yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının eşyaya bağlı borç olduğu görüşüdür. Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının eşyaya bağlı borç olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade eden görüşün esası, tescil talebinin yöneltileceği anda ipotek konusu taşınmazın malikine karşı ileri sürülmesi gerektiği hususudur. Bu görüş gereğince, üzerinde yapı faaliyeti gerçekleştirilen taşınmazı devralan üçüncü kişinin taşınmazı ipotek konusu olabilir. Bir başka deyişle, tescil talebi, talebin yapılacağı esnada ilgili taşınmazın malikine karşı ileri sürülmelidir. Bu durumun hukuki sonucu olarak yapı faaliyetinin üzerinde gerçekleşen taşınmazı elde eden üçüncü kişi de ipotek yükümlüsü olacaktır. Bu halde, henüz tescili talep edilmemiş olan ipotek talebi haciz ve iflas hallerinde de ileri sürülebilecektir.

Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkını kullanabilmesi için söz konusu talebini yapı faaliyetinin başlamasından itibaren en geç üç ay içerisinde ileti sürülmesi, alacağın malik tarafından kabul edilmesi veya mahkemece ilama bağlanması ve malikin yeterli güvence göstermemesi şartlarının tamamının gerçekleşmesi gerekmektedir.

Yapı alacaklısı, yapı faaliyeti başladığı andan itibaren ve yapı faaliyetinin bitmesinden itibaren üç aylık sürenin sonuna kadar tescil talebinde bulunabilecektir. Bu süre hak düşürücü süredir. Yargıtay'ın "üç ay içinde istenmelidir" ifadesi kapsamında kanaatimizce bu üç aylık süre içerisinde mahkemeye başvurulmuş olması yeterli sayılmalıdır. Üç aylık süre yapı alacaklısının artık sözleşme gereği işi tamamlayacağı bir şeyin kalmaması halidir, işler tamamlanmadan üç aylık süre başlamayacaktır.

Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının tescili için gereken bir diğer koşul, ipotek yükünün tespit edilmesidir. Taşınmaz malikinin, yüklenicinin alacağını ve miktarını kabul etmesi şartından ne anlaşılması gerektiği hususu öğretide tartışılmıştır. Malikin kabulü, ikrar anlamına gelmeyecek, yalnızca ipotek yükünün belirlenmesini sağlayacaktır.

İpotek hakkının ileri sürebilmesi için aranan bir diğer şart ise olumsuz şart olarak karşımıza çıkar. Malikin yeterli güvence göstermemesi gerekmektedir. Malik yeterli güvence göstermesi halinde kanun koyucunun korumak istediği menfaat olan yapı alacaklısının alacağının güvencesi sağlanmış olacağından ipotek gerekliliği ortadan kalkacaktır.

Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkını ileri sürdüğü taşınmaz malikinin, söz konusu ipotek yükünü kabul etmesi karşılaşması pek mümkün bir olasılık değildir. Bu halde, oldukça kısa bir süre olan üç aylık hak düşürücü süre içerisinde yapı alacaklısının alacağını ilama bağlatabilmesi için mahkemeye başvurması gerekecektir. Ancak üç ay içerisinde yapı alacaklısının alacağının mahkemece tespit edilebilmesi neredeyse mümkün değildir. Böyle bir durumda geçici tescil şerhi kurumu karşımıza çıkar. Yapı alacaklısının üç aylık süre içerisinde hak kaybına uğramamak için geçici tescil şerhi talebiyle mahkemeye başvurması gerekir. Burada yaklaşık ispat yeterli kabul edilecektir. Söz konusu şerhe ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmaması nedeniyle yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkına konu bu şerhin hukuki niteliği öğretide yoğun tartışmalar oluşturmuştur. Bir görüş TMK. m. 1011/I uyarınca, yapı alacaklısının güvence altına alınmasını talep ettiği alacak miktarı üzerinde alacaklı ile borçlunun anlaşamaması halinde yürürlükte olduğu dönemde geçici tescil şerhi verilmesi gerektiği kabul ediliyordu. Ancak yeni Tapu Sicil Tüzüğü'nde söz konusu maddeye yer verilmemiştir. Yargıtay kararlarında halen bu yönde kararlar vererek, kararlarının hukuki dayanağının Tapu Sicil Tüzüğü'nün 35/V, 48 ve 50. Maddelerine dayandırmaktadır. Katıldığımız ve doktrinde hakim görüş geçici yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının geçici tescil şerhine konu olacağını kabul etmektedir.

