

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİ

Doktora Tezi

Sarp GÜMÜŞ

Ankara, 2024

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİ

Doktora Tezi

Sarp GÜMÜŞ

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara, 2024

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİ

DOKTORA TEZİ

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1. Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

.....

2. Prof. Dr. Fikret EREN

.....

3. Prof. Dr. İpek YÜCER AKTÜRK

.....

4. Doç. Dr. Yıldız ABİK

.....

5. Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN

.....

Tez Savunması Tarihi

11.06.2024

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ danışmanlığında hazırladığım “Yapı Alacaklısı İpoteği” adlı doktora tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 26.06.2024

Sarp GÜMÜŞ

ÖNSÖZ

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Programı kapsamında hazırlamış olduğum “Yapı Alacaklısı İpoteği” başlıklı bu tez, 11.06.2024 tarihinde Prof. Dr. Fikret EREN başkanlığında toplanan ve tez danışmanım Prof. Dr. Süleyman YILMAZ, Prof. Dr. İpek YÜCER AKTÜRK, Doç. Dr. Yıldız ABİK ve Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN’dan oluşan jüri önünde savunularak oy birliği ile başarılı bulunmuştur.

Öncelikle, tezimin yazılış sürecinin her aşamasında maddi ve manevi olarak her zaman yanımda olan, bu zorlu ve zahmetli süreçte sabır ile desteğini her zaman yanımda hissettiğim kıymetli eşim Av. Merve ÖZTÜRKÇÜ GÜMÜŞ’e bir teşekkürü borç biliyor ve doktora tezimi kendisine ithaf ediyorum.

Öte yandan beni bugünlere getiren, tüm hayatım boyunca maddi ve manevi her koşulda ve her daim beni destekleyen annem Ferza Yeşim GÜMÜŞ, babam Mustafa GÜMÜŞ ve kardeşim Arda GÜMÜŞ’e de bugünlere ulaşmamdaki yadsınamaz emek ve destekleri için sonsuz şükranlarımı sunuyorum.

Doktora eğitimim süresince tüm aşamalarda kıymetli destekleri, yönlendirmeleri ve yardımları için tez danışmanım Prof. Dr. Süleyman YILMAZ hocama süreçteki önemli katkıları için müteşekkirim. Yine tez savunması jürimde yer alan ve değerli desteklerini üzerimde hissettiğim Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı’nın kıymetli hocaları Doç. Dr. Yıldız ABİK ve Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN hocalarıma da tüm doktora sürecindeki ilgileri ve yönlendirmeleri için şükranlarımı sunuyorum.

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı’nda Araştırma Görevlisi olarak göreve başladığım 2019 senesinin Şubat ayından bu yana

geçen sürede desteğini ve yardımlarını her zaman yanımda hissettiğim, doktora eğitimimin başından sonuna kadar sabırla yanımda olan, başta yüksek lisans ve doktora tezlerimde olmak üzere tüm akademik çalışmalarım ve meslek hayatımda yol göstericiliği ile kıymetli katkılarını üzerimden esirgemeyen ve asistanı olmaktan gurur duyduğum hocam Prof. Dr. İpek YÜCER AKTÜRK'e ise ayrı ve özel olarak bir teşekkürü borç bilirim.

Ayrıca başta ülkemizdeki tüm hukukçular için adeta bir kutup olan, “hocaların hocası” sıfatını şahsında taşıyan ve tez savunma sınavı jürisinin başkanlığını yaparak beni onurlandıran, akademik hayatımdaki yol göstericiliğini üzerimden esirgemeyen ve asistanı olma şerefine nail olduğum için kendimi çok şanslı addettiğim kıymetli hocam Prof. Dr. Fikret EREN'e, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı'nda görev yapan diğer hocalarım Prof. Dr. Mehmet ÜNAL'a, Prof. Dr. Kudret GÜVEN'e, Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN'a ve Öğr. Gör. Ardahan ŞENYUVA'ya tüm destekleri için sonsuz teşekkürlerimi sunar, güvenlerine mazhar olmanın mutluluğu ile kendilerine layık olmaya çalışacağımı belirtmek isterim.

Bununla beraber, akademik hayatın basamaklarını birlikte tırmandığım, tüm bu süreçleri beraber göğüslediğim ve bana herhangi bir meslektaştan ziyade adeta birer kardeş olan dostlarım Arş. Gör. Berk YILMAZ'a, Arş. Gör. İbrahim ÇETİN'e ve Öğr. Gör. Durulcan SELÇUK'a böylesi güzel bir çalışma ortamında bulunmanın mutluluğunu bana yaşattıkları ve desteklerini hiçbir zaman esirgemedikleri için minnettarım.

Son olarak, doktora çalışmalarım boyunca 2211-A Lisansüstü Burs Programı kapsamında tarafıma vermiş olduğu burslar dolayısıyla TÜBİTAK Bilim İnsanları Programı'na bir teşekkürü de özellikle kendime vazife bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	I
İÇİNDEKİLER.....	III
KISALTMALAR	VIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİ KAVRAMI, TARİHSEL GELİŞİMİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNDE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

I. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ	5
A. Genel Olarak Yapı Alacaklısı İpoteğinin Tarihsel Gelişimi.....	5
B. Türk Hukukunda Yapı Alacaklısı İpoteğinin Tarihsel Gelişimi.....	7
II. GENEL OLARAK KANUNDAN DOĞAN İPOTEK HAKLARI VE YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİ KAVRAMI VE TANIMI	9
A. Genel Olarak Kanundan Doğan İpotek Hakları	9
1. Genel Olarak	9
2. Tescile Tabi Olmayan Kanuni İpotek Hakları	12
a. Genel Olarak.....	12
b. Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Tescile Tabi Olmayan Kanuni İpotek Hakları	12
c. İmar Hukukundan Doğan Kanuni İpotek Hakları	14
3. Tescile Tabi Kanuni İpotek Hakları.....	16
a. Genel Olarak.....	16
b. Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Tescile Tabi Kanuni İpotekler	18
c. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde Kanuni İpotek Hakkı	20
d. Kat Mülkiyeti Kanunundan Doğan Kanuni İpotek Hakkı.....	21
e. Vakıflar Kanunundan Doğan Kanuni İpotek Hakkı.....	22
f. Tersane Sahibinin Kanuni İpotek Hakkı	23
B. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİ KAVRAMI VE TANIMI	24
1. Yapı Alacaklısı İpoteği Kavramı	24
2. Yapı Alacaklısı İpoteği Tanımı	28
III. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN BENZER HUKUKİ KURUMLARDAN FARKI	29
A. Sözleşmeden Doğan İpotek Haklarından Farkı	29
B. Diğer Kanuni İpotek Haklarından Farkı	32

IV. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ	33
A. İsviçre Hukukunda	33
B. Alman Hukukunda.....	35
V. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN KONUSU.....	36
A. Genel Olarak	36
B. Yapı Alacaklısı İpoteğinin Konusunu Oluşturabilen Taşınmazlar	37
1. Genel Olarak Taşınmaz Kavramı	37
2. Araziler.....	38
3. Tapu Kütüğünde Ayrı Sayfaya Kaydedilen Bağımsız ve Sürekli Haklar	39
4. Kat Mülkiyeti Kütüğüne Kayıtlı Bağımsız Bölümler	41
5. Birlikte Mülkiyet Halinde Yapı Alacaklısı İpoteğinin Konusu	43
a. Elbirliği Halinde Mülkiyet Konusu Taşınmaz Üzerinde Yapı Alacaklısı İpoteği Kurulması.....	43
b. Paylı Mülkiyet Konusu Taşınmaz Üzerinde Yapı Alacaklısı İpoteği Kurulması.....	44
C. Yapı Alacaklısı İpoteğinin Konusunu Oluşturmayan Taşınmazlar	45
1. Sahipsiz Yerler.....	45
2. Kamu Orta Malları ile İdarenin Hizmet Malları	46
VI. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	46

İKİNCİ BÖLÜM

YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN ŞARTLARI VE TESCİLİ

I. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN ŞARTLARI	50
A. İPOTEK HAKKININ DOĞMASI İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR.....	50
1. Genel Olarak	50
2. İpotek Hakkından Yararlanacak Kişilere İlişkin Şartlar (Yapı Alacaklısı Kavramı)	50
a. Genel Olarak.....	50
b. Yükleniciler.....	51
aa. Asıl Yükleniciler	51
bb. Alt Yükleniciler	54
c. Zanaatkârlar.....	61
d. Vekaletsiz İşgörme Sebebiyle Alacaklı Olan Kişiler.....	63
e. Mühendis, Mimar ve Diğer Fikri Emek Sarf Edenlerin Durumu	68
f. Yapı Alacaklısı Olamayacak Kişiler.....	73
3. Alacağa İlişkin Şartlar	75
a. Yapı Alacağı Kavramı.....	75
aa. Genel Olarak.....	75
bb. Yapı veya Diğer İşlerin İnşası (İmali)	76
cc. Yapıda Malzeme Vererek ya da Vermeden Emek Sarf Etmış Olmak	79

b. Yapı Alacağı'nın Kapsamı	83
aa. Genel Olarak	83
bb. Yapı Alacağı'nın Eser Sözleşmesinden Doğması Halinde.....	84
aaa. Genel Olarak	84
bbb. Taraflar Arasında Götürü (Kesin) Bedel Belirlenmesi Halinde Yapı Alacağı'nın Kapsamı ve Tescili	85
ccc. Taraflar Arasında Yaklaşık Bedel Belirlenmesi Halinde Yapı Alacağı'nın Kapsamı ve Tescili	88
ddd. Taraflar Arasında Bedelin Hiç Belirlenmemiş Olması Halinde Yapı Alacağı'nın Kapsamı ve Tescili	91
eee. Götürü Bedel Kararlaştırılan Hallerde Yüklenicinin Uyarılma Hakkını Kullanması Sebebiyle Bedelin Yeniden Belirlenmesi Halinde Yapı Alacağı'nın Durumu	92
fff. Yaklaşık Bedelin Aşırı Ölçüde Aşılması Halinde Yapı Alacağı'nın Durumu	94
ggg. İş Sahibinin Tazminat Karşılığı Fesih Hakkını Kullanması Halinde Yapı Alacağı'nın Durumu	96
hhh. Alt Yüklenicilerin Alacaklarının Asıl Yüklenicinin Alacağını Geçip Geçemeyeceği Meselesi	100
cc. Yapı Alacağı'nın Vekâletsiz İşgörmeden Doğması Halinde.....	104
c. Yapı Alacağı'nın Devri	108
B. İPOTEK HAKKININ TESCİLİ İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR	110
1. Genel Olarak	110
2. Yapı Alacağı'nın Çekişmeli Olmaması.....	111
a. Alacağı'nın Malik Tarafından Kabul Edilmiş Olması.....	111
b. Alacağı'nın Kesinleşmiş Mahkeme Kararına Dayanması	115
3. Malik Tarafından Yeterli Güvence Gösterilmemiş Olması	118
4. Tescil Talebinin Süresinde Yapılmış Olması	125
a. Tescil Talebine İlişkin Sürenin Varlık Amacı ve Hukuki Niteliği	125
b. Tescil Talebinde Bulunulabilecek Sürenin Başlangıcı	126
c. Tescil Talebinde Bulunulabilecek Sürenin Sona Ermesi	128
II. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN TESCİLİ	131
A. TESCİL TALEBİNDE BULUNMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ	131
1. Genel Olarak	131
2. Şahsi Talep Hakkı Görüşü	131
3. Ayni Talep Hakkı Görüşü	133
4. Eşyaya Bağlı Borç Görüşü	135
5. Yenilik Doğuran Hak Görüşü	137
6. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz.....	138
B. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİN GEÇİCİ TESCİLİ	141
C. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN KESİN TESCİLİ.....	147
1. Genel Olarak	147

2. Kesin Tescil Talebinin Şekli	148
3. Kesin Tescil Talebinin Muhatabı (İpotek Borçlusı).....	150
a. Genel Olarak.....	150
aa. Taşınmaz Maliki	151
bb. Taşınmazı Sonradan Edinen Malik.....	152
cc. İflas Masası.....	153

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN SIRASI, YAPI ALACAKLILARININ

ÖNCELİK HAKKI VE YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN SONA ERMESİ

I. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN SIRASI VE YAPI ALACAKLILARININ ÖNCELİK HAKKI.....	155
A. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN SIRASI	155
1. Genel Olarak Taşınmaz Üzerindeki İpotek Haklarının Sırası	155
2. Yapı Alacaklısı İpoteğinin Sözleşmesel İpotek Hakları ile Arasındaki Sıra Düzeni	157
3. Aynı Taşınmaz Üzerinde Bulunan Birden Fazla Yapı Alacaklısı İpoteğinin Birbiri Arasındaki Sıra Düzeni	163
B. YAPI ALACAKLILARININ ÖNCELİK HAKKI	168
1. Öncelik Hakkının Kullanılmasının Koşulları.....	168
a. Genel Olarak.....	168
b. Objektif Şartlar	170
aa. Yapı Alacaklısı İpoteğinin Tescil Edilmiş Olması	170
bb. Yapı Faaliyetinin Taşınmazda Değer Artışına Yol Açması	171
cc. Taşınmazdaki Değer Artışının Önceki Sıralardaki Rehinli Alacaklılara Tahsis Edilmiş Olması	175
dd. Yapı Alacaklılarının Zarara Uğramış Olması	176
c. Sübjektif Şart.....	177
2. Öncelik Hakkının Konusu ve Değer Artış Payının Yapı Alacaklılarına Taksimi	183
II. ÖNCELİK HAKKININ İLERİ SÜRÜLMESİ.....	186
A. ÖNCELİK HAKKININ İLERİ SÜRÜLMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	186
1. Genel Olarak	186
2. Davanın Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Davası Olduğu Görüşü	191
3. Davanın İcra ve İflas Kanunu'na Dayanan Tasarrufun İptali Davası Olduğu Görüşü ..	193
4. Davanın İcra ve İflas Kanunu'nun 142'nci Maddesi Uyarınca Sıra Cetveline Karşı Şikâyet veya İtiraz Davası Olduğu Görüşü	196
5. Görüş ve Kanaatimiz.....	198
B. DAVANIN TARAFLARI	205
1. Davacı	205
2. Davalı.....	207

III. Yapı Alacaklısı İpoteğinin Sona Ermesi	211
A. Genel Olarak	211
B. İpotek Hakkından Feragat Edilmesi	211
C. İpoteğin Terkini	213
D. Yapı Alacağının Sona Ermesi	215
E. İpotek Konusu Taşınmazın Yok Olması veya Kamulaştırılması.....	216
F. Malik Tarafından Yeterli Güvence Gösterilmiş Olması	216
SONUÇ	218
ÖZET.....	249
ABSTRACT.....	250
KAYNAKÇA	226

KISALTMALAR

ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Art.	: Artikel
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Bundesgerichts Entscheidung
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
C.	: Cilt
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
E.T.	: Erişim Tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İK	: 4857 sayılı İş Kanunu

İMİK	: İsviçre Medeni Kanunu
K.	: Karar Numarası
m.	: Madde
MK	: 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi
N.	: Nummer
P.	: Paragraf
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SJZ	: Schweizerische Juristen Zeitung
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yargıtay
ZBJ	: Zeitschrift des Bernisches Juristenvereins
ZGB	: Zivilgesetzbuch

GİRİŞ

İpotek, bir borç ilişkisinde alacaklılara aynı bir güvence sağlayan özel bir taşınmaz rehni türüdür. Alacaklıya ipotek hakkı tanınması ile birlikte alacağını elde edemeyen alacaklı, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluna başvurarak alacağını ipotekli taşınmazın satışından elde edilen bedel ile karşılar. Bu bakımdan ipotek hakkı, alacaklının alacağını güvence altına alarak onu güçlendiren bir etkiyi haizdir. İpotek hakkı, tarafların serbest iradesinin ürünü olarak bir sözleşmeden doğabilir. Özellik arz eden bazı durumlarda ise bu hakkın kaynağı, doğrudan kanunun kendisidir. Kaynağını kanundan alan ipotek haklarının doğması için taraflar arasında herhangi bir sözleşme akdedilmesine gerek yoktur.

Yapı alacaklısı ipoteği de kaynağı kanunda yer alan tescile tabi bir ipotek hakkıdır. Kanun koyucu, yapı alacaklılarını özel olarak korumak maksadıyla 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda çeşitli düzenlemeler öngörmüştür. Gerçekten de TMK m. 893 hükmüyle yapı faaliyeti yürüten alacaklılara, yapı faaliyetinin yürütüldüğü taşınmaz üzerinde kanundan doğan (kanunî) bir ipotek hakkına sahiptir. Ayrıca yapı alacaklıları TMK m. 896 hükmünde yer alan düzenleme ile, bu haktan yararlanırken kendi aralarında sıra bakımından eşit kabul edilmiştir. Hatta diğer kanunî ipotek hakkı sahiplerine tanınmamış bir şekilde bu alacaklılar, kimi şartlarla taşınmaz üzerindeki diğer ipotek hakkı sahiplerine kıyasla bir öncelik hakkına sahiptirler (TMK m. 897).

Yapı alacaklısı ipoteğinin özellikle diğer kanuni ipotek haklarına nazaran kanunda detaylı ve ayrıca düzenlenmiş olması, yapı faaliyetinin önemi ile doğrudan ilgilidir. Bilindiği gibi ülkemizde ve dünyada inşaat sektörü, günlük hayatın ayrılmaz bir parçası olarak içerisinde birçok sosyoekonomik unsuru barındıran, sermaye gerektiren

ve istihdam sağlayan, buna bağlı olarak da hukuki ihtilafların en çok yaşandığı sektörlerden birisidir. İnaşat sektöründe en sık karşılaşılan hukuki ihtilaflardan birisi de yürütülen yapı faaliyeti çerçevesinde bu faaliyete emek veya emekle birlikte malzeme sarf eden yapı alacaklılarının iş sahibinden olan alacaklarını elde edememesidir. Taşınmaz maliki karşısında güçsüz durumda olan yapı alacaklıları, yapı faaliyetlerinin çoğu zaman mahiyeti gereği uzun ve maliyetli süreçleri beraberinde getirmesi sebebiyle kredili olarak çalışmak zorunda kalmaktadır. Bu durum da, yapı alacaklılarının emek sarf etmelerine rağmen işin sonunda emeklerinin karşılığını alamamaları riskini doğurmaktadır. Taşınmaz maliki ise çoğu zaman yapı alacaklılarının alacaklarını güvence altına alma konusunda isteksiz davranmakta yahut hukuki ve ekonomik bakımdan yetersiz güvenceler ile yapı alacaklılarının emeğini heba etmektedir. İşte bu emeğin heba olmaması ve yapı alacaklılarının taşınmaz malikinin inisiyatifine terk edilmemesi gayerisiyle kanun koyucu, yapı alacaklılarını özel olarak koruma ihtiyacı hissederek yapı alacaklısı ipoteği kurumunu ayrıca ve detaylı olarak düzenlemiştir. Böylelikle alacakları kanuni bir güvenceye kavuşturulmuş olan yapı alacaklıları, kanundan doğan bu haklarını kullanarak yapı faaliyetini yürüttükleri taşınmaz üzerinde kendi adlarına bir ipotek tescil ettirerek şartların oluşması halinde o taşınmazın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesini sağlayarak sarf ettikleri emeğin karşılığını alabilir hale getirilmiştir.

Diğer kanuni ipotek haklarına nazaran daha çok tercih ediliyor olsa da yapı alacaklısı ipoteği kurumunun uygulamada yeterli ilgiyi gördüğünü söylemek gttr. Her ne kadar son yıllarda ināřat sektöründe daha sık tercih edilmeye başlansa da kanaatimize göre ilginin halen yeterli düzeyde olmamasının sebebi, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan hükümlerin kimi uyuşmazlıkları çözmemekte yetersiz kalması veya madde lafızlarının karmaşık yahut tartışmaya açık olmasıdır. Bu durum, gerek hukuk pratiğinde gerekse tapu sicili uygulamalarında sorunlara yol açmaktadır. Öte yandan,

kurumun yeterli seviyede bilinmiyor oluşu da yapı alacaklılarını kanunun kendilerine tanıdığı bu imkândan faydalanmak konusunda isteksizliğe sürüklemektedir. Yine taşınmaz maliki ile henüz yapı faaliyetinin başında ihtilafa düşmek istemeyen yapı alacaklılarının başta banka teminat mektupları olmak üzere başka güvencelere razı olmaları ya da mecbur bırakılmaları da kurumun işlerliğini azaltmaktadır. Bu güvenceler ise kimi zaman yetersiz kalarak yapı alacaklılarını mağdur ettiği gibi aynı zamanda taşınmaz maliki açısından da banka komisyonları başta olmak üzere birçok masraf ve başka zararlara yol açmaktadır. Oysaki yapı alacaklısı ipoteği kurumu yeterli işlevselliğe kavuşturulursa, hem yapı alacaklıları hem de taşınmaz maliki için birçok kazanımı beraberinde getirir.

Çalışmamız, yapı alacaklısı ipoteği kurumunu hem teorik hem de uygulamaya yönelik olarak tüm yönleriyle incelemeyi hedeflemekte, kurumun işlevselliğini artırarak başta mehzaz İsviçre hukuku olmak üzere karşılaştırmalı hukukta son yıllarda yaşanan hukuki gelişmeleri de irdeleyerek günümüzde sürekli olarak gelişen inşaat sektöründe Türk hukuk literatürü ve uygulamasına katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde genel olarak yapı alacaklısı ipoteğinin tarihsel gelişimi incelenmiş, kısaca hukuk sistemimizde yer alan diğer ipotek haklarına temas edilerek bunların yapı alacaklısı ipoteğinden farklılıkları üzerinde durulmuş, yapı alacaklısı ipoteğinin tesis edilebileceği taşınmazlar, yani ipoteğin konusundan bahsedilmiştir. Ayrıca yapı alacaklısı ipoteğinin karşılaştırmalı hukuktaki yeri ile kurumun kavramsal ve teorik boyutu irdelenerek hukuki niteliği tartışılmıştır.

İkinci bölümde, kanuni bir ipotek hakkı olan yapı alacaklısı ipoteğinin doğması ve tescil edilmesi için kanunda gereken şartlar incelenmiş, şartların sağlanması akabinde ipotek hakkının tapu kütüğüne tescil edilmesi ve bu tescile bağlanan sonuçlardan bahsedilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise tapu kütüğüne tescil edilen yapı alacaklısı ipoteğinin uygulamada ihtilafların en yoğun yaşandığı ve taraflar arasında en çok sorun teşkil eden diğer ipotekli alacaklılara göre sırası ve önceliği meseleleri üzerinde durulmuş, bu sorunlara çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır. Nihayet yapı alacaklısı ipoteğinin sona ermesi ele alınarak çalışmamız, sonuç bölümüyle tamamlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİ KAVRAMI, TARİHSEL GELİŞİMİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNDE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

I. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Genel Olarak Yapı Alacaklısı İpoteğinin Tarihsel Gelişimi

Kanuni ipotek kavramının ilk izleri, Roma hukukunda görülür. Roma hukukunda öngörülen kanuni ipotek hallerinde genellikle borcun doğmasına sebep olan mal, alacaklının alacağına teminatının konusunu oluştururdu¹. Yapı alacaklarının kanuni ipotek yoluyla güvence altına alınması da Roma hukukunda düzenlenmiştir. Roma imparatoru Marcus Aurelius, yayımlamış olduğu bir emirnamede (*senatus consultum*), bir yapının yeniden inşa edilmesi için yapı malikinin bir kimseyle sözleşme yapması halinde yapıyı yeniden inşa edecek kimseye ve bu kimseye inşaat için borç para verenlere o yapı üzerinde kanuni bir ipotek hakkı (*hypotheca tacita*) tanımıştır². Örneğin bir kimsenin evinin veya gemisinin tamiri için bir yüklenici ile anlaşması halinde kanuni ipotek hakkına sahip olduğu kabul edilirdi³. Hatta *Schulz*'a göre bu durumlarda ipotekli alacaklının alacağını diğer alacaklılardan daha önce elde etmek konusunda bir önceliği (*privilegium exidendi*) dahi mevcuttu⁴. Roma hukukunda yer alan bu hakkın bugünkü anlamıyla yapı alacaklısı ipoteğini tam olarak karşılamadığı aşikâr olsa da,

¹ Roma hukukunda bir ayni teminat çeşidi olarak kanuni ipotek hakkında detaylı bilgi için bkz. **Ayyıldız**, Havva: “Roma Hukukunda Ayni Teminat”, s. 43 vd. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1989; **Erdoğan**, Belgin / **Tahiroğlu**, Bülent: “Roma Hukuku Meseleleri”, s. 103 vd. İstanbul, 1989; **Schulz**, Fritz: “Classical Roman Law”, s. 411 vd. Oxford, 1969; **Özsunar**, Erdal: “Roma Hukukunda Rehin Hakkı (Pignus Hypotheca)”, s. 140 vd. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, s. 137-164. İzmir, 2005; **Erdoğan**, Belgin: “Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatına Genel Bir Bakış”, s. 260 vd. *Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan*, C. 1, s. 255-274. İstanbul, 1982; **Umur**, Ziya: “Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar)”, İstanbul, 1985.

² **di Marzo**, Salvatore: “Roma Hukuku” (*Çeviren: Ziya Umur*), s. 288. İstanbul, 1954; **Bise**, Henri: “De l'hypothèque des Entrepreneurs et des Artisans dans le Code Civil Suisse”, s. 9 vd. Estavayer, 1912. (*Naklen: Reisoglu, Safa: “Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı”, s. 2, dpn. 2. Ankara, 1961*); **Ayyıldız**, s. 43; Bkz. **Özsunar**, s. 150: dpn 72, Digesta 20.2.1. (Papinianus).

³ **Lee**, R. Warden: “The Elements of Roman Law”, s. 173. Londra, 1949 (*Naklen: Ayyıldız, s. 43*).

⁴ **Schulz**, s. 411; **Ayyıldız**, s. 43.

Roma hukukunun başta Fransız hukuku olmak üzere Kıta Avrupası hukuk sistemleri üzerindeki etkisi yadsınamaz. Özellikle XIX. yüzyıl ve sonrasında Fransız *jurisprudence*'i ve akabinde Fransız Medeni Kanunu, yapı alacaklılarını himaye eden hükümlere yer vermiştir⁵.

Almanya ve İsviçre'de XIX. yüzyıl sonlarına doğru yapı alacaklılarının korunmasına yönelik yapılan girişimler neticesinde Almanya'da 1882 yılında kabul edilen Bavyera İpotek Kanunu ve Prusya Medeni Kanunu hükümleri ve XX. yüzyıl başında yapılan çalışmalar ile yapı alacaklıları koruma altına alınmış; İsviçre'de ise Fransız Medeni Kanunu'nu kabul etmiş veya bu kanunun tesirinde kalmış kantonlarda da yapı alacaklılarını koruyan hükümler getirilmiştir⁶.

Amerika Birleşik Devletleri'nde ise yapı alacaklılarının korunması Avrupa'dakinden daha eski bir tarihe, XVIII. yüzyıla dayanmaktadır. Gerçekten de 1791 tarihli Maryland Kanunu ile yapı alacaklılarına kanuni bir ipotek hakkı tanınmış; günümüze kadarki süreçte diğer eyaletlerde ve diğer Anglo-Sakson hukuk sisteminde yer alan ülkelerde de yapı alacaklılarına bu hak verilerek yapı alacaklıları kanuni güvenceye kavuşturulmuştur⁷.

⁵ **Planiol**, Marcel / **Ripert**, Georges: "Traité Élémentaire de Droit Civil", C. II, N. 4120. Paris, 1952. (*Naklen: Reisoğlu, s. 2, dpn. 3*).

⁶ **Simond**, Fred: "L'hypothèque Legale de l'entrepreneur en Droit Suisse", s. 11. Lausanne-Genève, 1924; **Regamey**, Charles: "La Protection des Créances des Constructeurs dans L'industrie du Batiment", s. 8. Lausanne, 1904; **Bise**, s. 28 (*Naklen: Reisoğlu, s. 3, dpn. 8-9*). Almanya'da kabul edilen Bavyera İpotek Kanunu ile o dönem Almanya'da artan inşaat faaliyetleri sebebiyle işçilerin korunması amaçlanmış, 1881 yılında yürürlüğe girmiş olan Borçlar Kanunu'nun bu noktada yetersiz kaldığı ifade edilmiştir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Schmid**, Jörg / **Hürlimann-Kaup**, Bettina: "Sachenrecht", N. 1696 vd. IV. Auflage. Zürich, 2012.

⁷ 1791 CHAP XLV Maryland State Archives 2 Md. Acts 1791 C 45. (<https://mechanicslien.com/wp-content/uploads/2018/07/State-of-Maryland-First-Lien-Act-1791-HAE1436x920AE.doc-00125435x920AE.pdf>);

(<https://msa.maryland.gov/megafile/msa/speccol/sc2900/sc2908/000001/000204/html/index.html>); Kanada'daki düzenlemeler için bkz. (https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/97045_01); İngiltere hakkında detaylı bilgi için bkz. (<https://hallelis.co.uk/lien/>); **Fessenbecker**, Gene: "Lien Law for Construction Contractors", 1998.

B. Türk Hukukunda Yapı Alacaklısı İpoteğinin Tarihsel Gelişimi

Türk hukukunda taşınmaz rehni, ilk kez Mecelle'nin Kitâbü'r-Rehin bölümünde yer alan m. 701 hükmünde tanımlanmış olup bu maddeye göre rehin, bir malı ondan istifası mümkün olan bir hak mukabilinde mahpus ve mevkuf kılmaktır⁸. Mecelle'de hüküm altına alınan taşınmaz rehni, eski hukukumuzda bu haliyle kaynağını İslam hukukundan almakta olup ayrı bir sözleşme türü olarak kabul edilerek yasaklanan faiz kurumunun yerine tercih edilmiştir⁹. İslam Hukuku ve Mecelle'de düzenlenen ve geri alım hakkı vesilesiyle kullanılması öngörülen taşınmaz rehni, hukuki niteliği itibariyle sözleşmeden doğan bir rehin hakkı olup eski hukukumuzda herhangi bir kanuni rehin hakkı öngörülmemiştir¹⁰.

Kanuni bir ipotek hakkının bulunmadığı İslam ve Osmanlı hukukunun aksine Cumhuriyet döneminde kabul edilen 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde (MK), mehz İsviçre kanunu örnek alınarak bazı kanuni ipotek hakları kabul edilmiştir. Böylelikle "*Kanuni İpotekler*" başlığını taşıyan MK m. 807/III hükmü ile kanuni rehin haklarından olan yapı alacaklısı ipoteği de hukukumuzda ilk defa hukuki bir düzenlemeye kavuşmuştur. Bu düzenlemeye göre (m. 807/I-3): "*Bir gayrimenkul üzerindeki inşaat yahut ameliyatta malzeme vererek veya vermiyerek çalışmış olmaları hasebiyle malik veya müteahhit zimmetinde tahakkuk eden alacakları için o gayrimenkul üzerinde bu müteahhit ve işçiler*", kanuni bir ipoteğin tescilini isteyebilen kişiler arasında sayılmıştır. Bu düzenlemeye bağlı olarak MK m. 808'de ise işçilerin ve müteahhitlerin bu ipotek haklarını tescil ettirebilmeleri için gerekli şartları sıralanmıştır. Anılan maddeye göre:

⁸ **Atf Bey:** "Mecelle Şerhi", Kitabürrehin, s. 3 (Naklen: Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet / Esmer, Galip: "Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı", s. 199. İstanbul, 1956).

⁹ **Mardin,** Ebül'ula: "Medeni Hukuk Dersleri", C. 7, s. 1. İstanbul, 1935 (Naklen: Velidedeoğlu/Esmer, s. 199).

¹⁰ **Mardin,** s. 11.

“İşçilerin ve müteahhitlerin ipotek hakkı işin icrasını iltizam ettikleri günden itibaren tapu siciline kaydolunabilir. Tescil nihayet işlerin hitamını velyeden üç ay içinde istenebilir. Bu tescil, alacak, malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece hüküm altına alınmış ise yapılabilir. Malik bir alacaklıya kâfi teminat verirse tescil talep olunamaz.”

Görüldüğü üzere Medeni Kanun’da, bu tescilin yapılabilmesi için malikin müteahhit ve işçilerin alacağını kabul etmesi veya alacağın mahkeme kararıyla hüküm altına alınması, öte yandan işçilere ve müteahhitlere tanınan bu kanuni ipotek hakkının tescilinin işlerin bitiminden itibaren üç ay içinde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca malik tarafından yeterli bir teminat gösterilerek tescile engel olunması imkânı da tanınmıştır. Kanunda son olarak, işçilerin ve müteahhitlerin sahip olduğu bu kanuni ipotek haklarının birbiri nazarında eşit konumda olduğu, bir yapı alacaklısı ipoteğinin bir diğerine göre öncelikli olmadığı (MK m. 810) ve fakat bu hakkın diğer ipotek haklarına nazaran imtiyazlı (öncelikli) olduğu (MK m. 811) düzenlenerek yapı alacaklısı ipoteği günümüzdeki düzenlemelerin kaynağı haline getirilmiştir.

1 Ocak 2002’de yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda da Medeni Kanun’daki yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin düzenlemelere aynen yer verilmiş olup (TMK m. 893-897) yeni kanunda yalnızca bazı ifadeler değiştirilmiştir. Örneğin MK m. 807/I-3’te yer alan ve öğretilerde eleştirilen¹¹ “*müteahhit ve işçiler*” kavramı yerine daha isabetli olarak mehz İMK m. 837’de yer alan “*Handwerker*” ve “*Unternehmer*” ifadelerinin tam karşılığı olan “*zanaatkar ve yüklenici*” ifadesi kullanılmıştır. Öte yandan, kanunda kullanılan eski kelimelerin değiştirilerek kanun dilinin sadeleştirilip daha anlaşılır hale gelmesi saikiyle bazı eski kelimelerin kullanımına son verilmiştir. Örneğin “*imtiyaz*” yerine “*öncelik*”; “*müsavi*” yerine “*eşit*” ve “*muhtelif*” yerine “*değişik*” vb. modern Türkçe’ye daha uygun kelimeler

¹¹ Eski Medeni Kanun döneminde kanunun lafzı ve bundan doğan tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Reisoğlu**, s. 26 vd.

tercih edilerek bunlar dışında yapı alacaklısı ipotegine ilişkin hükümlerde herhangi esaslı bir değişiklik yapılmamıştır.

II. GENEL OLARAK KANUNDAN DOĞAN İPOTEK HAKLARI VE YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİ KAVRAMI VE TANIMI

A. Genel Olarak Kanundan Doğan İpotek Hakları

1. Genel Olarak

Türk hukukunda ipotek hakkının tapu siciline geçerli olarak tescil edilebilmesi için kural olarak geçerli bir kazanma sebebi ve taşınmaz malikinin yazılı tescil talebi gereklidir¹². Ancak başta 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) olmak üzere başka kanunlarda da bu kurala istisna teşkil eden bazı ipotek hakları öngörülmüştür. Bu istisnalardan bir kısmı, tapu sicilinde herhangi bir tescile gerek olmaksızın sicil dışı olarak doğar. Bunlara, tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakları adı verilir¹³. Bir diğer

¹² **Göktürk**, Hüseyin Avni: “Türk Medeni Hukuku (Dördüncü Kitap: Ayni Haklar)”, s. 1040, Ankara, 1947; **Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet / **Esmer**, Galip: “Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı”, s. 396, İstanbul, 1956; **Akipek**, Jale: “Türk Eşya Hukuku (Mahdut Ayni Haklar) C. III”, s. 197 vd., Ankara, 1974; **Tekinay**, Selahattin Sulhi: “Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, II/3”, s. 76, s. 109, İstanbul, 1994; **Davran**, Bülent: “Rehin Hukuku Dersleri”, s. 30. İstanbul, 1972; **Karahacıoğlu**, Ali Haydar / **Doğrusöz**, Edip / **Altın**, Mehmet: “Türk Hukukunda Rehin”, s. 121 vd. Ankara, 1996; **Oğuzman**, Kemal / **Seliçi**, Özer / **Oktay-Özdemir**, Saibe: “Eşya Hukuku”, s. 1045 vd. İstanbul, 2022; **Hatemi**, Hüseyin: “Eşya Hukuku”, s. 145-146, İstanbul, 2020; **Kılıçoğlu**, Ahmet: “Eşya Hukuku” s. 580-583, Ankara, 2021; **Sirmen**, Lale: “Eşya Hukuku”, s. 643 vd., Ankara, 2021; **Ertaş**, Şeref: “Eşya Hukuku”, s. 563, İzmir, 2018; **Altay**, Sümer / **Eskiocak**, Ali: “Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni”, s. 12, İstanbul, 2007; **Kaçak**, Nazif: “İpotek ve İpoteğin Paraya Çevrilmesi”, s. 52. Ankara, 2013; **Şener**, Yavuz Selim: “Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması”, s. 70. Ankara, 2010; **Nomer**, Haluk Nami / **Ergüne**, Mehmet Serkan: “Eşya Hukuku”, s. 343, İstanbul, 2019; **Ayan**, Mehmet: “Eşya Hukuku III: Sınırlı Ayni Haklar”, s. 238, Ankara, 2020; **Esener**, Turhan / **Güven**, Kudret: “Eşya Hukuku”, s. 841 vd., Ankara, 2019; **Erman**, Hasan: “Eşya Hukuku Dersleri”, s. 168, İstanbul, 2014; **Çetiner**, Bilgehan: “Taşınmaz Teminatı”, s. 187-188, İstanbul, 2015; **Helvacı**, İlhan: “Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı”, s. 123. İstanbul, 2008; **Kaçmaz**, Mine: “Tescile Tabi Olmayan Kanuni İpotek Hakları”, s. 2893, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, S. 65 (4), s. 2891-2908).

¹³ **Coşkun**, Mehmet Egehan / **Kayaaltı**, Rabia: “Kanundan Doğan İpotek Hakları” (İpotek ile İlgili Makaleler, *Yayına Hazırlayanlar: Saibe Oktay-Özdemir, Batuhan Akkuş*), s. 257, İstanbul 2021; **Gürsoy**, Kemal / **Eren**, Fikret / **Cansel**, Eren: “Türk Eşya Hukuku”, s. 1045 vd. Ankara, 1984; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1118; **Kılıçoğlu**, s. 583; **Ayan**, s. 262; **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 161; **Tekinay**, s. 76-77; **Sirmen**, s. 701; **Ertaş**, s. 585; **Nomer/Ergüne**, s. 359; **Kaçmaz**, s. 2894. Öğretide bazı yazarlar, tescile tabi olmayan ipotek haklarını “doğrudan doğruya kanundan doğan ipotek hakları”, tescile tabi ipotek haklarını ise “dolayısıyla kanundan doğan ipotek hakları” olarak isimlendirmektedir. Bkz. **Şener**, s. 43; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1045 vd.; **Çetiner**, s. 243; **Akipek**, s. 234 vd. Öte yandan **Hatemi**, tescile tabi olmayan kanuni ipotek haklarını “dar anlamda kanuni ipotek” olarak isimlendirirken tescile tabi kanuni ipotekleri ise “kanunda sınırlı sayı ilkesine göre tanınmış rehin ilişkisi kurucu yenilik doğuran haklar” olarak tanımlamaktadır. Bkz. **Hatemi**, s. 151. Ayrıca **Köprülü/Kaneti** de tescile tabi olmayan kanuni ipotek haklarının herhangi bir

kısım ipotek hakkının kurulması için ise tapu siciline tescil gerekli olmakla birlikte, bu hakların kazanma sebebi, taraflar arasındaki bir sözleşmeye değil; doğrudan kanunun kendisine dayanır. Bu tür ipotek hakları da, tescile tabi kanuni ipotek hakları olarak adlandırılır¹⁴.

Kanuni ipotek haklarının doğumu, kural olarak tescil edilmelerine bağlı değildir. Nitekim bu hususu düzenleyen TMK m. 892'ye göre: “*Kanunî ipotek haklarının doğumu, aksi kanunda öngörülmüş olmadıkça, tapu kütüğüne tescil edilmelerine bağlı değildir.*” Bu hüküm uyarınca, kanuni ipoteklerin geçerli olarak kurulması için kural olarak tescil edilmeleri zorunluluğu yoktur¹⁵. Bu sebeple, TMK m. 892 hükmü düzenlemesine göre aksi kanunda öngörülmediyse, kanundan doğmuş bir ipotek hakkının tapu kütüğüne tescili, kurucu değil; açıklayıcı bir tescil niteliğindedir¹⁶.

Bu hüküm, öğretilerde çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır¹⁷. Düzenleme, üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunması ve kanuni ipotek hakkına sahip alacaklıların hak sahipliği bakımından önemlidir. Zira kanuni ipoteklerin kural olarak tescile tabi olmadığına ilişkin kural, hakkaniyete aykırı bazı sonuçlar doğurabilir. Örneğin, tescile tabi olmayan kanuni bir ipotek hakkı doğmuş ve fakat bu hak henüz tapu siciline tescil edilmemiş olabilir. Böyle bir durumda, tapu sicilindeki kayda güvenerek söz konusu ipotekten haberi olmayan iyiniyetli üçüncü kişi, söz konusu taşınmaz üzerindeki aynı bir hakkı TMK m. 1023 hükmü uyarınca ipotek yükü olmaksızın kazanır¹⁸. Bu durum da, ipotekli alacaklının hakkına zarar verir. Oysaki kanuni ipotek haklarının kural olarak

tescile ihtiyaç duymamaları sebebiyle bu hakları “*gizli rehin*” olarak nitelendirmektedir. Bkz. **Köprülü**, Bülent / **Kaneti**, Selim: “Sınırlı Ayni Haklar”, s. 215, İstanbul, 1983.

¹⁴ **Sirmen**, s. 702; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1119; **Hatemi**, s. 151; **Ertaş**, s. 586; **Kılıçoğlu**, s. 584; **Ayan**, s. 263; **Çetiner**, s. 247; **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 162; **Tekinay**, s. 79; **Akipek**, s. 235; **Coşkun/Kayaaltı**, s. 263; **Nomer/Ergüne**, s. 359; **Helvacı**, s. 375; **Şener**, s. 47; **Altay/Eskiocak**, s. 271.

¹⁵ **Kılıçoğlu**, s. 584; **Akipek**, s. 235; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1118; **Hatemi**, s. 151; **Ayan**, s. 262; **Çetiner**, s. 243; **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 162; **Tekinay**, s. 76; **Coşkun/Kayaaltı**, s. 264; **Sirmen**, s. 701; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1045.

¹⁶ **Nomer/Ergüne**, s. 359; **Ayan**, s. 263; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1118.

¹⁷ **Coşkun/Kayaaltı**, s. 264; **Çetiner**, s. 243; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1118

¹⁸ **Çetiner**, s. 243

tescile tabi tutulması, ipotekli alacaklıların hakkının korunması amacına hizmet ederek bu bağlamda hak kayıplarını engeller.

Nitekim bu hükmün alındığı mehz İsviçre Medeni Kanunu (İMK) m. 836, TMK m. 892 hükmünün tam aksi şekilde düzenlenmiştir. Gerçekten İMK m. 836 hükmüne göre, kanuni ipotek haklarının doğumu için kural olarak tapu kütüğüne tescil gereklidir¹⁹. Ayrıca 2012 yılında yapılan değişiklikle eklenen İMK m. 836/II hükmü uyarınca, tutarı 1000 Frank'tan daha fazla olan ve alacağın muaccel olmasından itibaren dört ay, her halükârda ise ipotek hakkının doğumundan itibaren iki yıl içerisinde tapu siciline tescil edilmemiş kanuni ipotekler, tapuya güven ilkesi uyarınca iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez²⁰. Böylelikle İsviçre hukukunda, kanuni ipoteklerin kural olarak tescile tabi olduğu düzenlenmiş olmakla birlikte, belli şartlar altında hak kayıplarının önlenmesi amacıyla kanuni ipoteğin tapu siciline tescili konusunda teşvik edici bir hüküm de getirilmiştir. Bu sayede ipotekli alacaklıların hakkı tapu siciline tescil edilerek üçüncü kişilerin taşınmaz üzerinde aynı hak kazanımına yönelik iddiaları bertaraf edilmiş olur.

Kanaatimize göre söz konusu İMK hükmü, aynı hakların kazanılmasında tescilin kural olarak arandığı TMK sistematiğine daha uygundur²¹. Öte yandan, kanuni ipoteklerin de kural olarak tescile tabi tutulmasıyla ipotekli alacaklılar harekete geçirilerek üçüncü kişilerin tapu siciline iyiniyetle güvenerek taşınmaz üzerinde aynı hak iddiası engellenmiş olur. Ayrıca, getirilecek olan bu kural, tapu sicilinin aleniyet işlevini de artırarak hukuk güvenliği ilkesine hizmet eder. İşbu sebeplerle, kanun koyucu tarafından temel kurala aykırı olarak getirilen TMK m. 892 hükmü, mehz İMK m. 836 hükmü uyarınca yeniden düzenlenmelidir.

¹⁹ **Frey**, Gerhard: "Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch", Band III, ZGB Art. 836, N. 4. III. Auflage, (Herausgeber: **Kostkiewicz**, Jolanta Kren / **Wolf**, Stephan / **Amstutz**, Marc / **Fankhauser**, Roland), Zürich, 2009; **Zogg**, Samuel: "Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II", Art. 836, N. 8, 7. Auflage, (Herausgeber: **Geiser**, Thomas / **Wolf**, Stephan), Basel, 2023; **Schmid/Hürlimann-Kaup**, N. 1656a.

²⁰ **Frey**, ZGB Art. 836, N. 4; **Schmid/Hürlimann-Kaup**, N. 1655a; **Zogg**, ZGB Art. 836, N. 17;

²¹ Aynı görüşte bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1118; **Coşkun/Kayaaltı**, s. 264

2. Tescile Tabi Olmayan Kanuni İpotek Hakları

a. Genel Olarak

Tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakları, tapu siciline tescile gerek olmaksızın kanunun düzenlemesi uyarınca kanunda belirtilen olayın gerçekleşmesiyle kendiliğinden doğar. Bu haklar, TMK’da üç madde halinde düzenlenmiştir. Öte yandan 2981 sayılı İmar Affı Kanunu m. 10/c uyarınca kurulanlar ile 3194 sayılı İmar Kanunu’nun çeşitli maddelerinde öngörülen ipotek hakları da tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakları arasındadır.

b. Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Tescile Tabi Olmayan Kanuni İpotek Hakları

Türk Medeni Kanunu’nda tescile tabi olmayan kanuni ipotek haklarına ilişkin ilk düzenleme, ipotekli taşınmazın değerinin malikin kusuru ile azalması riskine karşı rehinli alacaklıya tanınan kanuni ipotek hakkıdır²². Bu ipotek hakkı, TMK m. 865/III hükmünden doğmaktadır. Gerçekten de söz konusu hükme göre:

“Alacaklı, önlem için yapmış olduğu giderleri malikten isteyebilir ve bu alacakları için taşınmaz üzerinde, tescile gerek olmaksızın ve tescil edilmiş olan diğer yüklerden önce gelen bir rehin hakkına sahip olur.”