Kanuni ipotek hakkı sahipliği ipotek alacaklısı ve ipotek borçlusunu olarak iki başlık altında incelenmiştir. Burada ipotek alacaklısı olarak yükleniciler, alt yükleniciler, zanaatkarlar, diğer kişiler, vekaletsiz iş görürler kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak doktrinde mimar ve mühendislerin, mimari proje sözleşmesi kapsamında çalışmaları ve gördükleri hizmetin kredi sağlamaması nedeniyle ipotek hakkı kapsamında kabul edilmemektedirler. İşçiler ise, bağlı çalışmaları nedeniyle emeklerini ve sermayelerini kredi olarak kullanarak risk altına girmemekle birlikte diğer kanunlarda alacaklarının imtiyazlı alacak olarak sayılması

ve alacaklarını ekseriyetle günü gününe aldıkları gerekçeleriyle işçiler de koruma kapsamında sayılmamıştır.

Her türlü yapı alacağı yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı kapsamına dahil edilemez. Taşınmazın bütünleyici bir parçası olarak bağlanan ve taşınmazda bir değer artışı yaratmış olan edimler ancak bu kapsamda korunmaktadır. Kanunda ifade edilen “yapı ve diğer işler” öğretide tartışmalı bir konu olup hâkim görüşte geniş yorumlanması kabul edilmektedir.

Alt yüklenicilerin ipotek hakkı, asıl yüklenicilerin ipotek hakkından tamamen ayrı ve bağımsızdır. Bu durum yapı üzerinde gerçekleştirilen imalatlar için iş sahibinin iki defa ödeme yapma riskini ortaya çıkartmaktadır.

Özellikle kötü ekonomi koşullarında iş sahibine karşı oldukça güvensiz zeminde olan alt yüklenicilerin hukuki pozisyonları önem arz etmektedir. Alt yüklenicilerin ipotek hakkı, yüklenicinin ipotek hakkından tamamen ayrı ve bağımsızdır. İş sahibi, yüklenici ve alt yüklenicinin dahil olduğu yapı faaliyetlerinde ortaya çıkan üç köşeli ilişkide en büyük risk, aynı yapı faaliyeti için iş sahibinin iki defa ödeme yapma riski ortaya çıkar. Çalışmada çift ödeme tehlikesinin aşılabilmesi için bazı çözüm önerileri aktarılmıştır.

- Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının yalnızca taşınmaz maliki ile doğrudan ilişkisi olan yapı alacaklısı yükleniciye yönelteceği şekilde sınırlandırılmalıdır. Alt yüklenicilere ise asıl yüklenicinin taşınmaz malikine karşı sahip olduğu alacak hakkı üzerinde kanuni ipotek hakkı olmalıdır.
- Asıl yüklenicinin iş sahibine eser üzerinde ipotekli olarak teslim edilmesi halinde söz konusu ifa “ayıplı ifa” nitelendirilecek ve ayıp oranında indirim veya alt yüklenicinin alacağının karşılaması halinde onun asıl yükleniciye karşı sahip olduğu haklara halef olabilecektir.
- Yüklenicinin, alt yüklenicilerin tesis ettikleri ipotek yüküyle inşaatın teslim edilmesi halinin kötü ifa sayılarak, iş sahibinin, yüklenicinin alacağının indirilmesi talebinde bulunabilir.
- İş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki sözleşmede, alt yüklenici ile yapılan sözleşmenin geçerliliğinin iş sahibinin onayı şartına bağlanabilir. Bu şekilde

iş sahibi alt yükleniyi tanıma, alt yüklenicinin alacaklarının ödeyip ödenmemesinin kontrol edilmesi mümkün hale gelecektir.

- Alt yüklenicinin yapı alacaklısı ipoteğinin taşınmaza tescili halinde asıl yüklenicinin teminat yükümlülüğü olmalıdır. Teminatın koruma sınırı, asıl yüklenicinin ödeme gücü ile sınır olduğu düşünüldüğünde bu teminatın ancak banka garantisi olması halinde güvenilir olacaktır.
- Alt yüklenicinin ücretinin doğrudan doğruya iş sahibi tarafınan yapılması çift ödeme tehlikesini ortadan kaldırmakla birlikte olağan hayatta ticari hayatın gerekliliklerine cevap verir nitelikte değildir. Özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde tarafların çokluğu göz önüne alındığında bu takip edilmesi mümkün bir şey olmayıp bu ödemenin banka tarafından yapılması halinde önleyici bir etkisi olabilecektir.

Tüm bu öneriler, sözleşmeye eklenebilecek kayıtlardan ibare olup, ticari hayatta pazarlık ve rekabet ortamı içinde karşı tarafa kabul ettirilmesi oldukça zor kayıtlardır. Ancak önleyici hukuk kapsamında bir anlamı olmaktadır. Bu sebeple kanunda açık bir düzenleme şarttır. İki defa ödeme riskinin önüne geçilmesine yönelik sözleşmesel kayıtlar koyulmasının yanı sıra bu durumun ortaya çıkması halinde ne yapılacağı da oldukça önemli bir husustur. Taşınmaz maliki, asıl yükleniciye olan borcunu ödedikten sonra alt yüklenici ve zanaatkarlara, ipotek nedeniyle ikincil defa ödeme yapması halinde bu ödemeyi geri alması gerekmektedir. Taşınmaz maliki, yapmış olduğu ödemeyi asıl yükleniciye rücu edebilir. Eğer bu durum, iş sahibin taşınmaz malikinin asıl yüklenici ve alt yükleniciye ödeme yapmamış olması halinde ise, ipotek tehdidi nedeniyle önce alt yükleniciye ödeme yapması halinde, yapmış olduğu ödemeyi sonradan asıl yükleniciden tekrar almaya yönelik bir hukuki prosedür işletmek yerine asıl yükleniciye olan borcundan mahsup edebilecektir.

Tescil tarihlerine bakılmaksızın tüm yapı alacaklıları kendi aralarında eşit sırada kabul edilir. Hiçbir yapı alacaklısının birbirine karşı üstünlüğü olmadığı kabul edilir.

Kanun koyucu, yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkının önceki sırada rehin hakları tesis edilerek işlevsiz hale gelmesinin önüne geçmek amacıyla kanunda ayrıca

öncelik hakkı düzenlemiştir. Ön sırada bulunan rehin hakkı sahipleri, taşınmazın toprak değerini aşan rehin hakkına sahip olmaları halinde, alacaklıların alacaklarının tam karşılığını almaları halinde yapı alacaklıları zarara uğramaları halinde, eğer ön sıradaki rehin hakkı sahipleri bunu biliyor ve ya bilmeleri gerekiyorsa yapı alacaklıları onlara karşı öncelik haklarını kullanabileceklerdir.

Öncelik hakkının düzenlenmesinin amacı, yapıya emek ve sermayesiyle katkıda bulunarak taşınmazda değer artışı yaratan yapı alacaklısının söz konusu değer artışından öncelikli olarak yararlanarak bu değer artışı üzerinden alacağını elde etmesinin sağlanmasıdır. Öncelik hakkının nasıl kullanılacağına ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmamakta olup doktrinde tartışılmıştır.

Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkına ilişkin mevcut yasal düzenlemeler uygulamada ortaya çıkan sorunlar karşısında oldukça yetersiz kalmıştır. Yargıtay içtihatları benzer şekilde güncel ihtiyaçlara cevap verememektedir. Birçok kavram soyut kalarak boşluk oluşması nedeniyle tartışmalara neden olmaktadır. Bu sebeple kanunda açık bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Çalışmamızın sorunların çözümlerine cevap verebilmesi ihtiyaçların karşılanabilmesi için katkı sağlamasını umuyoruz.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk: **Rehin Hukuku Dersleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Acar, Faruk: **Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı Ve Özellikle Belirlilik İlkesi**, 2. (Tıpkı) Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, (Acar, Belirlilik İlkesi)
- Akcan, Cansın: “Yapı İpoteği”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2018/2, s. 69-110.
- Akın, Levent: “İnşaatçı İpoteği”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:48, Kasım 1991, s. 751-769.
- Akipek, Jale G., Akıntürk, Turgut, Ateş, Derya: **Eşya Hukuku**, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2018.
- Akipek Öcal, Şebnem: “İnşaatçı(Yapı) İpoteği, İnşaat Hukuku Ve Uygulaması (Editör: Emrehan İnal, Başak Baysal), 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 31-43.
- Akkanat, Halil: **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000.
- Altay, Sümer, Eskiocak, Ali: **Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- Arpacı, Abdülkadir: "Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanun’la Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış", **Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, 2004.
- Aral, Fahrettin, Ayrancı, Hasan: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 16. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023/11.