Bu düzenleme ile ipotekli taşınmazın değerinin malikin kusuru sebebiyle azalması tehlikesi söz konusu olduğunda, rehinli alacaklıya gerekli tedbirleri malik adına alma yetkisi tanınmıştır. Rehlinli alacaklı, bu tedbirleri kural olarak hâkimin izni ile; gecikmede sakınca bulunan hallerde ise kendiliğinden alabilir (TMK m. 865/II). Rehlinli alacaklı, malik adına yapmış olduğu ve taşınmazın değerini korumaya yönelik

²² Nomer/Ergüne, s. 359; Sirmen, s. 701; Ayan, s. 262; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1118; Ertay, s. 585; Çetiner, s. 244; Hatemi, s. 151; Coşkun/Kayaaltı, s. 257; Kılıçoğlu, s. 583; Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın, s. 161; Tekinay, s. 77; Kaçmaz, s. 2897. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Atar, Eray Aksın: “Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkında Güvencenin, Güvenceyi Oluşturan Değerler Bakımından Kapsamı ve Taşınmazdaki Değer Düşmesine Karşı Alacaklının Korunması”, İstanbul, 2021.

yaptığı bu giderler oranında diğer rehinli alacaklılara nazaran öncelikli bir kanuni ipotek hakkını haizdir. Taşınmazın değerini korumaya yönelik yapılan masraflar tutarında rehinli alacaklının sahip olduğu bu kanuni ipotek hakkı, TMK m. 865/III uyarınca tescile tabi olmayan bir kanuni ipotek hakkıdır.

Türk Medeni Kanunu'nda tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakkına ilişkin yer alan ikinci düzenleme, rehinli bir taşınmazın malikinin kusuru olmaksızın taşınmazda meydana gelen değer azalması riskine yöneliktir²³. Bu hususu düzenleyen TMK m. 867/II hükmüne göre:

“Bununla birlikte alacaklı, değer düşmesinin önlenmesi veya giderilmesi için gerekli önlemleri kendiliğinden alabilir. Alacaklı, bu amaçla yaptığı masraflardan dolayı rehinli taşınmaz üzerinde tescile gerek olmaksızın ve tescil edilmiş olan diğer yüklerden önce gelen bir rehin hakkına sahip olur. Malik, bu masraflardan kişisel olarak sorumlu değildir.”

Rehinli bir taşınmazın malikin kusuru olmaksızın değerinin azalması tehlikesi ortaya çıktığında, rehinli alacaklı TMK m. 867/I hükmüne göre borçludan güvence vermesini veya kısmi bir ödeme yapmasını talep edebilir. Öte yandan rehinli alacaklı, TMK m. 867/II hükmünde kendisine tanınmış olan hakkı kullanarak söz konusu taşınmazın değerinin düşmesinin önlenmesi veya giderilmesine yönelik önlemler alarak masraf yapabilir. İşte bu masraflar tutarında rehinli alacaklıya tescile tabi olmayan ve diğer rehinli alacaklar karşısında öncelikli bir kanuni ipotek hakkı tanınmıştır.

Tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakkına ilişkin TMK'da yer alan son düzenleme, m. 876'da yer alır. İlgili düzenlemeye göre:

“Alacaklı, rehinli taşınmazın korunması için zorunlu masraf yapmışsa ve özellikle malikin borçlu olduğu sigorta primlerini ödemişse, bundan doğan alacakları tescile gerek olmaksızın aynen rehinli alacağı gibi güvenceden yararlanır.”

²³ Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın, s. 161; Kılıçoğlu, s. 583; Kaçmaz, s. 2901; Ertaş, s. 585; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1119; Sirmen, s. 701; Ayan, s. 262; Nomer/Ergüne, s. 359; Çetiner, s. 244; Tekinay, s. 77; Hatemi, s. 151; Coşkun/Kayaaltı, s. 259;

Söz konusu hüküm, rehinli taşınmazın korunması için rehinli alacaklının yaptığı zorunlu masraflar ve sigorta primleri hakkında tescile tabi olmayan bir kanuni ipotek hakkı getirmiştir²⁴. Şayet rehinli alacaklı, rehinli taşınmazın korunması için zorunlu bir masraf yapmışsa veya malikin taşınmazın korunmasına yönelik olarak tarafı olduğu sigorta poliçesinden doğan sigorta primlerini ödemişse, bu tutar oranında tescile tabi olmayan bir kanuni ipotek hakkına sahip olur.

c. İmar Hukukundan Doğan Kanuni İpotek Hakları

Hukukumuzda kanuni ipotek haklarına ilişkin düzenlemeler, yalnızca Türk Medeni Kanunu hükümleriyle sınırlı değildir. Örneğin 2981 sayılı İmar Affı Kanunu m. 10/c hükmüyle yeni parsel sahipleri aleyhine bir kanuni ipotek hakkı öngörülmüştür. Söz konusu maddeye göre:

“İmar mevzuatına aykırı bina yapılmış, hisseli arsa ve araziler veya özel parselasyona dayalı arazilerde, imar adası veya parseli olabilecek büyüklükteki alanlarda, binalı veya binasız arsa ve arazileri birbirleriyle, yol fazlalarıyla veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerle birleştirmeye bunları yeniden ada ve parsellere ayırmaya, yapılara yeniden doğan imar ada veya parseli içinde kalanları yapı sahiplerine, yapı olmayanları diğer hisse sahiplerine müstakil veya hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre vermeye, bunlar adına tescil ettirmeye ve tescil işlemi dışında kalanların hisselerini 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa göre tespit edilecek bedeli peşin ödenmek veya parsel sahipleri aleyhine kanuni ipotek tesis edilerek, tapu sicilinden terkin ettirmeye belediye veya valilikler resen yetkilidir. Belediye veya valiliklerin talebi halinde bu yetkiler kadastro müdürlüklerince de kullanılır.”

Bu hüküm ile idareye verilen arsa ve arazi düzenleme yetkisi sayesinde idare, bu arsa veya arazilerin sahiplerinin rızasını almaksızın bu arsa ve arazileri üçüncü kişilerin özel mülkiyetine geçirebilir. İdare, bu işlemi yaparken rızasını almadığı bu arsa ve arazi

²⁴ Kaçmaz, s. 2902; Tekinay, s. 78; Coşkun/Kayaaltı, s. 261; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1119; Kılıçoğlu, s. 583; Ayan, s. 262; Nomer/Ergüne, s. 359; Sirmen, s. 701; Çetiner, s. 244; Ertaş, s. 585; Hatemi, s. 151; Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın, s. 161

3. Tescile Tabi Kanuni İpotek Hakları

a. Genel Olarak

Tescile tabi kanuni ipotek hakları, kanundan doğan ve doğumları için tapu siciline tescilin gerekli olduğu ipotek haklarıdır²⁹. Kanunlarda bu tür ipotek haklarını düzenleyen hükümler sayesinde hak sahipleri, tapu siciline ipoteğin tescilini istemeye yönelik bir hak elde etmiş olur³⁰.

Hukukumuzda, Türk Medeni Kanunu başta olmak üzere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), 5737 sayılı Vakıflar Kanunu, 634 sayılı Kat Malikleri Kanunu ve “*Kentsel Dönüşüm Kanunu*” olarak bilinen 6306 sayılı Kanun’da tescile tabi kanuni ipotek haklarına ilişkin düzenlemeler yer alır.

Anılan düzenlemeler incelendiğinde, Türk Medeni Kanunu’nda yer alan kanuni ipotek haklarında, ipotek hakkı sahiplerine tescil talebinde bulunmaları için üç aylık bir süre tanınmıştır³¹. Kanuni ipotek hakkını doğuran her bir olayın kendine özgü olması sebebiyle bu sürelerin başlangıç tarihleri de birbirinden farklıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu süreler hak düşürücü süreler olup üç ay içinde tescil edilmeyen kanuni ipotek hakları kendiliğinden düşer³².

²⁹ **Sirmen**, s. 702; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1119; **Hatemi**, s. 151; **Ertas**, s. 586; **Kılıçoğlu**, s. 584; **Ayan**, s. 265; **Çetiner**, s. 247; **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 162; **Tekinay**, s. 79; **Akipek**, s. 235; **Coşkun/Kayaaltı**, s. 263; **Nomer/Ergüne**, s. 359.

³⁰ **Ayan**, s. 264; **Sirmen**, s. 703; **Coşkun/Kayaaltı**, s. 264; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1119; **Çetiner**, s. 247; **Hatemi**, s. 151; **Nomer/Ergüne**, s. 366.

³¹ Üst hakkında irat bedeline yönelik olarak tescil edilecek ipoteklerde ise malik, üst hakkı devam ettiği sürece her zaman tescil talebinde bulunabilir (TMK m. 835/I).

³² **Nomer/Ergüne**, s. 365-366; **Kılıçoğlu**, s. 584; **Hatemi**, s. 152; **Çetiner**, s. 248; **Sirmen**, s. 703; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1124; **Ayan**, s. 264; **Coşkun/Kayaaltı**, s. 286. Kanundan doğan ipoteklerin tapu siciline tescil edilebilmesi için TSY m. 50 uyarınca teminat altına alınmak istenen alacağın doğduğunu gösterir belgelerin tapu müdürlüğüne ibrazı gerekir. İbrahim edilen belgelerden kanunda öngörülen sürelerin geçtiğinin anlaşıldığı durumlarda, tapu memuru tescili yapmamalıdır. Hak düşürücü süreler geçmiş olmasına rağmen tapuya yapılan tescil işlemi yolsuz bir tescil olup taşınmaz maliki tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilir (bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1125). Ancak taşınmaz satışında satıcının ve elbirliği ortaklığında ortakların, kanuni ipoteğe konu olan alacaklarının miktarları genellikle resmi senette yazdığından başka bir belgeye, borçlu malikin onayına veya mahkeme kararına ihtiyaç bulunmaz (**Velidedeoğlu/Esmer**, s. 397; **Coşkun/Kayaaltı**, s. 286-287).

Tescile tabi kanuni ipotek hakkının kurulmasından önceden feragat edilemez³³. Zira bu hususu düzenleyen TMK m. 893/II hükmü uyarınca: “*Alacaklıların, bu kanunî ipotek hakkından önceden feragat etmeleri geçerli değildir*”. Böylelikle bu alacaklılar korunarak kanuni düzenlemeler sayesinde bir ipotek hakkı elde etmeleri halinde, bu haklarından ipotek hakkını doğuran olay öncesinde feragat etmesi yasaklanmıştır. Bu yasağa rağmen feragat sözleşmesi ile ipotek hakkından önceden feragat eden ipotekli alacaklının bu feragati, TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzdür³⁴. Öte yandan, kanuni ipoteğin kurulması hakkının doğumundan sonra bu haktan feragat edilmesi ise geçerlidir³⁵.

Tescile tabi kanuni ipotek haklarının diğer ipotek hakları ile arasındaki sıra, kanunda farklı şekillerde düzenlenmiştir. Örneğin satıcının, mirasçının, paydaşın, bakım alacaklısı veya üst hakkı karşılığı irat alacağı için arazi maliki lehine kurulan ipotek hakkının sırası kurulma tarihine göre tayin olunur (TMK m. 1022/I). Tescile tabi olan kanuni ipotek hakları için kural olarak kanunda bir ayrıcalık veya öncelik öngörülmemiştir. Bu sebeple, taşınmaz üzerinde daha önceden kurulmuş olan sınırlı aynı hakların sıraları, tescile tabi olarak kurulacak kanuni ipotek haklarından dolayı değişmez³⁶. Öte yandan, üst hakkı sahibinin bedel alacağını teminat altına almak için kurulan ipotek, eğer üst hakkı rehnedilmişse terkin olunacak üst hakkı ile aynı derece ve sırada olur (TMK m. 829). Dolayısıyla, üst hakkı sahibine üst hakkı sona erdiğinde taşınmaz malikine kalan yapıların bedeli için tanınan kanuni ipotek hakkı bakımından

³³ Çetiner, s. 248; Sirmen, s. 703; Kılıçoğlu, s. 584; Ertaş, s. 587; Coşkun/Kayaaltı, s. 295; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1124.

³⁴ Ayan, s. 266; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1124; Çetiner, s. 248;

³⁵ Coşkun/Kayaaltı, s. 295; Tekinay, s. 79; Nomer/Ergüne, s. 365; Sirmen, s. 703; Kılıçoğlu, s. 584. Satıcı, mirasçı ve bakım alacaklısı taşınmaz mülkiyetini devirden; yapı alacaklısı ise eser sözleşmesinin akdi yahut alacağı doğuran işi tamamlamasından; üst hakkı sahibi üst hakkının terkininden, arazi maliki üst hakkını kuran sözleşmenin akdinden sonra karşı tarafla “vazgeçme sözleşmesi” yapabilir. (Bkz. Çetiner, s. 248) Taşınmaz mülkiyetini devirden maksat, TMK m. 1022 ve TST m. 23 uyarınca tapu kütüğüne tescil işlemi yapılmış olmak kaydıyla yevmiye defterine mülkiyetin devredildiğine dair konan kayıt tarihidir (Bkz. Ayan, s. 266).

³⁶ Yani satıcının, mirasçının, diğer elbirliği ortaklarının, bakım alacaklısının, kat maliklerinin ve üst hakkı karşılığı irat alacağı için malikin kanuni ipotek hakkının sırası, hakkın tescili tarihine göre belirlenir (bkz. Coşkun/Kayaaltı, s. 293). Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1125-1126; Ayan, s. 266; Nomer/Ergüne, s. 367-368; Ertaş, s. 588.

bir istisna getirilmiştir. Buna göre söz konusu kanuni rehin hakkı, üst hakkı hangi tarihte kurulmuş ise arazi üzerinde o tarihten sonra kurulmuş aynı haklardan sıra bakımından önce gelir³⁷. Bu durumun TMK'daki diğer istisnası ise, yapı alacaklısı ipoteğinin diğer ipoteklere göre öncelikli olarak düzenlenmiş olmasıdır³⁸.

b. Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Tescile Tabi Kanuni İpotekler

Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen tescile tabi kanuni ipotek haklarından ilki, TMK m. 893/I-1'de düzenlenen satıcının sahip olduğu ipotek hakkıdır. Bu madde bendine göre satıcı, satış sözleşmesinin bağlandığı resmi senette belirtilen satıştan doğan alacağını teminat altına almak hakkına sahiptir³⁹. Bu hakka göre satıcı, sattığı ve mülkiyetini alıcıya geçirmiş olduğu taşınmaz üzerinde bir ipotek hakkı tescil edilmesini talep edebilir⁴⁰.

Kanuni ipotek hakkına ilişkin bir diğer düzenleme, elbirliği ortaklığına yöneliktir. Aynı maddenin (TMK m. 893/I) ikinci bendine göre, elbirliği ortaklığı halindeki taşınmazlarda ortaklar, paylaşmadan doğan alacaklarını teminat altına almak için bu taşınmazlar üzerinde kanuni ipotek hakkını haizdir⁴¹. Birlikte mirasçı olanlar veya diğer elbirliği ortakları, bu hak sayesinde elbirliği halinde malik oldukları

³⁷ Nomer/Ergüne, s. 368; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1125.

³⁸ Bu istisna hakkında detaylı bilgi için bkz.

³⁹ Sirmen, s. 702; Tekinay, s. 79; Kılıçoğlu, s. 584; Hatemi, s. 151; Ayan, s. 263; Nomer/Ergüne, s. 359; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1119; Coşkun/Kayaaltı, s. 275 vd.

⁴⁰ Çetiner, s. 249; Hatemi, s. 152. Maddede “satıştan doğan” ifadesi kullanıldığından buraya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ve bu sözleşme nedeniyle satıcının sahip olduğu alacak hakkı girmez (Bkz. Kılıçoğlu, s. 584). Madde bendinde yer alan “taşınmaz satışı” ifadesi, kural olarak TBK m. 237 anlamındaki taşınmaz satışı şeklinde anlaşılmalıdır. Taşınmaz satışının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde olduğu gibi karma bir sözleşme içinde yer alması halinde veya mal değişim sözleşmeleri veya ihtiyari açık artırma sözleşmelerinde olduğu gibi taşınmaz satışına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulandığı sözleşmelerde de satıcı kanuni ipotek hakkına sahiptir. Aynı şekilde, taraflar arasındaki satış sözleşmesinin alım, geri alım veya ön alım hakkının kullanılması sonucu kurulmuş olmasının da bir önemi yoktur (Öz, Turgut: “İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat”, s. 24, İstanbul, 2013; Çetiner, s. 249; Coşkun/Kayaaltı, s. 278). *Ertaş'a göre* taşınmaz satışlarında alıcı lehine bir yasal ipotek hakkı tanınmamış olması eşitliğe aykırıdır. Yazara göre, alıcının ödediği satış bedeli için satıcıdan daha fazla korumaya ihtiyacı olduğundan alıcı lehine TMK m. 950'deki gibi bir hapis hakkı tanınması uygun olur (Bkz. Ertaş, s. 587).

⁴¹ Nomer/Ergüne, s. 359; Tekinay, s. 79; Ayan, s. 263; Kılıçoğlu, s. 584; Çetiner, s. 249; Ertaş, s. 586; Coşkun/Kayaaltı, s. 279 vd. Ancak paylı mülkiyette, taşınmazın aynen paylaşılmasında ivaz eklenmesiyle TMK m. 699/II uyarınca bir denklik sağlanmışsa, denklik parası alacaklısının kanundan doğan böyle bir ipotek hakkı yoktur (Bkz. Sirmen, s. 702; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1120).

taşınmazın paylaşılması halinde sahip olacakları alacağın güvencesini teşkil etmesi için bu taşınmaz üzerinde kanuni bir ipotek hakkının tescilini talep edebilirler⁴².

Türk Medeni Kanunu'nda tescile tabi kanuni ipotek hakkı olarak düzenlenen üçüncü hal (TMK m. 893/I-3), yapı alacaklısı olanların bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf etmeleri sebebiyle malzeme ve emek karşılığı olarak sahip oldukları alacak hakkına yöneliktir⁴³.

Tescile tabi kanuni ipotek haklarına ilişkin düzenlemeler, TMK m. 893 hükmüyle sınırlı değildir. Üst hakkı kapsamındaki kanuni ipotek hakları, TMK m. 829/II ve m. 834 hükümlerinde ayrıca düzenlenmiştir⁴⁴.

Üst hakkı kapsamında talep edilebilecek bu kanuni ipotek haklarından ilki, üst hakkı sahibine inşaat için arazi malikinin bir bedel ödemesinin kararlaştırıldığı haldir. Buna göre, üst hakkı sahibine yapacağı inşaat için arazi malikinin bir bedel ödemesi kararlaştırılmışsa ve fakat söz konusu bedel arazi maliki tarafından ödenmemişse veya bunun için bir güvence gösterilmemişse, üst hakkı sahibi veya diğer rehinli alacaklılar tescile tabi bir kanuni ipotek hakkına sahiptir⁴⁵. Böyle bir durumda, üst hakkı sahibi veya rehinli alacaklılar, söz konusu arazi üzerindeki üst hakkının terkinini isteyerek alacakları oranında ve terkin edilen bu üst hakkı ile aynı derece ve sırada kanuni bir ipotek hakkının tescil edilmesini talep edebilirler. Böylelikle üst hakkı kurulan taşınmaz üzerinde, üst hakkı sahibi veya rehinli alacaklılara ödenecek bedelin teminatı olarak üst hakkıyla aynı derece ve sırada bu kimseler lehine bir ipotek kurulmuş olur.

⁴² **Çetiner**, s. 249; **Sirmen**, s. 702; **Kılıçoğlu**, s. 584; **Ayan**, s. 263. Bu tür kanuni ipotek hakkı, elbirliği ortaklığına giren taşınmazlarda miras paylarında tam bir denklik sağlanmamışsa, daha az değerde taşınmaz veya bağımsız bölüm alan mirasçılardan alacaklı olduğu denkleştirme bedelleri için öngörülmüştür. (Bkz. **Hatemi**, s. 151).

⁴³ **Hatemi**, s. 152; **Ayan**, s. 263; **Nomer/Ergüne**, s. 360 vd.; **Tekinay**, s. 79; **Sirmen**, s. 702; **Çetiner**, s. 251-252; **Kılıçoğlu**, s. 584; **Ertas**, s. 587 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1126.

⁴⁴ Bu konu hakkında detaylı bir çalışma için bkz. **Özbilen**, Arif Barış: “Üst Hakkı İradı ve Bu İradın Ödenmesine İlişkin Alacağın Güvencesi Olarak Kanuni İpotek Hakkı”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2016, S. 126, s. 263-310. Ankara, 2016; **Demirsatan**, Barış: “Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcunun İfa Edilmemesinin Sonuçları”, İstanbul, 2016.

⁴⁵ **Özbilen**, s. 280 vd.; **Coşkun/Kayaaltı**, s. 265 vd.; **Çetiner**, s. 251; **Sirmen**, s. 702; **Hatemi**, s. 152; **Ayan**, s. 263; **Nomer/Ergüne**, s. 362-363; **Ertas**, s. 587. Ayrıca bkz. **Gürses**, Davut: “Kredi Teminatı Olarak Üst Hakkı İpotegi”, s. 5. *Bankacılar Dergisi*, Y. 2011, C. 22, S. 76, s. 3-17.

Üst hakkına ilişkin kanuni ipotek hakkına yönelik ikinci düzenleme, TMK m. 834 hükmüdür. Anılan hükme göre, üst hakkı kurulurken taraflarca üst hakkı sahibinin irat şeklinde bir ivaz ödemesi kararlaştırılmışsa, taşınmaz olarak tapuya kaydedilen üst hakkı üzerinde arazi malikine irat alacağıının güvencesini oluşturması için kanuni bir ipotek hakkı tanınmıştır⁴⁶. Ancak kanun koyucu, ipotek hakkıyla güvence altına alınabilecek bu irat alacağını miktar yönünden bir sınırlamaya tabi tutmuştur. Gerçekten TMK m. 834'e göre alacaklı, irat alacağıının en çok üç yıllık miktarı ile sınırlı olarak bir kanuni ipotek hakkını haizdir.

c. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde Kanuni İpotek Hakkı

Bakım alacaklısının, bakım borçlusunun kendisine hayatı boyunca bakıp gözetmeyi üstlenmesine karşılık bir malvarlığı değeri devretmeyi üstlendiği sözleşmeye ölünceye kadar bakma sözleşmesi denir⁴⁷. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısına TBK m. 613 uyarınca bir kanuni ipotek hakkı tanınmıştır⁴⁸. Anılan hükme göre:

“Bakım borçlusuna bir taşınmazını devretmiş olan bakım alacaklısı, haklarını güvence altına almak üzere, bu taşınmaz üzerinde satıcı gibi yasal ipotek hakkına sahiptir.”

Bu düzenleme sayesinde, sözleşmeyle taşınmazını bakım borçlusuna devreden bakım alacaklısı, aynı taşınmaz satıcısı gibi bakım alacağını teminat altına almak

⁴⁶ Bu şekilde kurulacak olan ipoteklerde, yapı alacaklısı ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümler kıyasen uygulama alanı bulur (TMK m. 835/II). **Çetiner**, s. 251; **Sirmen**, s. 702; **Hatemi**, s. 152; **Ayan**, s. 263; **Nomer/Ergüne**, s. 363; **Coşkun/Kayaaltı**, s. 270 vd.; **Özbilen**, s. 280 vd.

⁴⁷ **Cumalioglu**, Emre: “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi”, s. 898-915, (Borçlar Hukuku Özel Hükümler, *Editör: Turgut Öz*), Ankara, 2023; **Eren**, Fikret: “Borçlar Hukuku Özel Hükümler”, s. 827, Ankara, 2023; **Zevkliler**, Aydın / **Gökyayla**, Emre: “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri”, s. 731, Ankara, 2019; **Kılıçoğlu**, Ahmet: “Borçlar Hukuku Özel Hükümler”, s. 721. Ankara, 2023;

⁴⁸ Bu konu hakkında detaylı bir çalışma için bkz. **Aksu Kayacan**, Simge: “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde Bakım Alacaklısının Güvence Sağlamaya Yönelik Hakları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2019, C. 21, S. 1, s. 353-395. Ayrıca bkz. **Tunçomağ**, Kenan: “Ölünceye Kadar Bakma Akdi”, Ankara, 1959; **Akipek Öcal**, Şebnem: “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2018, C. 6, S. 1.

amacıyla devrettiği taşınmaz üzerinde kanuni ipotek hakkına sahiptir⁴⁹. Teminat miktarı, TBK m. 619/II hükmüne göre, borçlunun ödemekle yükümlü olduğu dönemsel gelirin elde edilebilmesi için ilgili sosyal güvenlik kurumunca ödenmesi gereken anapara değerine eşit bir para esas alınarak hesaplanır⁵⁰.

d. Kat Mülkiyeti Kanunundan Doğan Kanuni İpotek Hakkı

Kat malikleri, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) uyarınca genel gider ve avans ödeme borcu altındadır. Kat maliklerinden bu borca aykırı davranışlar hakkında KMK m. 20 hükmüne göre diğer kat maliklerinden her biri veya yönetici, dava yoluna başvurabileceği gibi bu kişi aleyhine icra takibi başlatma yetkisini de haizdir. Kat malikinin payına düşecek bu ortak gider ve avans borcu ile bu borca işletilecek olan gecikme tazminatından bu kat malikine ait olan bağımsız bölümde kiracı veya oturma hakkı sahibi sıfatıyla oturanlar da sorumludur (KMK m. 22/I). Öte yandan, borcun bu kişilerden tahsili de mümkün olmaz ise, KMK m. 22/II hükmüyle genel gider ve avans

⁴⁹ **Sirmen**, s. 702; **Ayan**, s. 264; **Tekinay**, s. 79; **Nomer/Ergüne**, s. 362; **Coşkun/Kayaaltı**, s. 300. Bakım alacaklısının ediminin bir taşınmazın devrinin oluşturmadığı hallerde bakım alacaklısı sözleşmeden doğan haklarını güvence altına almak istiyorsa bunu ancak sözleşmesel güvenceler ile sağlayabilecek olup kanuni ipotek hakkını kullanamaz (bkz. **Aksu Kayacan**, s. 358). TBK m. 613'te yer alan “*satıcı gibi*” ifadesi, öğretide bakım alacaklısının ipotek hakkını hangi sürede kullanabileceği yönünden bazı tartışmalara yol açmıştır. Nitekim **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, bu ipotek hakkının taşınmazın devrinden itibaren üç ay içerisinde yapılması gerektiğini savunmaktadır. (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1120) Ayrıca Yargıtay da bazı kararlarında, bakım alacaklısının bu hakkını temlik tarihinden itibaren üç ay içerisinde tapuya tescil ettirmediği takdirde muvazaalı temlikler dışında üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceğine hükmetmiştir. Bu kararlar için bkz. Y. 1. HD.: T. 05.05.2005, E. 2005/4672, K. 2005/5674; Y. 1. HD.: T. 20.10.2005, E. 2005/1011, K. 2005/11340 (*Naklen: Çetiner*, s. 250, *dph.* 692). Öte yandan **Çetiner**, bakım alacaklısının ipotek hakkını taşınmaz satıcısının sahip olduğu ipotek hakkından ziyade malikin taşınmazı üzerinde üst hakkı kurulması karşılığı üst hakkı sahibinden olan irat alacağının güvencesini teşkil eden TMK m. 834'teki kanuni ipotek hakkına benzetmektedir. Yazara göre, kanuni ipotek hakkını doğuran her iki sözleşmede de taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi kurulmakta ve bu edimler ipotek hakkı ile güvence altına alınmaktadır. Bu halde, ipotek alacaklılarının menfaat durumları birbirine benzer olduğundan TMK m. 835/I hükmü kıyasen uygulanarak bakım alacağı devam ettiği sürece bu ipotegün kurulabilmesi lazımdır. Bu sebeple, TBK m. 613'te satıcının ipotek hakkına yapılan atfın TMK m. 894 hükmünü kapsamayacak şekilde uygulanması hakkaniyete daha uygundur. Bkz. **Çetiner**, s. 250.

⁵⁰ **Çetiner**, s. 250; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1125. Bakım alacaklısının güvence altına almak istediği sermaye değerini belgelemesi gerektiği ve bu hususun tarafların anlaşması veya mahkeme yoluyla olabileceği yönünde bkz. **Aysu Kayacan**, s. 380.

ödeme borcunu ifa etmeyen kat malikleri hakkında özel bir yaptırım öngörülmüştür⁵¹.

Söz konusu hükme göre:

“Kat malikinin borcu bu yolla da alınamazsa, mahkemece tespit edilen borcunu ödemeyen kat malikinin bağımsız bölümü üzerine, varsa yöneticinin yoksa kat maliklerinden birinin yazılı istemiyle bu borç tutarı için, diğer kat malikleri lehine kanuni ipotek hakkı tescil edilir.”

Anılan hüküm incelendiğinde, KMK m. 22/II ile getirilen kanuni ipotek hakkının, tescile tabi bir kanuni ipotek hakkı olduğu görülür⁵². Nitekim diğer kat malikleri lehine getirilen bu kanuni ipotek hakkı, mahkemeden bu yönde bir tespit kararı alınması halinde ancak yönetici veya kat maliklerinden birinin yazılı istemi üzerine tescil edilmekle hüküm ifade eder⁵³.

e. Vakıflar Kanunundan Doğan Kanuni İpotek Hakkı

Hukukumuzda kanuni ipotek hakkının düzenlendiği bir diğer kanun, 5737 sayılı Vakıflar Kanunudur. Anılan kanunda, vakıflar lehine kanuni bir ipotek hakkı öngörülmüştür. Şöyle ki, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun ilga edilmesiyle birlikte hukukumuzda icareteynli ve mukataalı vakıflar tasfiye edilerek bazı taşınmazların vakıflara dönüşü sağlanmış; bu işlem yapılırken de bir taviz bedeli ödenmesi kuralı getirilmiştir.

Taviz bedeli, icareteynli ve mukataalı taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının tasarruf hakkı sahibine geçmesi karşılığında onun ödemesi gereken bedeldir⁵⁴. İşte bu

⁵¹ Kat Mülkiyeti Kanunu'nda yer alan kanuni ipotek hakkıyla ilgili detaylı çalışmalar için bkz. **Kutlu Doğan**, Nurgül: “Kat Maliklerinin Kanuni İpotek Hakkı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2022, S. 2022/1, s. 51-70; **Köprülü**, Bülent / **Kaneti**, Selim: “Kat Mülkiyetinde Ortak Giderlerin Teminatı Olarak Kanuni Rehin Hakkı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı*, Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul, 1973 (*Kat Mülkiyeti*).

⁵² **Hatemi**, s. 152; **Çetiner**, s. 251; **Sirmen**, s. 702; **Nomer/Ergüne**, s. 363; **Ertas**, s. 587.

⁵³ **Çetiner**, s. 251; **Sirmen**, s. 702; Detaylı bilgi ve bu tescili talep hakkının hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. **Kutlu Doğan**, s. 61 vd.; **Köprülü/Kaneti**, Armağan, s. 315 vd.

⁵⁴ Bu kavramlar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Çınar**, Ömer: “Taviz Bedeli ve İcareteynli ve Mukataalı Vakıfların Tasfiyesi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2011, C. 15, S. 1-2;

taviz bedellerinin taksit ile ödenmesinin kararlaştırıldığı hallerde, tapu kayıtlarında, icareteyn ve mukataalı vakıf şerhi bulunan gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde olan ve sonrasında vakfin tasarrufuna dönecek taşınmazlar üzerine birinci derece ve birinci sırada bir ipotek tesis edileceği öngörülmüştür. Söz konusu kanunun m. 19 hükmüne göre: “... *Taksitlendirme halinde, birinci derece ve birinci sırada ipotek konulur.*” Anılan kanun hükmü ile vakıflar lehine tescile tabi kanuni bir ipotek hakkı öngörülmüş olup taviz bedellerinin taksitle ödenmesinin kararlaştırıldığı hallerde bu bedelin güvencesini teşkil etmek üzere tapu sicilinde birinci derece ve birinci sırada bir ipotek kurulması mümkündür⁵⁵.

f. Tersane Sahibinin Kanuni İpotek Hakkı

Hukumumuzda kanuni ipotek hakkına sahip olan bir diğer alacaklılar, tersane sahipleridir. Gerçekten de “*Tersane Sahibinin İpotek Hakkı*” başlığını taşıyan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 1013/I hükmüne göre tersane sahibi, geminin yapımı ve onarımından doğan alacakları için, o yapı veya gemi üzerinde, bir ipoteğinin tescilini isteme hakkına sahiptir.

Tersane sahibinin sahip olduğu bu ipotek hakkı da tescile tabi ipotek haklarından olup aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de (TTK m. 1013/II) bu ipoteğin kurulması

Korkusuz, Refik / Ergün, Ömer: “Hukuksal Boyutları ile Eski ve Yeni Vakıflar Kanunu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2012-2013, C. 12-13.

⁵⁵ *Kaçmaz*, 5737 sayılı kanunda bu ipotek hakkının tescile tabi bir hak olduğu belirtilmiş olmasına rağmen bunun sebebinin belirtilmediğini, ancak bu hakkın tescile tabi olmayan bir kanuni ipotek hakkı olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Zira yazara göre, rehnin en temel amacı alacaklıya güvence sağlamak olduğundan alacaklının tescil mükellefiyetinden kurtulması bu bakımdan daha faydalıdır. Bkz. **Kaçmaz**, s. 2906. *Altay/Eskiocak* da aynı görüştedir. Yazarlar, bu ipotek hakkının tescile tabi olmayan bir ipotek hakkı olduğunu, bunun Yargıtay kararlarında da vurgulandığını ifade etmişlerdir. Bkz. **Altay/Eskiocak**, s. 269. Öte yandan **Çınar** ise Yargıtay kararlarıyla paralel olarak taviz bedelinin bir taşınmaz yükü oluşturduğunu savunmaktadır. (Bkz. **Çınar**, s. 111-114) (Yargıtay’ın icareteynli ve mukataalı taşınmazlardan Vakıflar İdaresi’nin almış olduğu taviz bedellerinin taşınmaz yükü statüsünde olduğuna ilişkin kararlar için bkz. YİBGK: T. 02.04.2004, E. 2003/1, K. 2004/1; YHGK: T. 19.09.1990, E. 1990/1-333, K. 1990/416. (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 24.02.2023*).

hakkında Türk Medeni Kanunu'nun yapı alacaklısı ipoteğini düzenlemiş olduğu 895 ve 897'nci maddeleri uygulanır⁵⁶.

B. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİ KAVRAMI VE TANIMI

1. Yapı Alacaklısı İpoteği Kavramı

Hukukumuzda yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin ilk düzenleme, “*Tescile tâbi kanunî ipotekler*” üst başlığını; “*Hâller*” alt başlığını taşıyan TMK m. 893'te yer alır. Yapı alacaklısı ipoteğinin aynı zamanda kanuni dayanağını da oluşturan TMK m. 893/I-3'e göre, “*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*”, sahip oldukları kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilirler.

Görüldüğü üzere, söz konusu maddede ve kanunda yer alan diğer düzenlemelerde (TMK m. 895-897) “*yapı alacaklısı ipoteği*” kavramı kullanılmamıştır. Bu kavramın ifadesi, öğreti ve uygulamadan doğmuştur. Öte yandan ilgili kurum, öğretide ve uygulamada yapı alacaklısı ipoteği kavramı dışında başka şekillerde de ifade edilmektedir. Bu husus, yapı alacaklısı ipoteğinde bir terim sorununa yol açmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu kurum her ne kadar farklı şekillerde ifade edilse de, kullanılan ifadelerin TMK m. 893 vd. hükümlerinde düzenlenen yapı alacaklısı ipoteğini işaret ettiği kuşkusuzdur.

Öğretide, yapı alacaklısı ipoteği kavramı yerine *inşaatçı ipoteği*⁵⁷ ve *yapı ipoteği*⁵⁸ kavramları da kullanılmaktadır. Yargıtay da bazı kararlarında⁵⁹ *inşaatçı ipoteği*

⁵⁶ Tersane sahibinin kanuni ipotek hakkı hakkında detaylı bir çalışma için bkz. **Yakşı**, Gülşah: “Tersane Sahibinin Kanuni İpotek Hakkı”. İstanbul, 2020. Ayrıca yapı alacaklısı ipoteği ile tersane sahibinin ipotek hakkının karşılaştırmalı olarak incelendiği bir çalışma için bkz. **Atamer**, Kerim: “İnşaatçı İpoteğiyle Karşılaştırmalı Olarak Tersane Sahibinin Kanuni İpotek Hakkı”, *Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı*, Türkiye İş Bankası ile Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. Ankara, 2016.

⁵⁷ Bu kavramı tercih eden yazarlara örnek olarak bkz. **Can**, Mertol: “Yeni Medeni Kanun'un İnşaatçı (Yapı) İpoteği hakkındaki Hükümleri ile İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapılıp Yapılmadığı Meselesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk*

kavramını tercih etmekte; bazılarında ise⁶⁰ *yapı ipoteği* kavramını kullanmaktadır. Kanaatimize göre, her iki kavram da yapı alacaklısı ipoteği kurumunu karşılamaya tek başına yeterli değildir.

İnşaatçı, güncel Türkçe sözlükte “*yapı işlerini yöneten teknik görevli*” ve “*yapı ustası*” anlamlarına gelmektedir⁶¹. Bu sebeple “*inşaatçı ipoteği*” kavramından, yapı işlerini yöneten teknik görevlilerin ve yapı ustalarının sahip olduğu ipotek hakkı anlaşılmaktadır. Bu ifadeler, TMK’da düzenlendiği şekliyle yapı alacaklısı ipoteğinde alacaklı olanların kimler olduğunu belirtme noktasında eksiktir. İlk olarak, “*inşaatçı*” ifadesinden anlaşılması gereken “*yapı işlerini yöneten teknik görevli*” ise, bu teknik görevliler yükleniciye bağımlı olarak çalışan mimarlar ve inşaat mühendisleri olabileceği gibi ustabaşı gibi başka bir personel de olabilir. Eğer “*inşaatçı*” ifadesi “*yapı ustası*” kavramını işaret ediyorsa, yapı ustaları, yükleniciye bir hizmet sözleşmesiyle bağlı işçiler olabileceği gibi yükleniciden bağımsız olarak çalışan kişiler de olabilir. Mimar ve mühendislerin TMK m. 893 kapsamında yapı alacaklısı olup olmadıkları

Fakültesi Dergisi, Y. 2004, C. 8, S. 2; **Delipınar**, Yusuf Can: “İnşaatçı İpoteğinde Aynı İş İçin Birden Fazla Ödeme Yapılması Sorunu ve Bazı Çözüm Önerileri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2021, C. 34, S. 154, s. 155-171; **Duman**, İlker Hasan: “İnşaatçı İpoteği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2014, C. 9, S. 100, s. 189-200; ; **Akın**, Levent: “İnşaatçı İpoteği”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1991, S. 5, s. 751-769; **Avcı**, Ali / **Köksal-Oruç**, Buket: “İnşaatçı İpoteği (Yapı Alacaklısı İpoteği)”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Y. 2014, S. 2014/2, s. 93-124, Ankara, 2014; **Akipek-Öcal**, Şebnem: “İnşaatçı (Yapı) İpoteği”, *İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, (Editörler: Emrehan İnal / Başak Baysal), On İki Levha Yayıncılık, s. 31-44, İstanbul, 2017; **Tekinay**, s. 81 vd.; **Ertaş**, s. 587 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1126; **Velidedeoğlu/Esmer**, s. 226. Bazı yazarlar ise kavramın ifadesini bu haktan yararlanan kişileri zikretmek suretiyle yapmıştır. Bkz. **Süral**, Nurhan: “Müteahhit ve İşçilerin Yasal İpotek Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1980, S. 6, s. 690-703; **Kaçaran**, Hümeysra: “Yapı Alacaklılarının Kanuni İpotek Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 1363-1398; **İslamoğlu**, Hümeysra: “Yapı Alacaklılarının Kanuni İpotek Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2009.

⁵⁸ Bu kavramı tercih eden yazarlara örnek olarak bkz. **Yenice-Ceylan**, Özge: “Yapı İpoteği”, Ankara, 2022; **Akcan**, Cansın: “Yapı İpoteği”, (Ankara Barosu Dergisi, Y. 2018, C. 76, S. 2, s. 69-110); **Güleş**, Bedia: “Türk Hukukunda Yapı İpoteği”, Ankara, 2018; **Uyumaz**, Alper: “Yapı (İnşaatçı) İpoteği”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C. XII, S. 1-2, s. 225-258; **Kılıçoğlu**, s. 587; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1051. Ayrıca bkz. **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 165 vd. Yazarlar, aynı eser içerisinde her iki kavramı da birbiri yerine kullanmışlardır. *Altay/Eskiocak* da “*yapı alacağı ipoteği*” kavramını tercih etmiştir. Bkz. **Altay/Eskiocak**, s. 279.

⁵⁹ Y. 14. HD: T. 04.02.2021; E. 2020/2846, K. 2021/612; Y. 15. HD: T. 04.10.2018, E. 2018/2855, K. 2018/3585; Y. 15. HD: T. 21.11.2012, E. 2012/4558, K. 2012/7308; Y. 15. HD: T. 11.02.2014, E. 2014/483, K. 2014/844 sayılı kararları. (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*) (E.T: 08.03.2023).

⁶⁰ Örnek olarak bkz. Y. 15. HD: T. 16.06.2021, E. 2020/1844, K. 2021/2753. (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*) (E.T: 08.03.2023).

⁶¹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü (<https://sozluk.gov.tr/>) (E.T: 08.03.2023).

tartışmalıdır; yükleniciye bağlı olarak çalışan işçilerin ise yapı alacaklısı olmadıkları genel olarak kabul edilmektedir. Öte yandan, TMK m. 893 hükmünde bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde emek sarfetmekle birlikte aynı zamanda malzeme veren kişiler de yapı alacaklısı olabilecek kişiler arasında sayılmıştır. “İnşaatçı ipoteği” kavramının kullanılması halinde, bu kişiler de kapsam dışında bırakılmaktadır. Zira inşaata malzeme veren kişiler, sözlük anlamıyla inşaatçı değildir. Dolayısıyla “inşaatçı ipoteği” ifadesi, “yapı alacaklısı” kavramını değiştirmekte ve yapı alacaklılarının belirlenmesinde yetersiz kalmaktadır. Anılan sebeplerle, her ne kadar hukuk literatüründe yerleşmiş görünse de yapı alacaklısı ipoteğini ifade ederken inşaatçı ipoteği kavramı tercih edilmemelidir.

“Yapı ipoteği” kavramı da yapı alacaklısı ipoteği kavramını tam olarak karşılamaz. Zira “yapı ipoteği” kavramı, TMK m. 893 anlamında yapı alacaklılarının sahip olduğu kanuni ipotek hakkından ziyade herhangi bir yapı üzerinde kurulmuş herhangi bir ipoteği çağrıştırmaktadır. Örneğin yapı üzerinde kurulan sözleşmesel bir ipoteğin varlığı halinde, bu ipoteğin de bir yapı alacaklısı ipoteği olduğu sonucuna varılma riski vardır. Ayrıca “yapı ipoteği” kavramından TMK m. 893’te yapı alacaklısı ipoteği dışındaki diğer kanuni ipotek haklarının anlaşılması ihtimali de gündeme gelebilir. Keza TMK m. 893’te zikredilen diğer kanuni ipotekler de yapı niteliğinde olan taşınmazlar üzerinde kurulabilir. Tüm bu hallerde, gerçekten de ortada bir yapı ve tesis edilmiş bir ipotek hakkı vardır. Oysaki yapı alacaklısı ipoteği, yapı üzerinde kurulan her tür ipoteği değil; yalnızca bu yapı sebebiyle alacaklı olanların sahip olduğu kanuni ipotek hakkını ifade eder. Bu sebeple, yapı ipoteği kavramı da kurumun ifade edilmesinde isabetsizdir.

Kanaatimize göre, TMK m. 893/I-3 hükmünde düzenlenen kanuni ipotek hakkını ifade eden en isabetli kavram, yapı alacaklısı ipoteğidir. Nitekim öğretilerde en

çok tercih edilen kavram da budur⁶². Zira anılan hüküm, yapı alacaklılarının sahip olduğu kanuni ipotek hakkını düzenlemektedir. Madde hükmünde, açıkça bir emek veya malzeme ile birlikte emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yükleniciler veya zanaatkârlardan söz edilmiştir. Yani bu ipoteğin varlığı kanun koyucu tarafından özel bir alacağın varlığına bağlanmıştır. Bu alacak da, yapının inşasına emek veya malzeme ile birlikte emek verilmesi sebebiyle sahip olunan yapı alacağıdır. Özetle, bu ipotek hakkını haiz olan kişilerin o yapının inşası sebebiyle alacaklı olmaları; yani yapı alacaklısı sıfatını haiz olmaları gerekir. Bu sebeple, söz konusu kanuni ipotek, yapı alacaklılarının sahip olduğu ipotek hakkı olan yapı alacaklısı ipoteği kavramıyla ifade edilmelidir.

⁶² Bkz. **Demir**, Remzi: “Yapı Alacaklısı İpoteği”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2019, C. XIV, S. 2, s. 493-524; **Çabri**, Sezer: “Yapı Alacaklısı İpoteğinin Önceliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, Y. 2017, C. 19, S. Özel Sayı-2017, s. 377-413; **Oğuz**, Cemal: “Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, Y. 2009, S. 1-2, s. 61-76; **Oral**, Tuğçe: “Türk-İsviçre Hukukunda Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2019, C. 68, S. 3, s. 665-706; **Sağlık**, Fatih: “Yapı Alacaklısı İpoteği”, s. 233-256, (İnşaat Hukuku, *Editör: Vehbi Umut Erkan*), Ankara, 2021; **Ünver**, Eralp: “Yapı Alacaklısı İpoteği”, (İpotek ile İlgili Makaleler, *Yayına Hazırlayanlar: Saibe Oktay-Özdemir, Batuhan Akkuş*), s. 317-374, İstanbul 2021; **Bıçakçı**, Levent: “Yapı Alacaklısı İpoteği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Y. 1981, C. 45, S. 1/4, s. 537-568; **Kurt**, Fatma: “Yapı Alacaklısının Kanuni İpotek Hakkı (Mehaz Kanundaki Gelişmeler)”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Y. 2011, C. 7, S. 87-88, s. 202-246; **İnce-Akman**, Nurten: “Yapı Alacaklısı İpoteği”, *Gayrimenkul Davaları*, Cilt: 1, s. 1091-1178. (*Editörler: Havutçu, Ayşe / Akıncı, Müslüm / Dinç, Mutlu*), Ankara, 2019); **Kalm**, Fatih Reşat: “Yapı Alacaklısı İpoteğinde Öncelik Hakkı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2019; **Ayan**, s. 266; **Sirmen**, s. 704; **Nomer/Ergüne**, s. 369; **Coşkun/Kayaaltı**, s. 283; **Esener/Güven**, s. 984. Öğretide bazı yazarlar, her üç ifadeyi de kullanmamış; kavramı bir bütün olarak ifade etmeyi tercih etmişlerdir. Bkz. **Sümer**, Binnur: “Müteahhit ve Diğer Çalışanların Kanuni İpotek Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1995, Prof. Dr. Halil CİN’e Selçuk Üniversitesi’nde 10. Yıl Hizmet Armağanı, s. 601-615; **Göka**, Emir: “Yapı Alacaklısı İpoteğinin Tescilinde Karşılaşılan Bazı Sorunlar”, s. 453-503. *Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu* (Editörler: Orhan, Uğur / Göka, Emir / Göztepe, Ece), İstanbul, 2020. Yargıtay da bazı kararlarında yapı alacaklısı ipoteği kavramını kullanmıştır. Örneğin bkz. Y. 15. HD: T. 21.04.2016, E. 2015/5673, K. 2016/2437. Ayrıca Yargıtay’ın bazı kararlarında karışıklığa mahal verecek şekilde kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin hakkını teminat altına almak için devrettiği paylar üzerinde kurduğu ipoteği “inşaat teminat ipoteği” olarak adlandırdığı görülmektedir. Bkz. YHGK: E. 1995/1-15, K. 1995/70, T. 15.12.1995; Y. 14. HD: E. 1988/7326, K. 1989/283, T. 12.01.1989. (*Kazancı İctihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2023*).