- Atamer, Kerim: "İnşaatçı İpoteğiyle Karşılaştırmalı Olarak Tersane Sahibinin Kanuni İpotek Hakkı", **Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı**, Ankara, 2016.
- Avcı, Ali,
Köksal Oruç Buket: "İnşaatçı İpoteği (Yapı Alacaklısı İpoteği)." **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, 2.2014, 2014, (93-124).
- Ayan, Mehmet: **Eşya Hukuku I, Zilyetlik Ve Tapu Sicili**, Konya, 14.Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Ayan, Mehmet: **Eşya Hukuku III, Sınırlı Ayni Haklar**, Güncelleştirilmiş 9.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.
- Aybay, Aydın: **Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil**, İstanbul, Ahmet Said Matbaası, 1962.
- Aybay, Aydın,
Hatemi, Hüseyin: **Eşya Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Alangoya, Yavuz: "Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.3, S.5, 1969, s. 125-194.
- Akipek, Jale,
Akıntürk, Turgut,
Ateş, Derya: **Eşya Hukuku**, 2.Basım, İstanbul, Beta Yayınları, 2018.
- Aral, Fahrettin: **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Antalya, Osman
Gökhan,
Topuz, Murat: **Marmara Hukuk Yorumu Medeni Hukuk Cilt 1 Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri** (4. Baskı)

- (Editör Osman Gökhan Antalya)," Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Antalya, O. Gökhan,
Topuz Murat: **Eşya Hukuku** Cilt: IV-1, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ayan, Mehmet: **Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar**, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.
- Ayiter, Nurşin: **Eşya Hukuku**, Ankara, Savaş Yayınları, 1983.
- Ayiter, Nurşin: **Türk Medeni Kanunu Ve Borçlar Kanunu'nda Elbirliği Ortaklıkları**, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1961,
- Bedir, Cemre: "Teminat Kavramı Ve İpotek (Collateral And Hypothecation)." **The Journal Of Istanbul Bar Association**, C. 95, S. 2, 2021.
- Bıçakçı, Levent. "Yapı Alacaklısı İpoteği" , **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1982, s. 537-568.
- Barlas, Nami: "Yeni Medeni Kanun'un Ayni Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri", **Bilgi Toplumunda Hukuk**, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, C. 2, İstanbul, Beta Yayınevi, 2003.
- Barlas, Nuray: **Gemi Alacaklısı Hakkı Veren Alacaklar Ve Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Niteliği**, İstanbul, Beta, 2000.
- Kavasoğlu,
Abdurrahman,
Ömer, Çon: **Yapı Alacaklısının Talebine Bağlanan Yetki Kuralı Hakkında Bir Federal Mahkeme Kararı**, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 2, 2019, s. 83-116.

- Baysal, Başak: “Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Hukuki Sorunlar”, **Prof. Dr. Özel Seliçi’ye Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Bilge Necip,
Önen Ergun: **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, 3.B.,Ankara, Sevinç Matbaası 1978.
- Hatemi, Hüseyin,
Serozan, Rona,
Arpacı, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm, (Hatemi Vd., Borçlar Özel)**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
- Oğuzman, M. Kemal,
Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku), C.1, 21. Bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, Ekim, 2023.
- Bahtiyar, Mehmet: **Ortaklıklar Hukuku**, 9.Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2015.
- Baygın, Cem: **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret Ve Tabi Olduğu Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınları, 1999.
- Baysal, Başak: “Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar” **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006, s.149-178.
- Belgesay, Mustafa
Reşit: **Türk Kanunu Medenisi Şerhi IV, Ayni Haklar**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 1956.
- Bıçakçı, Levent: “Yapı Alacaklısı İpoteği (Mk 807/3)”, Doğumunun 100.Yılında Atatürk’e Armağan, **İÜHFM**, C. XLV-XLVII, S. 1-4, 1982, s. 537-568.
- Bilge, Necip,
Önen, Ergun: **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, 3.B., Ankara Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.

- Bilgin Yüce, Melek,
Özmen, Ethem Saba: "Verilen Karar Sonrasında Tapuda Tescil Değişikliği Yaratın Davalarda Verilen (Tmk M. 1010/B. 1 Ve Tmk M. 1011/B. 1) Şerhleri Ve Sonuçları." **Ankara Barosu Dergileri**, C. 80, S. 4, 2022, s. 324-361
- Börü Levent: "Dava Konusunun Devri", Doktora Tezi, Ankara, 2012.
- Canbolat, Talat: Alt İşveren Kavramı Ve Uygulama Sorunları", **İş Hukuku Ve İktisat Dergisi**, 1997.
- Çelik, Nuri,
Canikoğlu, Nurşen,
Canbolat, Talat: **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul, Beta Yayınları, 36. Baskı, 2023.
- Ceylan, Özge Yenice: "Türk Medeni Kanunu'na Göre Tescile Tâbi Olmayan Kanunî İpotekler" **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 26.3 (2018): 241-270.
- Ceylan-Yenice, Özge: **Yapı İpoteği (Tmk m. 893/I-3, m. 895-897)**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2022.
- Cox Michael,
Mccue Michael: "The Nebraska Construction Lien Act: Which Way To Lien", **62 Neb. L. Rev.** S. 86, 1983, s. 88.
- Coşkun, Mahmut: **İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2017.
- Çabri, Sezer: "Yapı Alacaklısı İpoteğinin Önceliği (Tmk. 897/I)", **D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof.Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2017, s. 377-413.
- Çakıroğlu, Mehmet: İnşaatçı İpoteği, **Legal Hukuk Dergisi**, C.17, S.97, 2019.
- Çetiner, Bilgehan: **Taşınmaz Teminatı**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015.

- Davran, Bülent: **Rehin Hukuku Dersleri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972.
- Delipınar, Yusuf Can: "İnşaatçı İpoteğinde Aynı İş İçin Birden Fazla Ödeme Yapılması Sorunu Ve Bazı Çözüm Önerileri" **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 154, 2021, s. 155-171.
- Delipınar, Yusuf Can: **Geçici Tescil Şerhi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2022.
- Demir, Remzi: "Yapı Alacaklısı İpoteği." **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S.2, 2019, s. 493-524.
- Duman, İlker: "İnşaatçı İpoteği." **Terazi Hukuk Dergisi**, Seçkin Yayınevi, C.9, S.100, 2014, s. 189-200.
- Doğan, Murat: **Tapu Sicilinde Tasarruf Kısıtlanmasının Şerhi**, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Derreiuç M.C, Gural, Jale: "Kanunu Bilmemek Özür Sayılmaz Kaidesi Hakkında Bazı Düşünceler", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S.4, 1945, s. 197-233.
- Emenek, İbrahim: "Davayı Kabul (Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller)", Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2001.
- Erel, Şafak N.: **Eşyaya Bağlı Borç**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Yayınları, 1982.
- Ercoşkun Şenol, H. Kübra: "Geçici Tescil Şerhi" **Journal Of Judgments By The Court Of Jurisdictional Disputes/Uyusmazlık Mahkemesi Dergisi**, C. 11, 2018, s. 375-407.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 28.Baskı, Legem Yayınları, Ekim, 2023. (Eren, Genel Hükümler)

- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 11.Baskı, Legem Yayıncılık, 2023. (Eren, Özel Hükümler)
- Eren, Fikret: “Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, Yönetici-İşletmeci Mühendis Ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18-29 Mart 1996), B.2, Ankara, 2001/XI, S. 49-58. (Eren, İnşaat Sözleşmeleri)
- Eren, Fikret: “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları Ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, Yönetici-İşletmeci Mühendis Ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara, 18-29 Mart 1996), B.2, Ankara, 2001/XI, s. 63-86.
- Eren, Fikret: **Mülkiyet Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2024.
- Erman, Hasan: **İstisna Sözleşmesinde Beklenmedik Haller**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2023.
- Erman, Hasan: **Eşya Hukuku Dersleri**, Gözden Geçirilmiş 10. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2023.
- Ergün, Ömer: **Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Erişen, Muhammet: **Alt Müteahhitlik Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- Ertaş, Şeref: Tescilli Taşınır Rehinleri, **Prof.Dr. Aydın Zevklilere Armağan**, Journal Of Yasar Universty, Özel Sayı, Cilt II, 2013. (Tescilli Taşınır)

- Ertaş, Şeref,
Cumalıoğlu, Emre,
Serdar, İlknur: **Eşya Hukuku**, Genişletilmiş Ve Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İzmir, Barış Yayınları Fakülteler, Eylül, 2021
- Esener, Turgut,
Güven, Kudret: **Eşya Hukuku**, 9. Bası, Yetkin Basım Yayım Ve Dağıtım, 2023.
- Ferit H Saymen,
Halid K. Elbir: **Türk Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, (Saymen-Elbir, Borçlar Hukuku)** İstanbul, Filiz Kitabevi, 1958.
- Göka, M Emir: “Yapı Alacaklısı İpoteğinin Tescilinde Karşılaşılan Bazı Sorunlar”, **Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu**, 11.12 Ekim 2019, Editörler: M. Emir Göka, Ece Göztepe, Uğur Orhan, s.453-458.
- Göktürk, Hüseyin
Avni: **Türk Medeni Hukuku**, Dördüncü Kitap, Ayni Haklar, Ankara, Siyasal Bilgiler Okulu, 1949.
- Gönen, Doruk: **İnşaat Sözleşmesinde Bedel**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Güleş, Bedia: **Türk Hukukunda Yapı İpoteği**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt:1**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt:II**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Gündeş, Altan Fatih: “Medeni Usul Hukukunda Takas Ve Mahsup İle İlgili Sorunlar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 94, S. 1, 2020, s. 188-205.