2. Yapı Alacaklısı İpoteği Tanımı

Yapı alacaklısı ipoteğinin tanımı kanunda yapılmamıştır. Bu sebeple yapı alacaklısı ipoteği, öğretide çeşitli şekillerde tanımlanmıştır.

Reisoğlu'na göre yapı alacaklısı ipoteği, bir gayrimenkul üzerindeki inşaat yahut ameliyatta malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış olmaları hasebiyle malik veyahut müteahhit zimmetinde tahakkuk eden alacakları için o gayrimenkul üzerinde bu müteahhit ve işçiler lehine tanınan ipotek hakkıdır⁶³.

Sirmen'e göre yapı alacaklısı ipoteği, Medeni Kanun'da emeği ve malzemesiyle taşınmazda değer artışı yaratan yapı alacaklılarına, bu faaliyetlerinin karşılığı olan yapı alacaklarını teminat altına almak için taşınmaz üzerinde ipotek kurdurma yetkisi tanıyan özel bir korumadır⁶⁴.

Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, yapı alacaklısı ipoteğini emeği ile veya emek ve malzemesiyle taşınmazda bir değer artışı yaratan kişilerin sahip olduğu yapı alacaklarını teminat altına almak amacıyla o taşınmaz üzerinde ve o kişiler lehine kanunen tanınan bir ipotek hakkı olarak tanımlamıştır⁶⁵.

Esener/Güven'e göre yapı alacaklısı ipoteği, bir taşınmaz üzerinde yapılan inşaat veya sair işlerde malzeme vermek suretiyle veya bedenen çalışıp malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkârlar lehine doğan alacakları teminen o taşınmaz üzerinde doğan kanuni rehin hakkıdır⁶⁶.

Nomer/Ergüne, yapı alacaklısı ipoteğini bir taşınmaz üzerinde bir yapının inşasında veya diğer işlerde (tamir, tadilat, restorasyon, yıkım vb.) malzeme vererek

⁶³ **Reisoğlu**, s. 2.

⁶⁴ **Sirmen**, s. 704.

⁶⁵ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1126.

⁶⁶ **Esener/Güven**, s. 984.

veya vermeden emek sarf edenlere, bu işten olan alacakları için tanınan ipotek hakkı olarak tanımlamıştır⁶⁷.

Kılıçoğlu'na göre yapı alacaklısı ipoteği, taşınmazda yapı yapan yüklenici veya diğer işleri yapan zanaatkârlara tanınan ve emeğiyle veya hem emek hem de malzeme ya da ekipmanıyla taşınmazda bir değer artışı yaratmış olmaları sebebiyle yaptıkları bu işlerin karşılığını (ücretini) tahsil edememe tehlikesine karşı kendilerine tanınan bir ipotek hakkıdır⁶⁸.

Öğretide yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin yapılan tanımlar birbirine benzer olmakla birlikte⁶⁹ kanaatimize göre yapı alacaklısı ipoteği, bir yapının meydana getirilmesinde, tamir veya tadilinde yahut yıkımında emek harcayarak veya hem emek harcayıp hem malzeme vererek o taşınmazdaki yapı faaliyetine katılan alt yükleniciler veya zanaatkârların malik veya yükleniciden bu sebeple sahip oldukları alacak haklarını teminat altına alan kanuni ipotek hakkıdır.

III. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN BENZER HUKUKİ KURUMLARDAN FARKI

A. Sözleşmeden Doğan İpotek Haklarından Farkı

Hukukumuzda taşınmaz rehni üç türde tesis edilebilir. Zira “*taşınmaz rehninin türleri*” kenar başlığını taşıyan TMK m. 850 hükmü: “*Taşınmaz rehni, ancak ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde kurulabilir*” şeklindedir. Böylelikle taşınmaz rehinlerinde sınırlı sayı prensibini benimseyen kanun koyucu, bu üç tür dışında taşınmaz rehni kurulmasını yasaklamıştır⁷⁰.

⁶⁷ Nomer/Ergüne, s. 360.

⁶⁸ Kılıçoğlu, s. 585.

⁶⁹ Tekinay, s. 80; Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın, s. 165; Ünver, s. 321; Ayan, s. 266; Ertas, s. 589; Çetiner, s. 251-252.

⁷⁰ Çetiner, s. 97; Helvacı, s. 3; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1030; Kaçak, s. 40; Altay/Eskiocak, s. 7. Kanunda her ne kadar üç tür rehinden söz edilse de ülkemizde en yaygın olan taşınmaz rehni türü, ipotektir. Öte yandan İsviçre’de 2009 yılında yapılan bir değişiklik ile (18.11.2009,

Taşınmaz rehninin en yaygın görünüm biçimi olan ipotek, kanun sistematüğinde iradi (sözleşmeden doğan, sözleşmesel) ipotek ve kanuni ipotek olarak ikiye ayrılmaktadır. Kanuni ipotekler, yukarıda da ifade edildiğı üzere kaynağını doğrudan kanunun kendisinden almakta; alacaklının ipotek hakkı, borçlu ile herhangi bir sözleşmesel ilişki kurulmasına ihtiyaç duyulmadan bizatihi kanundan doğmaktadır. Hatta tescile tabi olmayan kanuni ipotek haklarında, bu hakkın tapu kütüğüne tesciline dahi ihtiyaç yoktur. Oysaki sözleşmeden doğan ipotek hakkında, bu hakkın doğumu için taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki gerektiğinden bu hakkın kaynağını taşınmaz maliki ile alacaklı arasında yapılan ipotek sözleşmesi oluşturur ve hakkın doğumu için tapu kütüğüne tescil edilmesi şarttır⁷¹.

Sözleşmeden doğan ipotek hakkı da taşınmazın değerine yönelik bir sınırlı ayni hak olup diğer sınırlı ayni haklar gibi herkese karşı ileri sürülebilir niteliktedir. Ayrıca sözleşmeden doğan ipotek hakkı da alacağına bağlı (fer'i) bir haktır ve tapu kütüğüne tescil edildiğı andan itibaren teminat altına aldığı alacak bakımından zamanaşımının işlemlerini engeller.

Yapı alacaklısı ipoteğı de tescile tabi kanuni bir ipotek hakkı olarak aynı sözleşmeden doğan ipotek hakkı gibi tapu kütüğüne tescili gerekli haklardandır. Bu hakkın da tapu kütüğüne tescil edilmesiyle birlikte bir sınırlı ayni hak olarak herkese karşı ileri sürülebilir ve alacağına ilişkin zamanaşımı kesilir⁷². Ancak sözleşmeden doğan ipotek hakkından farklı olarak yapı alacaklısı ipoteğinde tescili isteme hakkının kaynağı doğrudan kanunun kendisi olduğundan yapı alacaklısı ipoteğinin doğumu için taraflar

RO: 4637) 1 Ocak 2012 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere irat senedi kanundan çıkarılarak uygulanmasına son verilmiştir.

⁷¹ İpotek hakkının kuruluşunu sağlayan tasarruf işleminin hukuki sebebi, kural olarak ipotek sözleşmesidir. TMK m. 856/II hükmünde bu sözleşme, “*taşınmaz rehninin kurulmasına ilişkin sözleşme*” olarak ifade edilmiştir. Her ne kadar ipotek en yaygın olarak sözleşme ilişkisi ile kurulsun da ipotek hakkı mutlaka bir sözleşme ile kurulmak zorunda olmayıp tek taraflı bir işlem ile (örneğin vasiyetname) de kurulabilir. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1050; **Acar**, Faruk: “Rehin Hukuku Dersleri”, s. 215. İstanbul, 2017; **Helvacı**, s. 4. Bu vasiyetnamenin resmi şekilde yapılması gerektiğine ilişkin bkz. **Çetiner**, s. 114.

⁷² **Schumacher**, Rainer / **Rey**, Pascal: “Das Bauhandwerkerpfandrecht: System und Anwendung”, N. 12. IV. Auflage, Genf, 2022.

arasında herhangi bir rehin sözleşmesine gerek yoktur. Zira bu ipoteğin tescilini isteme hakkı, onu doğuran olayın gerçekleşmesiyle birlikte kanun gereği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

İpotekle teminat altına alınan alacağın kaynağı, sözleşmeden doğan ipotek hakkı bakımından önemli olmayıp ipotekle teminat altına alınan alacağın mutlaka bir para alacağı olması da şart değildir⁷³. Dolayısıyla temel borç ilişkisinin geçerli olması koşuluyla para borçları dışındaki verme, yapma veya yapmama borçlarından doğan her türlü alacak da ipotek ile teminat altına alınabilir⁷⁴. Ayrıca sözleşmeden doğan ipotek hakkında tarafların sıfatı önemli değildir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca herkes bu sözleşmede alacaklı konumunda olabileceği gibi ipotek tesis eden malik borçtan şahsen sorumlu olmasa dahi (TMK m. 881/II) ipotek sözleşmesi yapılabilir⁷⁵. Oysaki yapı alacaklısı ipoteği, ancak yapı alacaklılarına tanınmış bir hak ve yapı alacaklarına teminat teşkil etmesi için öngörülmüş bir yol olduğundan sözleşmeden doğan ipotek hakkına nazaran özel bir düzenlemedir.

Sözleşmeden doğan ipotek hakkında taşınmaz maliki, sözleşme ile kararlaştırılan bu hakkın tescilini ipoteğin teminat altına aldığı alacağa ilişkin zamanaşımı süresi içerisinde dilediği zaman isteme hakkına sahiptir⁷⁶. Bu süre, kural olarak TBK m. 146

⁷³ **Helvacı**, s. 6-7. Ancak belirtmek gerekir ki, rehinde belirlilik ilkesine göre kural olarak tapuda Türk Lirası olarak gösterilen bir alacak miktarı bulunmak zorundadır.

⁷⁴ Ancak hemen belirtmek gerekir ki, paradan başka bir şey verme, yapma ya da yapmama borçlarında teminat altına alınan husus, bu borçların ifa edilmemesi halinde alacaklının uğrayacağı zararı giderim borcudur. Dolayısıyla bu gibi hallerde ipotekle borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçludan talep edilebilecek olan tazminat alacağı teminat altına alınmış olmaktadır. Bkz. **Helvacı**, s. 7.

⁷⁵ **Helvacı**, s. 111; **Şener**, s. 20; **Kaçak**, s. 220; **Altay/Eskiocak**, s. 116.

⁷⁶ İpotek sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmeyerek tescil talebinde bulunmayan malik (borçlu veya üçüncü şahıs) aleyhinde tescile zorlama davası açılabilir. Tescile zorlama davası, taşınmaz malikinin tescilli talepten kaçınması halinde alacaklı tarafından açılan bir eda davasıdır. Mahkemenin vereceği hükmün niteliği tartışmalı olmakla birlikte öğretilerde yer alan bir görüşe göre bu davalarda TMK m. 716'nın kıyasen uygulanmasını reddetmektedir. Bu görüşü savunan yazarlar, açıklık ilkesinin taşınmaz üzerindeki aynı hakların kazanılmasını tescile tabi tuttuğu, TMK m. 716'nın ise bunun bir istisnası olduğu görüşündedir. Öte yandan taşınmaz rehininde, irtifak haklarında ve taşınmaz yükünden farklı olarak taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin hükümlere (TMK m. 705-716) atıf yoktur. Böyle bir atıf olmadığından kanun boşluğundan söz edilerek bir istisna hükmünün uygulanmasına imkân yoktur. Bu sebeple, TMK m. 716'nın kıyasen uygulanarak mahkemenin vereceği hükmün yenilik doğuran bir hüküm olması da mümkün olmayıp mahkeme, taşınmaz malikini ancak tescile muvafakat beyanında bulunmaya mahkûm edebilir. Böylece hüküm, yalnız tescilin yapılması hususunda bir hak verir, yoksa taşınmaz

hükmü uyarınca on yıl olup ipotek hakkının TBK m. 147 hükmünde belirtilen alacaklara yönelik teminat olarak kurulması halinde ipotek hakkının fer'ilik niteliği uyarınca beş yıldır. Ancak TMK m. 895 hükmü ile yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin talep edilmesine yönelik kanunda üç aylık hak düşürücü bir süre öngörülmüştür. Hükmü göre, tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması gerekir, aksi takdirde yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep etmek mümkün değildir.

B. Diğer Kanuni İpotek Haklarından Farkı

Yapı alacaklısı ipoteği, TMK m. 893 hükmü uyarınca tescile tabi olan kanuni ipoteklerdendir. Bu yönüyle, TMK m. 892 hükmünde belirtilen genel kuralın aksine, tescile tabi olmayan kanuni ipotek haklarından ayrılır. Tescile tabi olmayan kanuni ipotekler, tapu siciline tescile gerek olmaksızın kanunun düzenlemesi uyarınca kanunda belirtilen olayın gerçekleşmesiyle kendiliğinden doğar. Ancak tescile tabi kanuni ipoteklerden olan yapı alacaklısı ipoteğinin kurulması ile hüküm ve sonuçlarını doğurması, TMK m. 893/I-3 lafzı uyarınca bu hakkın tapu kütüğüne tescil edilmesine bağlıdır.

Kanun koyucunun özel düzenlemeleri karşısında yapı alacaklısı ipoteği, diğer tescile tabi kanuni ipoteklerden de ayrılmaktadır. Nitekim TMK m. 896 hükmünde, diğer tescile tabi kanuni ipoteklerden farklı olarak zanaatkârlar ve yüklenicilerin yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin haklarının değişik tarihlerde tescil edilmiş olsalar bile, ipotekten yararlanma bakımından kendi aralarında aynı sırada sayılacakları hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, TMK m. 893'te zikredilen satıcıların, mirasçılarının veya diğer elbirliği ortaklarının sahip oldukları kanuni ipotek haklarının birbirlerine ve diğer ipotek haklarına göre önceliği, tescil edildikleri tarihe göre tespit edilirken yapı

rehnini kurmuş olmaz. Rehinli alacaklı bu hükümle yalnızca tescili yaptırma yetkisine sahip olmuş olur. Bu husustaki tartışmalar ve detaylı bilgi için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1051 vd.; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 983; **Helvacı**, s. 126; **Çetiner**, s. 188; **Acar**, s. 218.

alacaklısı olanların kanuni ipotek hakları, değişik tarihlerde tescil edilmiş olsalar dahi (birbiriyle öncelik-sonralık ilişkisi içerisinde olmadan) aynı sırada sayılmışlardır. Ayrıca yapı alacaklısı ipoteğinin önceliğini düzenleyen TMK m. 897 hükmüne göre de yapı alacaklısı ipoteğinden doğan alacağa diğer rehinli alacaklar nezdinde bir imtiyaz tanınmış, kanun koyucu tarafından yapı alacaklıların tatmin edilmesinin diğer alacaklılara nazaran öncelikli olduğu ifade edilmiştir. Bu sayede yapı alacaklısı ipoteği, diğer kanuni ipoteklerde bulunmayan eşit sıra ve öncelik özelliklerine kavuşturularak diğer kanuni ipoteklerden ayrı tutulmuştur.

Son olarak, yapı alacaklısı ipoteğinin tapuya tescil edilebilmesi için TMK m. 895 hükmüne göre yapı alacağının taşınmaz maliki tarafından kabul edilmiş olması ya da bu yönde bir mahkeme kararı alınmış olması gereklidir. İpoteğin tescilinin bu şekilde bir şarta bağlı tutulması, yapı alacaklısı ipoteğini diğer kanuni ipoteklerden ayırmaktadır⁷⁷.

IV. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

A. İsviçre Hukukunda

Yapı alacaklısı ipoteği, İsviçre Medeni Kanunu (İMK) m. 837-841 hükümleri arasında düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin bu hükümler büyük ölçüde TMK hükümleri ile örtüşse de bazı noktalarda farklılıklar da içermektedir.

Bu farklılardan ilki, İMK m. 837 ve TMK m. 893 hükümleri lafzı arasındadır. Yapı alacaklısı ipoteğini düzenleyen İMK m. 837/1-3 hükmünde, TMK m. 893/I-3 hükmünden farklı olarak ipoteğin konusu ifade edilirken “*yapı veya diğer işler*” (*zu Bauten oder anderen Werken*) ifadesinde yer alan diğer işler, örnekleme yoluyla

⁷⁷ Yenice-Ceylan, s. 133; Oral, s. 692.

sayılmış; binanın yıkılması (*Abbrucharbeiten*), iskele kurulması (*Gerüstbau*), maden kuyusu güçlendirmesi (*Baugrubensicherung*) işleri belirtilmiştir⁷⁸. Oysaki TMK m. 893 hükmünde “*yapı ve diğer işler*” şeklinde genel bir ifade ile yetinilmiş, diğer işler hususunda herhangi bir örnek zikredilmemiştir. Türk Medeni Kanunu m. 893 hükmünde yer alan “*diğer işler*” ifadesinin İMK’de zikredilen bu işleri de kapsadığı açık olmakla birlikte bu durum iki kanun arasında lafzi veya sistematik bir farklılık olarak görülebilir.

İkinci olarak İMK m. 837/2 hükmünde yapı alacaklılarının, yalnızca malikten veya yükleniciden olan alacakları için değil; kiracı (*Mieter*), hasılat kiracısı (*Pächter*) ve taşınmazda hak sahibi olan diğer kişilerden (örneğin irtifak hakkı sahipleri) olan alacakları için de bu hakkın tescilini isteyebilecekleri hüküm altına alınmıştır⁷⁹. Bu düzenleme, Türk hukukunda yer almamakla birlikte İsviçre Medeni Kanunu’nda da 01.01.2012 yürürlük tarihli revizyon sonrasındaki değişikliklerle hükme bağlanmıştır⁸⁰. Anılan İMK m. 837/2 hükmü: “*Kiracı, hasılat kiracısı veya taşınmazda hak sahibi olan diğer kişilerin, zanaatkâr veya yüklenici taleplerinden dolayı sorumlu olması, taşınmaz malikinın yapılan işin yürütülmesine rıza göstermek suretiyle katılmasıyla mümkündür*” şeklindedir⁸¹. Söz konusu düzenleme, taşınmaz üzerindeki yapı işlerinin malikin bilgisi dâhilinde yapılıp yapılmadığı yönünde çıkabilecek sorunları bertaraf etme bakımından isabetlidir. Zira kiracı veya sınırlı bir ayni hak sahibinin yaptırdığı bir işten dolayı yüklenicinin kanundan doğan bir ipotek hakkına sahip olması ve tescil talebinde

⁷⁸ **Thurnherr**, Christopher: “Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II”, ZGB Art. 839-840, N. 5. 7. Auflage, (Herausgeber: **Geiser**, Thomas / **Wolf**, Stephan), Basel, 2023; **Frey**, ZGB Art. 837, N. 16; **Schmid/Hürliemann-Kaup**, N. 1707a; **Schumacher/Rey**, N. 285.

⁷⁹ **Schmid/Hürliemann-Kaup**, N. 1703; **Frey**, ZGB Art. 837, N. 24; **Schumacher/Rey**, N. 45; **Thurnherr**, ZGB Art. 839-840, N. 7

⁸⁰ **Güven**, Kudret: “İsviçre Medeni Kanunu’ndaki Son Gelişmeler”, s. 1151-1152. Ankara, 2024. Değişiklikler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Schumacher/Rey**, N. 34 vd.

⁸¹ İlgili maddenin orijinal Almanca metni şöyledir: “*Ist ein Mieter, ein Pächter oder eine andere am Grundstück berechtigte Person Schuldner von Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, so besteht der Anspruch nur, wenn der Grundeigentümer seine Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat*”.

bulunması halinde taşınmaz maliki ile aralarındaki menfaat dengesinin TMK m. 2 hükmü ile bağdaşmayacak ölçüde bozulmuş olacağı açıktır⁸².

İsviçre kanun koyucusu tarafından 2012 tarihinde yapılan değişiklikler ile İMK m. 839 hükmü de son üç fıkrası ile kendisiyle aynı konuyu düzenleyen TMK m. 895 hükmünden farklılaştırılmıştır⁸³. İlk olarak, TMK m. 895/II'ye göre tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması gerekirken İMK m. 839/2, bu süreyi dört ay olarak belirlemiştir⁸⁴.

Öte yandan İMK m. 839/4 hükmü ile idareye ait mallar üzerinde inşaatçı ipoteği kurulamayacağı öngörülmüş, bu durumda yüklenici ve zanaatkârların kanuni teminat hakkı yine de korunarak ipotek olmasa dahi bu kimseler lehine adi kefalete ilişkin hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir⁸⁵. Bu hüküm, yüklenici ile idare arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmamış olması halinde uygulanmaktadır⁸⁶. Eğer taşınmazın idareye ait olup olmadığı konusunda herhangi bir çekince varsa yüklenici ve zanaatkârlar, işin bitiminden itibaren dört ay içinde taşınmaz üzerinde bir ipotek hakkının geçici olarak tescilini talep edebilirler (İMK m. 893/3). Yapı faaliyetinin gerçekleştirildiği taşınmazın kamu malı olması halinde teminatın durumunu düzenleyen bu hükümler, Türk Medeni Kanunu'nda yer almamaktadır.

B. Alman Hukukunda

Alman hukukunda yapı alacaklısı ipoteği, “*Yüklenicinin Teminat İpoteği*” (*Sicherungshypothek des Bauunternehmers*) başlığı altında BGB §650e hükmünde

⁸² **Güven**, s. 1158.

⁸³ İsviçre hukukunda 2012 yılında yapılan değişikliklerin yapı alacaklısı ipoteğine yansımaları ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Kerman**, Evrim: “L’hypothèque Légale des Artisans et Entrepreneurs et l’évolution Législative du Code Civil Suisse du 1^{er} Janvier 2012”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (*Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*), Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 1679-1715.

⁸⁴ **Frey**, ZGB Art. 838, N. 1; **Schmid/Hürlimann-Kaup**, N. 1756; **Schumacher/Rey**, N. 46.

⁸⁵ **Schmid/Hürlimann-Kaup**, N. 1723-1724; **Schumacher/Rey**, N. 47; **Frey**, ZGB Art. 839, N. 11; **Thurnherr**, ZGB Art. 839-840, N. 8

⁸⁶ **Frey**, ZGB Art. 839, N. 11; **Schumacher/Rey**, N. 47; **Güven**, s. 1163; **Thurnherr**, ZGB Art. 839-840, N. 8; **Schmid/Hürlimann-Kaup**, N. 1724b vd. Basel Kanton Mahkemesi tarafından bu hususta verilen bir karar ve bu kararın eleştirisi için ayrıca bkz. *Aktuelle Juristische Praxis: Entscheidungsbesprechungen*, 7/2000, s. 892 ff. (*Bemerkungen von PD Dr. iur. Paul Eitel*). (www.legalis.ch, E.T. 12.02.2023).

düzenlenmiştir. İlgili hüküm, “Yüklenici, sözleşmeden doğan alacakları için alıcının şantiyesi üzerinde teminat ipoteği verilmesini talep edebilir. İş henüz tamamlanmamışsa, yüklenici, yapılan işe karşılık gelen ücretin bir kısmı ve ücrete dahil olmayan masraflar için teminat ipoteği verilmesini talep edebilir” şeklindedir⁸⁷. Anılan maddeye göre yüklenici, sözleşmeden doğan alacağı için iş sahibinin şantiye alanı (taşınmazı) (*Baugrundstück*) üzerinde kendisi lehine teminat ipoteği kurulmasını talep edebilir.

Ancak Alman hukukunda Türk-İsviçre ve hatta Avusturya hukukundan⁸⁸ farklı olarak bu hüküm ile yapı alacaklısı sıfatına sahip olabilecek kişiler sınırlıdır. Gerçekten de, BGB’deki düzenlemede (§650e) yalnızca yüklenici zikredildiğinden, Alman hukukunda alt yükleniciler yapı alacaklısı olamazlar⁸⁹. Oysaki Türk-İsviçre ve Avusturya hukuklarında, alt yükleniciler yapı alacaklısı sıfatını haiz olabilirler.

V. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN KONUSU

A. Genel Olarak

Yapı alacaklısı ipoteğinin konusu, iki farklı anlamda kullanılabilir.

İlk olarak yapı alacaklısı ipoteğinin konusu, bu ipoteğin hangi alacakların güvencesini oluşturduğunu ifade eder. Yapı alacaklısı ipoteği, bir yapının meydana getirilmesinde, tamir veya tadilinde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenicilerin veya zanaatkârların

⁸⁷ Madde hükmünün Almanca metni: “Der Unternehmer kann für seine Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer Sicherheitshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherheitshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.” şeklindedir.

⁸⁸ Avusturya hukukunda da alt yüklenicilerin yapı alacaklısı olabilmeleri mümkündür. Bkz. **Kletecka**, Andreas / **Schauer**, Martin, ABGB-ON, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Art. 1170b, Rn. 10. (autor: **Hörker**, Denise), Wien, 2010.

⁸⁹ **Henssler**, Martin / **Busche**, Jan: “Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5/1, Schuldrecht – Besonderer Teil III/1. Art 650e Rn. 11, 7. Auflage, München, 2018.

alacaklarını teminat altına alma amacını taşır. Bu bakımdan yapı alacaklısı ipoteğinin konusu, yapı alacağıdır.

İkinci olarak ise yapı alacaklısı ipoteğinin konusu, bu ipoteğin hangi tür taşınmazlar üzerinde kurulabileceğiyle ilgili bir meseledir. Diğer bir ifadeyle yapı alacaklısı ipoteğinin konusunu, yapı faaliyetinin üzerinde yürütüldüğü taşınmaz oluşturur. Bu anlamda, üzerinde yapı alacaklısı ipoteği kurulabilen taşınmazlar yapı alacaklısı ipoteğinin konusunu teşkil ederken üzerinde bu tür ipotek kurulamayan taşınmazlar söz konusu ipotek hakkının konusunu oluşturmazlar.

Yapı ve yapı alacağı kavramı ileride detaylı olarak inceleneceğinden çalışmamızın bu bölümünde, yapı alacaklısı ipoteğinin konusu kavramı ikinci anlamıyla kullanılarak bu tür ipoteklerin hangi taşınmazlar üzerinde kurulabileceği üzerinde durulacaktır.

B. Yapı Alacaklısı İpoteğinin Konusunu Oluşturabilen Taşınmazlar

1. Genel Olarak Taşınmaz Kavramı

Taşınmaz kavramı Türk Medeni Kanunu'nda tanımlanmış değildir. Ancak TMK m. 704 hükmünde taşınmaz mülkiyetinin konusuna nelerin girdiği belirtilmiştir. Hükümde taşınmaz eşya niteliğini haiz arazi ve bağımsız bölümlerin taşınmaz mülkiyetinin konusuna gireceği düzenlenmiştir. Öte yandan, eşya niteliğini taşımasa da tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bazı hakların da taşınmaz mülkiyetinin konusuna girdiği belirtilmiştir. Fakat bunun için bu hakların bağımsız ve sürekli nitelikte olması gerekir. Hükümde yapılan sayma, sınırlı (tahdidi) bir sayma niteliğinde olup hukukumuzda başka bir taşınmaz türü mevcut değildir⁹⁰.

⁹⁰ Nomer/Ergüne, s. 93; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 182; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 470; Öte yandan, mülga Medeni Kanun m. 911 ve m. 632'de taşınmaz olarak belirtilen madenler, 4721 sayılı TMK'nın bu maddeleri karşılayan m. 998 ve m. 704 kapsamında çıkarılmış olup madenler, 04.06.1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunu'na tabidir. Petrol kaynakları da aynı şekilde 6491 sayılı Petrol

Taşınmaz rehni, TMK m. 853 hükmü uyarınca yalnızca tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde kurulabilen bir haktır. Dolayısıyla taşınır eşyalar ve alacak hakları ile tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar, taşınmaz rehninin özel bir türü olan ipoteğin konusunu oluşturamaz⁹¹. Bu bakımdan kanuni bir ipotek hakkı olan yapı alacaklısı ipoteği, ancak TMK m. 704'te sayılan ve tapuya kayıtlı olan taşınmazlar üzerinde kurulabilir. Yani alt yükleniciler veya zanaatkârlar tarafından gerçekleştirilen faaliyetler sonucu üzerinde değer artışı yaratılmış ve yapı alacaklısı ipoteğinin konusunu oluşturabilen taşınmazlar, TMK m. 704 hükmünde sayılan taşınmazlardır.

2. Araziler

Arazi, Türk Medeni Kanunu'nda tanımlanmış olmayıp yalnızca TMK m. 704 hükmünde arazinin taşınmaz mülkiyetinin konusuna girdiği ifade edilmiştir. Buna karşılık Tapu Sicili Tüzüğü m. 9 hükmüne göre: “*Arazi, sınırları hukuki ve geometrik yöntemlerle belirlenen yeryüzü parçasıdır*”. Yapılan bu arazi tanımı, öğretilerde bazı yazarlar tarafından eksik bulunarak eleştirilmiştir. Bu yazarlara göre, arazinin yalnızca bir “*sath*” olarak tanımlanmış olması bir eksiklik olup arazi kavramının hava ve toprağı da kapsayan üç boyutlu bir hacme sahip olduğu gözetilerek daha geniş bir tanım yapılmalıdır⁹².

Kanunu ile ayrıca düzenlenmiş olup TMK kapsamı dışındadır. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 182, dpn. 460.

⁹¹ **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 954; **Oğuz**, s. 69; **Helvacı**, s. 31; **Şener**, s. 93; **Altay/Eskiocak**, s. 46.

⁹² **Tekinay**, Selahattin Sulhi: “Eşya Hukuku”, s. 187. İstanbul, 1978 (*Eşya*); **Tekinay**, Selahattin Sulhi / **Akman**, Sermet / **Burcuoğlu**, Haluk / **Altıp**, Atilla: “Eşya Hukuku”, C. I, s. 245. İstanbul, 1989; **Eren'e göre**, bu tanım araziye yalnızca yatay sınırlarıyla ifade etmekte olup eksiktir. Arazi yatay genişlik dışında belirli bir derinlik ve yüksekliğe, dolayısıyla üç boyutlu bir hacme sahip olduğundan arazinin salt yatay sınırlarıyla tanımlanması eksiklidir. Bkz. **Eren**, Fikret: “Mülkiyet Hukuku”, s. 202. Ankara, 2021 (*Mülkiyet*). Aynı şekilde **Sirmen'e göre de** arazi yatay sınırlar içinde sadece bir yüzey olmayıp yukarı doğru hava ve aşağıya doğru toprak katmanlarını kapsayan üç boyutlu bir hacmi ifade eder ve TMK m. 718/I'deki “*Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar*” şeklindeki hüküm uyarınca ve TMK m. 718/II'ye göre bu üç boyutlu hacim içinde bulunan yapılar, bitkiler ve kaynaklar gibi bütünleyici parçalar da (KMK hükümleri uyarınca bağımsız bölümlere ilişkin istisnalar hariç) toprak ile bir bütün teşkil ederek arazi kavramına girer. Bkz. **Sirmen**, s. 151. Öte yandan bazı yazarlar, TMK m. 718 göz önünde tutulursa arazinin üstünün ve altının arazi tanımının dışında olduğu kanaatinde olup sadece arazi mülkiyetinin faydalı olacak şekilde alt ve üstü kapsadığını savunmaktadır. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 182-183; **Nomer/Ergüne**, s. 123; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 470.

Tüzükte yer alan tanımla, sınırları hukuki ve geometrik yöntemlerle belirlenen yeryüzü parçası olan arazi, yapı alacaklısı ipoteğinin konusunu oluşturabilen taşınmaz eşyalardan biridir. Yapı alacaklısı ipoteğinin kurulması bakımından yapı faaliyeti nedeniyle üzerinde katma değer yaratılan arazinin hangi arazi olduğunun bilinmesi gerekli ve yeterli olup bunun tayini de genellikle güçlük yaratmaz⁹³. Ancak yapı alacaklısı ipoteği ile arazinin değerinde yaratılan fazlanın bu ipotek vasıtasıyla aynı teminata kavuşturulması amaçlandığından, yapı faaliyetinin yürütülmediği bir taşınmaz üzerinde yapı alacaklısı ipoteğinin kurulması da mümkün değildir⁹⁴.

3. Tapu Kütüğünde Ayrı Sayfaya Kaydedilen Bağımsız ve Sürekli Haklar

Türk Medeni Kanunu m. 704/II hükmüne göre, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturabilir.

Bağımsız ve sürekli haklardan anlaşılması gereken, süresiz veya en az otuz yıl süreyle kurulmuş bulunan, devredilebilen, mirasçılara intikali mümkün olan ve tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydedilmiş irtifak haklarıdır⁹⁵. Bu sebeple, devredilebilen ve mirasçılara intikal edebilen şahsi bir irtifak hakkı söz konusu ise, bu hak herhangi bir süreye tabi tutulmadan ya da en az otuz yıl süre için kurulmuş ise, tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilebilir ve bu sayede taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturabilir. Öte yandan TMK m. 826 ve m. 837 hükümleri ile şahıs lehine kurulmuş olan üst hakkı ve

⁹³ **Oğuz**, s. 64. Nitekim arazinin “sınırlandırılmış” olması en önemli özelliği olup toprak, ancak insan eliyle yapılan bir sınırlama sonucunda arazi vasfını ve belirli bir eşya niteliğini kazanır. Arazinin sınırları, onu ayırt etmeye yetecek kadar belli edilmiş olmalıdır. Bununla birlikte, sınırların mutlaka ölçme ve işaretleme suretiyle belirlenmiş olması şart olmayıp belirlenebilir olması yeterlidir. Sınırlama, kadastru yapılmış yerlerde kadastro planına dayanır ve bu biçimde sınırlandırılmış tapuya kayıtlı taşınmazlardan her birine parsel adı verilir. Kadastru yapılmamış yerlerde ise hâkim kararıyla kütüğe geçirilmesi gereken taşınmazlarda da fen memurları veya mühendisleri tarafından yapılan haritalar ya da uzman kişiler tarafından hazırlanan krokiler, sınırları gösterir. Böyle bir harita bulunmaksızın zabıt defterlerine kayıtlı taşınmazların sınırları ise, sicilde yazılı tasvir edici bilgi ile TST geçici 1. maddesinde belirtildiği üzere “hudut komşuları yazılarak” belirlenir. (Bkz. **Sirmen**, s. 151; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 182-183).

⁹⁴ **Oğuz**, s. 64.

⁹⁵ **Hatemi**, s. 17 (ek); **Oğuz**, s. 64; **Esener/Güven**, s. 282-284; **Sirmen**, 152-153; **Kılıçoğlu**, s. 121; **Ertaş**, s. 107-108; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 183 vd.; **Velidedeoğlu/Esmer**, s. 190-191; **Eren, Mülkiyet**, s. 200; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 470.

kaynak hakkı, devirleri sözleşme ile yasaklanmadığı müddetçe bağımsız nitelikte sayılmıştır.

Üst hakkı, bir kişiye başkasına ait arazinin altında veya üstünde bir yapı yaparak veya mevcut bir yapıyı muhafaza ederek ona malik olma yetkisi veren bir irtifak hakkıdır⁹⁶. Üst hakkını kuran taşınmaz malikinın arazi üzerinde mülkiyet hakkı devam etmekle birlikte taşınmaz maliki, irtifakı kuran sözleşmede yer alan hükümlere uygun olarak üst hakkı sahibinin yapı yapmasına veya yaptığı yapıyı muhafaza etmesine katlanmakla yükümlüdür⁹⁷. Üst hakkı, TMK m. 718/II’de yer alan ve “*üst, arza tabidir*” şeklinde ifade edilen kurala istisna getirmesi sebebiyle yapı alacaklısı ipoteği bakımından da ayrı bir önemi haizdir.

Tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilen üst hakkına dayanılarak inşa edilen bir yapıda, yapı alacaklısı ipoteğinin konusunu irtifak ile yüklü taşınmaz değil, bilakis bu üst hakkının kendisi oluşturur⁹⁸. Zira yapılan inşaat faaliyeti dolayısıyla üst hakkının kendisi üzerinde bir değer artışı gerçekleşmekteyken bu faaliyet çerçevesinde yüklü taşınmazın değerinde kural olarak herhangi bir artış meydana gelmez.

Kaynak hakkı ise, bir kişiye başkasının arazisindeki kaynağın sularını alma ve kendi arazisine akıtma yetkisi sağlayan bir irtifak hakkıdır⁹⁹. Kaynak irtifakı, aksi kararlaştırılmadıkça devredilebilir ve mirasçılara geçer. Böylelikle bağımsız niteliği haiz ve en az otuz yıl için kurulmuş olan kaynak hakkı, tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilerek taşınmaz hükmünde olduğundan, bunun üzerinde yapı alacaklısı ipoteği

⁹⁶ **Ünal**, Mehmet: “Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı”, s. 50. Ankara, 1988; **Velidedeoğlu/Esmer**, s. 190; **Sirmen**, s. 613; **Hatemi**, s. 21 (ek); **Esener/Güven**, s. 719; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 891; **Tekinay**, s. 57; **Kılıçoğlu**, s. 526; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 995; **Ertaş**, s. 532; **Ayan**, s. 122.

⁹⁷ Üst hakkı sözleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Yücer Aktürk**, İpek: “Üst Hakkı Sözleşmesi”, Ankara, 2022.

⁹⁸ Üst irtifakının taşınmaza bağlı olarak kurulmuş olması halinde ise üst hakkı kapsamında inşa edilen yapının maliki, yararlanan taşınmazın maliki olduğundan yapı alacaklıları tarafından yaratılan katma değer, kendisini yararlanan taşınmaz üzerinde gösterir. Dolayısıyla yapı alacaklısı ipoteğinin konusunu üzerinde yapı bulunan yüklü taşınmaz değil, yararlanan taşınmaz oluşturur. Bkz. **Oğuz**, s. 65.

⁹⁹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1011; **Esener/Güven**, s. 737; **Velidedeoğlu/Esmer**, s. 192; **Sirmen**, s. 620; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 901; **Kılıçoğlu**, s. 536; **Hatemi**, s. 22 (ek); **Ertaş**, s. 545; **Tekinay**, s. 63; **Ayan**, s. 133.

kurulması da mümkündür. Kaynak irtifakı, hak sahibine kaynak sularını alıp tutmak ve akıtmak için gerekli tesisleri yapma yetkisini sağlar¹⁰⁰. Kaynak hakkı sahibi, ayrıca bir üst hakkına gerek olmaksızın bu tesislerin de maliki olur¹⁰¹. Bu yetkiye dayanarak yüklü taşınmazda yer alan su kaynağına tesis inşa edilmesi halinde, bu tesisin inşaatına malzeme veya emekleriyle katkıda bulunan yükleniciler ve zanaatkarlar, bu tesisler üzerinde yapı alacaklısı olabilirler. Ancak bu durumda yapı alacaklısı ipoteği, kaynak hakkı üzerinde değil, bağımsız bir mülkiyet konusu olan tesis üzerinde kurulur.

4. Kat Mülkiyeti Kütüğüne Kayıtlı Bağımsız Bölümler

Bağımsız bölümler, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m. 2/a hükmünde tanımlanmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre bağımsız bölümler, anataşınmazın ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup bu Kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümlerdir. Kat malikleri, kendilerine ait bölümler üzerinde KMK hükümleri saklı kalmak şartıyla TMK'nın maliklere tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahiptirler (KMK m. 15). Dolayısıyla kat maliki, bağımsız bölüm üzerindeki mülkiyet hakkı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir.

Özel bir mülkiyet çeşidi olan kat mülkiyetinde bağımsız bölüm maliki, tasarruf yetkisine dayanarak diğer kat maliklerinin izni olmaksızın bu bölüm içerisinde yapı işlerine de girişebilir¹⁰². Bu yapı işleri, tamamlandığında bütünleyici parça haline geldiğinden bağımsız bölümün değerinde bir artış yaratır. İşte bu yapı faaliyeti sebebiyle meydana gelen artış, yapı alacaklısı ipoteğinin kurulabilmesini sağlar.

¹⁰⁰ Kılıçoğlu, s. 537; Sirmen, s. 619-620; Tekinay, s. 63-64; Esener/Güven, s. 737 vd.; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 901.

¹⁰¹ Esener/Güven, s. 744 vd.; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 905; Sirmen, s. 620; Ayan, s. 138; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1012.

¹⁰² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 738; Hatemi, s. 7 (ek); Sirmen, s. 507; Ertaş, s. 457; Kılıçoğlu, s. 285; Eren, *Mülkiyet*, s. 153; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 450.

Böylelikle yapı alacaklısı ipoteği, içerisinde yapı faaliyeti gerçekleştirilen bağımsız bölüm üzerinde kurulur¹⁰³.

Ortak yerler ise KMK m. 2 hükmüne göre, anataşınmazın bağımsız bölümleri dışında kalıp korunma ve ortaklaşa kullanma veya faydalanmaya yarayan yerler olup kat malikleri, ortak yerler üzerinde arsa payları oranında paylı maliktirler¹⁰⁴. Ortak yerlerin mülkiyeti bağımsız bölümlerin mülkiyet hakkına bağlandığından bu yerlerin tek başına hukuki tasarruflara konu edilebilmesi mümkün değildir. Her kat maliki, KMK m. 20/I hükmü gereğince ortak yerlerdeki onarım, bakım ve koruma masraflarına arsa payları oranında katılmakla yükümlüdür. Bu sebeple, ortak yerlerde yürütülen yapı faaliyetlerinden kaynaklanan masraflardan her bir kat maliki, arsa payı oranında sorumludur. Bu durumda, ortak yerler üzerinde gerçekleştirilen yapı faaliyetleri dolayısıyla sahip olunan yapı alacaklısı ipoteği hakkı, bu yerler ayrı bir hukuki tasarrufun konusunu oluşturamayacağından rehin yükünün bağımsız bölümler üzerinde dağıtılmasıyla kullanılabilir¹⁰⁵.

Üzerinde kat mülkiyeti kurulacak olan yapı henüz inşaat halindeyse yapı alacaklısı ipoteği, yapının inşa edildiği arazi üzerinde veya yapı bir üst hakkına dayanılarak inşa ediliyorsa -ve diğer şartlar da varsa- üst hakkı üzerinde kurulur. Kat mülkiyetinin kurulmasıyla birlikte KMK m. 13 uyarınca anataşınmazın tapu sicilinde yer alan sayfası, sadece irtifak haklarına ilişkin işlemlere açık olup diğer tapu sicili işlemlerine kapatıldığından arazi üzerinde kurulan ipotek, yapının tamamlanıp kat mülkiyetine geçilmesiyle birlikte kat mülkiyeti kütüğünde ayrı birer sayfa açılan

¹⁰³ Ancak kat malikleri kurulu kararı ile bir bağımsız bölümde yürütülen yapı işi anataşınmazın tamamında bir değer artışı yaratıyorsa ipotek, arsa payları oranında dağıtılarak bağımsız bölümler üzerinde kurulmalıdır. Bkz. **Oğuz**, s. 67-68. Öte yandan birden fazla bağımsız bölümün veya aynı binadaki bağımsız bölümlerin tamamının maliki aynı kişi ise veya bunların maliki farklı kişiler olmakla birlikte aynı alacak için alacaklıya karşı müteselsil borçluluk ilişkisi içerisindeyse bu bağımsız bölümler üzerinde TMK m. 855/I uyarınca toplu rehin de kurulabilir. Bkz. **Çetiner**, s. 190.

¹⁰⁴ **Kılıçoğlu**, s. 286; **Esener/Güven**, s. 467; **Eren**, *Mülkiyet*, s. 155; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 740; **Sirmen**, s. 508; **Ertaş**, s. 458; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 450.

¹⁰⁵ **Oğuz**, s. 68.

bağımsız bölümlere tapu memuru tarafından re'sen arsa payları oranında dağıtılarak tescil edilir ve anataşınmaz niteliğindeki arazi üzerindeki rehinler terkin edilir¹⁰⁶.

5. Birlikte Mülkiyet Halinde Yapı Alacaklısı İpoteğinin Konusu

a. Elbirliği Halinde Mülkiyet Konusu Taşınmaz Üzerinde Yapı Alacaklısı İpoteği Kurulması

Elbirliği mülkiyeti, TMK m. 701'e göre kanun veya kanunda gösterilen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk sebebiyle mallara birlikte malik olanların mülkiyetidir¹⁰⁷. Elbirliği mülkiyetinde kanun veya ortaklık sözleşmesinde belirlenen paylar, yalnızca tasfiyeye katılma payları olup ortakların üzerinde tasarrufta bulunabileceği ayrı birer payları yoktur (TMK m. 702/III). Dolayısıyla elbirliği mülkiyetine tabi bir taşınmazda, ortakların payları üzerinde ayrıca ipotek hakkı kurulması mümkün olmayıp ipotek yalnızca taşınmazın bütünü üzerinde kurulabilir¹⁰⁸.

Bu sebeple, yapı faaliyetinin elbirliği halinde mülkiyet konusu bir taşınmaz üzerinde yürütülmesi halinde yapı alacaklısı ipoteği de, ancak taşınmazın tamamı üzerinde kurulabilir. Bu ipoteğin kurulmasına yönelik talep ise TMK m. 702/II uyarınca

¹⁰⁶ **Çetiner**, s. 236; **Helvacı**, s. 324; **Oğuz**, s. 68. Y. 14. HD: E. 2009/2619, K. 2009/3869, T. 26.03.2009 sayılı kararı da: "... Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş; anagayrimenkulün tamamı üzerine konulan ve davalı R.'nin temlik aldığı ipotek alacağını temlik miktarıyla sınırlı olarak anagayrimenkul üzerinde kat mülkiyeti kurulduğundan her bir bağımsız bölüm değeri oranında kurulan kat mülkiyetindeki bağımsız bölüm tapularına yansıtılmak, bu şekilde her bir bağımsız bölümün ipotek sebebiyle borçlu olduğu miktarı bilirkişiye hesaplatmak, bilirkişi tarafından bulunacak değeri davacılar sorumlulukları tutarda depo ettirilerek bu bedelin davalı R.'ye ödenmesi koşuluyla bağımsız bölümler üzerindeki ipotek şerhini terkin etmek olmalıdır..." şeklindedir (Aktaran: **Çetiner**, s. 236, *dpn.* 650). Hatta kat mülkiyetine çevrilen taşınmaz, paylı mülkiyete tabi ise ve paylardan yalnızca biri üzerinde ipotek mevcut ise, payı üzerinde ipotek kurulmuş paydaşa isabet eden bağımsız bölüme ait kütük sayfasına ipoteğin nakli gerekir. Bkz. **Helvacı**, s. 324; **Çetiner**, s. 236.

¹⁰⁷ **Esener/Güven**, s. 274; **Eren**, *Mülkiyet*, s. 128; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 396-397; **Ertaş**, s. 259-260; **Hatemi**, s. 75; **Sirmen**, s. 334; **Kılıçoğlu**, s. 304.

¹⁰⁸ **Sirmen**, s. 336; **Altay/Eskiocak**, s. 48. Belirtmek gerekirse, elbirliği mülkiyetine tabi taşınmaz üzerinde rehin kurulması ile elbirliği ortaklarından her birinin sahip olduğu ortaklığa katılma payı yahut tasfiye payı üzerinde rehin tesis edilmesi işlemleri birbirinden farklı olup ikinci durumda kuruluşu, kapsamı ve hükümleri taşınmaz hukukuna tabi bir rehin söz konusu olur. Bkz. **Çetiner**, s. 191. Bu konu hakkında detaylı bir çalışma için bkz. **Kapancı**, Kadir Berk: "Paylı Mülkiyet Konusu Taşınmaz Malın Paylarından Biri Rehine Hakkıyla Kayıtlandıktan Sonra Aynı Malın Tamamı Üzerinde Bir Başka Rehine Hakkı Daha Kurulabilir mi? -TMK m. 692 f.2 Üzerine Bir İnceleme", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 165, s. 4767-4795. İstanbul, 2016.

taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunulabilmesi ortakların oybirliği ile alacağı bir karara bağlı olduğundan maliklerin tamamına yöneltilmelidir¹⁰⁹.

b. Paylı Mülkiyet Konusu Taşınmaz Üzerinde Yapı Alacaklısı İpoteği Kurulması

Paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda her bir paydaş, TMK m. 688/III hükmü uyarınca kendi payı üzerinde malik hak ve yetkilerini haizdir. Paydaşlar, bu payı devredebilir, rehinle kısıtlayabilir yahut bu pay, alacaklılar tarafından haczedilebilir¹¹⁰. Paylı taşınmazda her bir paydaşın payı üzerinde rehin kurulabileceği gibi paydaşların oybirliği halinde paylı taşınmazın tümü üzerinde de rehin tesis edilebilir. Ancak paylardan birinin rehinle yüklü olması halinde taşınmazın tamamı üzerinde başka bir rehin hakkı kurulamaz (TMK m. 692/II, m. 857/II). Bunun aksine, taşınmazın tamamı rehinle yüklenmiş olsa da sonradan paylar üzerinde rehin hakkı kurulması mümkündür (TMK m. 692/I).

Paylı taşınmaz üzerinde ipotek hakkı kurulması farklı şekillerde gerçekleşebilir. Bu ipotek hakkı, taşınmazın tamamı üzerinde kurulabileceği gibi yalnızca pay veya paylar üzerinde yahut hem paylar hem de taşınmazın tamamı üzerinde de kurulabilir¹¹¹. Yapı alacaklısı ipoteği de paylı mülkiyet konusu taşınmazın tümü üzerinde kurulabileceği gibi payların biri üzerinde de kurulabilir. Alacaklı bu konuda seçimlik bir hakka sahiptir¹¹². Ancak paylardan biri üzerinde bir rehin hakkı mevcut ise sonradan taşınmazın tamamı üzerinde rehin kurulamayacağından yapı alacaklısının bu seçimlik

¹⁰⁹ **Esener/Güven**, s. 277; **Kılıçoğlu**, s. 310; **Eren**, *Mülkiyet*, s. 136-137; **Ertaş**, s. 263. Talebin kabul edilmemesi halinde ise ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan dava ortakların tümüne karşı açılmalıdır. Bkz. **Oğuz**, s. 71; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 401; Y. 16. HD: E. 2020/14506, K. 2020/452, T. 17.02.2020; Y. 1. HD: E. 2020/239, K. 2020/958, T. 17.02.2020 (*lexpera*).

¹¹⁰ **Hatemi**, s. 66; **Esener/Güven**, s. 255; **Sirmen**, s. 305-306; **Kılıçoğlu**, s. 263; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 353; **Eren**, *Mülkiyet*, s. 93 vd. Türk hukukunda paylı mülkiyette pay, İsviçre hukukundan farklı olarak (ZGB m. 655/4) taşınmaz olarak kabul edilmemekte, bununla birlikte TMK m. 688/III gereğince paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip kılınmakla pay, hukuken bir nevi ayrı bir taşınmaz gibi ele alınmıştır. Bunun en önemli sonuçlarından biri de payın ayrıca rehnedilebileceğinin düzenlenmesidir (TMK m. 857/I). Bkz. **Çetiner**, s. 189.

¹¹¹ Pay üzerinde ipotek kurulmasının en yalın biçimi, taşınmaz üzerindeki paylı maliklerden yalnız birinin kendi payı üzerinde ipotek kurması olup bu durumda diğer malikler ve onların payları bu işlemde etkilenmeyeceği gibi bunların ipotek kurulması işlemine herhangi bir biçimde katılmaları da gerekmez. Bkz. **Çetiner**, s. 190.

¹¹² **Oğuz**, s. 72.

hakkı ortadan kalkar¹¹³. Öte yandan paydaşlar tarafından, TMK m. 689/I'e göre aralarında anlaşarak paylı malın kullanılması, yönetimi ve ondan yararlanılmasına ilişkin konularda kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme yapılmış, yani fiili taksim yoluna gidilerek paydaşların kullanacağı ve yararlanacağı yerler ayrıca belirtilmişse, yapı alacaklısı ipoteği sadece yapı faaliyetinin gerçekleştirildiği yerle alakalı olan pay üzerinde kurulabilir¹¹⁴.

C. Yapı Alacaklısı İpoteğinin Konusunu Oluşturmayan Taşınmazlar

1. Sahipsiz Yerler

Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, TMK m. 715'e göre, devletin hüküm ve tasarrufu altında olup aksi ispatlanmadıkça bu yerler kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz¹¹⁵.

Özel mülkiyete konu olamayan sahipsiz yerler, kamunun yararlandığı mallardan sayıldıklarından bunların paraya çevrilmesi de istenemez. Dolayısıyla bu taşınmazların

¹¹³ İsviçre öğretisindeki hâkim görüş ve buna bağlı olarak Federal Mahkeme içtihatları, yapı alacaklısının taşınmazın tamamını veya mülkiyet payını alacağın miktarına göre pay oranında rehnetmek konusunda seçimlik hakkı bulunduğu yönündedir. Bkz. **Oğuz**, s. 71 vd; **Schmid/Hürlimann-Kaup**, N. 1733. Aksi yönde bkz. **Zobl**, Dieter: "Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda", s. 81. Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1982/II, NF 101.

¹¹⁴ Keza bu durumda artık yapı faaliyeti sonucunda değer artışı gerçekleşen yer taşınmazın tamamı olmayıp yalnızca fiilen taksim edilen yere isabet eden pay üzerindedir. **Oğuz**, s. 72. Yapı alacaklısı ipoteğinden kaynaklanan hakkın yalnızca faaliyetin yürütüldüğü yere isabet eden pay ile sınırlı tutulabilmesi ise ortaklar arasındaki bu anlaşmanın tapu siciline şerh edilmiş olmasına bağlıdır. Ortaklar arasındaki bu anlaşmanın şerh edilmemesi halinde yapı alacaklısı taşınmazın tamamının ipotekle yüklenmesini talep edebilir.

¹¹⁵ Özel mülkiyete konu olamama ile tapusuz olma kavramlarını karıştırmamak gerekir. Tapusuz bir yerin hazine adına tapuya kayıt ve tesciline karar verilebilmesi için o yerin özel mülkiyete konu olabilecek taşınmazlardan olması gerekir. TMK m. 715'te belirtilen taşınmazların tapuya kayıt ve tescili hiçbir şekilde mümkün olmadığı gibi TMK m. 999 hükmünde de tapuya tescili mümkün olmayan yerlerin özel mülkiyete konu olamayacağı açıklanmıştır. Bu durumun istisnası, ileride tarım alanına dönüştürülmesi ve ekonomik yarar sağlanması mümkün olan yerlere ilişkin olup 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun m. 18/I hükmünde ifade edilmiştir. (Bkz. Y. 8. HD: E. 2010/2929, K. 2010/5582, T. 23.11.2010. (*Kazancı İctihat Bilgi Bankası*, E.T. 30.03.2023). Kamu malları, Türk idare hukuku öğretisinde farklı şekillerde tasnif edilmekle birlikte genel olarak tahsis (özüleme) amacına göre sahipsiz mallar, orta malları ve hizmet malları olarak üç farklı ayrıma tabi tutulabilir. Sahipsiz mal ifadesi, özel hukuk anlamında bir malikin bulunmadığını ifade eder. Yani sahipsiz mal ifadesi bir malın kamu hukuku kurallarına göre düzenleme konusu teşkil etmesi ve özel kişilerin mülkiyetine girme noktasında elverişsiz olduğunu belirtir. Zira TMK m. 715'e göre de sahipsiz yerler ve yararı kamuya ait mallar, devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Orta malları ise doğası gereği veya uzun yıllar boyunca kabul edilen gelenekler sebebiyle herkesin fiili yararlanmasına sunulan mallardır. Son olarak hizmet malları, bir kamu hizmetinin görülmesi amacına tahsis edilmiş ve o hizmetin bir parçasını oluşturan mallardır. Detaylı bilgi için bkz. **Atay**, Ender Ethem: "İdare Hukuku", s. 816 vd. Ankara, 2023; **Akyılmaz**, Bahtiyar / **Sezginer**, Murat / **Kaya**, Cemil: "Türk İdare Hukuku", s. 654. Ankara, 2023; **Gözler**, Kemal: "İdare Hukuku, C. II", s. 852. Bursa, 2019.

tapuya kaydedilmesi söz konusu olmadığından bunların rehin konusu olması da mümkün değildir¹¹⁶. Bu sebeple, yüklenici ve zanaatkârların herhangi bir şekilde bu taşınmazlar üzerinde her nasılsa yapı işlerine girişmeleri halinde, yapı alacaklısı ipoteğinin tescili mümkün değildir.

2. Kamu Orta Malları ile İdarenin Hizmet Malları

Kamu orta malları, devlet veya bir kamu tüzel kişisine ait olup kamunun ortak kullanmasına tahsis edilmiş taşınmazlar olup yollar, parklar, meydanlar vb. ile yaylak, kışlak, mera gibi yerler, bu tür mallardandır¹¹⁷. İdarenin hizmet malları ise, yine mülkiyeti kamuya ait olup bir idari hizmetin yürütüldüğü taşınmazlardır¹¹⁸.

Taşınmaz rehninin teminat fonksiyonu, taşınmazın İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre paraya çevrilerek alacaklının tatmin edilmesi amacıyla hizmet eder¹¹⁹. Bu sebeple, paraya çevrilmesi mümkün olmayan bir taşınmazın ipotekle kısıtlanması hem mümkün değil hem de anlamsızdır. Kamunun yararlanması ve kamu hizmetinin görülmesi amacıyla özgülenmiş olan kamu malları ile idarenin hizmet mallarının özel hukuktan kaynaklanan bir alacak nedeniyle rehin ile yüklenmesi ve cebri icra yoluyla satılması, bu malların özgülenme amacıyla aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla bu taşınmazların özgülenme amacı dikkate alındığında, üzerlerinde yapı alacaklısı ipoteği kurulması da mümkün değildir¹²⁰.

VI. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yapı alacaklısı ipoteği, taşınmaz rehninin özel bir türü olarak tescile tabi kanuni bir ipotek hakkı ve dolayısıyla bir sınırlı ayni haktır. Bu sebeple, kendine özgü

¹¹⁶ Oğuz, s. 69; Helvacı, s. 31; Şener, s. 93; Altay/Eskiocak, s. 46.

¹¹⁷ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 653; Atay, s. 817; Gözler, s. 854.

¹¹⁸ Atay, s. 818; Gözler, s. 855; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 652.

¹¹⁹ Tekinay, s. 72; Altay/Eskiocak, s. 168; Helvacı, s. 169; Kaçak, s. 39; Nomer/Ergüne, s. 313.

¹²⁰ İsviçre Federal Mahkemesi, vermiş olduğu çeşitli kararlarla taşınmazın özgüleme amacıyla aykırı düşecek şekilde taşınmaz üzerinde yapı alacaklısı ipoteği kurulamayacağına hükmetmiştir. Mahkeme, belediyeye ait okul binası (BGE 108 II 305), çocuk yuvası (BGE 95 I 97), bölge hastanesi (BGE 107 II 44), çok amaçlı postane (BGE 103 II 227) gibi taşınmazların yapı alacaklısı ipoteğine konu olamayacağına hükmetmiştir. Bkz. (<https://www.bger.ch/de/index.htm>)

düzenlemeleri haiz olmakla birlikte taşınmaz rehin hakkına özgü nitelikler ile taşınmaz rehnine hâkim olan temel ilkeler, kural olarak bu ipotek türü için de geçerlidir.

Taşınmaz rehninin özel bir türü olan yapı alacaklısı ipoteği, rehin hakkının özelliklerini taşır. Bilindiği üzere rehin hakkı, hak sahibinin alacağını güvence altına alan ve borç ifa edilmediği takdirde hak sahibine hakkın konusu olan şeyi veya hakkı paraya çevirerek alacağını elde etme yetkisi veren bir ayni haktır¹²¹. İlk olarak, rehin hakkının bir sınırlı ayni hak olması hasebiyle eşya üzerinde sağladığı doğrudan hâkimiyet, rehin hakkı sahibinin rehin verenin onayına ihtiyacı olmaksızın eşyayı paraya çevirme yetkisine sahip olduğu anlamına gelir¹²². Rehinli alacaklı, rehin konusu eşyayı 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK) hükümlerine göre paraya çevirerek alacağını elde edebilir¹²³. Yapı alacaklısı ipoteğinde de yapı alacaklıları, ileride detaylı olarak açıklanacağı gibi, üzerinde ipotek kurulan taşınmazı paraya çevirerek yapı alacaklarını belirli şartlar altında öncelikli olarak tahsil edebilme hakkını haizdir. Öte yandan, rehin hakkı bir alacağın güvencesi olduğundan bu hakkın varlığı, alacağın varlığına bağlı olup bu bakımdan rehin hakkı kural olarak fer'i bir haktır¹²⁴. Rehin hakkının fer'i olması sebebiyle bu hakkın kaynağını teşkil eden hak herhangi bir sebeple geçersiz olursa ya da sona ererse rehin hakkı da geçersiz olur veya sona erer¹²⁵.

¹²¹ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 960; Sirmen, s. 630; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1029;

¹²² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1029; Sirmen, s. 630; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 948;

¹²³ Rehinli taşınmazların paraya çevrilmesinde İİK m. 42 ile m. 145-153 hükümleri arasında düzenlenmiş bulunan rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip hükümleri uygulanır. Detaylı bilgi için bkz. Budak, Cem: "İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip", İstanbul, 2009.

¹²⁴ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 960; Sirmen, s. 632; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1030; Şener, s. 14; Helvacı, s. 6; Altay/Eskiocak, s. 153.

¹²⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1029. Ancak taşınmaz rehni çeşitlerinden ipotekli borç senedi ve irat senedi, bağımsız nitelikte, fer'i olmayan bir yük oluşturur. Zira ipotekli borç senedi ve irat senedi, arazi değerini tedavül ettirmek amacıyla çıkarılarak alacak kıymetli evraka bağlanır. (Sirmen, s. 633; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1030). İsviçre Medeni Kanunu'nda değişiklik yapılmasını öngören 18.11.2009 tarihli değişiklik ile ZGB m. 793 hükmü değiştirilmiş ve ipotekli borç senedine ilişkin hükümler yeniden düzenlenirken irat senedi tamamen kanundan çıkarılmıştır. Bu değişiklikler, Ocak 2012 itibarıyla yürürlüğe girmiş ve böylelikle İsviçre hukukunda artık irat senedi şeklinde bir taşınmaz rehni türü kurulması ihtimali ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki alacağın sona ermiş olması tapuda yer alan ipotek kaydını kendiliğinden terkin ettirmez, bunun için ayrıca terkin talebinde bulunmak gerekir. Bkz. Kaçak, s. 57.

Son olarak, diğerk taşınmaz rehinlerinde olduğu gibi yapı alacaklısı ipoteğinde de ipotek, başkasının borcu için bir üçüncü kişi tarafından da verilebilir (TMK m. 881/II)¹²⁶.

Taşınmaz rehnine hâkim olan ilkeler, yapı alacaklısı ipoteği bakımından da geçerli olup bu ilkelerden belirlilik ve açıklık ilkeleri, kural olarak yapı alacaklısı ipoteğine de hâkimdir.

Belirlilik ilkesi, rehinle temin edilen alacağın miktarının (rehin yükünün) belirli olması ve rehin konusu taşınmazın belirli olması şeklinde iki yönlüdür¹²⁷.

Rehin yükünün belirli olması, TMK m. 851/I hükmünden kaynaklanmakta olup madde hükmü, “*Taşınmaz rehni, miktarı Türk parası ile gösterilen belli bir alacak için kurulabilir*” şeklindedir. Rehin yükünün belirli olması sayesinde taşınmaz üzerinde sıra itibariyle bu rehinden sonra gelecek olan rehin hakkı veya diğerk sınırlı aynı hak sahipleri, taşınmaz malikinin alacaklıları ve taşınmazı sonradan devralacak yeni malik, rehin hakkının taşınmaz üzerinde ne miktarda bir rehin yükü teşkil ettiğini tapu sicilinden açıkça anlayabilir¹²⁸. Yapı alacaklısı ipoteğinde güvence altına alınan alacağın tapu siciline tescil edilmesi için TMK m. 895/III hükmü uyarınca taşınmaz malikinin alacağı kabul etmesi gerekir. Malik tarafından kabul edilmeyen alacak için ise mahkeme kararı gereklidir. Böylelikle, belirlilik ilkesinin yapı alacaklısı ipoteğinde de uygulama alanı bulacağı ifade edilerek tapuya yapılacak tescilin ancak alacak miktarının belirlenmesi akabinde yapılacağı düzenlemesi ile taşınmaz rehnindeki belirlilik ilkesinin somut bir görünümü düzenlenmiştir.

Rehin konusu taşınmazın belirli olması ise, rehnedilecek taşınmazın tapuya kayıtlı olması (TMK m. 853) ve rehin sözleşmesinde açıkça belirtilmiş olmasını (TMK

¹²⁶ Bu halde, ipotekli taşınmaz maliki borçlu konumuna gelmez. Yani başkası lehine ipotek verenin borç dolayısıyla kişisel sorumluluğu yoktur. Bkz. **Sirmen**, s. 633; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1031.

¹²⁷ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1034; **Sirmen**, s. 636; **Nomer/Ergüne**, s. 329; **Altay/Eskiocak**, s. 43; **Şener**, s. 93. Rehin hukukunda belirlilik ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Acar**, Faruk: “Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi”, İstanbul, 2008.

¹²⁸ **Sirmen**, s. 636; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1034; **Nomer/Ergüne**, s. 333; **Altay/Eskiocak**, s. 43; **Şener**, s. 93; **Helvacı**, s. 35.

m. 854/I) gerektirir¹²⁹. Nitekim taşınmazların tapu sicilinde kayıtlı olmaması halinde bunlar üzerinde ipotek kurulması mümkün değildir¹³⁰. Ayrıca taraflar, rehin sözleşmesinde güvence teşkil edecek taşınmazı da açıkça belirtmelidirler¹³¹. Yapı alacaklısı ipoteği, daha önce de ifade edildiği gibi üzerinde yapı faaliyeti yürütülen taşınmaza ilişkin olarak kurulabilir. Bu sebeple, belirlilik ilkesinin rehnedilecek taşınmazın tapuya kayıtlı olması gerekliliğine ilişkin görünümü, yapı alacaklısı ipoteği bakımından da geçerlidir. Ancak bu ipotek hakkı, kanuni bir ipotek hakkı olduğundan ve ayrıca hakkın tescili için herhangi bir rehin sözleşmesine de ihtiyaç duyulmadığından, belirlilik ilkesinin rehnedilecek taşınmazın rehin sözleşmesinde açıkça belirtilmiş olması gerekliliğine ilişkin görünümü, yapı alacaklısı ipoteği için geçerli değildir.

Taşınmaz rehnine hâkim olan bir diğer ilke, açıklık ilkesidir. Açıklık ilkesi, taşınmaz rehninin tapuya tescil ile doğması gerektiğini ifade eder¹³². Gerçekten TMK m. 856 hükmüne göre taşınmaz rehni, istisnalar saklı kalmak kaydıyla, ancak tapuya tescil ile doğar. Bunun istisnalarını ise tescile tabi olmayan ipotek hakları oluşturur. Yapı alacaklısı ipoteği de kanundaki düzenleme uyarınca (TMK m. 893) tescile tabi bir ipotek hakkı olduğundan, bu hakkın doğumu da ancak tapuya tescil edilmesiyle mümkündür. Bu sebeple, taşınmaz rehnine hâkim olan açıklık ilkesi, yapı alacaklısı ipoteği bakımından da geçerlidir.

¹²⁹ Helvacı, s. 35; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1038; Sirmen, s. 640; Nomer/Ergüne, s. 333; Altay/Eskiocak, s. 43.

¹³⁰ Acar, s. 22 vd., s. 145 vd.; Çetiner, s. 106 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1038; Oğuz, s. 69; Helvacı, s. 31; Şener, s. 93; Altay/Eskiocak, s. 19.

¹³¹ Hukukumuzda, Roma Hukuku veya Ortak Hukuktan (*common law*) farklı olarak genel ipotek kurumu kabul edilmediğinden borçlunun malvarlığına dâhil olan ve olacak her taşınmazın rehinle yüklü sayılacağı şeklinde genel bir ipoteğin kurulması mümkün değildir. Bkz. Acar, s. 205; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 970; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1039; Helvacı, s. 35.

¹³² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1045; Nomer/Ergüne, s. 339; Altay/Eskiocak, s. 128;

İKİNCİ BÖLÜM

YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN ŞARTLARI VE TESCİLİ

I. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN ŞARTLARI

A. İPOTEK HAKKININ DOĞMASI İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR

1. Genel Olarak

Yapı alacaklısı ipoteği, TMK m. 893 hükmüne göre, bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı ve veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkarların sahip olduğu tescile tabi kanuni bir ipotek hakkıdır.

Yapılan bu kanuni düzenleme sebebiyle yapı alacaklısı ipoteğinin kurulmasına ilişkin şartlar, iki farklı başlık altında incelenmelidir: Yapılacak olan ilk inceleme, kişi bakımından bir inceleme olup yapı alacaklısı sıfatına sahip kimselerin belirlenmesi; ikincisi ise bu kimselerin sahip olduğu alacak hakkının bir yapı alacağı teşkil edip etmediğinin tespitidir. Bu sebeple, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin istenebilmesi için öncelikle bu hakkı tescil etmek isteyen kişilerin TMK m. 893 anlamında yapı alacaklısı sıfatını haiz olup olmadığı, akabinde ise bu kişilerin alacaklarının bir yapı alacağı teşkil edip etmediği, yani yapı alacağının ne olduğu incelenmelidir.

2. İpotek Hakkından Yararlanacak Kişilere İlişkin Şartlar (Yapı Alacaklısı Kavramı)

a. Genel Olarak

Yapı alacaklısı ipoteğinden yararlanacak kişiler, yani kimlerin yapı alacaklısı ipoteği hakkını haiz olduğu, TMK m. 893 hükmünde “*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” olarak ifade edilmiştir.

Kanunun lafzından anlaşıldığı üzere yapı alacaklısı ipoteği hakkına sahip kişiler, alt yüklenici ve zanaatkârlar olarak zikredilmiştir. Ancak öğretide, kanunun lafzına bağlı kalınmayarak kanun metninde yer alan “alt yüklenici” ifadesinin asıl yükleniciyi kapsam dışı bırakmadığı, bilakis bu kavramın asıl yükleniciyi de kapsadığı ifade edilmektedir¹³³. Bu sebeple, yapı alacaklısı olabilecek kişilerin alt veya asıl yüklenici ayrımı yapılmaksızın yükleniciler ve zanaatkârlar olduğunun kabulü gerekir.

b. Yükleniciler

aa. Asıl Yükleniciler

Yüklenici, TBK m. 470 hükmünde ifade edildiği üzere, bir eser sözleşmesinde bir eserin tamamının veya bir kısmının meydana getirilerek iş sahibine teslim edilmesini borçlanan kişidir¹³⁴. Yüklenici, hem gerçek hem de tüzel bir kişi olabilir¹³⁵. Ayrıca yüklenicinin tek bir kişi olması zorunda olmayıp bir kişiler grubu halinde de yüklenici sıfatının taşınması mümkündür. Bu durumda, özellikle eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde sıklıkla karşılaşıldığı üzere bir yükleniciler konsorsiyumu veya *joint venture*, yani bir iş ortaklığı söz konusu olur¹³⁶.

¹³³ Artukmaç, Sadık: “İnşaat Hukuku”, s. 192. Ankara, 1975; Baysal, Başak: “Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar”, s. 156. Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, s. 157. Ankara, 2006; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1127; Can, s. 59; Öz, s. 52; Sirmen, s. 704; Yenice-Ceylan, s. 59; Güleş, s. 54; Davran, s. 58; Akın, s. 752; Bıçakçı, s. 539; Göktürk, s. 1047-1048; Reisoğlu, s. 26; Saymen/Elbir, s. 586; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1121; Uyumaz, s. 236

¹³⁴ Eren, Fikret / Dönmez, Ünsal: “Eren Borçlar Hukuku Şerhi (Cilt V: TBK m. 393-646)”, TBK m. 471, N. 1; Büyükkay, Yusuf: “Eser Sözleşmesi”, s. 33. Ankara, 2019; Gümüş, Mustafa Alper: “Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II”, s. 7-8; Özdemir, Hayrunnisa: “Eser Sözleşmesi”, s. 491. (Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 491-656, Editör: Turgut Öz), Ankara, 2023; Eren, Özel, s. 617; Kılıçoğlu, Özel, s. 455; Zevkliler/Gökyayla, s. 475.

¹³⁵ Gümüş, Özel, s. 7; Özdemir, s. 491; Eren, Özel, s. 617; Kılıçoğlu, Özel, s. 455; Eren/Dönmez, TBK m. 471, N. 3; Zevkliler/Gökyayla, s. 475. Ayrıca belirtmek gerekir 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 2 hükmünde yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının yapım ihaleleri de eser sözleşmesi olduğundan bu kanun kapsamında yapılan eser sözleşmeleri hakkında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uygulama alanı bulur. 4735 sayılı Kanun’da hüküm bulunmayan hallerde ise bu kanunun 36’ncı maddesinin yapmış olduğu atf sebebiyle TBK hükümleri uygulama alanı bulur. Bkz. Kılıçoğlu, Özel, s. 455; Gümüş, Özel, s. 8; Özdemir, s. 503; Eren/Dönmez, TBK m. 471, N. 2

¹³⁶ Bu iş ortaklığı (*joint venture*), hukuki niteliği itibarıyla bir adi ortaklık olup tüzel kişiliği haiz değildir. Bkz. Büyükkay, s. 41; Eren/Dönmez, TBK m. 471, N. 3; Eren, Özel, s. 617. *Joint venture* kavramı hakkında detaylı bir çalışma için bkz. Tile, Latif: “Türk Hukukunda Joint Venture Kavramı”,

İnşaat sözleşmelerinde yükleniciler ayrıca yaptıkları işin nitelik ve niceliğine göre farklı sınıflandırmalara tabi tutulabilir. Bu halde yükleniciler, genel yüklenici, kısmi yüklenici, tam yüklenici ve alt yüklenici gibi çeşitli türlere ayrılırlar.

Genel yüklenici, bir inşaat eserinin tamamının yapımını üstlenen yüklenici olup kısmi yüklenicilerden farklı olarak eserin tamamını, mesela bir binanın tümünü kendisi yapar¹³⁷. Genel yüklenicilikte iş sahibi, tek bir yüklenici olan genel yüklenici ile sözleşme yapmakta; genel yüklenici ise mimari proje ve planlar haricinde tüm inşaa işini üstlenmektedir. Genel yüklenicinin inşaatın belirli kısımlarının veya tamamının yapılmasını alt yükleniciye bırakması da mümkündür. Her durumda, ortada bir eser sözleşmesi ve yüklenici sıfatı mevcuttur.

Kısmi yüklenici ise, genel yüklenicinin aksine bir inşaatın temeli, kaba inşaatı, çatı, elektrik ve sıhhi tesisatı gibi herhangi bir kısmının yapımını diğer kısmi yüklenicilerle birlikte üstlenen yüklenici olup uygulamada en çok karşılaşılan yüklenici türüdür¹³⁸. Kısmi yüklenici, uygulamada klasik inşaat yüklenicisine verilen isim olup iş sahibinin her bir yükleniciyle yapının her bir kısmı için ayrı sözleşmeler yaptığı kimsedir¹³⁹. Bu durumda, iş sahibinin her bir kısmi yüklenici arasındaki koordinasyonu sağlaması ve her bir kısmi yüklenicinin birbirinden bağımsız olarak eserin bir kısmının meydana getirilmesinden sorumlu olması söz konusudur. Kısmi yükleniciler, iş sahibi ile doğrudan eser sözleşmesi ilişkisi içerisinde bulunabileceği gibi alt yüklenici sıfatıyla genel yüklenici ile de eser sözleşmesi ilişkisi içerisinde bulunabilir.

Tam yükleniciler, genel yüklenicilerden farklı olarak bir inşaatın tamamının plan ve projeleri de dahil olmak üzere inşaatını üstlenen yüklenicilerdir¹⁴⁰. Böyle bir

International Journal of Education Technology and Scientific Researches, , C. 3, S. 5, s. 17-27, Y. 2018; **Çakır-Çelebi**, Fatma Betül: "Joint Venture'ın Hukuki Niteliği", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2017/2, s. 97-126, Y. 2017.

¹³⁷ **Eren/Dönmez**, TBK m. 471, N. 6; **Gümüş**, Özel, s. 8; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 475; **Eren**, Özel, s. 618

¹³⁸ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 475; **Eren**, Özel, s. 618; **Eren/Dönmez**, TBK m. 471, N. 5; **Gümüş**, Özel, s. 8

¹³⁹ **Eren**, Özel, s. 618; **Gümüş**, Özel, s. 8; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 475; **Eren/Dönmez**, TBK m. 471, N. 5

¹⁴⁰ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 475; **Eren/Dönmez**, TBK m. 471, N. 7; **Eren**, Özel, s. 618; **Gümüş**, Özel, s. 8;

durumda tam yüklenici, eserin inşasının yanı sıra eserin inşaatına başlanması için gerekli olan mimari plan, proje ve mühendislik hizmetlerinin tümünü üstüne alan ve iş sahibine bu hususların tümünü borçlanan yüklenicidir.

Yüklenici, eseri meydana getirerek teslim etme borcunun karşılığı olarak iş sahibinden bir bedel isteme hakkına sahiptir. İş sahibinden alacaklı olduğu bu bedelin, bir yapı alacağı teşkil etmesi halinde ise yüklenici TMK m. 893 hükmü uyarınca yapı alacaklısı sıfatını haiz olur. Bu bağlamda yüklenicinin tam yüklenici, kısmi yüklenici veya genel yüklenici gibi farklı şekillerde tanımlanmasının herhangi bir önemi yoktur. Dolayısıyla yüklenicinin yaptığı inşai faaliyetin niteliği, onun yüklenici ve yapı alacaklısı sıfatını değiştirmedeği sürece yüklenici, TMK m. 893'e dayanarak yapı alacağının tapuya tescilini isteyebilir.

Öğretide, TMK m. 893 hükmünde yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteyebilecek yapı alacaklıları sayılırken alt yüklenicilerin zikredilip asıl yüklenicilerin zikredilmemiş olması, kanun koyucunun bir hatası olarak görülmekte ve asıl yüklenicinin de alt yükleniciye tanınmış olan yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme hakkından evleviyetle yararlanabileceği hususunda görüş birliği bulunmaktadır¹⁴¹. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2006 senesinde vermiş olduğu bir kararda, yüklenicilerin de TMK m. 893 hükmü uyarınca yapı alacaklısı ipoteği hakkını haiz

¹⁴¹ Şener, Yavuz Selim: "Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması", s. 38. 2. Baskı, İstanbul, 2006; Baysal, s. 157; Oral, s. 676; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1127; Can, s. 59; Öz, s. 52; Sirmen, s. 704; Uyumaz, s. 237; Çetiner'e göre, 4751 sayılı Medeni Kanun'da m. 807/I-3'te yapı alacaklısı olarak "müteahhit ve işçiler" sayılırken maalesef yeni TMK m. 893/I-3 metninde asıl yüklenici dışında alt yüklenicilerin de yapı alacaklısı olabileceği hükümde düzenlenmek istenirken, kötü bir ifadeyle ipotek hakkı sahibi olarak "alt yüklenici ve zanaatkarlar" belirtilmiş, yüklenicinin kendisi unutulmuştur. Ancak hükmün gerekçesinde, yalnızca daha önceki metinde yer alan "işçiler" ifadesinin "zanaatkârlar" olarak değiştirildiği belirtilmekte olduğundan ve ayrıca hükmün amacı ve mantığı da dikkate alınarak, mehz ZGB m. 837 hükmüne uygun bir yorumla yüklenicilerin de yapı alacaklısı olarak kabulü mümkündür. Bkz. Çetiner, s. 252, dpn. 697). Öte yandan Yargıtay, 2012 tarihinde vermiş olduğu hatalı bir kararında yalnızca hükmün lafzını esas alarak yüklenicilerin yapı alacaklısı olamayacağına hükmetmiştir. Karara göre: "MK'nın 893/3. Maddesi uyarınca kanuni ipotek tescil hakkı malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici ve zanaatkârlara aittir. Bu madde uyarınca yüklenicinin iş sahibinden olan alacakları bakımından kanuni ipotek talep hakkı bulunmamaktadır. Somut olayda; karşı davacı yüklenici sıfatını 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..." (Kararın tam metni için bkz. Y. 15. HD: E. 2012/6837, K. 2012/7621, T. 04.12.2012) (Naklen: Çetiner; s. 252, dpn 697).

olduğunu ifade etmiştir¹⁴². Sonuç olarak, kanaatimize göre de isabetli bir şekilde hem öğreti hem de uygulama görüş birliği içerisinde olup asıl yüklenicinin yapı alacaklısı olabileceği kabul edilmektedir.

bb. Alt Yükleniciler

Yüklenici, TBK m. 471/III'e göre, eseri doğrudan doğruya kendisi meydana getirmek veya kendi yönetimi altında başkasına yaptırmakla yükümlüdür. Yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı ve eserin meydana getirilmesi yüklenicinin şahsına sıkı sıkıya bağlı olmadığı durumlarda yüklenici eseri başkasına yaptırabilir. Anılan madde hükmüne göre, meydana getirilecek eserin niteliğine göre kişisel yetenek ve becerinin bir önemi yoksa, yüklenicinin eseri başkası kanalıyla meydana getirmesi mümkün olup bu durumda alt yüklenicilik gündeme gelir¹⁴³.

Alt yüklenici, eserin tamamını veya bir kısmını meydana getirmek üzere asıl yüklenici ile arasında eser sözleşmesi bulunan ve yüklenicinin bağımsız yardımcısı konumunda olan, mesleği itibariyle üzerine aldığı konuda belirli bir uzmanlığı haiz kimsedir¹⁴⁴. Asıl yüklenicinin alt yükleniciye işin tamamını veya bir kısmını devretme yetkisi, asıl yüklenici ile iş sahibi arasındaki sözleşmede açıkça kararlaştırılabileceği gibi işin niteliğinin başkası tarafından yapılmasına elverişli olması halinde de (TBK m. 471/III) alt yüklenicilik ilişkisi kurulabilir.

Alt yüklenici ile iş sahibi arasında herhangi bir eser sözleşmesi bulunmadığı için bu sözleşmeden doğan herhangi bir borç ilişkisi de mevcut değildir¹⁴⁵. Bu nedenle, iş sahibinin alt yükleniciye karşı (ayrıca kararlaştırılmamışsa) talimat verme yetkisi

¹⁴² Bkz. Yargıtay HGK: E. 2006/15-702, K. 2006/691, T. 08.11.2006. Kararda, davanın bedel karşılığı bir eser sözleşmesinden kaynaklandığı ifade edilerek davacı yüklenicinin şartları varsa yaptığı işten dolayı hak kazandığı bedelin ödenmeyen kısmını ve haksız fesih sebebiyle kendisine yaptırılmayan işlerden dolayı uğradığı kazanç kaybını talep edebileceği, öte yandan somut uyuşmazlıkta talep edilmemiş olsa da yüklenicinin bu bağlamda TMK m. 893 vd. hükümleri uyarınca kanuni ipotek hakkını haiz olduğu belirtilmiştir.

¹⁴³ **Eren/Dönmez**, TBK m. 471, N. 17; **Eren**, Özel, s. 619; **Gümüş**, Özel, s. 12; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 476; **Kılıçoğlu**, Özel, s. 465; **Özdemir**, s. 504

¹⁴⁴ **Özdemir**, s. 504; **Eren/Dönmez**, TBK m. 471, N. 18; **Büyükay**, s. 85; **Gümüş**, Özel, s. 13

¹⁴⁵ Alt yüklenicinin asıl yüklenicinin TBK m. 116 anlamında ifa yardımcısı konumunda olduğuna yönelik bkz. **Eren/Dönmez**, TBK m. 471, N. 28; **Gümüş**, Özel, s. 13; **Özdemir**, s. 506; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 511, **Eren**, Özel, s. 626

olmadığı gibi iş sahibi, alt yükleniciden özellikle eseri meydana getirip kendisine teslim etmesini de isteyemez. Diğer taraftan, iş sahibi ile alt yüklenici arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki de yoktur. Bu sebeple iş sahibi alt yükleniciye bir bedel ödemek durumunda da değildir. Alt yüklenici, kendisine yaptığı işin karşılığı olarak bir bedel ödenmesini ancak kendisiyle arasında ayrı bir eser sözleşmesi (alt yüklenicilik sözleşmesi) bulunan asıl yükleniciden isteyebilir.

Alt yüklenici, TMK m. 893 uyarınca yapı alacaklısı olabilecek kişiler arasında açıkça zikredilmiştir. Dolayısıyla alt yüklenicinin asıl yükleniciden olan alacağı eğer bir yapı alacağı teşkil ediyorsa alt yüklenici, iş sahibinin arsası üzerinde inşa ettiği yapı üzerinde bu çalışması nedeniyle sahip olduğu alacağı için iş sahibine karşı kanuni ipotek hakkını kullanarak bunun tescilini talep edebilir. Bu bağlamda, alt yüklenici bedel alacağını iş sahibinden talep edemese dahi asıl yükleniciden olan alacağının teminatı olarak iş sahibinin arsası üzerinde kanuni ipotek hakkına sahiptir. Zira yapı alacaklısı ipoteği, sözleşmesel bir ipotek hakkı olmayıp kanundan doğduğundan sözleşmesel bir ilişkiyi gerektirmez.

Hemen belirtmek gerekir ki, asıl yüklenicinin yapı alacaklısı sıfatını haiz olması, alt yüklenicinin de bu sıfatı haiz olmasını engellemez. Keza bağımsız nitelik taşıyan iki farklı alacak sebebiyle asıl yüklenici, iş sahibi ile arasındaki eser sözleşmesi kapsamında; alt yüklenici ise asıl yüklenici ile arasındaki alt yüklenicilik sözleşmesi kapsamında yapı alacaklısı konumunda olabilir. Hal böyle olunca, şartların oluşması halinde, hem asıl yüklenici hem de alt yüklenici, aynı taşınmaz üzerinde kanuni ipotek hakkına sahiptir.

Bu durum, iş sahibi bakımından önemli bir risk teşkil etmektedir. Bu risk, iş sahibinin asıl yükleniciye ücret edimini daha önce ifa etmiş olup da asıl yüklenicinin alt yükleniciye olan ücret borcunu ödememesi halinde gündeme gelir. Keza asıl yüklenicinin iş sahibinden olan alacağını almasına rağmen alt yükleniciye olan bedel

ödeme borcunu ifa etmemesi halinde alt yüklenici, TMK m. 893'ten kaynaklanan kanuni ipotek hakkını kullanarak iş sahibine ait taşınmaz üzerinde alacağının teminatı olarak ipotek tesis ettirebilir¹⁴⁶. Bu durum da, iş sahibi malik bakımından tek bir edim için birden fazla defa ödeme yapma riskini beraberinde getirir¹⁴⁷. Zira iş sahibi, asıl yükleniciye yaptığı ödemeyi ileri sürerek alt yüklenicinin ipotek hakkını kullanmasını engelleyemez. Hatta alt yüklenicinin yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme hakkının doğması için yapı üzerinde emek veya emek ile birlikte malzeme ortaya koyması yeterlidir. Yüklenicinin taşınmaz malikine işi alt yükleniciye devredeceği konusunda bilgi verip vermemesi veya malikin buna izin vermiş olup olmaması önemli değildir¹⁴⁸. Öte yandan asıl yüklenici ile iş sahibi arasında işin alt yükleniciye devri yasaklanmış olmasına rağmen işin alt yükleniciye devredilmesi halinde dahi alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkını kullanması engellenemez¹⁴⁹. Dolayısıyla işin herhangi bir şekilde alt yükleniciye verilmiş olması ve alt yüklenicinin asıl yükleniciden alacağını alamaması halinde iş sahibi malik, tarafı olmadığı bir borç ilişkisi sebebiyle her halükârda alt yüklenicinin alacağının teminatına karşılık olarak bir bedel ödeme borcu altında

¹⁴⁶ **Schumacher/Rey**, N. 195.

¹⁴⁷ İlgili durum, Almanca ifadesi ile *Doppelzahlungsrisiko* olarak adlandırılmakta olup malikin bu sebeple tarafı olmadığı bir borç ilişkisi için taşınmazı üzerindeki ipotek yükünden kurtulabilmesi için birden fazla defa ödeme yapmak zorunda bırakılması, hem borçlar hukukunun temel prensipleriyle hem de hakkaniyet duygularıyla örtüşmediğinden bu hususa ilişkin bir düzenleme getirilmesi, İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) 2012 yılında yapılan değişikliklere yönelik görüşmeler sırasında da gündeme gelmiştir. Bu durumun engellenmesi için alt yüklenicilerin yapı alacaklısı sıfatının kaldırılması gerektiği öne sürülmüş, hatta hükümet tarafından hazırlanan ön tasarıda yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin hak yalnızca asıl yükleniciye verilmiştir. Ancak bu değişiklik kanun değişikliklerine yansımamış ve 2012 değişikliklerinden sonra da İsviçre hukukunda alt yüklenicilerin yapı alacaklısı olabilmeleri engellenmemiştir. Bu sebeple böyle bir risk, İsviçre hukukunda da bulunmaktadır. Öte yandan *Doppelzahlungsrisiko*, Avusturya hukuku bakımından da bulunmakta olup ABGB m. 1170b kapsamında alt yüklenicilerin de yapı alacaklısı olabilecekleri ifade edilmektedir. Alman hukukunda ise BGB m. 650e/1 hükmü açık olup yapı alacaklısı yalnızca asıl yükleniciye tanınmış olan bir haktır. Dolayısıyla Alman hukukunda iş sahibi malikin birden fazla ödeme yapma riski bulunmamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **Schmid**, Jürg: "Neuerungen bei den Grundpfandrechten", s. 24-25. Neuerungen im Immobiliarsachenrecht, (*Herausgeber: Wolf, Stephan*), *Band 12 des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern*, Bern 2011. (https://sjwz.ch/wp-content/uploads/2018/04/Tagungsunterlagen-Neuerungen-im-Immobiliarsachenrecht_24.01.2012.pdf) (Erişim Tarihi: 26.01.2024); **Pfäfl**, Roland/**Byland**, Daniela: "Aktuelles zum Bauhandwerkerpfandrech", 21 November 2011 (jusletter.weblaw.ch/jusissues/2011/641/_9758.html) (Erişim Tarihi: 27.01.2024); **Hörker**, Art. 1170b; **Schumacher/Rey**, N. 194-200; **Oral**, s. 677; **Kaşak**, s. 117; **Baysal**, s. 160; **Henssler/Busche**, Art. 650e; **Delipınar**, s. 162; **Güleş**, s. 68; **Yenice-Ceylan**, s. 74; **Kaçaran**, s. 1376.

¹⁴⁸ **Oral**, s. 677; **Kaşak**, s. 113; **Reisoğlu**, s. 38-39; **Bıçakçı**, s. 541

¹⁴⁹ **Schumacher/Rey**, N. 196; BGE 72 II 347, 350 (*Naklen: Oral, s. 677, dpn 59*).

bırakılabilmektedir. Üstüne üstlük alt yüklenicilerin de kendi işlerini başka alt yüklenicilere devretmeleri halinde bu durum, iş sahibi malikin mağduriyetinin içinden çıkılmaz bir hal almasına yol açar.

Taşınmaz maliki iş sahibi bakımından meydana gelebilecek bu riskin engellenmesi amacıyla öğretilen bazı çözüm önerileri getirilmiştir. Bu çözüm önerilerinden ilki, iş sahibinin asıl yüklenici ile yaptığı sözleşmeye bazı hükümler koyarak iş sahibinin birden fazla ödeme yapması riskine karşı güvence altına alınabileceğine ilişkindir. Örneğin sözleşmeye alt yüklenicinin alacağına yönelik yapı alacaklısı ipoteği kurdurması ihtimaline karşı, asıl yüklenicinin iş sahibine karşı bir teminat yükümlülüğü altında bırakılmasına ilişkin hükümler konulabilir¹⁵⁰. Ancak böyle bir durumda iş sahibinin korunmasındaki sınır, asıl yüklenicinin göstereceği teminat ve ödeme gücü olur¹⁵¹. Dolayısıyla asıl yüklenici buna ilişkin bir teminat gösterse dahi ödeme gücü olmadığı sürece iş sahibinin birden fazla ödeme yapmasından kaynaklanan zararı giderilemediğinden bu yol faydasız görünmektedir. Bunun yerine, doğrudan asıl yüklenici tarafından değil de banka tarafından bir teminat mektubu gösterilmesi mecburiyetinin sözleşmede kararlaştırılmış olması, bankanın ödeme gücünün daha yüksek ve kural olarak kesin olması hasebiyle daha faydalıdır¹⁵². Zira bu durumda alt yüklenicinin ipotek hakkını kullanması ihtimalinde, iş sahibi tarafından asıl yüklenici ile olan sözleşmeden doğan hak kullanılarak banka teminat mektubu tutarı ile alt yüklenicinin alacağı ifa edilerek ipoteği terkin ettirilir. Bir başka çözüm önerisi, asıl yüklenici ile iş sahibi arasındaki sözleşmeye alt yüklenicilerin alacaklarının tümü ödenmeden yahut alt yüklenicilerin ipotek kurdurmaları halinde bu ipotekler terkin

¹⁵⁰ **Thurnherr**, Christoph: “Das Bauhandwerkerpfandrecht – eine aktuelle Übersicht unter Berücksichtigung der Baukreditüberwachungspraxis der Banken”, s. 928. Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, C. 142, s. 909 vd. (https://www.ebt-law.ch/media/thurnherr_bauhandwerkerpfandrecht_zbjv_2006.pdf) (Erişim Tarihi: 27.01.2024); **Schumacher/Rey**, N. 196; BGE 95 II 87, 91 (*Naklen, Oral*, s. 679, *dpn.* 68)

¹⁵¹ **Oral**, s. 679; **Thurnherr**, s. 927.