- Gökyayla, Emre **Eser Sözleşmesinde Ek İş Ve İş Değişikliği**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009
- Gürsoy, Kemal T., Eren, Fikret, Cansel, Erol: **Türk Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984.
- Hanağası, Emel: **Davada Menfaat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Helvacı, İlhan: **Eski Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2008.
- Homberger, Arthur: **İsviçre Medeni Kanun Şerhi, IV. Cilt, Ayni Haklar, Zilyetlik Ve Tapu Sicili, M.919-977**, Çeviren: Suat Bertan, Ankara, 1950.
- İnal, Emrehan: “Haksız Yapı Kavramı Ve Haksız Yapının Kaldırılması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM)**, C. I.XX, S.1, 2012, s. 245-276.
- İnce-Akman, Nurten: “Yapı Alacaklısı İpoteği”, Gayrimenkul Davaları, Cilt:1, (S.1091-1178) Editörler: Ayşe Havutçu/Müslüm Akıncı/Mutlu Dinç, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Nisan, 2019.
- İslamoğlu, Hümeysra: “Yapı Alacaklılarının Kanuni İpotek Hakkı”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış. Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- Kaçaran, Hümeysra: "Yapı Alacaklılarının Kanuni İpotek Hakkı" , **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S.3, 2016, s. 1363-1398.

- Kalın, Fatih Reşat: Yapı Alacaklısı İpoteğinde Öncelik Hakkı, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- Kaçmaz, Mine: “Tescile Tabi Olmayan Kanuni İpotek Hakları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C 65, 2016, s. 2891-2908.
- Kaplan, İbrahim: “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu Ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, **Yönetici-İşletmeci Mühendis Ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 2.Baskı, Ankara, 2001, s.119-171. (Kaplan, Ücret Ödeme Borcu)
- Kaplan, İbrahim: **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**. Yetkin Yayınları, 2019 (Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri)
- Karahacıoğlu, Ali Haydar, Doğrusöz, M.Edip, Altın, Mehmet: **Türk Hukukunda Rehin**, Ankara, Üçbilek Matbaası, 1996.
- Karamercan, Fatih: Türk Borçlar Hukukunda Takas”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.9, C.5, 2018, s. 271-96.
- Kaşak, Fahri Erdem: “İnşaatçı İpoteği (Mk M. 895-897)”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.

- Kaşak, Fahri Erdem
(Çeviren): “İsviçre Federal Mahkemesinin Başkasının Arazisine Kendi Malzemesini Kullanarak İnşaat Yapan Kişiye Kanunî Bir İpotek Hakkı Tanınmasına İlişkin 06.12.2007 Tarihli (BGE 134 III 147) Kararı”, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2014/2, S. 1069–1072.
- Kaşak, Fahri Erdem,
İpek Güvenç: "Taşınmazların Birlikte Rehni (Tmk M. 855)." **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 1, 2019, s. 61-92.
- Kavasoğlu,
Abdurrahman,
Çon Ömer: "Yapı Alacaklısının Talebine Bağlanan Yetki Kuralı Hakkında Bir Federal Mahkeme Kararı", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. 9, S.2, 2018, 83-116.
- Kocabaş, Gediz: “İsviçre Hukukundaki Değişiklikler Doğrultusunda Yapı Alacaklısı İpoteğinin Kurulması”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.12, S.1, Haziran 2013, 83-105.
- Koçono-Rodoslu,
Emine: “Rücu Alacağı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2014.
- Kostakoğlu, Cengiz: **İçtihatlı İnşaat Hukuku Ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 10.Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017.
- Köprülü, Bülent,
Kaneti, Selim: **Sınırlı Ayni Haklar**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972
- Köprülü, Bülent: Taşınmaz Mülkiyetinin Yatay Ve Düşey Sınırlandırılmasına İlişkin Başlıca Hukuki Sorunlar, s. 32-40, (E.T. 06.01.2022)