¹⁵² **Thurnherr**, s. 927; **Oral**, s. 697.

edilmeden asıl yükleniciye ödeme yapılmayacağına ilişkin bir hüküm koyulmasıdır¹⁵³. Ancak kanaatimize göre böyle bir hükmün yer aldığı bir sözleşmenin uygulamada asıl yükleniciler tarafından akdedileceği kuşkuludur. Zira günümüzde birçok işin alt yüklenicilere yaptırıldığı ve asıl yüklenicinin her bir alt yüklenici ile ayrı ayrı sözleşme akdettiği düşünülürse, asıl yüklenicinin tüm bu alacaklara yönelik iş sahibine karşı yükümlülük kabul etme noktasında isteksiz olacağı ve bu sebeple sözleşmeyi akdetmeyeceği açıktır. Öte yandan asıl yüklenicinin alt yüklenicinin de bir başkasıyla yeni bir alt yüklenicilik sözleşmesi yapması halinde sorumlu tutulması da bu sefer asıl yüklenicinin tarafı olmadığı bir hukuki ilişki dolayısıyla sorumluluk üstlenmesi anlamına gelir. Dolayısıyla bu önerinin uygulamada herhangi bir karşılığı olamayacağı kanaatindeyiz. Sözleşmeye konulacak hükümlerle iş sahibinin birden fazla ödeme yapması riskini bertaraf etme amacı taşıyan son öneri, ödemelerin iş sahibi tarafından doğrudan alt yükleniciye yapılması önerisidir¹⁵⁴. Ancak böyle bir durum, asıl yüklenici ile iş sahibi arasındaki sözleşmeye aykırılık teşkil eder¹⁵⁵. Zira iş sahibi tarafından alt yüklenicilere ödeme yapılarak asıl yüklenicinin alacağından bu meblağın düşülmesi mümkün olmayıp bu durum, iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki sözleşme bakımından borca aykırı bir davranıştır. Asıl yüklenici her halükârda kendisine eksik ödenen meblağ bakımından temerrüt hükümlerine başvurabilir. Öte yandan, asıl yüklenicinin haberdar olmadığı alt yüklenicilerin bulunması ihtimali de her zaman vardır. Dolayısıyla bu önerinin de iş sahibini birden fazla ödeme yapma riskine karşı korumadığı açıktır.

Bu öneriler ve verilen teminatlar, alt yüklenicinin tüm bunlara rağmen kanuni ipotek hakkını kullanması halinde anlamını yitirir. Dolayısıyla alt yüklenici tarafından

¹⁵³ **Baumann**, Daniel: “Der Baukredit”, s. 297. 2. Auflage, Zürich, 1997; **Thurnherr**, s. 927; **Oral**, s. 679. Alt yüklenicinin yapı alacaklısı ipoteği hakkını haiz olmaması gerektiğini, zira tarafların aralarındaki sözleşmeye böyle bir hüküm koyarak işi asıl yüklenicinin yapması gerektiğini vurgulayarak eser sözleşmesindeki şahsen ifa borcunun güçlendirildiği, fakat işi alan iyiniyetli alt yüklenicinin ipotek hakkını haiz olamamasından doğan zararı asıl yükleniciden isteyebilmesi gerektiğine yönelik bkz. **Güleş**, s. 68.

¹⁵⁴ **Baumann**, s. 298; **Oral**, s. 679

¹⁵⁵ **Oral**, s. 679.

bu hakkın kullanılması akabinde iş sahibinin, asıl yüklenici ile arasındaki hukuki ilişkiye dayanarak bu durumdan kaynaklanan mağduriyetini giderip gideremeyeceği meselesi üzerinde durulmalıdır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre böyle bir durumda malik iş sahibi, asıl yükleniciye karşı aralarındaki eser sözleşmesi uyarınca ayıba ilişkin hükümlere başvurabilir¹⁵⁶. Keza asıl yüklenicinin eseri üzerinde alt yüklenici lehine ipotek hakkı tesis edilmiş bir şekilde iş sahibine teslim etmesi, hukuki niteliği itibariyle ayıp teşkil eder. Bu durumda iş sahibi, TBK m. 475'te yer alan seçimlik haklarından ayıp oranında indirim talep edebilme hakkını haizdir¹⁵⁷. Buradaki ayıp oranı, alt yükleniciler tarafından taşınmazın tapu kaydına tescil ettirilen yapı alacaklısı ipotek meblağı kadar olup iş sahibi, bu ayıp oranında asıl yükleniciden indirim talep edebilir. İş sahibinin ayıp sebebiyle sahip olduğu seçimlik hakları kullanabilmesi için kusurlu olması ya da zarara uğraması gerekmediğinden alt yüklenicilerin bu haklarını tescil ettirdiğini bilmesi önemli olmadığı gibi alt yüklenicilere kendisinin bir ödeme yapmış olmasının da bir önemi yoktur¹⁵⁸. Öte yandan alt yükleniciler lehine tescil edilen ipotek tutarının, herhangi bir sebeple iş sahibinin asıl yükleniciye ödeyeceği bedelden yüksek olma ihtimali de vardır. Böyle bir durumda, indirim yapılması gereken tutar eser sözleşmesi uyarınca ödenmesi kararlaştırılan tutardan fazla olduğundan iş sahibi malik, eseri alıkoyup ayıp oranında indirim talep edemeyeceğinden ancak ipotekli alacaklı alt yüklenicinin tatmin edilmesinden sonra onun asıl yükleniciye karşı sahip olduğu haklara halef olabilir¹⁵⁹ ya da TBK m. 475/II uyarınca genel hükümlere göre tazminat talep edebilir. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki, TBK m. 475/II uyarınca genel hükümlere göre tazminat talep edilebilmesi için asıl yüklenicinin bu ipoteğin kurulmasında kusurlu olması lazımdır. Zira TBK m. 475/II hükmü, genel hükümlere yaptığı yollama hasebiyle kusurlu bir sorumluluk halidir. Dolayısıyla böyle bir durumda asıl yüklenicinin kusuru

¹⁵⁶ **Oral**, s. 680; **Thurnherr**, s. 928; **Baysal**, s. 160; BGE 116 II 533, 537-538 (*Naklen: Oral, s. 680, dpn. 74*).

¹⁵⁷ **Zobl**, s. 81; BGE 116 II 533, 537-538 (*Naklen: Oral, s. 680, dpn. 74*).

¹⁵⁸ **Göka**, s. 463; **Yenice-Ceylan**, s. 76-77; **Uyumaz**, s. 236-237; **Baysal**, s. 160-161.

¹⁵⁹ **Zobl**, s. 105; BGE 116 II 533, 537-538 (*Naklen: Oral, s. 680, dpn. 74*).

olmaksızın alt yüklenicinin de işi başka alt yüklenicilere devredebileceği ve bu ikinci, bazen daha fazla alt yüklenicinin de kanuni ipotek hakkını haiz olduğu gerçeği karşısında malik iş sahibi, zarardan dolayı asıl yükleniciye başvuramaz.

Tüm bu hususlar göstermektedir ki, alt yüklenicilerin salt TMK m. 893'teki şartları sağlamaları sonucunda kanuni ipotek hakkına sahip olmaları ve bu hakkın tescilini isteyerek malik iş sahibinin birden fazla defa ödeme yapmak zorunda bırakılması, hakkaniyet ve adalet duygularıyla örtüşmemektedir. Zira yapılan tüm bu çözüm önerileri, iş sahibini tek başına korumaya yeterli olmayıp birden fazla ödeme yapmak zorunda kalınmasını engeller nitelikte değildir. Hemen belirtmek gerekir ki, TMK m. 895/III tescilin yapılmasını yapı alacağının malik tarafından kabulüne veya mahkeme kararına bağlıyorsa da burada kabul edilecek ya da mahkeme hükmüyle belirlenecek husus, ipoteğin kendisinden ziyade ipotek miktarıdır. Dolayısıyla malik bu alacağı kabul etmese dahi alacağın miktarının mahkeme hükmü ile tespit edilmesi akabinde tescil yapılır. Öte yandan TMK m. 895/IV hükmü uyarınca malikin tescilden kurtulabilmesi için tek yol, malik tarafından yeterli güvence gösterilmesidir. Bu durumun da iş sahibi malik açısından çeşitli ekonomik sıkıntılar yaratacağı kuşkusuzdur. Bir kimsenin salt taşınmaz maliki olması, kendisi için adaletsiz sonuçlara yol açacak şekilde kanuni bir ipotekle muhatap olmasını gerektirmemelidir¹⁶⁰.

Sonuç olarak, iş sahibi malikin birden fazla defa ödeme yapmak zorunda bırakılmasının engellenmesi, kanaatimize göre ancak TMK m. 893'te yapılacak bir değişiklik ile mümkündür. İlgili hüküm, Alman hukukunda yapı alacaklısı ipoteğini

¹⁶⁰ İsviçre Federal Mahkemesi, birden fazla ödeme yapma riskini fazlasıyla acımasız, hatta şok edici olarak değerlendirmiştir. Bkz. BGE 104 II 348 E. 3a; BGE 95 II 87 E. 5 (*Naklen: Schumacher/Rey, N. 196*). İlgili durum, İsviçre Medeni Kanunu'nda taşınmaz hukukuna ilişkin yapılan revizyon çalışmaları arasında hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaya müsait bu durumun daha dengeli bir çözüm ile kanuni düzenlemeye kavuşturulması istenmiştir. Yapılan teklifte, alt yüklenicilere ait yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilebilmesi ancak bu alt yüklenicilerin varlığının malik iş sahibi tarafından bilinmesi veya bilinebiliyor olması haline hasredilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Teklifin birden fazla ödeme yapma riskini (*Doppelzahlungsrisiko*) tam anlamıyla bertaraf etmediği, ancak en azından taşınmaz malikine karşı alt yükleniciler tarafından yapılabilecek tescil taleplerini kısıtlayarak faydalı bir boyutu da içerdiği hakkında bkz. **Schumacher/Rey, N. 197**. Teklif meclis tarafından kabul edilmediğinden yasalaşamamıştır.

düzenleyen BGB §650e ve §650f hükümlerine yakınlştırılıp yalnızca asıl yüklenicilerin yapı alacaklısı olabileceklerine ilişkin bir düzenleme ile değiştirilerek alt yüklenicilerin yapı alacaklısı olabilmeleri engellenebilir. Böylelikle alt yüklenicilerin asıl yükleniciden olan alacaklarını başka teminat vasıtalarıyla teminat altına almasının önü açılmış olur ve iş sahibi taşınmaz maliki, tarafı olmadığı bir hukuki ilişkiden kaynaklanan zararlara mahkûm edilmiş olmaz. Öte yandan alt yüklenicilerin de yapı alacaklısı sıfatı korunmak isteniyorsa, yalnızca iş sahibinin izin veya icazetinin olduğu alt yükleniciler bakımından bu hak tanınabilir. İş sahibi tarafından alt yüklenicilik ilişkisine izin veya icazetin yazılı olması aranarak ileride yaşanabilecek ispat sorunlarının da önüne geçilmiş olur ve artık iş sahibi malik, kendi izni veya icazeti ile bir alt yüklenicilik ilişkisi kurulduğundan bundan doğan ipotek hakkına katlanması da daha savunulabilir bir hale gelir.

c. Zanaatkârlar

Zanaat, Türk Dil Kurumu sözlüğündeki anlamıyla insanların maddeye dayanan gereksinimlerini karşılamak için yapılan, öğrenimle birlikte deneyim, beceri ve ustalık gerektiren iş; zanaatkâr ise bu işi yapan kişidir¹⁶¹. Yapı alacaklısı olabilecek bir diğer grup, TMK m. 893 hükmüne göre zanaatkârlardır.

Yapı alacaklısı olabilecek kişiler bakımından zanaatkâr (*Fr. Artisan, Alm. Handwerker*) ifadesi ile kastedilenin, bir eser sözleşmesine dayanarak bağımsız bir şekilde belirli inşaat işlerini gören kimseler olduğu savunulmuştur¹⁶². Örneğin inşaat işlerini üstlenen marangoz, elektrikçi, sıvacı, tesisatçı vb. kimseler, bağımsız oldukları müddetçe TMK m. 893 hükmü kapsamında zanaatkâr olarak nitelendirilir. Önemle belirtmek gerekir ki, zanaatkârların malike veya yükleniciye hizmet sözleşmesi ile bağı

¹⁶¹ Güncel Türkçe Sözlük (<https://sozluk.gov.tr/>) (E.T: 26.01.2024).

¹⁶² **Yenice-Ceylan**, s. 83; **Güleş**, s. 75; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1126-1127; **Sirmen**, s. 705. Eski Medeni Kanun döneminde TMK m. 807’de “işçi” olarak ifade edilen kavramın aslında zanaatkârları belirtmek için kullanıldığı yönünde bkz. **Baygın**, Cem: “Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler”, s. 220. İstanbul, 1999; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1121; **Köprülü/Kaneti**, s. 224; **Akın**, s. 751; **Güleş**, s. 75.

olduğu durumlarda yapı alacaklısı olarak kabul edilemeyecekleri, öğretide genel olarak kabul edilen görüştür. Zira bu görüşü savunan yazarlara göre¹⁶³ malike veya yükleniciye bir hizmet sözleşmesi ile bağlı olarak çalışan işçilerin (zanaatkârların) alacaklarının, kanuni bir ipotekle korunmasına ihtiyaç yoktur. Keza işçilerin ücret alacakları kısa süreler içerisinde muaccel olan alacaklardan olduğundan (4857 s. İş K. m. 32) işçilerin ücretlerini alması için inşaatın bitimini beklemelerine gerek duyulmaz. Öte yandan, işçilik alacakları İİK m. 140 ve m. 206 hükümleri uyarınca da imtiyazlı alacaklardan olduğundan işçi alacaklarının ayrıca kanuni bir ipotekle teminat altına alınması gereksizdir. Ayrıca bir inşaatta hizmet sözleşmesi ile çalışabilecek işçi sayısının çokluğu göz önüne alındığında, tapu sicil işlemlerinin yürütülmesinin zor olacağına da ifade edilmesi lazımdır. Ancak öğretide bir grup yazar, bağımsızlık niteliğinin korunması gerektiğini ifade etmekle birlikte zanaatkârlar ve yüklenici veya malik arasında mutlaka bir eser sözleşmesinin aranmasına gerek olmadığını, zanaatkârlar ile malikler veya yükleniciler arasındaki hukuki ilişkinin bir vekâlet sözleşmesine dayanabileceği gibi vekâletsiz işgörmeye hükmünde de olabileceğini savunmaktadır¹⁶⁴. Bu görüşü savunan yazarlara göre, TMK m. 893 hükmünde yapı alacaklısı olabilmenin unsurları “*yapı veya diğer işlerde*” ve “*malzeme ve emek karşılığı olarak*” ifadeleri ile zikredilmiş olup bu unsurlar, bir eser sözleşmesinin esaslı unsurları olabileceği kadar yapıda özellikle mimari açıdan özel değeri olan yapı işlerini yerine getiren bir zanaatkârın tarafı olduğu bir vekâlet sözleşmesinin unsuru da olabilir¹⁶⁵. Hatta vekâletsiz iş görme hükümlerine

¹⁶³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1127; Sirmen, s. 705; Saymen/Elbir, s. 632; Köprülü/Kaneti, s. 310; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1052; Ayan, C. III, s. 187; Can, s. 59.

¹⁶⁴ Yenice-Ceylan, s. 85; Kalın, s. 16; Reisoğlu, s. 30; Çetiner, s. 252; Uyumaz, s. 239; Güleş, s. 77; Duman, s. 190. Aksi görüşte bkz. Kurt, s. 233; Süral, s. 690; Kaçaran, s. 1373. Yazarlar, vekâletsiz işgörmeye hükümlerinin yapı alacaklısı ipoteğine vücut vermeyeceğini, yapı alacaklısı ipoteğinin tescili için taraflar arasında mutlaka bir eser sözleşmesinin varlığının zorunlu olduğunu ifade etmektedir.

¹⁶⁵ Bkz. Reisoğlu, s. 30. Yazar, hükümdeki “*emek veya emek ve malzeme verme*” gereğinin önemli olduğunu, bu yüzden eser sözleşmesinden başka hukuki ilişkilerden doğabilecek ve kurumun gayesine ve mahiyetine göre korunması icap eden inşaat alacaklarının da kanuni ipotekle teminat altına alınabileceğini kabul etmektedir. Aynı görüşte bkz. Schumacher, N. 480 vd.; Zobl, s. 115; Çetiner, s. 252. İnce-Akman da Alman Medeni Kanunu’ndan farklı olarak Türk-İsviçre hukukunda yapı alacaklısı ipoteğinin TBK’nın eser sözleşmesine ilişkin bölümünde düzenlenmediğini, hüküm incelendiğinde burada yüklenicinin teknik anlamda kullanılmadığının da savunulabileceğini ifade etmiştir. Bkz. İnce-Akman, s. 1102.

tabi olacak şekilde bir yapı yahut diğer işi yerine getiren kişinin alacağına da hükmün korunma amacının dışında bırakılmasını haklı gösterecek bir sebep bulunmamaktadır¹⁶⁶.

Kanaatimize göre, yapı alacaklısı sıfatını taşıma bakımından zanaatkârların malik veya yükleniciye bir hizmet sözleşmesi ile bağlı olup işçi sıfatını haiz olmaları, yapı alacaklısı olmalarına engeldir. Keza işçilerin alacaklarının daha hızlı muacceliyet kesbetmesi ve İİK hükümleri uyarınca işçi alacaklarının imtiyazlı kabul ediliyor oluşu, işçilerin yeterince korunmasını sağladığından bu işçiler lehine ayrıca bir kanuni ipotek hakkı tanınmasına ihtiyaç yoktur. Öte yandan, zanaatkârların yüklenici veya malikten bağımsız oluşu, yapı alacaklısı sıfatının varlığı için mutlak surette aranmalıdır. Zanaatkârlar, malik veya yükleniciden bağımsız oldukları takdirde, bu kimseler arasındaki hukuki ilişkinin mahiyetinin ise bir önemi yoktur. Dolayısıyla taraflar arasında bir eser sözleşmesi mevcut olabileceği gibi bir vekâlet sözleşmesi de olabilir. Hatta bu ilişki vekâletsiz işgörme hükmünde de olsa, zanaatkârların TMK m. 893 anlamında yapı alacaklısı oldukları açıktır. Zira bağımsız niteliğini koruduğu sürece zanaatkârın malik veya yüklenici ile eser sözleşmesi ilişkisi içerisinde olmadığından bahisle yapı alacaklısı olamaması, bu hakkın tanınma amacıyla örtüşmez.

d. Vekâletsiz İşgörme Sebebiyle Alacaklı Olan Kişiler

Vekâletsiz işgörme, TBK m. 526-531 hükümleri arasında düzenlenmiş olup vekâletsiz işgörmenin kapsamına hem hukuki hem de maddi fiiller girer¹⁶⁷. Vekâletsiz

¹⁶⁶ Çetiner, s. 252

¹⁶⁷ Vekâletsiz işgörme hakkında detaylı bilgi için bkz. **Tandoğan**, Haluk: “Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, No: 105, 1957 (<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/11732/Vekaletsiz%20%C4%B0%C5%9F%20G%C3%B6rme.pdf?sequence=1&isAllowed=y>) (Ankara Üniversitesi Akademik Arşiv Sistemi) (E.T: 05.01.2024); **Tandoğan**, Haluk: “Vekâletsiz İş Görenin Ücret Talebi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, Y. 1955, s. 384-391; **Hatemi**, Hüseyin: “Türk Hukukunda Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Kurumuna İlişkin Düşünceler”. *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000, s. 383-389; **Gülen-Erdoğan**, İsmahan: “Türk Hukukunda Vekâletsiz İş Görmenin Yeri Ve Niteliği”, *Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, s. 471-504. Aralık, 2023; **Uzun-Şenol**, Pınar: “Vekâletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu”. *FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, Y. 2014, S. 3, s. 293-309; **Akipek-Öcal**, Şebnem: “Vekâletsiz İş Görme”, s. 723. (*Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Editör: Turgut Öz), Ankara, 2023; **Schmid**, Jörg: “Fragen zur eigennützigem Geschäftsführung ohne Auftrag”, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, Bd. 131, s.

işgörmeye sebebiyle taraflar arasında kurulan ilişki bir sözleşme ilişkisi olmayıp vekâletsiz işgörmeye, bir kimsenin yetkili veya yükümlü olmaksızın bir başkası veya kendisi yararına üçüncü bir kişinin işini görmesinden doğan ve borç doğuran bir hukuki ilişkidir¹⁶⁸. Vekâletsiz işgörmeye başkasının işini gören kişi işgören; işi görülen kimseye ise iş sahibi adı verilir.

Vekâletsiz işgörmeye, gerçek vekâletsiz işgörmeye (TBK m. 526-529 ve m. 531) ve gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye (TBK m. 530) olarak ikiye ayrılır. Yapı alacaklısı olma bakımından önem arz eden vekâletsiz işgörmeye türü, gerçek vekâletsiz işgörmeye değildir. Gerçek vekâletsiz işgörmeye, öğretide hukuki niteliği itibariyle sözleşme benzeri bir ilişki ya da fiili sözleşme ilişkisi olarak ifade edilmektedir. İşgörenin, vekaletsiz bir şekilde iş sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun bir şekilde gördüğü işi¹⁶⁹. Yani işgören gördüğü işi, sözleşmesel veya kanuni bir yetki ve yükümlülüğü olmaksızın başkası yararına yapıyorsa, gerçek vekâletsiz işgörmeye söz konusu olur.

Gerçek vekâletsiz işgörmeye durumunda bu işgörmeye sebebiyle alacaklı olan kişiler de TMK m. 893 kapsamında yapı alacaklısı olabilirler¹⁷⁰. Bu kapsamda, yapıda gerçek vekâletsiz işgörmeye şartlarına uygun bir şekilde bir inşaat yahut diğer bir işi yerine getiren kişinin alacağı, TMK m. 893 hükmünün geniş olarak yorumlanması suretiyle, bu kişinin yapı alacaklısı olduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla maddi bir fiili ile yapının inşaatına aktif olarak katılarak iş sahibinin faydasına olacak şekilde katkıda bulunan işgörenin bu eyleminden kaynaklanan alacağı, TMK m. 893'ün lafzında yer alan "emek veya emek ve malzeme verme" şartını sağladığı sürece yapı alacağı; bu faaliyeti yürüten caiz ve gerçek vekâletsiz işgören kişi ise yapı alacaklısıdır.

261-280. Bern, 1995; Eren/Dönmez, TBK m. 526, N. 1; Gümüş, Özel, s. 225 vd.; Eren, Özel, s. 913; Kılıçoğlu, Özel, s. 589; Zevkliler/Gökyayla, s. 639;

¹⁶⁸ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görmeye, s. 1; Gümüş, Özel, s. 225; Gülen-Erdoğan, s. 472-473; Kılıçoğlu, Özel, s. 589; Eren, Özel, s. 913; Zevkliler/Gökyayla, s. 639; Eren/Dönmez, TBK m. 526, N. 2; Uzun-Şenol, s. 294; Akipek-Öcal, Vekâlet, s. 723;

¹⁶⁹ Eren, Özel, s. 914-915; Akipek-Öcal, Vekâlet, s. 726; Uzun-Şenol, s. 295; Eren/Dönmez, TBK m. 526, N. 8; Gülen-Erdoğan, s. 479; Kılıçoğlu, Özel, s. 592; Zevkliler/Gökyayla, s. 639.

¹⁷⁰ Çetiner, s. 252; Akcan, s. 81; Yenice-Ceylan, s. 85; Uyumaz, s. 226; Reisoğlu, s. 30; Kalın, s. 16; Duman, s. 190; Güleş, s. 77.

İsviçre Federal Mahkemesi, İMK’de 2012 yılında yapılan değişiklikten önceki kararlarında, malik haricindeki kişilerin yaptırdığı inşaat faaliyetlerinden doğan yapı alacaklarının kanuni ipotek hakkına konu olabilmesi için malikin o inşaat faaliyetine izin vermesi şartını aramamıştır¹⁷¹. Federal Mahkeme, taşınmaz malikinin izni alınmamış olsa dahi inşaatı yapan kişinin vekâletsiz işgörme hükümleri uyarınca tazminat alacağı doğduğundan bu alacağın kanuni ipotekle teminat altına alınabilmesi gerektiği kanaatindeydi¹⁷². Ancak İsviçre Medeni Kanunu’nda 2012 yılında yürürlüğe giren değişiklikler neticesinde İMK m. 837/II hükmü değiştirilmiş, kiracı, hasılat kiracısı ya da taşınmaz üzerinde hak sahibi olan diğer kişilerin yaptığı veya yaptırdığı inşaat edimlerine ilişkin kanuni ipotek talepleri, ancak malikin söz konusu faaliyetlerin yürütülmesine onay vermesi halinde kabul edilebilir hale getirilmiştir¹⁷³.

İsviçre hukukunda yapılan bu değişikliklerle birlikte kiracı, hasılat kiracısı ya da taşınmaz üzerinde hak sahibi olan diğer kişilerin yaptırdığı inşaat faaliyetleri dolayısıyla alacaklı olanlar, bu inşaatlara malikin rıza göstermemiş olması halinde artık yapı alacaklısı olamazlar¹⁷⁴. Örneğin bir yapının kiracısı o taşınmazda malikin rızası olmaksızın bir inşaat faaliyeti yürütürse, bu inşaat faaliyetinden doğan yapı alacağının tescili, bu faaliyete malikin rıza göstermesine, yani o işler için yapılacak masraflardan dolayı sorumluluğunu kabul etmiş olmasına bağlıdır¹⁷⁵. Öğretide, taşınmaz üzerinde yürütülen yapı faaliyeti ile malik lehine yaratılan bir değer artışı söz konusuysen sırf

¹⁷¹ Bkz. BGE 92 II 227 = JdT 1967 I 264; BGE 95 II 221 = JdT 1970 I 143 (<https://www.bger.ch/de/index.htm>) (E.T: 08.01.2024).

¹⁷² Federal Mahkeme, 2007 tarihli bir kararında başkasının arazisi üzerine kendi malzemeleriyle inşaat yapan tazminat hakkı sahibine, yapı ipoteği hakkına kıyasen kanuni bir ipotek hakkı tanınması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. BGE 134 III 147, Çeviri: **Kaşak**, Fahri Erdem, *Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2014/2, s. 1069-1072. *Akcan’a göre*, TMK m. 722-723 hükmü uyarınca malikin rızası olmasa dahi yapı üzerinde yürütülen inşaat faaliyetinde kullanılan malzeme arazinin bütünüleyici parçası haline geldiğinden malzemenin sökülüp alınması mümkün değilse malzeme sahibi lehine bir tazminat alacağı doğar. Bu tazminatın yapı alacağı olmanın gereklerini taşıması halinde, malikin rızası olmasa dahi yapı ipoteğinin tesciline konu olabilmesi mümkündür. Bu yönüyle Federal Mahkeme’nin vekaletsiz işgörenlerin yapım işinden doğan alacaklarının yalnızca malikin bu yapım işine rıza göstermesi halinde yapı ipoteği ile teminat altına alınabileceğini savunan kararları (2012 tarihli değişiklik öncesi için) isabetsizdir. Bkz. **Akcan**, s. 82.

¹⁷³ **Schmid/Hürliemann-Kaup**, N. 1706; **Pfäffli/Santschi Kallay**, s. 462; **Schumacher/Rey**, N. 464.

¹⁷⁴ **Schumacher/Rey**, N. 464; **Schmid/Hürliemann-Kaup**, N. 1706; **Pfäffli/Santschi Kallay**, s. 463.

¹⁷⁵ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1129; **Güleş**, s. 79; **Yenice-Ceylan**, s. 87; **Çetiner**, s. 254; **Süral**, s. 695; **Duman**, s. 190; **Köprülü/Kaneti**, s. 226

malikin onayının alınmaması sebebiyle bu değeri yaratan kimselerin kanuni ipotek hakkından yararlanamaması, mağduriyetlere yol açabileceğinden bahisle eleştirilmekte, kanunda öngörülen diğer şartların sağlanması halinde iyiniyetli yüklenici ve zanaatkârların yapı alacaklısı olabilmeleri savunulmaktadır¹⁷⁶.

Türk hukukunda ise İsviçre hukukundan farklı olarak kiracı, hasılat kiracısı ya da taşınmaz üzerindeki diğer hak sahiplerinin yaptırdığı faaliyetlerden dolayı yapı alacaklısı olabilmenin malikin rızasına bağlandığına ilişkin bir hüküm yoktur¹⁷⁷. Öte yandan TBK m. 321 hükmü uyarınca kiracı, kiralananındaki değişiklik ve yenilikleri ancak kiraya verenin yazılı rızası ile yapabildiğinden böyle bir izin veya icazet olmaksızın yürütülen yapı faaliyetleri sebebiyle bu faaliyetleri yürütenlerin yapı alacaklısı olup olmayacağı sorunu gündeme gelebilir. Dikkat edilirse, maddede kiralanda değişiklik ve yenilik yapılması malikin değil, kiraya verenin yazılı iznine tabi tutulmuştur. Bilindiği üzere taşınmazı kiraya veren, mutlaka o taşınmazın maliki olmak zorunda değildir. Bu durumda sorun, kiraya verenin aynı zamanda malik olup olmaması ihtimallerinde ayrı ayrı ele alınarak çözüme kavuşturulmalıdır.

Kiraya veren aynı zamanda o taşınmazın maliki ise ve kiracı tarafından taşınmazın yenilenmesi veya değiştirilmesi için yürütülecek yapı faaliyetine TBK m. 321 hükmüne uygun olarak yazılı olarak önceden rıza gösterdiyse artık o inşaat faaliyeti sebebiyle ortaya çıkan yapı alacağına katlanmalıdır. Dolayısıyla bu durumda yapı alacaklıları, o taşınmaz üzerinde yapı alacaklarının tescilini TMK m. 893 hükmü şartları dâhilinde isteyebilmelidir. Zira bu durum kanaatimize göre, malikin kiracısının yapı

¹⁷⁶ Akcan, s. 58.

¹⁷⁷ Bununla birlikte öğretide malikten başka biri tarafından yaptırılan yapı işleri sebebiyle doğan yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilebilmesi için malikin buna rıza göstermesi gerektiği yönünde bkz. **Yenice-Ceylan**, s. 87; **Göka**, s. 464; **Güleş**, s. 80; **Köprülü/Kaneti**, s. 312; **Uyumaz**, s. 233. *İnce-Akman*, sınırlı aynı hak sahiplerinin talimatlarıyla yapı işini gerçekleştiren kişilerin de yapı alacaklısı olarak kanuni ipotek hakkına sahip kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **İnce-Akman**, s. 1116. Öte yandan Yargıtay, 2016 yılında vermiş olduğu bir kararda, TMK m. 893 uyarınca sadece malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenicilerin yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteyebileceğini, somut uyuşmazlıktaki davacının alt yüklenici olmadığı, yalnızca iş sahibi kiracıdan alacaklı yüklenici konumunda olması sebebiyle taşınmaz malikine karşı kanuni ipotek alacaklısı sıfatının bulunmadığına hükmetmiştir. Bkz. Y. 15. HD: E. 2016/1924, K. 2016/3111, T. 31.05.2016 (*Naklen: Yenice-Ceylan*, s. 87-88, *dpn.* 323).

faaliyetini yürütenlere karşı olan borcunun teminatı olarak kendi taşınmazını göstermesi olarak yorumlanarak TMK m. 895 anlamında yapı alacağının malik tarafından kabul edilmesi anlamına da gelir. Durum, kiraya veren malikin yapı faaliyetine sonradan rıza göstermesi halinde de aynıdır. Zira taşınmazda gerçekleştirilen yapı faaliyetinin taşınmazda değer artışı yarattığı ve bu yönüyle malikin lehine olduğu açıktır. Aksinin kabulü, malikin taşınmazdaki değer artışı ile ödüllendirilmesi, yapı faaliyetlerini yürütenlerin ise önemli bir teminattan mahrum bırakılması anlamına gelir ki bu durumun hakkaniyete aykırı olduğu açıktır. Eğer kiraya veren malik, bu yapı faaliyetine hiç rıza göstermez ya da yapı faaliyeti malikten habersiz olarak yürütülürse, malik ile yapı faaliyetini yürütenler arasında kurulan hukuki ilişki caiz olmayan vekâletsiz işgörme niteliğindedir¹⁷⁸. Zira kanun hükmü kiralanan taşınmazda yenilik ve değişiklik yapılmak maksadıyla yapı faaliyetlerine girişilmesini açıkça kiraya verenin yazılı iznine tabi tuttuğundan bu izin olmaksızın yapı faaliyeti yürütülmesi yasaktır. Dolayısıyla kiraya veren malikin rızası hilafına böyle bir faaliyet yürütülmesi halinde yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin de istenememesi gerekir. Aslında bu durumda malikin alt yüklenicilik müessesesinde olduğu gibi birden fazla ödeme yapma riski (*Doppelzahlungsrisiko*) bulunmamaktadır. Keza burada yapı faaliyetini yürüten kimseler ile kiracı arasında yapı faaliyetine yönelik genellikle bir eser sözleşmesi bulunduğundan bedel ödeme borcu da kiracı üzerindedir. Ancak yine de malikin rızası hilafına yapılan bu yapı faaliyeti sebebiyle malikin taşınmazının ipotekle yüklenebileceğinin kabulü, maliki eser bedelinin ödenmemesi halinde taşınmazının paraya çevrilmesi riskiyle karşı karşıya bırakılmaktadır. Bu sebeple, kiraya veren malikin

¹⁷⁸ Caiz olmayan vekâletsiz işgörme, işgörenin iş sahibinin menfaatinin gerektirmediği ya da iş sahibi tarafından geçerli olarak yasaklanmış bir işi görmesi anlamına gelir. Burada işgören başkasının işini görme iradesiyle hareket etmekle birlikte, iş sahibinin işgörenin müdahalesini yasaklaması veya iş sahibinin menfaatinin bunu gerektirmemesi durumu söz konusudur. Caiz olmayan vekâletsiz işgörme de hukuki niteliği itibarıyla caiz vekâletsiz işgörme gibi sözleşme benzeri bir hukuki ilişkidir. Bkz. **Hatemi**, Vekâletsiz İş Görme, s. 384; **Eren**, Özel, s. 918-919; **Eren/Dönmez**, TBK m. 526, N. 24; **Zevkililer/Gökyayla**, s. 640; **Gümüş**, Özel, s. 242; **Akipek-Öcal**, Vekâlet, s. 730;

rızası olmaksızın taşınmazda kiracı tarafından yaptırılan yapı faaliyeti sebebiyle kiracıdan alacaklı olanlar, yapı alacaklısı olamazlar.

Kiraya verenin taşınmazın maliki olmadığı durumda ise malik olmayan kiraya verenin dahi yazılı olmaksızın taşınmazda kiracı tarafından yapı faaliyeti yürütülmesi ve bu faaliyet neticesinde taşınmazın yapı alacaklısı ipoteği ile yüklenmesi, yukarıda zikrettiğimiz gerekçelerle malikin aleyhine hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağından kabul edilmemelidir. Kiraya verenin yazılı izni ile yürütülen yapı faaliyeti neticesinde ortaya çıkan yapı alacağının tescili ise kabul edilmelidir. Keza burada TBK m. 321 hükmünde aranan şartlar sağlanmış, yapı faaliyeti kiraya verenin yazılı izni ile yürütülmüştür. Kiraya veren ile taşınmazın maliki arasında da genellikle vekâlet sözleşmesi veya en azından temsil ilişkisi bulunduğundan kiraya verenin davranışlarının maliki etkilemesi kaçınılmazdır. Hal böyle olunca, yapı faaliyetini kiraya verenin yazılı iznine dayalı olarak yürütenler, taşınmazın maliki açısından gerçek ve caiz vekâletsiz işgören konumunda olup yapı alacaklısı olabilirler. Dolayısıyla bu kimselerin yapı alacaklarının tescili gerekir kanaatindeyiz¹⁷⁹.

e. Mühendis, Mimar ve Diğer Fikri Emek Sarf Edenlerin Durumu

Yapı alacaklısı olabilecek kişileri düzenleyen TMK m. 893 hükmü, yapının inşasında emek veya emek ile birlikte malzeme sağlayanların yapı alacaklısı olabileceklerini ifade eder. Ancak kanunda emek kavramından ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Bir başka deyişle, emek kavramından mutlaka fiziki bir efor sarf ederek

¹⁷⁹ *Reisoğlu* aksi görüştedir. Yazara göre, üçüncü bir şahıs konumunda olan kiracı tarafından yaptırılan inşaat veya yapı faaliyeti sebebiyle malik bir borç altına girmiyorsa inşaatı yaptıran kiracıya eser sözleşmesiyle bağlı olsalar dahi yüklenici ve zanaatkarlar kanuni ipotek hakkından faydalanamaz. Yazara göre bu sonuç, maliki alt yüklenicilere karşı ancak asıl yükleniciye olan borcu tutarında sorumlu bulunduğu kabulünden çıkmaktadır. Bu durumda kiracı ile aralarında eser sözleşmesi bulunan yüklenici veya zanaatkarların bu yapı faaliyetine malikin rızasının olup olmadığını araştırmaları gerekir. Bkz. **Reisoğlu**, s. 45. Amerikan hukukunda da yapı alacaklısı ipoteği, malik veya temsilcisi ile sözleşme imzalayanlara tanınmış, arazi üzerinde hakkı olmayan bir kimse ile (o şahıs arazinin zilyedi dahi olsa) yapılan sözleşmeden kaynaklanan alacakların yapı alacaklısı ipoteğine vücut vermeyeceği kabul edilmiştir. Amerikan hukukunda yapı alacaklısı kavramı hakkında bkz. ([https://content.next.westlaw.com/Document/Iefe14c62727911da9cd2d0bb1ab9e23e/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://content.next.westlaw.com/Document/Iefe14c62727911da9cd2d0bb1ab9e23e/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default))); **Kayuha**, Bruce: “Constitutionality Of Mechanics' Liens Statutes”, *Washington and Lee Law Review*, C. 34, S. 4, M. 3, s. 1067-1096, Washington, 1977. (<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol34/iss4/3>) (E.T: 15.02.2023).

yapının inşasında maddi bir emek harcamanın gerekli olup olmadığı belirsizdir. Hal böyle olunca, yapının inşasında en az fiziki efor ve kas gücü kullanımı kadar önemli olan fikri emeğin yapı alacaklısı olabilme noktasında bir dayanak oluşturup oluşturamayacağı sorunu gündeme gelir.

Bilindiği üzere, bir yapının inşasına başlanabilmesi için ciddi bir mühendislik ve mimarlık faaliyeti yürütülmesi gereklidir. Yüklenicilerin gerekli mühendislik ve mimarlık hizmetlerini ikame ettirmeden bir yapının inşasına başlamaları mümkün değildir. İşte başta mühendisler ve mimarlar tarafından yapılan arazi etüdü, projelendirme, mimari planlama vb. faaliyetler dolayısıyla fikri bir emek sarf edilen işlerin bu işleri yapanlara TMK m. 893 anlamında yapı alacaklısı sıfatını kazandırıp kazandırmayacağı tartışmalıdır.

Öğretide savunulan bir görüş, TMK m. 893'ün lafzından hareketle yapı için yalnızca fikri katkıda bulunan kimselerin ve özellikle mimar ya da mühendislerin yapı alacaklısı olamayacağı yönündedir¹⁸⁰. Bu görüşü savunan yazarlara göre, söz konusu fikri ürünler yapının bir parçası haline gelmediğinden mühendis ve mimar gibi fikri ürün sahiplerinin alacaklarının yapı alacaklısı ipoteği ile korunması mümkün değildir¹⁸¹.

Ne var ki, İsviçre Medeni Kanunu'nda 2012 yılında yürürlüğe giren değişiklikler neticesinde, fikri emek sarf edenlerin yapı alacaklısı olup olamayacakları da öğretilerdeki tartışmalara yeni bir yön kazandırmıştır¹⁸². Keza İMK m. 837 metninde yapılan değişiklikle, yapı faaliyetlerine “*yıkım işleri, iskele kurma, inşaat temelini kazılması veya benzeri işler*” ifadesi madde metnine eklenmiş, örneksene yoluyla sayılan bu

¹⁸⁰ **Zobl**, s. 89-90; **Schumacher/Rey**, N. 244; **Saymen/Elbir**, s. 632; **Simond**, s. 30; **Süral**, s. 694; **Duman**, s. 191; **Akın**, s. 753; **Bıçakçı**, s. 541; **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 166.

¹⁸¹ **Saymen/Elbir**, s. 632; **Simond**, s. 30; **Schumacher/Rey**, N. 307 vd.; **Zobl**, s. 89-90, **Oral**, s. 683.

¹⁸² *Schumacher*, söz konusu değişiklikler taslak aşamasındayken fikri emek sarf edenlerin yapı alacaklısı olmamaları gerektiğini, böyle bir durumun kabulü halinde yalnızca mühendis ve mimarların değil; yapının inşasında veya inşaat hazırlıkları sürecinde avukatlar da dâhil olmak üzere her türlü fikri emek sarf edenlerin yapı alacaklısı olabilmelerinin önünün açılacağını, bu durumun da taşınmaz maliki aleyhine taraflar arasındaki sözleşmeden beklenen menfaat ilişkisini fazlasıyla bozacağını ve kurumun amacıyla bağdaşmayacağını, fikri ürünlerin değerlerinin belirlenmesinin ve yapı alacaklısı ipoteğinin işin bitiminden sonra dört ay içerisinde tescili gerektiğinden fikri ürünlerin tamamlanma tarihlerinin tespitinde zorluklar yaşanacağını savunmuştur. Bkz. **Schumacher**, Rn. 309-313.

faaliyetler de yapı alacağı kavramına dâhil edilmiştir. Başka bir ifadeyle, kanun değişikliğinden önce yapı alacaklısı ipoteği yalnızca zanaatkâr ya da yüklenicinin yapı veya diğer işler nedeniyle elde ettikleri alacaklar ile sınırlıyken, yeni hükme göre yapı alacaklısı ipoteği bunlara ilaveten yıkım faaliyetleri, inşaat iskelesi inşası, hafriyat çalışmaları ve benzeri durumlar için de talep edilebilir hale getirilmiştir¹⁸³. Bu sayma sınırlı sayıda olmayıp İsviçre kanun koyucusunun hükmü düzenleme amacını ortaya koymuştur¹⁸⁴. Gerçekten de İsviçre kanun koyucusu, öğretide daha öncesinde tartışmalı olan bazı faaliyetleri¹⁸⁵ yapı faaliyeti olarak bu hükümde zikrederek bu faaliyetleri yürütenlerin de yapı alacaklısı olabileceğini düzenlemiştir¹⁸⁶.

Bu durum, İsviçre öğretisinde yapı alacaklısı olabilecek kişilerin tespitinde, bu kişilerin faaliyetlerinin inşaaata etkisine göre ikili bir ayrıma tabi tutulması gerekliliği düşüncesini doğurmuştur. Bu noktada, edimlerin yapı faaliyeti ile arasındaki ilişki ve bağ önemli olup yapı faaliyetinin somut bir şekilde yapıda bir değer artışı meydana getirmiş olması gerekli değildir¹⁸⁷. Bu edimlerin yapıda dolaylı da olsa etkili olmaları ve asıl yapı işleriyle sıkı bir bağ içinde bulunmaları, bu edimleri ifa edenlerin ipotek güvencesinden faydalanabilmeleri için yeterlidir. Dolayısıyla doğrudan taşınmazdaki yapı veya diğer işlere hizmet etmese de bunları destekleyen veya bunların yapılabilmesinin koşulunu oluşturan işlerin, yapı veya diğer işlerle bağlantılı olmaları

¹⁸³ **Oral**, s. 683; **Schmid/Hürliemann-Kaup**, N. 1707

¹⁸⁴ **Schmid/Hürliemann-Kaup**, N. 1707; **Çetiner**, s. 253

¹⁸⁵ İnşaat iskelesi inşasının yapı alacaklısı ipoteğine konu olup olamayacağına yönelik İsviçre öğretisi görüşü ve Federal Mahkeme kararları, söz konusu kanun değişikliği öncesinde birbirleriyle çelişkilidir. Keza Federal Mahkeme kanun değişikliğinin yürürlüğe girmesinden kısa bir süre önce verdiği bir kararında (BGE 136 III 6 E. 5.4 ve 5.5) inşaat iskelesinin tek başına bir yapı olmadığı ve başka bir yerde de kullanılmasının mümkün olmaması sebebiyle yapı alacaklısı ipoteğine konu olamayacağına hükmetmiştir. Öte yandan öğretide, iskele kurulmasının yapı alacaklısı ipoteğinin tescili hakkını verdiğini savunulmuştur. Bkz. **Oral**, s. 683, dpn. 94; **Çetiner**, s. 253, dpn. 700; **Thurnherr**, s. 916; **Schumacher**, s. 321; **Schmid/Hürliemann-Kaup**, s. 464. Ayrıca bkz. BGE 131 III 300 E. 4.

¹⁸⁶ **Çetiner**, s. 253; **Schmid/Hürliemann-Kaup**, s. 464

¹⁸⁷ **Çetiner**, s. 253. Bu bağlamda İsviçre öğretisinde birincil ve ikincil edim ayrımı yapılmakta olup birincil edimlerden anlaşılması gerekenin İsviçre’de 2012 tarihine kadar yapı alacaklısı ipoteğine konu olabilen, taşınmaza dolaysız ve fiziksel olarak etkide bulunmuş malzeme ve emektir. İkincil edimler ise genellikle yapının inşasından önceki hazırlık aşamasında ifa edilen, taşınmazın üzerinde doğrudan bir etkisi bulunmayan ve birincil edimleri destekler nitelikteki edimlerdir. Bkz. **Oral**, s. 683-684; **Thurnherr**, s. 79; **Schmid/Hürliemann-Kaup**, s. 464 vd.

nedeniyle ipotek kapsamına girecekleri kabul edilmelidir¹⁸⁸. Buradaki bağlantının sıkı bir bağlantı olması, yani yapıyla açık ve somut bir ilişki içerisinde bulunması, spesifik olarak yapıya yönelik olarak gerçekleştirilmiş olması gerekli ve yeterlidir¹⁸⁹. Bu bağlamda, bir mimar tarafından yapının projesinin çizilmesi, inşaat için vinç kurulması veya sökülmesi gibi işler, yapıda herhangi bir değer artışı sağlamasa da yapı edimiyle sıkı bir bağlantı içinde olduğundan ipotek kapsamına girerek bu faaliyetleri yürütenlerin yapı alacaklısı olabilmelerini sağlar¹⁹⁰. İsviçre Federal Mahkemesi de değişiklikten sonra, 2014 yılında verdiği bir kararında fikri emek sarf edenlerin yapı alacaklısı olabileceklerini doğrudan ifade etmemekle birlikte, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep eden kişinin “*fiziksel veya fikri bir ürünle yapıya katkıda bulunmaması sebebiyle*” yapı alacaklısı olamayacağına hükmetmiştir¹⁹¹. Dolayısıyla Federal Mahkeme’nin kanun değişikliği sonrası tutumunun mühendis ve mimar gibi fikri emek sarf edenlerin de yapı alacaklısı olabileceği yönünde olduğu anlaşılmaktadır.

Alman hukukunda ise durum, 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerle çözüme kavuşturulmuştur. Gerçekten de BGB §650q/1 hükmü, mühendis ve mimarların malikle sözleşme ilişkisi içerisinde olmaları halinde, BGB §650e hükmüne atıfla, yapı alacaklısı olabileceklerini düzenlemiştir. Böylece Alman hukukunda, fikri bir emek sarf eden mühendis ve mimarların malikle sözleşme

¹⁸⁸ Schmid/Hürlimann-Kaup, s. 465; Çetiner, s. 253-254. Mimar ve mühendislerin yalnızca inşaata ait plan ve proje çizimi yapmaları halinde yapı alacaklısı olamayacakları, öte yandan fikri emeğin yapının inşasına katkısının önemli ve gerekli olduğu hallerde bu emeği sarf edenlerin yapı alacaklısı ipoteğinin korumasından faydalanabileceği hakkında bkz. Frey, ZGB Art. 837, N. 17. Bununla birlikte İsviçre’de mimar, mühendis ve jeolog gibi yapı faaliyetinde fikri emek sarf edenlere ödenecek ücretlerin de yapı alacaklısı ipoteği kapsamına alınması gerektiği 2004 senesinde yapılan bir teklif ile ileri sürülmüş, ancak bu görüşmeler sonuçsuz kalmış, 27 Haziran 2007 tarihli teklife yönelik yapılan görüşmelerde ise tekrardan gündeme getirilmemiştir. Mimar ve mühendislerin bu hakka sahip olmamasının isabetli olduğu hakkında bkz. Schumacher/Rey, N. 245; Schumacher, N. 309.

¹⁸⁹ Schmid/Hürlimann-Kaup, N. 1707a; Çetiner, s. 254; Frey, ZGB Art. 837, N. 17.

¹⁹⁰ Çetiner, s. 254.

¹⁹¹ Oral, s. 685-686. Ayrıca 21.10.2014 tarihli BGE 5A_812/2014 numaralı kararının 2.2. paragrafında İsviçre Federal Mahkemesi, “... Mit Bezug auf die definitive Eintragung des Bauhandwerkerverpfandrechts hat es im Wesentlichen erwogen, der Beschwerdeführer habe keinerlei eigene Leistungen, weder physische noch intellektuelle...” ifadeleri ile yapı alacaklısı olabilecek kişilerin fiziki (*physische*) emek sarf edenler olduğu kadar fikri (*intellektuelle*) emek sarf eden kişiler de olabileceğini hüküm altına almıştır. Kararın tam metni için bkz. (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F21-10-2014-5A_812-2014&lang=de&type=show_document&zoom=YES&) (E.T: 03.02.2024)

içerisinde olarak yapının inşasında rol almaları halinde yapı alacaklısı olabilecekleri kanuni bir düzenlemeyle güvence altına alınmıştır¹⁹².

Amerikan hukukunda da mimar ve mühendislerin yapı alacaklısı olabilecekleri, birçok eyaletin kendi yasaları ile düzenlenerek fikri emek sarf edenlerin hakları yapı alacaklısı ipoteği vasıtasıyla korunmuştur¹⁹³.

Türk hukukunda, mehzaz İsviçre Medeni Kanunu'nda yer aldığı şekliyle yapı faaliyetleri örnekseme yoluyla da olsa sayılmamış; yapı alacaklısı olabilmenin koşulu, yapının inşasında emek veya malzeme ile birlikte emek sarf etmek olarak belirlenmiştir. Bu sebeple kanaatimize göre, mühendis ve mimar gibi yapının inşasında elzem rol oynayan fikri emek sahiplerinin de yapı alacaklısı olabilmeleri gerekir¹⁹⁴. Keza İsviçre öğretisinde yapılan birincil edim-ikincil edim ayrımı gözetildiğinde de mühendis ve mimarların faaliyetlerinin yapının inşasında birincil rol oynadığının kabulü gerekir. Öte yandan örneğin bir duvar inşa ederek yapının inşasında fiziki emek sarf eden bir

¹⁹²

¹⁹³ Amerikan hukukunda çeşitli eyaletlerde mimar ve mühendislerin yapı alacaklısı sıfatını haiz olduğu düzenlemeler ve bunlara ilişkin açıklamalar için bkz. **Dewhurst**, Christian: “Mechanic’s Liens For Design Professionals: A Powerful Payment Collection Tool” *Texas Construction Law Blog (Co-Author: Tim Fandrey – Gray Reed Law Partnership)* (<https://www.texasconstructionlawblog.com/2021/01/mechanics-liens-for-design-professionals-a-powerful-payment-collection-tool/>) (E.T: 06.11.2023); **Smith**, Thomas Warner: “Mechanic’s Lien Priority Rights for Design Professionals”, *Washington and Lee Law Review*, Y. 1989, C. 46, S. 4, Article 9, s. 1035-1065. (<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol46/iss4/9/>) (E.T: 06.11.2023); **Dixon**, James: “RE&C In Review: Design Professionals Will Be Granted Lien Rights on Commercial Projects Under Senate Bill 49”, *Brouse McDowell, A Legal Professional Association*, (<https://www.brouse.com/rec-in-review-design-professionals-will-be-granted-lien-rights-on-commercial-projects-under-senate-bill-49>) (E.T: 06.11.2023). Ayrıca eyaletlerdeki yapı alacaklısı ipoteğine ait kanuni düzenlemeler için bkz. (https://fullertonlaw.com/50-state-summary-mechanics-lien-law#_Toc10973300) (E.T: 06.11.2023).

¹⁹⁴ Aynı görüşte bkz. **Reisoğlu**, s. 43; **Güleş**, s. 114. *Güleş’e* göre mimar ve mühendislere yapı alacaklısı ipoteği hakkının tanınması her zaman hükmün koruma amacı ile bağdaşmayabilir. Mimar veya mühendislerin bu sıfatlarından ziyade yüklenici ya da zanaatkâr gibi yapı işinde yer aldığı hallerde kendilerine ipotek hakkı tanınmalı, yalnızca proje çizimi gibi yapı ile bütünlük teşkil etmeyen eylemlerinden kaynaklanan alacakları ise ipotek ile güvence altına alınmamalıdır. Mimar ve mühendislerin ayrıca yapının da inşasını üstlenmiş olmaları halinde bu durumda yapı işinde yüklenici pozisyonunda olduklarından yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteyebileceklerine yönelik bkz. **Yenice-Ceylan**, s. 99; **Reisoğlu**, s. 43; **Saymen/Elbir**, s. 586; **Uyumaz**, s. 239; **Kaçaran**, s. 1379. Ayrıca bir yapının projesini çizerek akabinde bunun uygulanmasını denetleyen mimar ile yapılan sözleşme eser ve hizmet sözleşmelerinden oluşan bileşik bir sözleşme olduğundan proje düzenleme hizmetlerinin eser sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması gerektiği yönünde bkz. Y. 10. HD: E. 1975/4776, K. 1976/1102, T. 22.11.1976 (*Naklen: Yenice-Ceylan, s. 99, dpn. 378*). Dolayısıyla mimar veya mühendislerin inşaat projelerini çizdikten veya hazırladıktan sonra bunların uygulanmasını teftiş etmesinin kararlaştırılması, bu işe bileşik bir sözleşme teşkil edecek şekilde ilgili hükümlere bir eser sözleşmesi niteliği kazandırdığından mimar ve mühendisler ile yüklenici veya iş sahibi malik arasında bir eser sözleşmesi kurulduğunun ve buna dayanarak yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin istenebileceği sonucu çıkmaktadır.

zanaatkarı o duvarın planını çizen, ölçülerini belirleyen ve inşaatın fiilen başlamasına olanak sağlayan diğer fikri edimleri ifa eden mimar veya mühendisten ayrılmasını gerektirecek haklı bir gerekçe de yoktur. Alman hukukunda da konunun kanuni bir düzenleme ile çözüme kavuşturulduğu göz önüne alındığında, Türk hukuku bakımından da bu yönde kanuni bir düzenleme getirilmesi, düzenleme getirilene kadar da İsviçre öğretisinde savunulan birincil edim-ikincil edim ayrımına riayet edilerek, bağımsız olmaları koşuluyla, yapının inşasında fikri emek sarf eden mühendis ve mimarların TMK m. 893 kapsamında yapı alacaklısı olarak değerlendirilmeleri gerekir¹⁹⁵.

f. Yapı Alacaklısı Olamayacak Kişiler

Yapı alacaklısı olabilecek kişiler, TMK m. 893'te "*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*" olarak ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere yapı alacaklısı olabilmenin en önemli şartı, taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde "malzeme vererek veya vermeden emek sarf etmek" unsurudur. Dolayısıyla taşınmaz üzerindeki yapı veya diğer işlerde yalnızca malzeme vermek, yapı alacaklısı olmaya engeldir. Zira kanun koyucu bu hükümle aslında yapı üzerindeki emeği korumayı amaçlamıştır.

¹⁹⁵ Aksi görüşte bkz. **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 166; **Bıçakçı**, s. 540-541; **Ayan**, s. 234; **Sümer**, s. 606. Yazarlara göre, mimar ve mühendislerin plan çizmek ve benzeri çalışmaları, inşaatla bir bütün teşkil etmeyip yapıda herhangi bir değer artışı da meydana getirmediğinden bu kimseler yapı alacaklısı olamazlar. Öte yandan bu kişilerin kredi vermek mecburiyetleri olmadığı gibi sosyal durumları gereği de yapı sahibine karşı korunmaları gerekmez. Biz yazarların görüşüne katılmıyoruz. Kanaatimize göre, İsviçre kanun koyucusunun ZGB metninde yapmış olduğu örneksene yoluyla sayma, yapı alacaklısı olabilmek için taşınmazda değer artışı yaratmış olmanın artık aranmaması gerektiğini gösterir. Alman hukukundaki açık kanuni düzenleme de bu hususu destekler niteliktedir. Türk hukukunda da kanunda bir değişiklik yapılmıyca kadar mehz İsviçre hukukunda olduğu gibi birincil edim-ikincil edim ayrımı yapılarak sonuca varılmalıdır. Öte yandan TMK m. 893 hükmünün yapının inşasında harcanan emeğin mutlaka fiziki bir emek olması gerektiği şeklinde yorumlanması, en az fiziki emek kadar önemli olan fikri emeğin yok sayılması anlamına gelir. Mühendis ve mimarların kredi ile çalışma zorunluluğu altında olup olmaması veya sosyal durumları gereği yapı sahibine karşı korunma zorunluluğu altında olup olmadıkları ise tamamen sübjektif bir yargı ve ekonomik koşullara göre değişkenlik gösterebilen bir durumdan ibarettir. Dolayısıyla yüklenici veya malikten bağımsız olarak ve genellikle bir eser sözleşmesi kapsamında fikri emek sarf eden mimar ve mühendislerin de bu emeğinin karşılığı olarak TMK m. 893 anlamında yapı alacaklısı olabileceklerinin kabulü gerekir.

Bu sebeple, yapının inşası esnasında herhangi bir emek sarf etmeden yapı faaliyetine yalnızca malzemeyi sağlayan satıcı, yapı alacaklısı olamaz¹⁹⁶. Yani yalnızca satış sözleşmesinden kaynaklanan bir alacak, yapı alacağı olmadığından bu alacağın yapı alacaklısı ipoteği ile teminat altına alınması mümkün değildir. Ancak yapı faaliyetinde kullanılan malzemelerin yalnızca ipoteğe konu olacak yapı için özel olarak üretilmesi ve yapının bir unsuru haline gelmesi durumunda artık bu üretimi yapan kişinin yapı faaliyeti için ortaya bir emek de koyduğu gözetildiğinde bu alacağın bir yapı alacağı, bu kişinin ise yapı alacaklısı olduğu açıktır¹⁹⁷. Zira burada salt bir satış sözleşmesinden ziyade yapının unsuru haline getirilmek üzere emek sarf edilerek ortaya çıkarılan bir eser mevcut olduğundan artık bir eser sözleşmesinin varlığının kabulü gerekir.

Yapı faaliyetini yürüten yükleniciler veya zanaatkârlara bir hizmet sözleşmesi ile bağlı olarak çalışan kişilerin de yapı alacaklısı ipoteğinden faydalanma imkânı yoktur¹⁹⁸. Daha önce de ifade edildiği üzere bu kimselerin hizmet sözleşmesinden

¹⁹⁶ Frey, ZGB Art. 837, N. 16; Nomer/Ergüne, s. 360; Yenice-Ceylan, s. 97; Oral, s. 682; Kaşak, s. 120; Reisoğlu, s. 41-42; Schmid/Hürlimann-Kaup, s. 465; Bıçakçı, s. 41; Zobl, s. 64; Davran, s. 58; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1128; Güleş, s. 111; Göktürk, s. 1047; Köprülü/Kaneti, s. 224; Bıçakçı, s. 541; Süral, s. 694; Saymen/Elbir, s. 587; Ayiter, s. 179; Duman, s. 191; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1123. Yargıtay, önüne gelen somut bir uyuşmazlıkta yapılan işin özelliğinin inşaata malzeme sağlamak olduğundan bahisle yapı alacaklısı olunamayacağını ifade etmesi gerekirken farklı bir gerekçeyle yüklenicinin ipotek hakkı olmadığına hükmetmiştir: “...müvekkili ile dava dışı yüklenici A. Ltd. Şti. arasında 18.09.2012 tarihli hava soğutmalı VRS (Değişken Gaz Debili) sistemi satış sözleşmesinin düzenlendiğini... Davacı, borçtan sorumlu olan dava dışı yüklenici aleyhine dava açarak alacağını ilama bağlatmadığı gibi davacının dava dışı yükleniciden olan alacağı davalı iş sahibi Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kabul de edilmemiştir. Bu durumda şartları oluşmaya davanın reddine karar verilmesi gerekirken...” (Y. 15. HD: E. 2016/27, K. 2016/1944, T. 07.10.2016) (Naklen: Güleş, s. 111, dpn 237).

¹⁹⁷ Çetiner, s. 254; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1128; Frey, ZGB Art. 837, N. 16; Köprülü/Kaneti, s. 311; Güleş, s. 112; Nomer/Ergüne, s. 360; Oral, s. 682; Yenice-Ceylan, s. 97; Reisoğlu, s. 31; Akkanat, s. 282; Schmid/Hürlimann-Kaup, s. 465; Duman, s. 191.

¹⁹⁸ Güleş, s. 108; Oral, s. 682; Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın, s. 167; Akın, s. 752; Baysal, s. 156; Reisoğlu, s. 44; Yenice-Ceylan, s. 96; Frey, ZGB Art. 837, N. 16; Schmid/Hürlimann-Kaup, s. 465; Köprülü/Kaneti, s. 223; Göktürk, s. 1048; Uyumaz, s. 237; Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit: “Aynı Haklar (Ders Takrirleri)”, s. 203. Ankara, 1942; Sümer, s. 604; Artukmaç, s. 191. Öğretide bir görüş, işçilerin de kanuni ipotek hakkına sahip olması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre ülkemizin şartları bakımından bir işçinin inşaat ustasından daha az korunması hakkaniyetli olmayıp işçiler lehine İcra ve İflas Kanunu tarafından düzenlenen koruyucu hükümler de ipotek hakkı kadar güçlü değildir. Bu sebeple hizmet sözleşmesiyle bağlı olarak çalışan işçilerin de kanuni ipotek hakkını haiz olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Bkz. Turan, s. 103; Tunçomağ, s. 975. İşçinin kara katılarak yapı işinde joint venture tarzında bir ortak olarak bulunması halinde yüklenici sıfatını taşıdığı da kabul edilebiliyorsa yapı alacaklısı olduğunun kabulü gerektiği hakkında bkz. Yenice-Ceylan, s. 97; Güleş, s.

kaynaklanan işçilik alacakları zaten yeterince koruma altına alındığından ve ücretleri daha kısa sürelerde muaccel olduğundan ayrıca bir de kanuni ipotek hakkı ile korunması taraflar arasındaki dengeyi taşınmaz maliki aleyhine fazlasıyla bozar. Dolayısıyla bağımsızlık unsuru, yapı alacaklısı olabilme bakımından aranan elzem bir unsur olup yapı faaliyetinde malike veya yükleniciye bağımlı olarak çalışanlar, yapı alacaklısı olamazlar. Öte yandan, işçilerin emeklerinin karşılıklarını alamama tehlikesini fark etmeleri uzun bir zaman almadığından ücretleri ödenmeden işe devam etmemek saiki ile işi daha kolay bırakabilirler¹⁹⁹. Yine işçi alacakları miktar olarak nispeten daha düşük miktarda alacaklar olduğundan bu alacaklar için tapu sicili meşgul edilmemelidir²⁰⁰. Benzer şekilde, yükleniciye geçici bir süre için işçi sağlayan gerçek ve tüzel kişiler de yapı alacaklısı ipoteğinden yararlanamazlar²⁰¹.

İsviçre öğretisinde ortaya atılan birincil edim-ikincil edim ayrımına göre de taşımacılık, inşaat alanı yahut makine teçhizatının kiralanması, temizlik işleri, inşaat alanı güvenlik hizmetleri ile standart malzeme temini işleri, yapı işiyle ve taşınmazla sıkı bir bağlantı içerisinde olmadığından bu edimleri ifa edenler de yapı alacaklısı olamazlar²⁰².

3. Alacağa İlişkin Şartlar

a. Yapı Alacağı Kavramı

aa. Genel Olarak

Yapı alacağı, TMK m. 893 hükmünde bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf etmiş olmaktan kaynaklanan

110. İşçilerin yanı sıra takım çavuşları, müstahdemler, memurlar ve diğer bağımlı çalışanların da yapı alacaklısı olamayacakları yönünde bkz. **Oğuzoğlu**, s. 203; **Güleş**, s. 110; **Göktürk**, s. 1048

¹⁹⁹ **Güleş**, s. 109; **Göktürk**, s. 1048; **Bıçakçı**, s. 540

²⁰⁰ **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 167; **Reisoğlu**, s. 29; **Güleş**, s. 109

²⁰¹ **Oral**, s. 683.

²⁰² **Çetiner**, s. 254; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1128

bir alacaktır²⁰³. Türk Medeni Kanunu'nda yapı alacağı kavramı açıkça tanımlanmamış olmakla birlikte bir yapı veya diğer işler sebebiyle alacaklı olanların edimlerinin niteliklerinin değerlendirilerek bu alacakların birer yapı alacağı olup olmayacağının tespit edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu sebeple, yapı alacağının varlığının tespitinde, bu alacağa sahip olan kişilerin sıfatlarından ziyade ifa ettikleri edimler ön plandadır. Alacaklıların taşınmaz üzerindeki yapı veya diğer işlerde malzeme vererek emek sarf etmeleri ya da malzeme vermeden salt emeklerini ortaya koymalarından kaynaklanan alacakları, diğer şartların da varlığı halinde, yapı alacağı olarak nitelendirilir.

Kanunun düzenlemesinden hareketle, yapı alacağının tespitinde iki unsur ön plana çıkar. Bunlar, yapı alacağını meydana getiren unsurlar olarak adlandırılır ve yapı veya diğer işlerin inşası (imali) ile bu inşa esnasında yapıda emek veya hem emek hem malzeme vererek çalışmış olmak şeklinde ikiye ayrılır. Bir alacağın yapı alacağı olarak nitelendirilebilmesi için her iki unsurun da o alacak bakımından sağlanması gerekir. Dolayısıyla her iki unsuru da sağlayan bir alacak, yapı alacağı olarak nitelendirilerek kanuni ipotek hakkına vücut verirken bu unsurlardan birinin eksik olması halinde o alacağın yapı alacağı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

bb. Yapı veya Diğer İşlerin İnşası (İmali)

Bir alacağın yapı alacağı olarak nitelendirilmesi için gerekli olan ilk şart, ortada bir yapı veya diğer inşaat işinin bulunmasıdır. Yapı, genellikle bir taşınmaz üzerinde yapılan ekonomik ihtiyaçlara veya insanların oturmasına tahsis edilmiş, etrafı çevrili ve kapalı olan nesnelere dir. Bunların dışında, değirmen ve köprü gibi temeli olan ve arza bağlı olarak yapılan, yapılmalarıyla birlikte üzerinde yapıldıkları taşınmazın bütünleyici

²⁰³ Schmid/Hürlimann-Kaup, N. 1721; Akcan, s. 84; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1128; Yenice-Ceylan, s. 126; Sirmen, s. 704; Çetiner, s. 252; Uyumaz, s. 240; Göktürk, s. 1047; Reisoğlu, s. 50; Güleş, s. 151; Bıçakçı, s. 542; Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın, s. 167.

parçası durumuna giren her türlü nesne de yapı kapsamında değerlendirilir²⁰⁴. Bir yapının tadil ve tamirat işleri de yapı faaliyeti kavramına dâhildir²⁰⁵. Türk Medeni Kanunu'nda diğer yapı işleri olarak ifade edilen işler ise, toprak yüzeyini herhangi bir şekilde değiştirmeye yönelik faaliyetler ile teknik araçlar kullanılması suretiyle bir taşınmazın üstünde veya altında yapılan tesisler olup bu işlerin içine bahçeler, yollar, duvarlar, yapay göller, anıtlar, kaynak ve su tesisleri ile hafriyat (kazı) çalışmaları girer²⁰⁶.

Yapı kavramı, bina kavramı ile karıştırılmamalıdır. Bina, içinde insanların oturmasına tahsis edilen veya ekonomik faaliyetlerin yürütülmesi amacıyla inşa edilen tavanı ve tabanı olan etrafı çevrili ve kapalı yapıdır. Yani bina kavramı, yapı kavramının içinde olup her iki kavram hukuken birbirini yerine kullanılmamalıdır. Yapı ise daha geniş bir kavram olup çok çeşitli amaçlarla inşa edilebilen bina, köprü, yol, kanalizasyon, tünel gibi taşınmaz yapıların tümüne verilen genel isimdir. Hatta yapı kavramını taşınmazlarla sınırlı tutmak da hatalı olup taşınır yapılar ile taşınmaz bir yapının inşasında gerekli olan inşaat iskelesi ve bina temeli gibi elzem faaliyetlerin de yapı kavramı içinde yer aldığının kabulü gerekir.

Yapı kavramı, eser kavramı ile de karıştırılmamalıdır. Eser kavramı, yapı kavramını da içine alan bir kavram olup daha geniştir. Gerçekten de eser, maddi ve manevi (fikri) eser görüşüne göre, TBK m. 470 anlamında maddi şeyleri içerdiği kadar maddi bir varlığa sahip olmayan şeyleri de içeren bir üst kavramdır²⁰⁷. Bu itibarla, yalnız maddi varlığı olan eserler değil; maddi bir varlığa sahip bulunmamakla birlikte maddi bir şey içinde veya üzerinde kendini devamlı olarak gösteren şeyler de eser

²⁰⁴ **Eren**, Fikret: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, s. 750. Ankara, 2023 (*Genel*); **Oğuzman**, Kemal / **Öz**, Turgut: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2”, s. 174; **Antalya**, Osman Gökhan: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,2”, s. 461; **Akcan**, s. 84; **Sümer**, s. 603; **Eren**, Genel, s. 750 **Ayan**, s. 229; **Güleş**, s. 152; **Akıncı**, s. 161; **von Tuhr**, s. 404.

²⁰⁵ **Ayan**, s. 229; **Eren**, Genel, s. 750; **Sümer**, s. 603; **von Tuhr**, s. 404 **Davran**, s. 59; **Akcan**, s. 84.

²⁰⁶ **von Tuhr**, s. 404; **Güleş**, s. 152; **Akcan**, s. 84; **Göktürk**, s. 1045; **Eren**, Genel, s. 750.

²⁰⁷ **Eren**, Özel, s. 601; **Eren/Dönmez**, TBK m. 470, N. 17 vd.; **Büyükcay**, s. 34; **Kılıçoğlu**, Özel, s. 457; **Özdemir**, s. 494; **Gümüş**, Özel, s. 5;

sayılır²⁰⁸. Bu bağlamda bir bina, araba veya masanın yapılması kadar bir inşaat plan ve projesinin çizilip yapılması da bir eserdir. Yapı ise maddi eser kavramı kapsamına giren bir husus olup yapı eserleri, bir emek sonucu ortaya çıkarılan ve meydana getirilme amacı taraflar arasında kararlaştırılarak genellikle taşınmaz niteliğinde inşa edilen eserlerdir.

Türk Medeni Kanunu m. 893 hükmünde “*yapı*” kavramından kastedilenin, taşınmaz yapılar olduğunu ifade etmek gerekir. Bu bağlamda, taşınır yapılar ve taşınmazın eklentisi haline gelmiş taşınır eşyalardan kaynaklanan alacaklar yönünden yapı alacağının unsurları sağlanmaz. Yani baraka, kulübe, çadır, prefabrik ev gibi araziye bir temel atılarak sürekli bir biçimde bağlanmayan taşınır yapılar ve bu yapılar üzerindeki faaliyetler, yapı alacaklısı ipoteği kapsamında değildir²⁰⁹. Ancak kanun koyucu, yapı alacaklısı ipoteğinin kapsamındaki yapıları, yalnızca taşınmaz yapı vasfını haiz faaliyetler ile sınırlamamış, bir taşınmaz üzerinde yapılan diğer işlerden doğan alacakları da kanuni ipotek hakkının kapsamına sokmuştur.

Madde metninde yer alan “*diğer işler*”den anlaşılması gereken husus ise açık değildir. Kanun koyucu, mehz İsviçre Medeni Kanunu’nda 2012 yılında yürürlüğe giren değişiklikler ile yapı alacaklısı ipoteğini karşılayan İMK m. 837 hükmünde diğer işlerin örneksime ile sayılması yoluna da gitmemiştir. Gerçekten de İMK m. 837’de yapılan değişikliklerle “*diğer işler*” kavramından anlaşılması gereken hususlara “*yıkım faaliyetleri, inşaat iskelesi inşası, hafriyat çalışmaları veya benzeri çalışmalar*” örnek olarak verilmiş, böylelikle yapının inşasının yanı sıra yapının inşası kadar yapının yıkımına yönelik faaliyetler ile inşaat iskelesi inşası ve hafriyat çalışmalarından kaynaklanan alacakların yapı alacağı olarak değerlendirilebilmesinin önü açılmıştır. Kanaatimizce, TMK m. 893 hükmü lafzında yer alan “*diğer işler*” kavramından da aynı İsviçre hukukunda olduğu gibi yıkım faaliyetleri, inşaat iskelesi inşası, kazı çalışmaları

²⁰⁸ Kılıçoğlu, Özel, s. 457; Eren, Özel, s. 601; Özdemir, s. 494; Gümüş, Özel, s. 5; Eren/Dönmez, TBK m. 470, N. 17

²⁰⁹ Davran, s. 59; Akcan, s. 84-85

veya benzeri çalışmalar anlaşılmalıdır. Böylelikle, bir yapının inşası kadar yıkımı sebebiyle alacaklı olanların bu alacağı da yapı alacağı olarak nitelendirilebilir. Bu sonuç, bir yapının inşası kadar emek gerektiren, hatta bazı durumlarda yıkımı yapımından daha zor olan yapılar bakımından kanun koyucunun TMK m. 893 hükmüyle güvence altına almak istediği alacakların niteliğiyle de örtüşür. Aynı şekilde, bir taşınmazda yürütülen kazı çalışmaları sebebiyle sahip olunan alacaklar da böylelikle yapı alacağı olarak kanunun güvencesinden yararlandırılır.

cc. Yapıda Malzeme Vererek ya da Vermeden Emek Sarf Etmiş Olmak

Yapı alacağının varlığı için ikinci ve önemli unsur, bu yapının inşasında malzeme vererek veya vermeden emek sarf etmiş olmaktır. Zira TMK m. 893, bir taşınmaz üzerindeki yapıda veya diğer bir faaliyette malzeme vererek ya da vermeden emek sarf etmiş olanların bu emekleri sebebiyle sahip oldukları alacakların korunması amacını taşır. Gerçekten de kanun koyucunun burada korumak istediği değer, emektir.

Emekten ne anlaşılması gerektiği kanunda ifade edilmemiştir. Emek, bir iş için için harcanan fizik ve fikir gücü olarak tanımlanabilir²¹⁰. Kanun koyucunun amacı göz önüne alındığında, yapı alacaklısı ipoteği kurumu ile ön plana çıkarılan unsur, emek unsurudur. Hal böyle olunca, bir alacağın yapı alacağı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tespit edilirken incelenmesi gereken en önemli husus, bir alacaklının o yapının inşası maksadıyla bir emek sarf edip etmediğidir. Ancak kanun, yapının inşasında emek sarf eden herkesi ilgili korumadan faydalandırmamış; korunan emeği, istisnai bir durum olarak düzenlemiştir. Bu bağlamda, her ne kadar yapının inşasında fiziki veya fikri emek sarf etmiş olsalar da malik veya yükleniciye bir hizmet sözleşmesiyle bağlı olarak çalışan işçiler, korumanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla bağımsızlık şartını ön plana çıkaran kanun koyucunun hareket noktası, alacaklılarının ödenmesi ve sahip oldukları diğer teminatları yeterince imtiyazlı kabul

²¹⁰ Türk Dil Kurumu sözlüğü (sozluk.gov.tr) (Erişim Tarihi: 05.02.2024).

edilen bağımlı çalışanların yanı sıra bağımsız çalışan emek sahiplerinin de sahip oldukları alacaklar bakımından kanuni güvenceye kavuşturulmasıdır. Zira uygulamada, bağımsız olarak çalışan birçok zanaatkâr, kredili bir şekilde çalışmakta ve alacaklarını ancak inşaat faaliyetinin tamamlanmasıyla alabilmektedir. İnşaat faaliyetinin tamamlanması uzun sürebileceği gibi bu faaliyetin sekteye uğrayarak tamamlanamama ihtimali de her zaman vardır. Bu uzun süreler veya inşaatın yarım bırakılması riski, yapının inşasında emek sarf eden bağımsız çalışanların alacaklarını hiç veya tamamen alamama riskini de beraberinde getirir. İşte bu riski gözeterek hareket eden kanun koyucu, bağımsız olarak çalışan ve yapının inşasında emek sarf edenlerin bu inşaat faaliyeti sebebiyle sahip oldukları alacaklarını, yani emeklerini kanuni bir güvenceye kavuşturarak bu riski bertaraf etmek istemiştir. Böylelikle bağımsız emek sahipleri, TMK m. 893 anlamında yapı alacağına sahip olduklarından bu haklarının ipotekle güvence altına alınmasını isteyebilirler.

Daha önce de ifade edildiği üzere emek kavramından yalnızca kol gücü ve fiziki efor gerektiren bedensel gücü anlamamak gerekir. Bir yapının inşasında fiziki emeğin yanı sıra fikri emeğin de önemi yadsınamaz. Kanunun lafzında yalnızca fiziki emeğin korunacağına ilişkin bir ifade de kullanılmadığından hem fiziki hem de fikri emek sahipleri, yapı alacağına sahip olabilirler. Bu sebeple, bağımsız olarak çalışan bir duvar ustası veya marangoz kadar yine bağımsız olarak çalışmak kaydıyla bir mimar veya mühendis de sarf etmiş oldukları emek sebebiyle yapı alacağını haizdir. Zira bir yapının inşasında fiziki ve fikri emek birbirinin tamamlayıcısı konumunda olup salt bedensel güç harcadığından bahisle bir diğerini öteki karşısında üstün konuma taşımak, kanun koyucunun amacıyla da bağdaşmaz. Bu bağlamda, yapı alacaklısı olabilecek kimseler hususunda ifade ettiğimiz görüşler, sarf edilen emeğin niteliği, yani yapı alacağı bakımından da geçerlidir. Alman hukukunda da, BGB’de 2018 yılında yapılan değişikliklerle mühendis ve mimarların yapı alacağına sahip olabileceği hükme

bağlanmıştır. Ayrıca, genellikle tüzel kişiliğe sahip olan yüklenici veya alt yüklenicilerin yapının inşasına koymuş oldukları sermayenin TMK m. 893 hükmü kapsamında korunarak bu kişilerin alacakları yapı alacağı olarak nitelendirilirken fikri bir emek harcayan mimar veya mühendisleri bu korumadan mahrum bırakmak da kanunun amacıyla örtüşmez. Kanaatimizce burada sermayeyi korurken fikri emeği koruma dışında tutmak, hakkaniyete aykırıdır. Sonuç olarak, Türk hukukunda da Alman hukukundakine benzer bir şekilde mimar ve mühendislerin de bağımsız çalışıyor olmaları halinde yapı alacağına sahip olduklarının kanuni bir düzenlemeye kavuşturulması gerekir.

Kanunda, yapının inşasında veya diğer faaliyetlerde emek sarf edenlerin bu emeği teminat altına alınırken bu kimselerin yapıya ayrıca malzeme vermesi şart koşulmamıştır. Zira kanun malzeme vererek veya vermeden emek sarf eden herkesi aynı kefeye koymuş, emeğin yanında malzeme teminini zorunlu bir unsur olarak görmemiştir. Ayrıca yapının inşasında hem emek hem de malzeme sarf eden kişiler, salt emek sarf edenlere karşı ayrıcalıklı bir duruma da getirilmemiş, her iki alacak da yapı alacağı olarak nitelendirilmiştir. Örneğin sıva işlerini yapan sıvacı yalnız emek harcarken kendi elektrik malzemeleriyle inşaatın elektrik tesisatını yapan elektrikçi hem malzeme hem de emek harcar ve bu bağlamda her iki yapı alacaklısının alacağının niteliği TMK m. 893 kapsamında aynıdır²¹¹. Bu durum, kanun koyucunun emeği koruma amacıyla örtüşür. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bir yapıya veya diğer faaliyete yalnızca malzeme verilmesi sebebiyle alacaklı olanların alacağı, yapı alacağı olarak nitelendirilemez²¹². Yani inşaata yalnızca kum, tuğla, kiremit, yer karosu veya

²¹¹ Akcan, s. 85; Sirmen, s. 706; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1128

²¹² Duman, s. 191; Güleş, s. 111; Göktürk, s. 1047; Köprülü/Kaneti, s. 224; Saymen/Elbir, s. 587; Bıçakçı, s. 541; Süral, s. 694; Yenice-Ceylan, s. 97; Zobl, s. 64; Reisoğlu, s. 41-42; Ünver, s. 332; Oral, s. 682. Yargıtay da yalnızca malzeme satışından kaynaklanan alacağın yapı alacağı olarak sayılamayacağına hükmetmiştir. Bkz. Y. 19. HD: E. 2013/8202, K. 2013/12813, T. 15/07/2013 (*Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası, E.T: 05.07.2023*).

mermer satan bir kimsenin TMK m. 893 kapsamında bir yapı alacağı yoktur²¹³. Bir diğer ifadeyle, seri olarak üretilen malzemelerin sipariş edilmesi halinde taraflar arasındaki hukuki ilişki satış sözleşmesi hükümlerine tabi olduğundan bu satış sözleşmesinden doğan alacak, yapı alacağı olarak nitelendirilemez²¹⁴. Keza kanun tarafından korunmak istenen alacak, emek sarf edilmesi sebebiyle sahip olunan alacak olduğu için inşaat malzemelerini satan satıcının bu satış sözleşmesinden kaynaklanan alacağının kanun tarafından yapı alacaklısı ipoteği ile koruma altına alınmaması hükmün amacına uygundur.

Öğretide bir görüş, doğrudan bir emek sarf edilmesi söz konusu olmasa da o yapı faaliyeti için özel olarak üretilen inşaat malzemelerinin herhangi başka bir inşaatta kullanılamayacağından veya bunların kullanılması çok zor olacağından bahisle bu alacakların da yapı alacağı olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır²¹⁵. Bu bağlamda, salt o inşaat veya yapı faaliyeti için sipariş verilerek üretilmiş malzemenin tesliminden doğan alacaklar bakımından bu alacakların birer yapı alacağı olduğunu ifade etmek gerekir. Bu durumda satış ve eser sözleşmelerinin unsurlarını taşıyan ve uygulamada eser sözleşmesi hükümlerine tabi tutulan karma bir sözleşme bulunduğundan emek unsuru ön plandadır²¹⁶. Kanun koyucu TMK m. 893 hükmü ile emek unsurunu korumayı amaçladığından bu halde de bir yapı alacağı vardır.

²¹³ **Sirmen**, s. 706

²¹⁴ **Reisoğlu**, s. 31

²¹⁵ **Süral**, s. 694; **Kaçaran**, s. 1379; **Şener**, s. 60; **Altay/Eskiocak**, s. 284; **Ünver**, s. 332**Akcan**, s. 85; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1128; **Köprülü/Kaneti**, s. 311; **Nomer/Ergüne**, N. 1130. Federal Mahkeme de vermiş olduğu kararlarda, örneğin inşaat teslim edilen taze betonun satımından kaynaklanan alacağın da bir yapı alacağı olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, gerekçesinde taze betonun kısa süre içerisinde sertleşerek bozulabileceğinden bahisle emek unsurunun heba olması riskine karşı satıcının kanuni ipotek hakkıyla güvence altına alınması gerektiğini ifade etmiştir. Federal Mahkemenin bu yöndeki kararları için bkz. BGE 97 II 212; BGE 104 II 348. (<https://www.bger.ch/de/index.htm>) (E.T: 21.02.2023).

²¹⁶ **Oral**, s. 682; **Yenice-Ceylan**, s. 99; **Göka**, s. 460.

b. Yapı Alacağının Kapsamı

aa. Genel Olarak

Yapı alacağının kapsamından anlaşılması gereken husus, yapı alacaklısı ipoteği ile teminat altına alınmak istenen alacak kalemlerinin ne olduğu ve tescilin ne tutarda bir alacak için yapılabileceğidir. Taşınmaz rehnine hâkim olan ilkelerden olan belirlilik ilkesi, yapı alacaklısı ipoteği bakımından da geçerli olduğundan bu ipotek ile güvence altına alınacak miktarın mutlaka tapu sicilinde belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde tescilin yapılması mümkün olmaz.

Yapı alacağı, genellikle bir eser sözleşmesi sebebiyle yüklenici veya zanaatkârların sahip oldukları alacak olduğundan eser sözleşmesinden kaynaklanan bu alacağın miktarının belirlenmesi de yine eser sözleşmesini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre olur. Öte yandan, yapı alacağı mutlaka eser sözleşmesinden doğmak zorunda olmayıp vekâletsiz işgörme hükümlerinden de kaynaklanabilir. Bu durumda da yapı alacağının kapsamı, vekâletsiz işgörme hükümlerine göre vekâletsiz işgörenin alacağının hesaplanması yoluyla tespit edilir.

Yapı alacağının kapsamına alacaklı tarafından harcanan emek ve malzemenin değerinin girdiği açıktır. Öğretide bir görüşe göre bu alacağın geç ödenmesi sebebiyle işlemiş temerrüt faizi ya da bu alacağın elde edilmesi amacıyla yapılan dava ve takip giderleri yapı alacağının kapsamına girmez²¹⁷. Bu görüşü savunan yazarlar, yapı faaliyeti sonucunda taşınmazın değerinin artması halinde bu değer artışının da yapı alacaklısı ipoteği ile teminat altına alınamayacağını ifade etmişlerdir²¹⁸. Bizim de katıldığımız ve bu görüşü eleştiren bir başka görüşe göre ise TMK m. 875 hükmü karşısında faiz ve diğer masrafların da yapı alacaklısı ipoteğinin kapsamına girdiğinin

²¹⁷ Akcan, s. 85; Esener/Güven, s. 987.

²¹⁸ Esener/Güven, s. 987; Akcan, s. 85.

kabul edilmesi gerekir²¹⁹. Zira ilgili hükme göre taşınmaz rehninin alacaklıya sağladığı güvencenin kapsamına anapara, takip giderleri, gecikme faizi ve iflasın açıldığı veya rehnin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işleyen faiz girer²²⁰.

bb. Yapı Alacağının Eser Sözleşmesinden Doğması Halinde

aaa. Genel Olarak

Eser sözleşmesinde iş sahibinin borçlarını düzenleyen TBK m. 479 vd. hükümlerinde iş sahibinin asıl borcu, yüklenicinin yaptığı esere karşılık bir bedel ödeme borcudur. Bedel ödeme borcu, iş sahibinin sözleşme ile üstlendiği asli edim yükümlülüğünü ifade etmekte olup eser sözleşmesinin zorunlu ve objektif esaslı unsurları içerisinde yer alır²²¹. Bedel, kural olarak bir miktar paradır²²². Bedel unsuru, sözleşmede açıkça kararlaştırılabileceği gibi bedelin örtülü olarak kararlaştırılması da mümkündür²²³.

Tarafların ödenecek bedelin miktarını sözleşmeyi kurarken kesin olarak belirlemesi mümkün olduğu gibi miktar hakkında hiçbir belirleme yapmayarak sözleşmeyi kurmaları ya da bu miktarı sözleşmede yalnızca yaklaşık olarak

²¹⁹ **Yenice-Ceylan**, s. 132. Gerçekten de ipotek ile teminat altına alacağın kapsamına anapara, takip giderleri ve gecikme faizi ile sözleşme faizi girdiği gibi taşınmazın korunması için yapılan zorunlu masraflar ve özellikle malik ödemediği için onun hesabına sigortacıya ödenen primler de girer. Detaylı bilgi için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1090-1094; **Göktürk**, s. 1033. Yapı alacaklılarının çalışmaları sonucu kazanmış oldukları bedel ile birlikte taşıma ve hazırlık giderleri de dâhil olmak üzere tüm alacakları için ipotek haklarını tescil ettirebilecekleri yönünde bkz. **Akın**, s. 38; **Duman**, s. 2014; **Süral**, s. 695; **Demir**, s. 501

²²⁰ **Yenice-Ceylan**, s. 132.

²²¹ **Eren**, Özel, s. 608; **Büyükcay**, s. 37; **Özdemir**, s. 498; **Gümüş**, Özel, s. 6; **Kılıçoğlu**, Özel, s. 459; **Eren/Ünsal**, TBK m. 470, N. 31 vd.

²²² Ancak bedelin istisnai hallerde bir mal veya emekle belirlenmesi de mümkün olup önemle ifade etmek gerekir ki bedelin bir malla belirlenmesi halinde mal değişim sözleşmesi (trampa) söz konusu olmaz. Bu takdirde, çift tipli (edimli) karma bir sözleşme söz konusudur. Bedelin aynı şekilde bir emekle belirlenmesi halinde de çift tipli bir karma sözleşme söz konusu olup bu durumda sözleşmeye yüklenici yönünden eser sözleşmesinin, iş sahibi yönünden ise duruma göre hizmet veya vekâlet sözleşmesinin hükümleri uygulanır. Bir eserin meydana getirilmesi karşılığında başka bir eserin yüklenilmesinin taahhüt edildiği hallerde ise iki ayrı eser sözleşmesine ait unsurlardan oluşan çift tipli karma bir sözleşme mevcuttur. Bkz. **Eren/Dönmez**, TBK m. 470, N. 31; **Gümüş**, Özel, s. 7; **Büyükcay**, s. 37-38; **Özdemir**, s. 498-499; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 468-469; **Eren**, Özel, s. 608; **Kılıçoğlu**, Özel, s. 459

²²³ **Eren/Dönmez**, TBK m. 470, N. 32; **Özdemir**, s. 500; **Gümüş**, Özel, s. 7; **Eren**, Özel, s. 608; **Kılıçoğlu**, Özel, s. 459. Eserin meydana getirilmesi yerel âdete veya duruma göre ancak bir bedel karşılığında beklenebiliyorsa, bedelin örtülü olarak kararlaştırıldığına karine olarak kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. **Zevkliler/Gökyayla**, s. 469.

belirlemeleri de mümkündür²²⁴. Bedelin hiç belirlenmemesi ya da yaklaşık olarak belirlenmiş olması halinde TBK m. 481 uyarınca bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir. Anılan madde hükmü değerlendirildiğinde bu husustan çıkarılacak olan sonuç, eser sözleşmesinde bir bedel ödenmesinin kararlaştırılması yeterli olup bu bedelin miktarının önceden belirli olmasının gerekli olmadığı, belirlenebilir olmasının yeterli olduğudur²²⁵.

Taraflar arasındaki eser sözleşmesinde kararlaştırılan bedelin türüne göre yapı alacağının kapsamı da değişmektedir.

bbb. Taraflar Arasında Götürü (Kesin) Bedel Belirlenmesi Halinde Yapı Alacağının Kapsamı ve Tescili

Götürü bedel, tarafların meydana getirilecek esere ödenecek bedeli sözleşmede önceden kesin olarak belirlemeleri halinde söz konusu olur²²⁶. Götürü bedelde taraflar önceden kesin olarak belirlemiş oldukları bu bedeli olağanüstü şartlar haricinde değiştirmeyecekleri konusunda anlaşılır. Bu sebeple götürü bedel uygulamada kesin bedel, sabit bedel, anahtar teslim bedel şeklinde de adlandırılır²²⁷. Götürü bedel, sözleşmenin kurulduğu tarihte belirlenebileceği gibi eserin ifasından önceki herhangi bir tarihte de belirlenebilir.

Yüklenicinin meydana getirdiği esere harcayacağı emek ve gidere bağlı olmayan götürü bedel tespitinde, yüklenici tasarruf yaparak daha az emek veya masrafla eseri tamamlayıp teslim ederse yapmış olduğu bu tasarruf kendisine kalır. Dolayısıyla iş

²²⁴ **Eren/Dönmez**, TBK m. 470, N. 31; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 469; **Kılıçoğlu**, Özel, s. 459; **Eren**, Özel, s. 608; **Özdemir**, s. 500. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında bu hususa vurgu yaparak: “...Bedel, eser sözleşmesinin unsuru ise de tarafların anlaşırken bedeli kararlaştırmamış olmaları sözleşmenin kurulmasına etki etmez. Taraflar kararlaştırmamış olsa da bedel ödeneceğini taraflar biliyor veya bilmesi gerekiyor ise eser sözleşmesinin bulunduğu yine kabul edilecektir...” (YHGK: E. 2017/491, K. 2019/144, T. 14.02.2019)

²²⁵ Eser sözleşmesinde bedel hakkında kapsamlı bir çalışma için bkz. **Özdemir**, Hayrunnisa: “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu”, 1. Baskı, İstanbul, 2018 (*Ücret*); **Gönen**, Doruk: “İnşaat Sözleşmesinde Bedel”. İstanbul, 2016.

²²⁶ **Eren**, Özel, s. 670; **Gümüüş**, Özel, s. 79; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 469; **Kılıçoğlu**, Özel, s. 491; **Özdemir**, s. 612; **Büyükay**, s. 166; **Eren/Dönmez**, TBK m. 480, N. 7.

²²⁷ **Eren/Dönmez**, TBK m. 480, N. 8; **Büyükay**, s. 166; **Kılıçoğlu**, Özel, s. 491; **Özdemir**, s. 614; **Gümüüş**, Özel, s. 79-80; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 469.

sahibi eserin daha az masrafla tamamlandığını ileri sürerek belirlenen kesin bedelden daha düşük bir bedel ödeyeceğini ileri süremez²²⁸. Diğer taraftan, yüklenicinin masrafi götürü bedeli aşarsa yüklenici de bu aşan kısmın bedelinin ödenmesini kural olarak iş sahibinden isteyemez.

Götürü bedel, uygulamada genellikle iki türde kararlaştırılır. Bunlardan ilki toptan götürü bedel olup taraflar toptan götürü bedel ile eserin tamamı veya belirli bir kısmı için tespit edilen tek bir bedel kararlaştırırlar. Örneğin taraflar sözleşme konusu binanın tamamı veya bir kısmı, mesela yalnız sıvası ya da çatısı için tek bir bedel tespit etmişlerse, toptan götürü bedel söz konusudur²²⁹. Toptan götürü bedel de eserin tamamı veya bir kısmı için ödenecek bedelin önceden ve kesin olarak belirlendiği hallerden biridir.