- Kural, Orhan Cevdet, Kılıçbay, Ercüment, İzmir, Halil: **İnşaat Ve İhale Hukuku**, Türkiye Tesisat Müteahhitleri İşveren Sendikası, Ankara, İlk-Sen Matbaası, 1988.
- Kurt, Fatma: "Yapı Alacaklısının Kanuni İpotek Hakkı (Mehaz Hukuktaki Gelişmeler)." **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi** C.7, S.87-88, 2011, s. 202-246.
- Kuru Baki, Budak Ali Cem: **Tespit Davaları**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010
- Kuntalp, Erden: Teminat Kavramı, Teminat Türleri Ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, **Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1995, s. 263-299
- Kılıçoğlu, Ahmet: **Türk Borçlar Kanunu’nda Kanunî Halefiyet**, 1.Basım, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.
- Kılıçoğlu, Ahmet: Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Ve Ya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 32, 1975, s.1-4.
- Mardin, Ebül’ula: **Medeni Hukuk Dersleri**, C.7, Feri Ayni Haklar, İstanbul, 1935.
- Marzo, Salvorte Di, Umur, Ziya: **Roma Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1959.
- Mertol, Can: Yeni Medenî Kanun'un İnşaatçı (Yapı) İpoteği Hakkındaki Hükümleri İle İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapılıp Yapılmadığı Meselesi, **Ankara Hacı**

Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S.2, 2004.

Nomer, Haluk Nami,
Mehmet Serkan
Ergüne:

Eşya Hukuku: Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyetin Genel Hükümleri, Taşınır Mülkiyeti, Rehin Hakları, Taşınmaz İrtifakı, İntifa Hakkı, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 10. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2023.

Oğuz, Cemal:

"Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S.1, 2019, s. 61-75.**

Oğuzman, M. Kemal,
Seliçi, Özer,
Oktay-Özdemir, Saibe:

Eşya Hukuku: Zilyetlik-Tapu Sicili, Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar, Güncellenmiş ve Eklemeler Yapılmış 25.Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2023.

Seliçi, Özer,
Oktay-Özdemir, Saibe:

Kişiler Hukuku Dersleri, Güncellenmiş ve Eklemeler Yapılmış 22.Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2024.

Oral, Tuğçe:

"Türk-İsviçre Hukukunda Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Sorunlar Ve Çözüm Önerileri" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 68, S.3, 2019, s. 665-706.**

Oruç,Yakup:

"İflas İdaresi", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2019.

Öğütçü, Tahir,
Doğrusöz, Mehmet
Edip:

Rehin Hukuku, Ankara, Ulucan Matbaası, 1982.

Öz, Turgut:

İnşaat Sözleşmesi Ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 3.Baskı, Mart, 2016.

- Özbek, Mustafa Serdar: "Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyatî Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları", **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.3, S.1, 2017, s. 65-91.
- Özmen İhsan: **Taşkın İnşaat (Komşu Toprağa (Arsaya) Taşan Yapı)**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1980
- Özmumcu, Seda: Müddeabihin Temlikinin Etkilerine İlişkin Sistemler, **Prof. Dr Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, 2007
- Pekcanitez Hakan: **Medeni Usul Hukuku**, C. II, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Pekmez, Cüneyt: **Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021,
- Pfafflı, Roland, Byland, Daniela, "İnşaatçı İpoteğine İlişkin Güncel Gelişmeler", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S.2, 1998, s. 231-236.
- Reisoğlu, Safa: **Türk Ve İsviçre Hukukunda Müteahhit Ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1961.
- Reisoğlu, Safa: Müteahhit Ve İşlerin Kanuni İpotek Hakkı 1, **Adalet Dergisi**, Y. 51, 1960, s.10,
- Saka, Zafer: **Teoride Ve Uygulamada Dernekler Hukuku**, İstanbul, Vedat Yayınevi, 2010
- Saruhan, Utku: "Tecile Tabi Kanuni İpotek Hakları", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Seminer Ödevi, Ankara, 2015.

<https://www.academia.edu/20200667/>

tescile_tabi_kanuni_%c4%b0potek_haklar%c4%b1

Saymen, Ferit Hakkı,
Elbir, Halid Kemal:

Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitabevi,
1963.

Schumacher, Rainer:

Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband Zur
3. Auflage, Zürich, 2011

Seliçi, Özer:

İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu.
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 1978.

Serozan, Rona:

“Taşınmaz Rehni”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Mecmuası**, C.64, S.2, 2006, s. 301-324

Sirmen, Lale:

Eşya Hukuku, 11.Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık,
2024

Sümer, N. Binnur:

"Müteahhit Ve Diğer Çalışanların Kanuni İpotek
Hakkı." **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**,
601-615.

<https://dergipark.org.tr/en/pub/suhfd/issue/47498/599659>
(Son Erişim Tarihi: 25.06.2023)

Süral, Nurhan:

"Müteahhit Ve İşçilerin Yasal İpotek Hakkı" **Ankara
Barosu Dergisi**, S.6, 1980, s. 690-703

Sütçü, Nezih:

"Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi" Yayınlanmamış
Yüksek Lisans, 2010, (çevrimiçi) <http://yoktez.gov.tr>.
25.4. 2023.