Uygulamada, tarafların götürü bedel kararlaştırdıkları sözleşmelerde “*pahalılık kaydı*” adı altında bir kayıt koydukları görülmektedir. Pahalılık kaydı, özellikle inşaat sözleşmelerinde işçi ücreti ve malzeme fiyatlarında meydana gelen artışların bedel artışına yansıtılacağına taraflarca kayıt altına alınmasıdır²³⁰. Taraflar sözleşmeye koydukları pahalılık kaydı ile önceden kesin olarak belirledikleri bedelin çeşitli sebeplerle artması halinde aşırı fiyat artışlarının bedele yansıtılacağı konusunda

²²⁸ **Eren**, Özel, s. 671; **Gümüş**, Özel, s. 79; **Büyükay**, s. 168; **Kılıçoğlu**, Özel, s. 491; **Eren/Dönmez**, TBK m. 480, N. 8; **Özdemir**, s. 619. Götürü bedelde, bedel hasarı kural olarak yükleniciye aittir. Dolayısıyla yüklenici bedele ilişkin öngörülerinin gerçekleşmemesi sebebiyle doğacak riske katlanmaktadır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararda bu hususu vurgulamıştır: “...Tarafların kararlaştırdıkları götürü ücret bakımından BK'nun 365/I. Fıkra (TBK m. 480) uyarınca ücretin riski yükleniciye ait olup sonradan ücretin artırılması istenemez. Ancak söz konusu kural emredici nitelikte olmayıp BK'nun 19, 20. Maddeleri uyarınca hukuka, ahlaka ve adaba aykırılık teşkil etmedikçe taraflarca aksinin kararlaştırılması her zaman mümkündür.” (YHGK: E. 2014/718, K. 2015/1433, T. 27.05.2015) (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*). Ayrıca bkz. Y. 6. HD: E. 2021/1216, K. 2022/1104, T. 01.03.2022 sayılı kararı: “...6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 480. Maddesine göre eser sözleşmesinde bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafi gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez. Toptan götürü bedel kararlaştırılan eser sözleşmelerinde KDV götürü bedele dâhil olduğundan sözleşmede aksine hüküm yoksa yüklenici ayrıca KDV isteyemez...”.

²²⁹ **Gümüş**, Özel, s. 80; **Eren/Dönmez**, TBK m. 480, P. 12; **Eren**, Özel, s. 671; **Büyükay**, s. 167; **Özdemir**, s. 614.

²³⁰ **Eren**, Özel, s. 671; **Gümüş**, Özel, s. 80. Pahalılık kaydı, öğretide bazı yazarlar tarafından değişken (global) götürü bedel olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. **Özer**, Tolga: “Eser Sözleşmelerinde Götürü Bedel ve Bu Bedelin Uyarlanması”, s. 191. *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2019, C. 1, S. 2, s. 185-212; **Özdemir**, s. 617; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 539; **Büyükay**, s. 166

anlaşırlar. Böylelikle bedel önceden ve kesin olarak belirlenmiş olmasına rağmen sözleşmenin ifası süresince meydana gelen değişiklikler sebebiyle yüklenicinin zarara uğramasının önüne geçilmiş olur. Pahalılık kaydı ile birlikte iş sahibi, götürü bedelin yüklenici tarafından artışın ve masrafların ispatlanması koşuluyla tek taraflı olarak değiştirilebileceğini kabul ederek yükleniciye bir yetki verir²³¹.

Götürü bedelin bir diğer türü, birim fiyat üzerinden götürü bedeldir. Birim fiyat üzerinden götürü bedel, genellikle kamu ihalelerinde yapım işlerinde kararlaştırılmakta olup bu bedel türünde yükleniciye ödenecek bedel, eseri oluşturan birimlerin fiyatları esas alınarak belirlenir²³². Bu tür bedelde taraflar eseri oluşturan inşaat kalemlerini birimler (metrekare, kilo, litre, parça vb.) üzerinden ayrı ayrı hesaplamakta (örneğin demirin metresi, çimentonun metreküpü gibi) ve ortaya yine kesin bir bedel koymaktadır²³³.

Tarafların toptan götürü bedel ile birim fiyata dayalı götürü bedel yöntemlerinden bazı unsurları bir araya getirerek karma götürü bedel belirlemesi önünde de hiçbir engel olmayıp bu tür belirlemelerin de yapıldığı görülmektedir.

Tarafların götürü bedel kararlaştırması halinde yapı alacağının kapsamı da bu götürü bedele göre belirlenir. Bu bağlamda götürü bedelin toptan götürü bedel veya birim fiyat üzerinde götürü bedel olarak kararlaştırılması, yapı alacağının kapsamı bakımından bir fark yaratmaz. Her iki durumda da yüklenici ancak bu götürü bedel tutarında bir alacağı haiz olduğundan yapı alacağının kapsamı da bu götürü bedel ile sınırlı olup tescil edilecek ipoteğin miktarı, kararlaştırılan götürü bedelin tutarı kadardır. Götürü bedelin özelliği uyarınca yüklenici, bu bedelden daha fazla bir masraf yaptığını

²³¹ Maliyet artışlarının enflasyon veya malzeme fiyatlarındaki artıştan kaynaklanabilmesi mümkün olduğu gibi uyarılma hakkı verecek derecede olmayan döviz artışları da buna sebep olabilir. Bkz. Y. 15. HD: E. 1981/2296, K. 1981/2507, T. 10.12.1981; Y. 15. HD: E. 1983/500, K. 1983/1947, T. 04.07.1983. (*Naklen: Zevkliler/Gökyayla, s. 539, dpn. 413*).

²³² **Büyükay**, s. 167; **Eren, Özel**, s. 672; **Eren/Dönmez**, TBK m. 480, P. 14; **Gümüş, Özel**, s. 80; **Özdemir**, s. 617; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 540; **Özer**, s. 189-190.

²³³ **Eren/Dönmez**, TBK m. 480, P. 14; **Gümüş, Özel**, s. 80; **Özer**, s. 190; **Özdemir**, s. 618; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 540; **Eren, Özel**, s. 672.

ileri sürerek bu fazla tutarın yapı alacağı kapsamında tescilini isteyemez. Burada yapı alacaklısı ipoteğinin kapsamına yapının takdir edilen kıymeti veya yüklenicinin yapmış olduğu fazla masraf değil, taraflarca kararlaştırılan götürü bedel esas teşkil eder²³⁴. Aynı şekilde, yapı faaliyeti götürü bedelden daha az bir masrafla tamamlanmış olsa da iş sahibi, yapının daha az bir masrafla tamamlandığından bahisle götürü bedelden daha aşağı bir tutardan sorumlu olduğunu ileri süremeyeceğinden, yapı alacağının kapsamı yine götürü bedel tutarında olup yüklenici bu tutarın tapuya tescilini isteyebilir.

Taraflar arasındaki sözleşmede pahalılık kaydı olması halinde yapı alacağının kapsamının ne olacağı da incelenmelidir. Pahalılık kaydı ile birlikte iş sahibi, kesin olarak belirlenmiş bedelin çeşitli sebeplerle yapının inşası için yeterli olmaması halinde yükleniciye bu bedeli değiştirme hakkını sözleşme ile vermiş olur. Dolayısıyla pahalılık kaydını kabul etmekle iş sahibi, bedelin yüklenici tarafından sonradan değiştirilmesine olanak tanımış ve bu değişen bedeli borçlanacağını önceden taahhüt etmiştir. İş sahibinin buna karşı çıkması kural olarak mümkün değildir. Hal böyle olunca, yapının inşasında artan maliyetler sebebiyle pahalılık kaydından doğan hakkını kullanan yüklenicinin tahakkuk eden bu yeni alacak tutarı, iş sahibinin yeni borç tutarı haline geldiğinden yüklenici, bu yeni alacak tutarını yapı alacağı kapsamında ipotek ettirebilir. Yani yüklenici, pahalılık kaydına uygun olarak artan yeni bedelin kanuni ipotekle teminat altına alınmasını isteyebilir. Bu durumda yapı alacağının kapsamı, bu yeni tutar üzerinden belirlenerek tescil işlemi gerçekleştirilir.

ccc. Taraflar Arasında Yaklaşık Bedel Belirlenmesi Halinde Yapı Alacağının Kapsamı ve Tescili

Tarafların eser sözleşmesinde ödenecek bedeli önceden kesin olarak belirlemeleri mümkün olmakla birlikte bu bedeli yaklaşık olarak belirlemeleri de

²³⁴ Yenice-Ceylan, s. 130; Oral, s. 690; Reisoğlu, s. 50; Uyumaz, s. 233-234.

mümkündür²³⁵. Bu durum, sözleşmenin kurulması veya geçerli olmasını etkilemez. Zira tarafların eserin bir bedel karşılığında yapılacağını kararlaştırmış olmaları tek başına yeterli olup bu bedelin kesin bir tutar olarak belirlenmesi zaruri değildir. Tarafların sözleşmede yaklaşık olarak belirledikleri bedel, yaklaşık bedel adını alır ve bu tür bedel, önceden kesin olarak belirlenmemiş olması sebebiyle aslında iş sahibi aleyhinedir.

Bedelin yaklaşık olarak belirlenmiş olması halinde TBK m. 481 lafzı uyarınca yükleniciye ödenecek bedel miktarı, eserin yapıldığı yer ve zamandaki işin değerine ve yüklenicinin yaptığı giderlere göre belirlenir.

Taraflar yaklaşık bedel kararlaştırmakla, aralarındaki sözleşmede genellikle miktar olarak bir alt ve üst sınır tespit ederek kesin bedelin belirlenmesini eserin teslimi anına erteler. Bedelin yaklaşık olarak tespit edildiği eser sözleşmelerinde ödenecek olan bedel, eser tamamlandıktan sonra yapılacak olan keşifle ortaya çıkar²³⁶. İşin tamamlanması akabinde kesin bedelin miktarını ispat yükü, yüklenici üzerindedir. Yüklenici, eseri meydana getirirken yapmış olduğu işçilik, malzeme ve makine gibi eserin meydana getirilmesini sağlayan giderler ile genel yönetim giderlerini ispatlamalı; yüklenici, kâr etme amacı güderek çalıştığından tüm bu giderlerin yanı sıra yükleniciye verilecek makul ve uygun bir kâr da ödenecek bedele katılmalıdır²³⁷. Sonuç olarak yaklaşık bedel, işçi ve makine ücretleri, malzeme bedelleri, genel yönetim giderleri ve yüklenici kârından ibaret olup bu bedel TBK m. 481 uyarınca eserin yüklenici tarafından yapıldığı yer ve zamandaki duruma göre belirlenir.

Tarafların aralarındaki sözleşmede yaklaşık bedel belirlemeleri halinde tescil edilecek yapı alacağının miktarı, ikili bir ayrıma gidilerek incelenmelidir. Zanaatkârların

²³⁵ **Büyükay**, s. 165; **Eren/Dönmez**, TBK m. 481, P. 1; **Gümüş**, Özel, s. 81; Yaklaşık bedel, değere göre bedel olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. **Özdemir**, s. 632; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 552; **Kılıçoğlu**, Özel, s. 495

²³⁶ **Gümüş**, Özel, s. 81; **Kılıçoğlu**, Özel, s. 497; **Büyükay**, s. 165; **Eren/Dönmez**, TBK m. 481, P. 3. Yaklaşık bedelin sonradan kesinleştirilebilmesi için eserin tamamlanması akabinde yapılan bu tespit ve girişimler neticesinde tespit edilen bedele bu sebeple keşif bedeli denilmektedir. Keşif bedeli hakkında detaylı bilgi için bkz. **Birinci-Uzun**, Tuba: “Eser Sözleşmelerinde Keşif Bedeli ve İş Sahibinin Keşif Bedelinin Aşırı Derecede Aşılmasına Karşı Korunması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2014, C. 9, S. 100, s. 85-98.

²³⁷ **Eren**, Özel, s. 685-686; **Eren/Dönmez**, TBK m. 481, P. 8 vd.; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 555.

ve yüklenicilerin kanuni ipotek hakları, TMK m. 895'e göre çalışmayı veya malzeme vermeyi yükledikleri andan başlayarak tapu kütüğüne tescil olunabilir. Yani yapı alacaklıları, yapı alacaklarının tescilini sözleşmeden doğan borçlarını yükledikleri andan itibaren isteyebilir. Böylece, ipotek hakkının tapu siciline tescil ettirilebilmesi için eser sözleşmesinin imzalanması yeterli olup fiilen sözleşmenin ifasına başlanması gerekmez²³⁸. Öte yandan yapı alacaklıları, haklarını tescil ettirmek için yapı faaliyetinin tamamlanmasını beklemeyi de tercih edebilir. Zira bu alacağın tescili, işin bitiminden itibaren en geç üç ay içerisinde de yapılabilir.

Yapı alacaklıları, iş sahibi ile aralarındaki eser sözleşmesindeki bedelin yaklaşık olarak belirlenmiş olduğu hallerde kanuni ipotek haklarını sözleşmenin kurulmasıyla birlikte kullanacaksa, bu durumda tapuda tescil edilecek olan ipoteğin türü, üst sınır ipoteği olur²³⁹. Bilindiği gibi üst sınır ipoteği, ipotekle teminat altına alınacak olan para alacağının tutarının kesin olarak belirli olmadığı hallerde kurulacak bir ipotek türüdür²⁴⁰. Sözleşmede yaklaşık olarak kararlaştırılan bedel, sözleşmenin akdedilmesi aşamasında alacağın belirli olmaması sebebiyle kesin olan bir bedel olmadığı için yapı alacağı bakımından anapara ipoteği kurulması mümkün değildir. Taraflar sözleşmede yaklaşık olarak bir bedel belirlemişse ve yapı alacaklıları bu alacaklarının tescilini

²³⁸ **Reisoğlu**, s. 83; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1057; **Yenice-Ceylan**, s. 149; **Kaçaran**, s. 1382; **Uyumaz**, s. 245; **Güleş**, s. 163; **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 168; **Schumacher/Rey**, N. 511. **Kurt**, henüz yapı faaliyetine başlanılmamış bir aşamada ipoteğin tescilinin yapılabileceğinin kabul edilmesinin yalnızca teorik bir anlam taşıdığını, uygulamada böyle bir durumun zaten gerçekleşmeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Kurt**, s. 230. **Güleş** ise aksi görüşte olup günümüzde inşaat sektörünün teknik olarak ilerlemiş olması sebebiyle her türlü harcamanın ayrıntılı bir şekilde tespit edilebildiğini, bu sebeple hükmün yalnızca teorik anlamı olmadığını, uygulamaya da yönelik olduğunu savunmuştur. Bkz. **Güleş**, s. 163. **Helvacı** ise yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin ancak işin fiilen tamamlanması halinde istenebileceğini belirtmiştir. Bkz. **Helvacı**, s. 383

²³⁹ **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1054; **Altay/Eskiocak**, s. 288; **Bıçakçı**, s. 555; **Güleş**, s. 170; **Uyumaz**, s. 242; **Çetiner**, s. 256; **Reisoğlu**, s. 97; **Yenice-Ceylan**, s. 136; **Akcan**, s. 87; **Kalın**, s. 24; **İnce-Akman**, s. 1139.

²⁴⁰ Detaylı bilgi için bkz. **Kuntalp**, Erden: "Anapara ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayırımı", s. 19. Ankara, 1989; **Yalçınduran**, Türker: "Ana Para ve Üst Sınır İpotegi Arasındaki Farklılıklar", s. 675. **Ergun Özsunay'a Armağan**, İstanbul, 2004; **Altıp**, Atilla: "4489 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Çerçevesinde İpotegin Alacak Bakımından Kapsamı ve Anapara İpotegi – Limit (Üst Sınır) İpotegi Ayırımının Uygulamaya Yansıyan Sonuçları", s. 23. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Y. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, **Aysel Çelikel'e Armağan**, İstanbul, 2001; **Günel**, Cahit: "Taşınmaz Rehninin Alacak Bakımından Kapsamı", s. 251. *Özer Seliçi'ye Armağan*, Ankara, 2006; **Helvacı**, s. 142; **Davran**, s. 22.

sözleşmenin akdedilmesiyle birlikte kullanmak isterse, yaklaşık olarak belirlenen bedel, yapı alacağı olarak üst sınır ipoteği şeklinde tapuda tescil edilebilir. Örneğin taraflar arasındaki eser sözleşmesinde bedel yaklaşık olarak 500.000 TL olarak belirlenmişse, tapuya üst sınır olarak tescil edilecek tutar da 500.000 TL olur. Öte yandan taraflar bedelin yaklaşık olarak 500.000 TL olacağını ve %10'luk bir artış veya azalma esneme payının olacağını kararlaştırmışlarsa, bu halde de tapuya tescil edilecek tutar, üst sınır ipoteği şeklinde 550.000 TL olur. Bu halde yapı alacağının üst sınırını 550.000 TL teşkil eder.

Yapı alacaklıları, kanuni ipotek haklarını yapının tamamlanmasından sonra kullanmak da isteyebilirler. Bu durumda ise tapuda anapara ipoteği kurulabilir. Zira tarafların sözleşmeyi akdederken yaklaşık olarak belirledikleri bedel, yapı alacaklısı tarafından yapı faaliyetinin bitirilmesiyle birlikte maliyet hesaplamalarının da tamamlanmasıyla kesin olarak belli olur. Alacak tutarının belirli ve kesin olduğu hallerde ise anapara ipoteği kurulabilir. Hemen belirtmek gerekir ki, tarafların anlaşarak bu halde de üst sınır ipoteği kurmalarına da herhangi bir engel yoktur²⁴¹.

ddd. Taraflar Arasında Bedelin Hiç Belirlenmemiş Olması Halinde Yapı Alacağının Kapsamı ve Tescili

Taraflar, bedelin miktarını önceden sözleşmede kesin olarak belirlemedikleri gibi yaklaşık olarak da belirlememiş olabilirler. Bu durum, eser sözleşmesinin kurulmasını ve geçerliliğini etkilemez. Bu takdirde de bedel, yine TBK m. 481'e göre yaklaşık bedelde olduğu gibi, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir²⁴². Dolayısıyla bu halde de ödenecek olan bedel, işçilik, malzeme vb. için yapılan giderler ile genel yönetim giderleri ve yükleniciye ödenecek makul bir kar payı şeklinde tahakkuk eder.

²⁴¹ **Gülekli**, Yeşim: "İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı", s. 77-78. İstanbul, 1992; **Kuntalp**, s. 19; **Helvacı**, s. 142; **Günel**, s. 251; **Davran**, s. 22.

²⁴² **Eren**, Özel, s. 692; **Büyükcay**, s. 164; **Gümüş**, Özel, s. 81; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 555; **Özdemir**, s. 639

Tarafların bedeli yaklaşık olarak dahi belirlememiş olmaları halinde yapı alacaklılarının, kanuni ipotek haklarını sözleşmenin kurulmasıyla birlikte kullanamaması gerekir. Keza sözleşmede yaklaşık olarak bile herhangi bir bedel bulunmadığından, bu takdirde yaklaşık bedelde olduğu gibi üst sınır ipoteği kurulması da belirlilik ilkesi gereğince mümkün değildir. Böyle bir durumda yapı alacaklıları, kanuni ipotek haklarını kullanmak için bedelin belirlenebilir hale gelmesini beklemek zorundadır. Böyle bir durumda işin değeri belirlenirken, giderlerin hesabında fiilen yapıldıkları zamanki tutarı, çalışma değerinde ise teslim anındaki rayiçlere dayanılarak bir belirleme yapılmalıdır²⁴³. Çalışma değerinin hesaplanması için teslim anındaki rayiçe bakılması gerektiğinden, yapı alacaklısının nihai alacağı ancak eserin tesliminden sonra belirli olabilir. Bu sebeple yapı alacaklılarının, eser sözleşmesinde herhangi bir bedel belirlenmemiş olması halinde yapı alacaklarının tescilini sözleşmenin akdedildiği anda isteyebilmesi fiilen mümkün değildir. Bu halde tescil, ancak teslimden itibaren başlayarak en geç üç ay içinde talep edilebilir.

eee. Götürü Bedel Kararlaştırılan Hallerde Yüklenicinin Uyarılma Hakkını Kullanması Sebebiyle Bedelin Yeniden Belirlenmesi Halinde Yapı Alacağının Durumu

Başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, sözleşmede kararlaştırılan götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya yapılmasını son derece zorlaştırırsa yüklenici, hâkimin sözleşmenin yeni koşullara uyarlanarak bedelin artırılmasını isteyebilir²⁴⁴. Bilindiği gibi götürü bedel kararlaştırılan eser sözleşmelerinde eserin belirlenen bedelden daha yüksek bir masrafa sebep olmasına ilişkin risk, yüklenicinin üzerindedir. Yüklenici, eseri belirlenen götürü bedelden daha fazla bir bedele mal etmiş olsa bile buna katlanmak zorundadır. İş sahibi, kararlaştırılan götürü bedeli ödemekle borcundan kurtulur. Ancak TBK m. 480/II hükmü

²⁴³ Özdemir, s. 639.

²⁴⁴ Eren, Özel, s. 673; Zevkliler/Gökyayla, s. 542; Eren/Dönmez, TBK m. 480, P. 38; Özdemir, s. 621; Kılıçoğlu, Özel, s. 492; Gümüş, Özel, s. 89; Büyükay, s. 171.

ile olağanüstü hallerde yüklenici lehine özel bir uyarlama davası açma imkânı tanınarak yükleniciye bu bedelin artırılmasını isteme, bunun mümkün olmaması halinde sözleşmeden dönme ve nihayet dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmeyecek şekilde sözleşmeyi feshetme hakları tanınmıştır²⁴⁵. Yüklenicinin uyarlama davası açma hakkını kullanabilmesi için, öngörülemeyen olağanüstü durumun götürü bedel ile eserin yapılmasını engellemesi veya son derece güçleştirmesi gerekir²⁴⁶. Öte yandan yüklenici, bu duruma kendi kusuruyla sebebiyet vermemiş olmak ve iş sahibine bu durumu bildirmek zorundadır. Yüklenicinin bu davayı açabilmesi için ayrıca bu hakkından önceden feragat etmemiş olması lazımdır.

Yüklenicinin TBK m. 480/II kapsamında uyarlama davası açarak götürü bedelin artırılmasını istemesi halinde mahkemenin bu yönde vermiş olduğu karar neticesinde artık yükleniciye ödenecek olan bedel, mahkeme tarafından kararlaştırılan bedeldir. Hâkim, değişen şartlara göre sözleşmeyi uyarlayarak yeni bir bedel tayin eder. Hâkim bu bedeli tayin ederken eserin tamamlanıp tamamlanmadığını ya da ne ölçüde tamamlandığını göz önüne alır²⁴⁷. Öte yandan hâkim, bedel artışına neden olan tüm gider artışlarını da iş sahibine yüklememeli, uyarlama kurumunun amacına uyarak salt iş sahibinin durumunu ağırlaştırıcı bir bedel tayin etmemelidir²⁴⁸.

Hâkimin yüklenicinin uyarlama talebi üzerine tespit etmiş olduğu yeni bedel, yüklenicinin sahip olduğu yeni yapı alacağı bedelidir. Dolayısıyla yüklenici, kanuni ipotek hakkını bu yeni bedel üzerinden kullanabilir. Bedelin mahkeme tarafından karara bağlandığı hallerde iş sahibinin buna onay vermesine de gerek yoktur. Bu durumda tapu siciline tescil edilecek yapı alacağı tutarı, mahkeme tarafından tayin edilen yeni bedel

²⁴⁵ Eren, Özel, s. 674; Büyükay, s. 179; Eren/Dönmez, TBK m. 480, P. 42; Gümüş, Özel, s. 93; Kılıçoğlu, Özel, s. 492; Özdemir, s. 630; Zevkliler/Gökyayla, s. 542.

²⁴⁶ Büyükay, s. 178; Gümüş, Özel, s. 90; Eren/Dönmez, TBK m. 480, P. 37; Zevkliler/Gökyayla, s. 542; Kılıçoğlu, Özel, s. 492; Eren, Özel, s. 676; Özdemir, s. 623; Büyükay, s. 179.

²⁴⁷ Eren, Özel, s. 682; Büyükay, s. 179; Eren/Dönmez, TBK m. 480, P. 37; Gümüş, Özel, s. 90; Zevkliler/Gökyayla, s. 542; Özdemir, s. 623.

²⁴⁸ Büyükay, s. 179; Eren, Özel, s. 682; Kılıçoğlu, Özel, s. 492; Eren/Dönmez, TBK m. 480, P. 37; Gümüş, Özel, s. 93; Zevkliler/Gökyayla, s. 542.

tutarında olur. Yüklenici, daha öncesinde kararlaştırılan götürü bedeli yapı alacaklısı ipoteği olarak tapu siciline tescil ettirmişse, bu ipoteğin terkin edilerek mahkemece belirlenen yeni bedelin tescili gerekir. Yüklenici, alacağını eseri tamamlayana kadar hiç tescil ettirmemiş de olabilir. Her iki durumda da götürü bedelin olağanüstü şekilde aşılması halinde yüklenicinin yapı alacağının tümünün ipotekle güvence altına alınamama riski vardır. Zira yapı alacaklısı ipoteği, alacağı doğuran sözleşmenin akdedilmesinden başlayarak eserin tamamlanmasından itibaren en geç üç ay içinde tescil edilmesi gereken bir ipotek türü olduğundan, uyarılma davasının kesin olarak karara bağlandığı süre, bu süreden daha uzun olabilir. Böyle bir halde mahkeme tarafından belirlenen yeni bedelin yapı alacağı olarak tapuya tescil edilmesi için öngörülen sürenin kaçırılması ihtimali vardır. Yüklenicinin hak kaybına uğramaması bakımından bu tür durumlarda ipoteğin geçici olarak tescilinin şerhi mahkemeden talep edilebilir. Böylece karar kesinleşene kadar geçici olarak yüklenicinin hakkı koruma altına alınmış olur.

fff. Yaklaşık Bedelin Aşırı Ölçüde Aşılması Halinde Yapı Alacağının Durumu

Taraflarca başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedel, iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılabılır. Böyle bir halde iş sahibinin eserin tamamlanmasını beklemeden sözleşmeden dönme hakkı vardır²⁴⁹. Öte yandan TBK m. 482/II uyarınca eserin iş sahibinin arsası üzerinde yapılıyor olması halinde iş sahibi, yükleniciye karşı bazı seçimlik haklara sahiptir. İş sahibi, yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılması halinde yükleniciden bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebilir. Ayrıca eser henüz

²⁴⁹ İş sahibinin eserden dönme hakkını düzenleyen TBK m. 482 hükmü, eski BK m. 367 ve mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 375'te olduğu gibi yaklaşık gider tahmininin aşılması halinde değil, yaklaşık bedelin aşılması halinde iş sahibine dönme hakkı tanımıştır. Bu yeni hükümle beraber iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen gider tahmininin değil, doğrudan yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmış olması gerekir. Yaklaşık bedelden kastedilen, eserin muhtemel maliyeti hakkında fikir vermeye yarayan gider tahmini değil, iş sahibinin yükleniciye ödemeyi üstlendiği gerçek ve fiili bedel olup gider tahmini tarafları bağlamazken yaklaşık bedel tarafları bağlayan ve sözleşmenin asli unsuru haline gelmiş bir bedeldir. Bkz. **Eren**, Özel, s. 687; **Özdemir**, s. 635; **Zevkililer/Gökyayla**, s. 554; **Gümüş**, Özel, s. 82; **Eren/Dönmez**, TBK m. 482, P. 12.

tamamlanmamışsa, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir.

Eser tamamlanmışsa, iş sahibi sözleşmeyi feshedemez. Böyle bir durumda hâkimden ancak bedelden uygun bir miktar indirim yapılması istenebilir²⁵⁰. İndirim yapılacak tutar, hâkimin takdir hakkı kapsamında serbestçe kararlaştırılır²⁵¹. Arsası üzerine yapılan eserin henüz tamamlanmamış olması halinde ise tamamlanan kısmın iş sahibinin kullanmasına elverişli olması şartıyla iş sahibi, bu kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödeyerek sözleşmeyi feshedebilir. İşbu fesih hakkı, niteliği itibarıyla etkilerini geleceğe yönelik doğurur²⁵². Burada hakkaniyete uygun bedelden anlaşılması gereken, tamamlanan kısım dolayısıyla meydana gelen zenginleşmenin karşılığı olmaktan ziyade işin tamamlanan kısımları ile yapılan giderlerin karşılığının yükleniciye ödenmesidir²⁵³.

Eserin iş sahibinin arsası üzerinde yapılmadığı hallerde ise yaklaşık bedel aşırı oranda aşılmış olsa bile iş sahibi bedelden indirim talep edemez; bu durumda yalnızca sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir²⁵⁴.

Yapı alacaklısı ipoteği bakımından eserin iş sahibinin arsası üzerinde yapılması durumu önem arz eder. Zira iş sahibi, aynı zamanda üzerinde eser yapılan arazinin maliki olduğundan yüklenici ile doğrudan sözleşmesel ilişki içinde olan kişidir. Eserin iş sahibinin arsası üzerinde yapıldığı hallerde iş sahibinin seçimlik haklarını tayinde, eserin tamamlanıp tamamlanmadığına bakılması gerekir. Eserin tamamlanmış olması

²⁵⁰ **Gümüş**, Özel, s. 82; **Eren**, Özel, s. 689; **Eren/Dönmez**, TBK m. 482 P. 24; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 554; **Özdemir**, s. 635.

²⁵¹ Öğreti ve uygulamada indirim yapılacak tutarın genellikle yaklaşık bedelin esneklik payının (yaklaşık bedel üzerinden +/-%10 gibi) sınırını aşan kısmın taraflar arasında yarı yarıya paylaşılması kabul görmektedir. Öte yandan her somut uyuşmazlıkta yaklaşık bedelin aşılmasının sebebinin araştırılması gerekir. Yaklaşık bedelin aşırı yükselmesinde kusurlu olan, özellikle işi alabilmek için iş sahibine verdiği gider tahminlerini kasten veya özensiz tutumu sebebiyle düşük gösteren yüklenicinin bu paylaşımındaki payı, iş sahibine oranla daha yüksek olması gerekir. Bu gibi hallerde eserin bedeli esneklik payına kadar düşürülüp sınırı aşan artışın tamamı yükleniciye de yükletilebilir. Bkz. **Eren**, Özel, s. 690 ve dnp. 258-259'da belirtilen yazarlar.

²⁵² **Eren**, Özel, s. 690; **Eren/Dönmez**, TBK m. 482, P. 26; **Özdemir**, s. 636; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 571; **Gümüş**, Özel, s. 85; **Büyükcay**, s. 247.

²⁵³ **Eren**, Özel, s. 690.

²⁵⁴ **Eren**, Özel, s. 690; **Eren/Dönmez**, TBK m. 482, P. 29; **Özdemir**, s. 638; **Gümüş**, Özel, s. 85; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 571.

halinde sözleşmeyi feshetme hakkını haiz olmayan iş sahibi, hâkimden ancak bedelin indirilmesini talep edebilir. Bedelin indirilmesine yönelik açılan davada mahkeme tarafından verilen hüküm, yapı alacağının tutarını oluşturur. Böyle bir durumda yapı alacaklıları, ancak mahkeme tarafından hüküm altına alınmış alacak tutarında yapı alacağına sahiptir. Dolayısıyla taraflarca kararlaştırılan yaklaşık bedelin daha önceden tapu kütüğüne yapı alacağı olarak tescili sağlanmışsa, tapu kayıtlarının güncellenmesi ve mahkeme kararıyla birlikte yeniden belirlenen bedelin yapı alacağı olarak tescili gerekir. Eserin henüz tamamlanmamış olması halinde ise iş sahibi, yine bedelden indirim isteme hakkını kullanabileceği gibi yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir. Böyle bir durumda, artık taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılan yaklaşık bedelin ödenmesi söz konusu olmayıp yükleniciye ödenecek olan bedel, işin tamamlanmış kısmının karşılığı olarak hakkaniyete göre mahkeme tarafından tespit edilecek olan bedeldir.

ggg. İş Sahibinin Tazminat Karşılığı Fesih Hakkını Kullanması Halinde Yapı Alacağının Durumu

İş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilir²⁵⁵. İş sahibinin kanundan doğan bu fesih hakkını kullanabilmesi için, eserin henüz tamamlanmamış olması, yükleniciye fesih iradesinin bildirilmesi ve yüklenicinin tüm zararlarının tazmin edilmesi gereklidir.

Eserin tamamlanmasından kasıt, sözleşme konusu eserle ilgili tüm edimlerin yerine getirilmesidir²⁵⁶. İş sahibi tarafından kanundan doğan fesih hakkının kullanılması, ancak eserin tamamlanmasından önceki süreçte mümkün olduğundan iş

²⁵⁵ Özdemir, s. 640; Gümüş, Özel, s. 101; Zevkliler/Gökyayla, s. 573; Büyükay, s. 198; Eren/Dönmez, TBK m. 484, P. 2.

²⁵⁶ Eren, Özel, s. 698.

sahibinin bu hakkı, süreli bir fesih hakkıdır²⁵⁷. Dolayısıyla eserin tamamlanmış olduğu hallerde iş sahibi bu hakkını kullanamaz. Burada eserin tamamlanması ile teslim edilmesi kavramları birbirine karıştırılmamalıdır. Bu hakkın kullanılması için eserin tamamlanmamış olması gerekir. Eser tamamlanmış ve fakat henüz teslim edilmemişse, iş sahibi eseri henüz teslim almadığından bahisle TBK m. 484'e dayanan hakkını kullanamaz²⁵⁸. İş sahibinin sözleşmeyi feshettiğine ilişkin beyanının yüklenicinin hakimiyet alanına ulaşması gerekir. Beyanın yüklenicinin hâkimiyet alanına ulaşmasıyla birlikte herhangi bir kabule ihtiyaç olmaksızın fesih, hüküm ve sonuçlarını doğurur. Fesih hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme ve borç sona erer. Bu sebeple, eserin yapılmış olan kısmının tasfiye edilmesi gerekir. Bu tasfiye kapsamında iş sahibi sözleşmeyi feshetmesi akabinde yükleniciye tüm eserin bedelini değil, yalnız eserden yapmış olduğu kısmın karşılığını ödemek zorundadır²⁵⁹. Bu ödeme kapsamına yüklenicinin eserin yapılmış olan kısmı için harcadığı işçilik ücreti ile malzeme bedeli girer²⁶⁰. İş sahibi, bu kısmi bedel karşılığında eserin yapılmış olan kısmının kendisine teslimini de isteyebilir²⁶¹.

Kanundan doğan fesih hakkını kullanan iş sahibi, sözleşmeyi feshetmesiyle birlikte yüklenicinin uğradığı zararın tamamını da tazmin etmek zorundadır. Bu zararın kapsamına yüklenicinin müspet zararı girer²⁶². Buradaki tazminat alacağı, yüklenicinin iş sahibiyle yapmış olduğu eser sözleşmesindeki alacağın yerini alır. Yani eser

²⁵⁷ Eren, Özel, s. 698.

²⁵⁸ Özdemir, s. 640; Büyükkay, s. 200; Gümüş, Özel, s. 104; Eren, Özel, s. 699; Zevkliler/Gökyayla, s. 575; Eren/Dönmez, TBK m. 484, P. 8.

²⁵⁹ Özdemir, s. 641; Eren, Özel, s. 700; Eren/Dönmez, TBK m. 484, P. 19; Gümüş, Özel, s. 104; Büyükkay, s. 202; Zevkliler/Gökyayla, s. 576.

²⁶⁰ Bunun için taraflar sözleşmede bir bedel kararlaştırmışsa bu bedel; kararlaştırmamışlarsa TBK m. 481 hükmüne göre iş sahibi işçilik ve malzeme giderleri dışında genel giderlerle yoksun kaldığı kârdan bu kısma isabet eden payı yükleniciye ödemek zorundadır. Eren, Özel, s. 700.

²⁶¹ Eren, Özel, s. 701; Eren/Dönmez, TBK m. 484, P. 19; Özdemir, s. 641; Gümüş, Özel, s. 104; Zevkliler/Gökyayla, s. 576; Büyükkay, s. 202.

²⁶² Müspet zararın kapsamına hem fiili zarar hem de yoksun kalınan kâr girer. Yüklenicinin yoksun kaldığı kâr, sözleşme feshedilmeseydi elde edeceği kâr olup hâkim yoksun kalınan kârdan indirim yapamaz. Bununla beraber yüklenici, sözleşmenin feshedilmesinden sonra başka bir sözleşme yaparak bundan bir kâr elde ettiyse bu kâr feshedilen sözleşmeden elde edilecek kârdan indirilir. Gümüş, Özel, s. 104; Eren, Özel, s. 701.

sözleşmesinden kaynaklanan bedel alacağı, tazminat alacağına dönüşür²⁶³. Hatta tazminat alacağı, sözleşmenin feshinin doğrudan sonucu olduğu ve fesih de sonuçlarını fesih beyanının iş sahibinin hakimiyet alanına ulaştığı anda doğurduğu için bu alacak sözleşmenin feshedildiği anda muaccel olur²⁶⁴.

İş sahibinin kanundan doğan fesih hakkını kullanması akabinde eser sözleşmesindeki bedelin yerine iş sahibi tarafından yükleniciye ödenecek tazminatın geçmesi, yapı alacağı bakımından bazı tartışmalara yol açmıştır. Aynı tartışma, TBK m. 485'te düzenlenen durum bakımından da geçerlidir. İş sahibi yüzünden ifanın imkansızlaşması halini düzenleyen TBK m. 485'e göre eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır. Her iki durumda da yüklenicinin eser sözleşmesinden kaynaklanan bedel alacağı, tazminat alacağına dönüşür.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, bu durumlarda yüklenicinin tazminat alacağı, kanuni ipotek hakkının kapsamına girmez²⁶⁵. Öğretide bir kısım yazar ise bu görüşe katılmayarak tazminat niteliğindeki alacakların da yapı alacaklısı ipoteği ile teminat altına alınabileceğini savunmuştur²⁶⁶. Bu yazarlara göre TMK m. 893 hükmünde ifade olunduğu şekliyle yapı alacaklılarının “*malik veya yükleniciden alacaklı olması*” şartı gerekli ve yeterlidir. İş sahibinin edimini ifa etmeyerek sözleşmeyi feshetmesi veya kendi kusuruyla yüklenicinin eseri meydana getirmesini

²⁶³ **Gümüş**, Özel, s. 104; **Eren**, Özel, s. 702; **Eren/Dönmez**, TBK m. 484, P. 22.

²⁶⁴ Tazminat alacağının bedel alacağının yerini almakla birlikte onunla aynı anda muaccel olmayacağına, bu tazminat alacağının fesih beyanının yüklenicinin hâkimiyet alanına ulaşmasıyla muaccel olacağına ilişkin Federal Mahkeme kararları için bkz. BGE 117 II 278; BGE 117 II 273 (<https://www.bger.ch/de/index.htm>) (E.T: 01.03.2024). Ayrıca bkz. **Eren**, Özel, s. 702.

²⁶⁵ **Reisoğlu**, s. 52-53; **Scheidegger**, Otto: “Das Baugläubigerpfandrecht in schweizerischen ZGB”, s. 9. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*. Neue Folge, Band. 32, 1913; **Leemann**, Hans: “Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch” Art. 837, N. 43. IV. Band, Sachenrecht II. Abteilung, Art. 730-918. Bern, 1925; **Gonvers**, s. 52; **Eren**, Özel, s. 700; **Akcan**, s. 85-86; **Kaşak**, s. 136. *Kurt'a* göre yüklenici yapı için emek sarf etmese dahi tazminat dâhil her türlü alacağı için yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteyebilir bkz. **Kurt**, s. 230.

²⁶⁶ **Güleş**, s. 155;

imkânsız hale getirmesi de neticede taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan bir tazminat borcunu doğurur. Burada tazminat, yoksun kalınan kâra, işin ifa edileceği zannıyla yapılan masraflara tekabül eder. Dolayısıyla yapı alacaklısının tazminat alacağı bakımından da yapı alacağının tescili istenebilir.

Reisoğlu'na göre yapı alacaklısı ipoteği kurumunun temelinde, yapı faaliyetinde emek sarf etmekten kaynaklanan alacakların, taşınmazda meydana getirdikleri değer artışı ile teminat altına almak amacı yatar²⁶⁷. Bu sebeple, yüklenicinin sahip olduğu tazminat alacağının kaynağı eser sözleşmesi olsa dahi doğrudan doğruya veya dolayısıyla taşınmazın değerinin artmasına yarayan bir işin karşılığı olmayan tazminat niteliğindeki alacaklar için yapı alacaklısı ipoteğinin tescili istenemez²⁶⁸.

Bizim de katıldığımız ve öğretilerde yer alan başka bir görüşe göre ise yapı alacaklısı ipoteğini tesis etmek hakkının, yapı faaliyeti için sarf edilen emek nispetinde olduğudur²⁶⁹. Bu görüşe göre, yapı alacaklısının salt malik veya yükleniciden alacaklı olması yeterli olmayıp sahip olunan alacağın yapı faaliyeti için sarf edilen emeğin karşılığı olması gerekir²⁷⁰. Bu durumda yapı alacaklısının alacağı bir bedel alacağı da olsa tazminat alacağı da olsa, yapıda sarf edilen emeğin karşılığı olduğu sürece tescili istenebilir. Dolayısıyla yapı alacaklısının TBK m. 484 veya m. 485 hükmü uyarınca tazminat alacaklısı olduğu hallerde, bu alacağın bir yapı alacağı sayılarak kanuni ipotek ile teminat altına alınması kural olarak mümkün olmalıdır. Öte yandan tazminattan kaynaklanan yapı alacağının üst sınırını, yapı alacaklısının eserin inşasında sarf ettiği emeğin karşılığı oluşturmalıdır. Yani yapı alacaklısının alacağı, sözleşmenin iş sahibi tarafından feshedildiği andaki eserin durumuna göre değerlendirilmelidir. Eğer

²⁶⁷ **Reisoğlu**, s. 52; **Kurt**, s. 230.

²⁶⁸ **Reisoğlu**, s. 52.

²⁶⁹ **Wieland**, C. II, s. 59-60. *Güleş* de her olay için geçerli olacak tek bir kural belirlemenin isabetli olmadığını, fesih hakkının eserin tamamlanmasından önce kullanılacak bir hak olduğunu, dolayısıyla feshin ifaya başlanma tarihinden önceki bir tarihte meydana gelmesi halinde yapı alacaklısı ipoteğinin en önemli şartı olan emek sarf etme şartının gerçekleşmeyeceğini, bu sebeple ipotek hakkı belirlenirken fesih anının ve taşınmaza sarf edilen emeğin gözetilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Güleş**, s. 155. *İslamoğlu* ise doğrudan taşınmazın değerinde bir artışa neden olmayan tazminat alacakları için yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. **İslamoğlu**, s. 34.

²⁷⁰ **Wieland**, C. II, s. 59-60; **Güleş**, s. 155.

yüklenici tarafından sözleşme feshedilmeseydi eser o haliyle ne kadar bir bedeli gerektiriyorsa, yapı alacağı niteliğindeki tazminatın tescil edilebileceği miktarın üst sınırı da o olmalıdır. Zira fesih hakkı, eserin tamamlanmasından önceki herhangi bir aşamada kullanılabileceğinden, eserin inşasına hiç başlanmamış da olabilir. Bu halde, esere hiç emek sarf edilmemiş olmasına rağmen salt eser sözleşmesindeki bedel alacağının tazminat alacağına dönüştüğünden bahisle bu alacağı bir yapı alacağı olarak nitelendirmek, TMK m. 893 hükmünün amacına aykırıdır.

Sonuç olarak, yapı alacaklılarının sahip olduğu bedel alacağı, iş sahibinin sözleşmeyi fesih hakkını kullanmasıyla birlikte bir tazminat alacağına dönüşür. Bu tazminat alacağının da yapı alacağı olarak nitelendirilerek tapuya tescil edilmesi mümkündür. Ancak böyle bir halde tapuya tescil edilecek yapı alacağının miktarı, yapı alacaklısının esere harcadığı emeğin karşılığına tekabül eden bir miktar olmalıdır. Zira yapı alacağının belirlenmesindeki en önemli unsur emek olduğundan eserin inşasına başlanmamış, esere herhangi bir emek harcanmamış ise yüklenicinin sahip olduğu tazminat alacağının bir yapı alacağı olduğunu ifade etmek mümkün değildir.

hhh. Alt Yüklenicilerin Alacaklarının Asıl Yüklenicinin Alacağını Geçip Geçemeyeceği Meselesi

Alt yükleniciler, TMK m. 893'ün amir hükmü gereği yapı faaliyetinde yapmış oldukları işler karşılığında yapı alacaklısı sıfatını haiz olup alt yüklenicilerin bu haklarından önceden feragat etmeleri de mümkün değildir. Alt yüklenicilerin alacağı, asıl yüklenici ile aralarındaki eser sözleşmesine dayanmakta olup alt yükleniciler ile iş sahibi malik arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmamaktadır. Buna rağmen kanun, alt yüklenicilere kanuni ipotek hakkı tanıyarak alt yüklenicilerin iş sahibi malik ile aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisi olmasa dahi yapı alacaklarını teminat altına alabilmek için malikin taşınmazı üzerinde ipotek tesis edebileceklerini düzenlemiştir.

Böyle bir durumda, malikin asıl yüklenicinin alt yüklenicilere olan borcunun güvencesi olarak taşınmazının ipotekle kısıtlanmasına katlanma sorumluluğu vardır²⁷¹.

Bu sorumluluk, malikin taşınmazı üzerinde hem asıl yüklenicinin hem de alt yüklenicinin kanuni ipotek haklarını kullanması halinde malik aleyhine daha önce de ifade ettiğimiz birden fazla ödeme yapma riskini (*Doppelzahlungsrisiko*) doğurur. Malik aleyhine olan bu birden fazla ödeme riskinin, hâlihazırdaki kanuni düzenlemeler ile önüne geçilememektedir. Dolayısıyla malik hem asıl yükleniciye olan alacağını ödemekle sorumlu tutulmakta; hem de alt yüklenicilerin asıl yükleniciden olan alacaklarını alamamaları halinde malik ya bu borcun da tamamını ödemek ya da bu borç için taşınmazının paraya çevrilmesine katlanmak zorunda kalmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, kanun tarafından alt yüklenicinin sahip olduğu ipoteğin miktarı bakımından da herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bu sebeple öğretilde, malik aleyhine olan bu durum eleştirilerek alt yüklenicilerin sahip olduğu ipotek hakkının sınırlandırılmasının mümkün olup olmayacağı tartışma konusu olmuştur.