Sütçü, Nezih:

“Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacağı İçin
Yüklenicinin Kanuni İpotek Hakkı (Tmk M.893) Var
Mıdır? **Bursa Barosu Dergisi**, C. 35, S.91, 2011, s.33-
38.

- Şener, Yavuz Selim: **Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması**, 3.Baskı, İstanbul, Adalet Yayınları, 2010, 55.
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010
- Tandoğan, Haluk: “Eser sözleşmesinde Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (İş Ortaklığı)” **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 13, S. 3-4, 1986, s. 57-89.
- Tekinay, Selahattin: "İnşaatçı İpoteğinin Tescilini İsteme Hakkının Mahiyeti" İstanbul Üniversitesi **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 3, S.4, 1969, s. 133-139. (Tekinay, Tescili İsteme Hakkı)
- Tekinay, Selahattin Sulhi: **Tekinay Eşya Hukuku**, Cilt I, Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet-5.Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1989 (Tekinay, Eşya Hukuku)
- Tekinay, Selâhattin Sulhi: **Menkul Mülkiyeti Ve Sınırlı Aynî Haklar**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1994. (Tekinay, Sınırlı Ayni Haklar)
- Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:I, 6. Baskı, İstanbul, Sermet Yayınevi, 1976. (TUNÇOMAĞ)
- Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku**, II, Cilt, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, Sermet Yayınevi, 1971. (Tunçomağ, Özel).
- Tümerdem, Murat: "Taşınmaz Rehininde Belirlilik İlkesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 32, 2017, s. 337-366.

- Türkmen, Ahmet: “Kiracı Tarafından Kiralananda Yenilik Ve Değişiklik Yapılması (Tbk M. 321).” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. 62, S.1, 2013, s. 219-252, 233.
- Uyan, Göktürk: **İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği**, İstanbul, Beta Yayınları, 2006.
- Uyumaz, Alper: “Yapı (İnşaatçı) İpoteği”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S.1-2, 2008, s. 225-258.
- Ünal, Akın: **Tapu Sicilinde Geçici Tescilin Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Ünal, Mehmet, Başpınar, Veysel: **Şekli Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili**, 13.Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2023.
- Ünal, Mehmet: **Sınırlı Ayni Haklar: Sınırlı Ayni Hak Kavramı, İrtifak Hakları, Taşınmaza Bağlı İrtifaklar, Kişiyeye Bağlı İrtifaklar**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2023.
- Ünver, Eralp: “Yapı Alacaklısı İpoteği”, **İpotek İle İlgili Makaleler**, Yayına Hazırlayanlar: Saibe Oktay-Özdemir, Batuhan Akkuş, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.
- Velidedeoğlu Veldet, Galip Esmer: **Gayrimenkul Tasarrufları Ve Tapu Sicili Tatbikatı**, 2.Baskı, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1956.
- Von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, Çev:Cevat Edge, C.1-2, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983.
- Wieland, Carl: **Kanuni Medeni’de Ayni Haklar**, Çeviren: İsmail Hakkı, İstanbul, Sühulet Matbaası, 1934.
- Yakşi, Gülşah: **Tershanesahibinin Kanuni İpotek Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

- Yalçınduran, Türker: **Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.
- Yavuz, Cevdet,
Acar, Faruk,
Özen, Burak: **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş, 19.Baskı, Beta Yayınları, 2024/04.
- Yücel-Tunç, Müjgan: **Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi**, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- Yılmaz, Ejder: “Davada Takas Ve Mahsup Talebi”, **Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, S.2, 2010, s. 247-284.
- Zevkliler, Aydın,
K.Gökyayla, Emre: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 21. Bası, Ankara, Vedat Kitapçılık, 2021/09

ELEKTRONİK KAYNAKLAR:

www.dergipark.org.tr/

(Erişim Tarihi: 02.05.2024)

<https://app.trdizin.gov.tr/makale>

(Erişim Tarihi: 02.05.2024)

www.jurix.com.tr/

(Erişim Tarihi: 02.05.2024)

www.kazanci.com/

(Erişim Tarihi: 02.05.2024)

www.legalbank.net/

(Erişim Tarihi: 02.05.2024)

www.lexpera.com.tr/

(Erişim Tarihi: 02.05.2024)

<https://tez.yok.gov.tr/>

(Erişim Tarihi: 02.05.2024)

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>

(Erişim Tarihi: 02.05.2024)

www.heinonline.com

(Erişim Tarihi: 02.05.2024)