Öğretilde *Reisoğlu* başta olmak üzere bir kısım yazar, alt yüklenici lehine tescil edilecek yapı alacağı miktarının asıl yüklenicinin sahip olduğu alacakla sınırlı olduğunu savunmuştur²⁷². Bu görüşü savunan yazarlara göre, alt yüklenicilere tanınan kanuni

²⁷¹ **Reisoğlu**, s. 34

²⁷² **Acar**, Rehin, N. 247; **Davran**, s. 58; **Duman**, s. 191; **Reisoğlu**, s. 34. Federal Mahkeme, malikin yapı alacaklıları lehine ipotek tesis edilmesine katlanma mecburiyeti, bir işletme içerisinde meydana gelen kazalardan işletenin sorumlu olmasına benzer bir şekilde, kanuni bir sorumluluk halidir. Bu sorumluluk, herhangi bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanmamakla birlikte sorumluluğun doğması için yine de bir illiyet bağının bulunması lazımdır. Alt yüklenicinin malik ile arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen malikin taşınmazı üzerinde ipotek hakkına sahip olmasının kanuni dayanağı da bu düşünceye dayanmaktadır. Yani malik ile asıl yüklenici arasındaki hukuki ilişki, alt yüklenicinin malikle arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi olmasa bile malike karşı başvuru imkânına sahip olması noktasında illiyet bağı rolünü oynar. Bu bakımdan, malik ile asıl yüklenici arasındaki sözleşmesel ilişkide kararlaştırılan alacak miktarının aşılması, alt yüklenicinin alacağı bakımından illiyet bağının kopmasına yol açar. Zira malik, ancak asıl yüklenici ile arasındaki eser sözleşmesinde kararlaştırılan bedel oranında alt yüklenici ve zanaatkarları yapı faaliyetine katılmaya veya asıl yüklenici nezdinde kredili olarak çalışmaya teşvik etmiş addolunur. Bu sebeplerle, alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkı, ancak asıl yüklenicinin alacağı tutarında olmak zorunda olup alt yükleniciye karşı sözleşmeden kaynaklanan bir borcu bulunmayan malikin asıl yükleniciye olan borcundan daha fazla bir alacak tutarı için taşınmazını teminat vermesi doğru değildir. Bkz. **Scheidegger**, s. 11 vd.; **Reisoğlu**, s. 34-35, dñn. 44 ve 46'da belirtilen Federal Mahkeme kararları. *Simond'a göre* ise Federal Mahkeme'nin illiyet bağına dayanan hukuki gerekçelendirmesi yanlış olmakla birlikte sonuç itibarıyla hakkaniyete uygun olup malikin korunması amacına hizmet ettiğinden isabetlidir. Bkz. **Simond**, s. 44

ipoteke hakkı, alt yüklenicilerin asıl yükleniciden olan alacaklarının teminatı olması için getirilmiş olup bu kimselerin asıl yükleniciden olan alacaklarını tahsil edememeleri halinde emeklerinin hiçbir şekilde zayi olmaması amaçlanmıştır²⁷³. Yani kanun koyucunun amacı, aynı bir teminatın zorlayıcılığı altında malikin tüm bedeli asıl yükleniciye ödemekten imtina etmesini sağlayarak alt yüklenicilerin de alacaklarına erişimlerini kolaylaştırmaktır. Zira hayatın olağan akışına göre alt yüklenicilerin sahip oldukları alacak miktarı asıl yüklenicinin sahip olduğundan daha azdır. Kanun koyucu alt yüklenicilere kanuni ipoteke hakkı tanımakla aslında maliki, ödeyeceği toplam bedeli belirli bir sıra ile alt yüklenicileri de gözeterek dağıtması mecburiyetinde bırakmıştır. Ancak buna rağmen alt yükleniciler, malikin veya asıl yüklenicinin kusuru olmaksızın herhangi bir sebeple kararlaştırılan bedelin aşılması halinde, asıl yüklenici nezdindeki alacaklarının riskine bizzat katlanmak zorundadırlar. Malikten bu kısım için de garanti istemek, kurumun mevcudiyet gayesine tamamıyla aykırıdır²⁷⁴. Dolayısıyla alt yüklenicilerin sahip olduğu ve kanuni ipoteke ile güvence altına alınabilecek yapı alacağı tutarı, ancak malik ile asıl yüklenici arasında kararlaştırılan bedel kadardır. Öte yandan *Reisoğlu*, bu sınırlamanın yalnızca malikin iyiniyetli olması halinde, yani asıl yüklenici ile anlaşarak borcunu muvazaalı olarak gerçek miktarından aşağı göstermemesi durumunda geçerli olduğunu ifade etmiştir²⁷⁵. Yazara göre malik, aslında ödeme kabiliyeti olmayan asıl yüklenici ile anlaşarak bedeli kasten çok aşağı göstermişse, alt yüklenicilerin yapı alacağının sınırını bu kararlaştırılan bedel değil; iyiniyetle hareket edilmiş olsaydı anlaşmaya esas teşkil edecek olan bedel teşkil eder²⁷⁶. Aynı şekilde, asıl yüklenicinin işi alabilmek adına malikten düşük bir bedel talep etmesi ve fakat alt yüklenici ile muvazaalı bir şekilde daha yüksek bir bedele anlaşarak malikin taşınmazı

²⁷³ **Reisoğlu**, s. 37

²⁷⁴ **Davran**, s. 59; **Güleş**, s. 71; **Reisoğlu**, s. 37

²⁷⁵ **Reisoğlu**, s. 37. Aynı yönde bkz. **Güleş**, s. 71.

²⁷⁶ Aynı durum, malikin alt yüklenici ve zanaatkârları asıl yükleniciyle kredi ile çalışmaya teşvik için asıl yükleniciyle kararlaştırdıkları bedele ilişkin aldatması halinde de geçerli olup bu halde ipotekle temin edilecek yapı alacaklarının sözleşmede gösterilen bedelle sınırlı olduğuna ilişkin iddia, TMK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Bkz. **Reisoğlu**, s. 37.

üzerinde ipotek kurdurup hakkını kötüye kullanması da mümkündür. Bu gibi durumlarda, muvazaanın ispat edilebilmesi koşuluyla, alt yüklenicinin alacağına asıl yüklenicinin alacağı ile sınırlı olduğunun kabulü gerekir kanaatindeyiz.

Öğretide alt yüklenicinin tescil ettirebileceği miktarın asıl yüklenicinin alacağı ile sınırlı tutulmasına yönelik ileri sürülen bu görüş, bizce de isabetli olarak çeşitli sebeplerle eleştirilmiştir²⁷⁷. İlk olarak belirtmek gerekir ki kanun, alt yüklenicilerin kanuni ipotek hakkına herhangi bir sınırlama getirmediği gibi bu haktan önceden feragat edilmesini de yasaklamıştır. Hal böyleyken, alt yüklenicilerin kanuni ipotek hakkının hakkaniyet temelli bir yorum yoluyla ya da mahkeme kararıyla sınırlanmasının herhangi bir hukuki gerekçesi olamaz. Öte yandan, alt yüklenicilere ipotek hakkı tanıyan bu hükmün, maliki belirli bir sırayla ödeme yapmaya sevk etmek gibi bir amacı olduğu da söylenemez. Nitekim malik ile alt yüklenici arasında herhangi sözleşmesel bir ilişki olmadığı gibi yapı alacaklıları kanuni ipotekten aynı sırada yararlanırlar²⁷⁸. Ayrıca asıl yüklenicinin malikten olan alacağı ile alt yüklenicinin asıl yükleniciden olan alacağı da birbirinden bağımsızdır. Bu bağımsız alacaklar, ayrı ayrı ipotek konusu edilebildiğinden malikin bunların bir kısmını ödeyip ödediği kısmı kalan kısımdan mahsup etmesi gibi bir durum da söz konusu olamaz. Yani malik asıl yükleniciye olan borcunun tamamını ödeyerek ipoteği terkin ettirse dahi yine de alt yüklenicinin ipotek hakkı ile güvence altına aldığı alacağını da ödemek veya bu alacak uğruna taşınmazının paraya çevrilmesine katlanması lazımdır. Örneğin, asıl yüklenicinin malikten olan alacağının 100.000 TL, alt yüklenicinin de asıl yükleniciden olan alacağının 75.000 TL olduğu varsayımında malikin taşınmazı, her iki yüklenicinin de kanuni ipotek hakkını kullanması halinde toplamda 175.000 TL ile takyit edilmiş olur. Bu durumda malikin asıl yükleniciye borcu olan 100.000 TL'yi ödeyerek bunu terkin ettirmiş olması halinde dahi 75.000 TL tutarındaki borç için sorumluluğu devam eder. Malikin ya kendisine ait

²⁷⁷ Oral, s. 691; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1129; Leemann, Art. 837, N. 47-48; Kaçaran, s. 1380; Yenice-Ceylan, s. 131.

²⁷⁸ Oral, s. 691; Leemann, Art. 837, N. 47-48; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1129.

olmayan bu borcu ödemesi ya da taşınmazının paraya çevrilmesine katlanması gerekir. Malik tarafından başvurulabilecek tek hukuki yol, ödemiş olduğu bu 75.000 TL bakımından asıl yükleniciye rücu etmesidir. Bu durum, alt yüklenicinin alacağının herhangi bir sebeple asıl yüklenicinin alacağından fazla olması (örneğin 125.000 TL) halinde de değişmez.

Sonuç olarak, alt yüklenicinin ipotek hakkının sınırını asıl yüklenicinin alacağının oluşturduğunun kabulü, bazı durumlarda hakkaniyete uygun bir çözüm olsa da, maddi hukuk bakımından geçerliliği yoktur. Zira kanunda alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkına yönelik herhangi bir sınırlama getirilmemiş olması, alt yüklenicinin alacağının asıl yüklenicinin alacağından bağımsız olarak yapı alacaklısı ipoteğine konu olabilmesi ve alt yüklenicinin alacağının asıl yüklenicinin alacağı ile sınırlandırılmasının pratik anlamda maliki birden fazla kez ödeme yapma riskinden kurtarmayacağı gerçeği karşısında bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir.

cc. Yapı Alacağının Vekâletsiz İşgörmeden Doğması Halinde

Yapı alacağı, gerçek vekâletsiz işgörmeden de doğabilir. Maddi bir fiili ile yapı faaliyetine aktif olarak katılarak iş sahibinin faydasına olacak şekilde katkıda bulunan gerçek vekâletsiz işgörenin bu eylemi sebebiyle sahip olduğu alacak, TMK m. 893 lafzında yer alan “emek veya emek ve malzeme verme” şartını sağladığı sürece yapı alacağı olarak nitelendirilir.

Gerçek vekâletsiz işgörmenin konusu, işgören kişinin vekâlet olmaksızın iş sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak veya onun geçerli bir yasaklamasına aykırı olmayacak şekilde gördüğü iştir²⁷⁹. Gerçek vekâletsiz işgörme niteliği itibariyle bir sözleşme değil, aksine sözleşme benzeri bir fiildir²⁸⁰. Gerçek vekâletsiz işgörmenin ilk ve en önemli unsuru, bir işin görülmesidir. İrade ürünü olan

²⁷⁹ Eren, Özel, s. 915; Gümüş, Özel, s. 227; Akipek-Öcal, s. 726; Eren/Dönmez, TBK m. 526, P. 8; Zevkliler/Gökyayla, s. 639.

²⁸⁰ Akipek-Öcal, s. 725; Eren/Dönmez, TBK m. 526, P. 3; Zevkliler/Gökyayla, s. 639; Gümüş, Özel, s. 226; Eren, Özel, s. 915.

olumlu her insan davranışı, işgörme niteliğinde kabul edilir. Vekâletsiz işgörmenin konusu hukuki bir fiil olabileceği gibi maddi bir fiil de olabilir²⁸¹. Mesela bir iş yerinin deposunu su bastığı için vekâletsiz işgören tarafından pompa ile bu suyun dışarı atılması halinde maddi fiil; işgörenin bunu bir ustaya yaptırması halinde hukuki fiil söz konusu olur. Öte yandan bu işin görülmesi iş sahibi için gerekli ve zorunlu olmalıdır. İş sahibinin menfaatine görülen her iş, TBK m. 529/I hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere, onun menfaatinedir.

Caiz gerçek vekâletsiz işgörmeye iş sahibi, yapılan iş kendi menfaatine olduğundan somut olayın gereklerine uygun olarak vekâletsiz işgören tarafından yapılan zorunlu ve faydalı masrafları faizi ile birlikte ödemek zorundadır²⁸². Nitekim işin iş sahibinin menfaatine yapılması halinde iş sahibinin borçlarını düzenleyen TBK m. 529 hükmüne göre:

“İşsahibi, işin kendi menfaatine yapılması hâlinde, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür”.

Görülüyor ki iş sahibi, duruma göre zorunlu ve yararlı masrafları ödemenin yanı sıra işgörenin gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği diğer zararları da gidermekle yükümlüdür. Örneğin işgören iş sahibinin zarar gören taşınmazının acilen tamir edilmesi için dolaylı temsil suretiyle kendi adına fakat iş sahibi hesabına bir sözleşme akdederek borç altına girmişse, iş sahibi, bu borcu üstlenmelidir. Hatta iş görülürken gerekli özenin gösterilmesi halinde beklenen sonuç gerçekleşmemiş olsa bile işgören, TBK m. 529/I uyarınca iş sahibinden zorunlu ve faydalı masrafların ödenmesini isteyebilir.

²⁸¹ Eren, Özel, s. 916; Zevkliler/Gökyayla, s. 639-640; Akipek-Öcal, s. 726; Gümüş, Özel, s. 227-228; Eren/Dönmez, TBK m. 526, P. 12.

²⁸² Gümüş, Özel, s. 236-239; Akipek-Öcal, s. 729; Eren/Dönmez, TBK m. 529, P. 5; Eren, Özel, s. 921; Zevkliler/Gökyayla, s. 640.

Vekâletsiz işgörenin masraf alacağına sahip olduğunu söyleyebilmek için bu masrafların hem zorunlu ve uygun hem de iş sahibinin menfaatiyle orantılı olması gerekir²⁸³. Öte yandan, yapılan masraflara yönelik olacak, masrafların yapıldığı anda muaccel olduğundan masrafların değerinin ve miktarının yapıldıkları zamana göre belirlenmesi, sonraki fiyat değişikliklerinin değerlere yansıtılmaması gerekir²⁸⁴. İşgörenin masraflara ilişkin faiz alacağı da masrafın yapıldığı anda muaccel olduğundan bunun için ayrıca iş sahibine ihtar çekilmesine gerek yoktur.

Böylelikle gerçek vekâletsiz işgörmeden doğan yapı alacağının kapsamına, işgören tarafından iş sahibinin menfaatine olarak yapılan zorunlu ve faydalı masraflar ile bu masraflara yönelik faizler girer. Ancak, vekâletsiz işgören tarafından görülen işin yapı alacaklısı ipoteği ile teminat altına alınabilmesi için eyleminin bir taşınmaz üzerindeki yapı faaliyeti niteliğinde olması gerektiği unutulmamalıdır. Zira kanun, yapı alacaklılarının emek veya emek ile birlikte malzeme vererek yapıda gerçekleştirmiş oldukları yapı faaliyetlerinden doğan alacaklarını teminat altına alma amacı taşıdığından işgörenin yapı faaliyeti olarak değerlendirilemeyecek eylemlerinden doğan masraflarının vekâletsiz işgörme hükümlerine dayanarak kanuni ipotek ile güvence altına alınmasına olanak yoktur.

Türk Borçlar Kanunu m. 529 hükmünde, iş sahibinin işgörenin masraflarını karşılamasının yanı sıra işgörenin gördüğü iş nedeniyle uğramış olduğu zararın da

²⁸³ **Akipek-Öcal**, s. 729; **Eren**, Özel, s. 921. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu hususta 2015 senesinde vermiş olduğu bir karara göre: "...Nihayet, yerleşik Yargıtay uygulamasına göre, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nın 413. Maddesi hükmünün uygulanmasında, batıl veya bağlayıcı olmayan sözleşmeler sebebiyle yüklenici tarafından yasal olarak yapılan ya da sözleşme dışı yapılan işlerin bedeli, yapıldıkları yıl mahalli serbest piyasa rayiçlerine göre uzman bilirkişi ya da kurulu aracılığıyla yapılacak keşif ve inceleme sonucu belirlenir. Mahalli piyasa rayiçleri ise Bayındırlık Bakanlığı'nca hazırlanan birim fiyatların oluşturulmasında yararlanılan rayiçler değildir. Yapılan imalatın yapıldığı zamanki serbest piyasa fiyatlarına göre değerinin BK'nun 413. Maddesi gereğince hesaplanması gerektiği gibi, buna yüklenici kârı da dâhildir. Bunun yanında, sözü edilen işlerin bedelleri yapıldıkları yıl mahalli rayiçlerine göre hesaplanırken; katsayı uygulanarak güncelleştirilemeyeceği gibi; yapılan ödemeler de güncelleştirilemez. ... Şu halde davacı-karşı davalı yüklenici şirketin, iş bedelini BK 413. Maddesi kapsamında vekaletsiz işgörme kuralı çerçevesinde, imalatın yapıldığı yıldaki serbest piyasadaki rayiç fiyat üzerinden müteahhit kârı da dahil olmak üzere isteyebileceğinin kabulü gerekir..." ifadeleri ile işgörenin yapmış olduğu masrafların hesabında dikkat edilmesi gereken hususlar belirtilmiştir. Bkz. YHGK: E. 2014/2182, K. 2015/1047, T. 18.03.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T: 06.09.2023).

²⁸⁴ **Eren**, Özel, s. 922.

hâkimin takdir edeceği oranda iş sahibi tarafından karşılanacağı düzenlenmiştir. Öğretide buradaki zararın tazmini fikrinin, yapı faaliyetiyle alakalı olmakla birlikte işgörenin emeğinin karşılığına tekabül etmeyip hakkaniyet fikrine dayanan bir sebep sorumluluğundan kaynaklandığı ifade edilmektedir²⁸⁵. Dolayısıyla işgören tarafından yapıda gösterilen emek sarfi veya emek sarfi ile birlikte malzeme temininin karşılığını oluşturmayan bu tazminat alacağı, kanuni ipotek ile güvence altına alınamaz.

Kanun, masraf veya zararların ödenmesini düzenlemiş olmakla birlikte işgörene masraflarının yanında gördüğü iş için ayrıca bir ücret ödenip ödenmeyeceğini hükme bağlamamıştır. Öğretide, söz konusu iş sözleşme gereği ya da teamüle göre ücret karşılığında görülecek bir iş ise TBK m. 502/III hükmüne kıyasen işgörene uygun bir ücret verilmesi savunulmaktadır²⁸⁶. Hatta işgörenin somut olayda gördüğü iş türünden bir işi mesleği icabı görmesi halinde teamül şartının gerçekleştiğinden bahisle işgörene uygun bir ücret verilmesinin gerektiği ifade edilmiştir²⁸⁷. Bu durumda, örneğin bir su tesisatçısının, komşusu evde yokken komşusunun evindeki su tesisatının patladığını fark ederek evin zarar görmemesi için su tesisatını onarması halinde, kendisine yaptığı masrafların yanı sıra uygun bir ücretin de ödenmesi gerekir. Böyle bir durumun kabulü halinde işgörene ödenecek olan ücret, yapı faaliyetindeki emeğinin karşılığı, masrafları ise -varsa- temin ettiği malzemenin karşılığı olarak yorumlanabilir. Bu sayede, TMK m. 893 kapsamında yapı faaliyetinde emek vererek malzeme temin etme şartı sağlanmış olacağından bu ücretin de kanuni ipotek hakkı ile güvence altına alınmasının önü açılmış olur.

²⁸⁵ **Gümüş**, Özel, s. 238; **Eren**, Özel, s. 923; **Eren/Dönmez**, TBK m. 529, P. 10.

²⁸⁶ **Eren**, Özel, s. 923-924; **Gümüş**, Özel, s. 239; **Tandoğan**, s. 232; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 641; **Eren/Dönmez**, TBK m. 529, P. 12.

²⁸⁷ **Eren**, Özel, s. 924; **Gümüş**, Özel, s. 239; **Eren/Dönmez**, TBK m. 529, P. 12. Yargıtay, yüklenicinin eser veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak iş görürken sözleşme dışı yapılan ek işler bakımından iş sahibine yönelik ücret talebini caiz gerçek vekâletsiz iş görme hükümlerine dayandırarak hesaplamayı TBK m. 481 hükmü uyarınca yapmaktadır (*Naklen: Gümüş, Özel, s. 239*).

c. Yapı Alacağıın Devri

Alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağını borçlunun rızasına gerek olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak üçüncü bir kişiye devretmesine alacağın devri denir²⁸⁸. Alacağın devri TBK m. 183-194 arasında düzenlenmiş olup alacağın devri ile alacak hakkı bunu devralan üçüncü kişiye geçer ve böylece devralan, daha önce devredene ait olan alacak hakkını kesin olarak kazanır ve bu hak üzerinde tasarruf yetkisini elde eder²⁸⁹. Devrin konusu yalnızca borç ilişkisinin içerdiği alacak olup sözleşme ilişkisinin kendisi değildir²⁹⁰. Sözleşme ilişkisinin bir bütün olarak devri yalnızca sözleşmenin devri yoluyla mümkün olup alacağın devrinde devreden, borç ilişkisinin aktif süjesi olarak alacaklı sıfatını korur²⁹¹. Ancak devirle beraber alacağın fer'isi niteliğinde olan kanuni ipotek hakkı da devralana geçer²⁹².

Yapı alacağı da, sözleşmeyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, borçlunun rızası aranmaksızın yazılı bir sözleşme ile genel hükümlere göre devredilebilir²⁹³. Yapı alacağının devri, yapı alacaklısı tarafından kanuni ipotek hakkının tapuya tescilinden önce veya sonra gerçekleşebilir. Devir, kanuni ipotek hakkının tescilinden önce gerçekleşmiş olsa dahi yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme hakkı da devralana geçer²⁹⁴. Yani yapı alacağının tapuya tescilinden önce devredilmesi halinde, henüz aynı hak mahiyetini kazanmamış olan ve yalnızca tescili talep hakkı şeklinde yapı alacağına bağlı bulunan bu hak da devralana intikal eder. Zira alacağın devrine konu olamayan fer'i haklar, ancak devralanın şahsına özgü olan fer'i haklardır. Yapı alacaklısı ipoteği

²⁸⁸ **Tercier**, Pierre / **Pichonnaz**, Pascal / **Develioğlu**, Murat: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, s. 517. İstanbul, 2016; **Eren**, Genel, s. 1384; **Oğuzman/Öz**, s. 561. Ayrıca sözleşmenin devri ve bu kurumun özellikleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Ayrancı**, Hasan: “Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)”. Ankara, 2003.

²⁸⁹ **Oğuzman/Öz**, s. 581; **Eren**, Genel, s. 1384; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 523.

²⁹⁰ **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 523; **Eren**, Genel, s. 1395; **Oğuzman/Öz**, s. 581.

²⁹¹ **Eren**, Genel, s. 1395; **Oğuzman/Öz**, s. 581; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 524. Sözleşmenin devri ve alacağın devri kurumları arasındaki farklar hakkında detaylı bilgi için bkz.

²⁹² **Reisoğlu**, s. 53; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 525; **Oğuzman/Öz**, s. 582.

²⁹³ **Reisoğlu**, s. 53; **Akcan**, s. 86

²⁹⁴ **Avcı/Köksal-Oruç**, s. 105; **Akcan**, s. 86; **Reisoğlu**, s. 54; **Kaşak**, s. 139.

ise alacaklının şahsı dolayısıyla değil fakat alacağın mahiyeti icabı tanınan bir ipotek hakkı olduğundan alacak ile birlikte alacağın devrine konu olabilir²⁹⁵.

Yapı alacağı, kanuni ipotek hakkının tapuya tescil edilmesinden sonra da devredilebilir. Nitekim ipotekle teminat altına alınmış bir alacağın devri, TMK m. 891 uyarınca devrin tapu kütüğüne tescil edilmesine bağlı olmadığından yapı alacağının devrinin ipotek hakkının tescilinden sonra yapılması da mümkündür²⁹⁶. Böyle bir halde de ipotekten doğan hakkın fer'ilik niteliği uyarınca alacakla birlikte devralana geçmesi söz konusudur.

Her iki durumda da, yapı alacağını devreden alacaklı, devir işleminden sonra artık kanuni ipotek hakkına sahip olduğundan bahisle herhangi bir alacak iddiasında bulunamaz²⁹⁷. Zira alacağın devri ile birlikte devreden, yapı alacağını kaybettiği gibi yapı alacaklısı sıfatına dayanarak tescili talep etme hakkını da kaybeder. Devralan ise devir sonrasında yapı alacaklısı sıfatını haiz olmanın getirdiği öncelik hakkı gibi imkânların tümünden yararlanma hakkını elde eder.

Alacağın devri, borçlunun bu devre rıza göstermesi şartına bağlı değilse de taraflar, aralarındaki sözleşme ile alacağın devrini yasaklamış olabilirler. Ancak borçlu, TBK m. 183/II hükmü uyarınca devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, sözleşmeye dayanan devir yasağını ileri süremez. Dolayısıyla alacağın devrini yasaklayan sözleşme herhangi bir şekil şartına tabi olmasa da malik veya yüklenici, yazılı bir sözleşme ile alacağı devralan üçüncü şahsa karşı alacağın devrinin yasaklandığını ancak üçüncü şahsın bu yasaktan haberdar olduğunu ispat edebilirlerse ileri sürebilirler²⁹⁸. Bu sebeple, herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmasa da alacağın devrinin yasaklanması işleminin de ispat

²⁹⁵ Reisoğlu, s. 53.

²⁹⁶ Akcan, s. 86; Reisoğlu, s. 53.

²⁹⁷ Reisoğlu, s. 54.

²⁹⁸ Eren, Genel, s. 1398; Oğuzman/Öz, s. 580; Reisoğlu, s. 53

kolaylığı ve hak mahrumiyetlerinin önlenmesi açısından yazılı olarak yapılması daha isabetlidir.

B. İPOTEK HAKKININ TESCİLİ İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR

1. Genel Olarak

Kanuni bir ipotek hakkı olan yapı alacaklısı ipoteği, tescili gerekli olan kanuni ipoteklerdendir. Tescile tabi olmayan ipotek haklarından farklı olarak yapı alacağının doğumu, tek başına ipotek hakkının kullanılabilmesi için yeterli olmayıp bu haktan faydalanabilmek için hakkın yapı faaliyetinin yürütüldüğü taşınmaza ait sayfaya tescili gerekir. Kanunda, yapı faaliyetinden doğan alacağın tescil edilebilmesi için de bazı şartların gerçekleşmesi aranmıştır.

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilebilmesi için ilk şart, yapı alacağının çekişmeli olmamasıdır. Yapı alacağının çekişmeli olmamasından maksat, bu alacağın taşınmaz maliki tarafından kabul edilmiş olması ya da alacak hakkının mahkeme kararı ile tespit edilmiş olmasıdır. Sadece malik tarafından kabul edilen ya da kesinleşmiş bir mahkeme kararına dayanan yapı alacaklarının tapu siciline tescili istenebilir. Ancak malik, yeterli güvence göstererek yapı alacağının tapu siciline tescilini engelleyebilir. Dolayısıyla yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilebilmesi için gerekli olan ikinci şart, TMK m. 895/IV düzenlemesine göre, malikin yeterli güvence göstermemiş olmasıdır. Öte yandan kanunda, tescilin yapılabilmesi için bir süre sınırı öngörülmüştür. Tescil hakkının kullanılabilmesi için ilk ve son tarihleri düzenleyen TMK m. 895/I-II hükümlerine göre, yapı alacaklılarının ipoteğin tescilini talep etme hakkı, çalışmayı veya malzeme vermeyi yükledikleri anda başlayıp yüklenilen işin tamamlanmasını müteakiben üç ayın geçmesiyle sona erer.

2. Yapı Alacağının Çekişmeli Olmaması

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescili, TMK m. 895/III hükmüne göre alacağın malik tarafından kabul edilmiş ya da bir mahkeme kararına bağlanmış olmasına bağlıdır.

a. Alacağın Malik Tarafından Kabul Edilmiş Olması

Yapı alacaklılarının, kanuni ipotek haklarını tescil ettirebilmeleri için malikin bu alacağı kabul etmesi lazımdır. Taşınmaz malikinin alacağı kabul etmesinden maksat, malikin yapı alacağını doğuran borç ilişkisini ikrar etmesi değildir²⁹⁹. Bu ifadeyle anlaşılması gereken, yapılan işin değerinin, yani yapı alacaklısı ipoteği ile teminat altına alınacak ve tapuda gösterilecek bedelin malik tarafından kabul edilmesidir³⁰⁰. Başka bir deyişle alacağın kabul edilmesi, malikin yapı alacaklılarına borçlu olduğunu kabul etmesi anlamına gelmez³⁰¹. Burada alacağın kabul edilmesi, tapu siciline tescil edilecek tutarın kabul edilmesi, bir nevi tapuda işlem yapılmasına rıza gösterilmesi anlamındadır. Tapu siciline hâkim olan ilkelerden belirlilik ilkesi uyarınca, ipotek tutarlarının tapu sicilinde Türk lirası cinsinden gösterilmesi gerekir. Dolayısıyla, malikin yapı alacağını doğuran borç ilişkisini ikrar etmesi, alacağın tutarı belirlenmedikçe hakkın tapuya tescilini mümkün kılmadığından herhangi bir önemi haiz değildir. Kural olarak malikin onayı olmaksızın taşınmazın tapu sicilindeki sayfasında herhangi bir işlem

²⁹⁹ Şener, s. 61; Kaçaran, s. 1387; İnce-Akman, s. 1139; Yenice-Ceylan, s. 133; Akipek, s. 244; Güleş, s. 156; Reisoğlu, s. 92; Kalın, s. 25; Davran, s. 60; Kurt, s. 226; Uyumaz, s. 241. Öte yandan Çetiner, kanundaki hükümde yer alan alacağın malik tarafından kabul edilmiş olmasına ilişkin şartın borcun ikrarı olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre alacağın malik tarafından kabul edilmesi, haliyle onun aynı zamanda borçlu sıfatı da taşıyor olması halinde mümkündür. Öte yandan bu kabul için açık bir ikrara gerek olmayıp TBK m. 154'e kıyasen malikin kendisine tutarı bildirilen alacağa ilişkin kısmi ödemede bulunmuş olması, temerrüde bağlı olarak gecikme faizi ödemesi yapmış olması gibi davranışlar da alacağın kabulü anlamına gelir. Bkz. Çetiner, s. 256. Güleş ise bu görüşü eleştirmiştir. Yazara göre, Çetiner tarafından ileri sürülen bu görüş TMK m. 895 ile çelişmektedir. Nitekim TMK m. 895 hükmünde alacağı kabul edecek kimse olarak malik gösterilmiş, fakat kimin alacağının kabul edileceği konusunda herhangi bir belirleme veya ayırım yapılmamıştır. Yapı alacaklısı olabilecek kişiler yalnızca asıl yüklenici olmadığı gibi ipoteğin kurulması için taşınmaz malikinin yapı alacağının borçlusunu olması da aranmaz. Biz de, Güleş tarafından isabetli şekilde savunulan bu görüşe katılıyoruz. Bkz. Güleş, s. 156. Kanundaki " kabul " ifadesinin bu bağlamda yanıltıcı olduğu hakkında bkz. Göka, s. 468; Yenice-Ceylan, s. 135.

³⁰⁰ Schumacher/Rey, N. 1322; Reisoğlu, s. 92; Akcan, s. 87; Yenice-Ceylan, s. 133; Güleş, s. 157; Zobl, s. 155; Leemann, Art. 837, N. 4; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1131.

³⁰¹ Uyumaz, s. 241; Avcı/Köksal Oruç, s. 113; Akcan, s. 87; Süral, s. 699;

yapılamadığından, tescile tabi bu kanuni ipoteğin tescil edilebilmesi için de, kanun koyucu tarafından malikin rızasına gerek duymuştur.

Alacağın kabul edilmesinden maksadın alacağın varlığının değil ipoteğe esas oluşturacak alacak miktarının kabul edilmesi olduğu, İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikle de ortaya konmuştur. Nitekim İsviçre'de 01.01.2012 yürürlük tarihli değişiklikle birlikte kanun koyucunun bu hükmü getirme amacının açıklığa kavuşturulması gayesiyle mehaz İMK'nin 839/3 hükmü de değiştirilmiş; “*alacağın tanınması*” ifadesi “*ipotek tutarının (Pfandsomme) tanınması*” şeklini almıştır³⁰². Böylelikle İsviçre kanun koyucusunun amacı daha net bir şekilde ifade edilmiştir. Aynı yorumun, mehaz kanundaki kelime değişikliği de göz önünde tutularak Türk hukuku bakımından da kabulü gerekir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, malik tarafından yalnızca alacak miktarının kabul edilmiş olması yeterli olmayıp hem ipoteğe esas oluşturacak alacak miktarının hem de bu alacağın güvence altına alınması için yapı alacaklısı ipoteği kurulacağına açıkça kabul edilmesi de gerekir³⁰³.

Alacak miktarının malik tarafından kabul edilebilmesi için bu miktarın kesin olarak belirlenmiş olmasının gerekip gerekmediği de öğretilerde tartışma konusu olmuştur.

Öğretilerde bir kısım yazara göre, alacak miktarının malik tarafından kabul edilebilmesi, bu miktarın kesin olarak belirlenmiş olmasına bağlıdır³⁰⁴. Yani yapı alacağı tutarı henüz net bir şekilde belirli değilse, alacağın malik tarafından kabul edilebilmesi de mümkün olmayıp bu halde yapı alacağının kesin tescili yapılamaz. Bu yazarlara göre, götürü bedel kararlaştırılan haller hariç olmak üzere, yapı faaliyeti sona ermeden alacağın kesin olarak tespit edilmesi mümkün olmadığından yapı alacaklısı

³⁰² ZGB m. 839/3 hükmü şu şekildedir: “*Sie darf nur erfolgen, wenn die Pfandsomme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist, und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet.*”. Detaylı bilgi için bkz. **Schumacher/Rey**, N. 1322 vd.

³⁰³ **Schumacher/Rey**, N. 1323; **Schmid/Hürlimann-Kaup**, N. 1766.

³⁰⁴ **Wieland**, C. II, s. 64; **Simond**, s. 93, **Rossel-Mentha**, C. III, N. 1562 (*Naklen: Reisoğlu*, s. 90).

ipoteğinin kesin tescili de ancak yapı faaliyetinin sona ermesi akabinde istenebilir. Yapı faaliyetinin henüz bitmediği, devam ettiği dönemde yapı alacağına ilişkin tutar kesin olarak tespit edilmediğinden bu durumda ancak geçici tescil talep edilebilir³⁰⁵. Bu yazarlar, malikin ipotek hakkına karşı korunması gayesinden yola çıkarak alacak miktarının henüz kesin olarak belirlenmemiş olduğu bir dönemde, malike ait taşınmaz üzerinde kesin olarak ipotek kurulmasını, maddenin konuluş prensibine aykırı görmektedir³⁰⁶.

Bu görüş, bizce de haklı olarak öğretilerde eleştirilmiştir³⁰⁷. Zira yapı alacaklısı ipoteği TMK m. 895/I'e göre yapı alacaklılarının çalışmayı veya malzeme vermeyi yükledikleri andan itibaren tapu kütüğüne tescil olunabilir. Örneğin yapı alacağının eser sözleşmesinden doğması halinde taraflar yaklaşık bedel kararlaştırmış olsalar bile tutar henüz kesinleşmemiş olsa dahi sözleşmede kararlaştırılan bir bedel vardır. Yapı faaliyeti hiç başlamamış olsa bile sözleşmenin akdedilmesinden hemen sonra bu bedele dayanarak yapı alacaklısı ipoteğinin tescili istenebilir. Böyle bir halde, sözleşmede kararlaştırılan bedelin yapı alacağı olarak tapuya kesin tescili engellenmiş değildir. Bu durumda tescil edilecek ipotek, bir üst sınır ipoteği olur³⁰⁸. Dolayısıyla tescilin yapılabilmesi için alacağın kesin olarak belirtilmesine ihtiyaç yoktur. Kanuni ipotekle temin edilecek alacak miktarının malik tarafından tescile esas teşkil etmek üzere kabul edilmesi, tarafların hakları bakımından herhangi bir tehlike oluşturmayacağı gibi ileride alacağın tespiti bakımından da zorlaştırıcı veya malik aleyhinde bir netice doğurmaz³⁰⁹. Zira ipotek yalnızca alacağı güvence altına alan fer'i bir haktır ve ipoteğin tescili hiçbir zaman alacağın varlığını ispatlamaz. Dolayısıyla malikin bu tescille birlikte tehlike

³⁰⁵ **Simond**, s. 100; **Wieland**, C. II, s. 63-64.

³⁰⁶ **Wieland**, C. II, s. 64; **Simond**, s. 93.

³⁰⁷ Özellikle bkz. **Reisoğlu**, s. 92 vd.

³⁰⁸ **Yenice-Ceylan**, s. 137; **Reisoğlu**, s. 97; **Süral**, s. 699; **Saymen/Elbir**, s. 638; **Davran**, s. 60; **Güleş**, s. 157; **Kalm**, s. 25; **Köprülü/Kaneti**, s. 229.

³⁰⁹ **Reisoğlu**, s. 93

altında olan bir hakkı da yoktur³¹⁰. Yapı alacaklısı sözleşmeye aykırı davranırsa veya herhangi bir sebeple işin bitiminde tespit edilen kesin alacak, ipotekle temin edilen alacağın altına düşerse, malik fazla kısım için ipoteğin terkin edilmesini isteyebilir³¹¹.

Özetle, yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilebilmesi için alacak miktarının malik tarafından kabul edilmesi gerekir. Taraflar, aralarındaki sözleşme ile yapı alacağının miktarını kesin olarak belirlemiş olabilirler. Böyle bir halde taraflar arasındaki sözleşme, kararlaştırılan bu miktarın kabulü anlamına geldiğinden yapı alacaklısı, sözleşmeyle birlikte hakkının tapuya tescilini talep edebilir³¹². Taraflar, aralarındaki eser sözleşmesinde alacak miktarını yaklaşık olarak belirlemiş olsalar da bu tutarın kabul edilmiş olması, ipoteğin tescili için yeterlidir. Böyle bir halde tescil edilecek olan ipotek, üst sınır ipoteği olur. Taraflar arasında alacak miktarının hiç belirlenmediği hallerde ise bu belirleme yapılanaya kadar ipoteğin tescil edilebilmesi mümkün değildir. Zira bir alacağın ipotekle güvence altına alınabilmesi için o alacağın miktarının Türk lirası cinsinden tapu sicilinde gösterilmesi zorunludur. Aksi takdirde bu alacağın güvence altına alınması maksadıyla herhangi bir ipotek tesis edilmesi mümkün değildir.

Alt yüklenicilerin yapı alacaklısı olduğu durumları da incelemek gerekir. Bilindiği gibi, alt yükleniciler ile malik arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi

³¹⁰ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1033; Köprülü/Kaneti, s. 377; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1104; Helvacı, s. 130.

³¹¹ Leemann, Art. 839, N. 4; Reisoğlu, s. 93-94; Davran, s. 60; Akcan, s. 87; Süral, s. 699.

³¹² Uygulamaya yönelik olarak belirtmek gerekir ki, tapu siciline yapılacak her kaydın belgelendirilmesi zorunluluğu olduğundan yapı alacaklısının ilgili tapu sicil müdürlüğüne başvuru yaparken malik ile beraber gitmesi (zaruri olmamakla birlikte) yahut bu mümkün olmuyorsa eser sözleşmesinin yanı sıra bu alacağın malikin kabul ettiğini veya tesciline onay verdiğini gösteren bir belgeyi beraberinde götürmesi yerinde olur. Belgede, iş bitmişse bitiş tarihi; bitmemişse devam ettiği ve alacağın bir eser sözleşmesi veya başkaca bir hukuki ilişkiden doğduğu belirtilmelidir. Yapı alacaklısı, bu bilgileri içeren belgelerle tek başına başvuru yapabilir. Başvuru, basılı örneklerin yapı alacaklısı tarafından doldurulması ve altının imzalanması ile neticelendirilir. Böyle bir halde, TMK m. 1013/II uyarınca bu tescile malikin rıza göstermesi gerekmez. Tanıma beyanının şekil açısından yazılı olarak yapılmasının gerekli ve yeterli olduğu hakkında bkz. Duman, s. 192; Güleş, s. 158. İsviçre hukukunda da taşınmaz malikin tapu sicil müdürlüğüne başvurarak kendisine ait tek taraflı yenilik doğuran bir hakkın kullanılması suretiyle, diğer şekli şartları da yerine getirerek, tapu kütüğünde tescili sağlayabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Schumacher/Rey, N. 1330, N. 1334. Kanunda alacağın kabul edilmesi şartının getirilmiş olmasının sebebinin yapı alacağının miktarının genellikle iş tamamlandıktan sonra belli olması ve yapı alacaklılarının elinde alacak miktarını gösteren yazılı bir belge olmaması olduğu hakkında bkz. Göka, s. 465; Yenice-Ceylan, s. 133. Malikin tescile rıza göstermesinin alacağı kabul etmesi anlamına geleceği hakkında bkz. Akipek/Akıntürk, s. 799.

bulunmaz. Buna rağmen malik, kanunun emredici hükmü uyarınca taşınmazının yapı alacaklısı ipoteği ile kısıtlanmasına katlanmak zorundadır. Bu ipoteğin tescil edilebilmesi için de, aynı asıl yüklenici ve zanaatkârlar bakımından olduğu gibi alt yüklenicinin de sahip olduğu alacak miktarının malik tarafından kabulü gerekir. Özellikle belirtmek gerekir ki, alt yüklenicilerin alacak miktarı asıl yükleniciler tarafından kabul edilmiş olsa bile bu kabul, tescilin yapılabilmesi için tek başına yeterli olmadığı gibi gerekli de değildir³¹³. Tescilin yapılabilmesi için kabulü aranan kişi, TMK m. 895 hükmünün açık lafzı gereğince taşınmaz malikidir. Dolayısıyla alt yüklenici yapı alacağını ancak malikin bu miktarı kabul etmesi halinde tescil ettirebilir. Malik tarafından alt yüklenicinin alacağının miktarının kabul edilmesi, taşınmaz malikinin alt yükleniciye karşı şahsi olarak sorumlu olduğu anlamına gelmez³¹⁴. Nitekim daha önce de ifade ettiğimiz gibi alacağın kabulü bir borç ikrarı değil; yalnızca alacak miktarının kabul edilerek tapuda gerçekleştirilecek tescile onay anlamına gelmektedir. Ayrıca tescil, TMK m. 1013/I uyarınca kural olarak tasarrufa konu olan taşınmaz malikinin yazılı beyanı üzerine yapılır. Asıl yüklenicinin kanuni ipotek hakkıyla sınırlanacak taşınmaz üzerinde hiçbir tasarruf hakkı yoktur. Alt yüklenici lehine alınmış bir mahkeme kararı da yok ise, salt asıl yüklenici tarafından yapılan kabule dayanarak taşınmaz malikinin rızası olmaksızın asıl yüklenici tarafından alacağın kabul edilmiş olduğu ileri sürülerek yapılan tescil başvurusunun reddi gerekir³¹⁵.

b. Alacağın Kesinleşmiş Mahkeme Kararına Dayanması

Malikin yapı alacağını reddetmesi halinde yapı alacaklıları, sahip oldukları ipotek hakkının tescil edilmesini ancak mahkeme kararına dayanarak talep edebilirler.

³¹³ **Reisoğlu**, s. 94; **Güleş**, s. 157; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1123; **Şener**, s. 62.

³¹⁴ **Akcan**, s. 87. Malikin alt yüklenicinin alacağını kabul etmiş olması halinde kabul edilen alacağın asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında kararlaştırılan alacaktan daha az veya fazla olması hususunda tescil edilen miktara asıl yüklenicinin itiraz hakkı bulunmadığı yönünde bkz. **Güleş**, s. 157; **Reisoğlu**, s. 95.

³¹⁵ **Reisoğlu**, s. 94-95

Zira TMK m. 895 hükmünde malikin alacağı kabul etmemesi halinde mahkeme kararının da ipoteğin tescilini sağlayacağı düzenlenmiştir.

Yapı alacaklısı ipoteği, yapı faaliyetinin yüklenildiği andan itibaren tescili istenebilen bir hak olduğundan işe henüz başlanılmamış olsa bile yapı alacağını kabul ederek tescile rıza göstermesi malikten istenebilir. İşe henüz başlanmadan bu hakkın kullanılması talebine malikin olumsuz cevap vererek alacağın miktarını kabul etmemesi halinde, yapı alacaklıları tarafından açılacak olan dava, niteliği itibariyle rehin yükünün tespiti davası olup taşınmaz malikine karşı açılır³¹⁶. Yapı alacaklılarının henüz yapı faaliyeti bitmeden açmış olduğu tespit davasında mahkeme, taraflarca götürü bir bedel kararlaştırılmış olduğunu tespit ederse, alacak miktarının bu götürü bedel olduğuna ve tescilin bu miktar esas alınarak yapılması gerektiğine karar vermelidir. Taraflar arasındaki sözleşmede yaklaşık bir bedel kararlaştırılmış ise, bu halde de alacak miktarının kararlaştırılan yaklaşık bedel olduğu tespiti ile tescilin üst sınır ipoteği olarak yapılması gerektiğine hükmedilmelidir³¹⁷. Her iki durumda da yapılacak olan tescil, kesin tescil olup mahkeme tarafından geçici tescile karar verilmemelidir.

³¹⁶ **Akcan**, s. 88; **Akın**, s. 758; **Köprülü/Kaneti**, s. 318; **Yenice-Ceylan**, s. 141; **İnce-Akman**, s. 1141; **Güleş**, s. 159; **Bıçakçı**, s. 555. Davanın taşınmaz malikine yöneltilmesinin yeterli ve gerekli olduğu hakkında bkz. Y. 15. HD: E. 2015/5673, K. 2016/2437, T. 21.04.2016 (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T: 07.08.2023*). Yargıtay, 2013 tarihli bir kararında ise davanın hem taşınmaz malikine hem de yapı alacaklısı olan kişi alt yüklenici ise asıl yükleniciye de yöneltilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. Y. 15. HD: E. 2012/4521, K. 2013/3030, T. 09.05.2013 (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T: 07.08.2023*). Davanın dinlenebilmesi için menfaat şartının arandığına yönelik bkz. **Kaçaran**, s. 1389. *Yenice-Ceylan*'a göre sözleşmeden kaynaklanan yapı alacağının muhatabı ve borçlusu sözleşmenin tarafı olan yüklenicidir. Yazara göre taşınmaz maliki sözleşmenin tarafı olmadığından asıl yüklenicinin taraf olarak gösterilmediği davalarda mahkeme tarafından alacağın gerçek miktarının tespiti çoğu kez mümkün olamayacağı veya tespit edilen alacak, davanın tarafı olmayan asıl yükleniciyi bağlamayacağı için tescil kararı verilemeyeceğini ifade etmekte ve asıl yüklenicinin de davada taraf olarak gösterilmesi gerekir. Bkz. **Yenice-Ceylan**, s. 142-143. Aynı yönde bkz. **Kaçaran**, s. 1389. Kanaatimize göre, asıl yüklenicinin davada taraf olarak gösterilmesi zorunlu olmayıp taşınmaz maliki ile asıl yüklenici arasında müteselsil borçluluk bulunmadığı gibi bu sebeple zorunlu dava arkadaşlığı da yoktur. Zira ipoteğe esas teşkil edecek alacak miktarının taşınmaz maliki tarafından kabul edilmesi ipoteğin tescil edilmesi için yeterlidir. Öte yandan tescil edilecek ipotek miktarı mutlaka yapı alacağı miktarı ile örtüşmek zorunda da olmayabilir. Fakat böyle bir durumda dahi asıl yüklenicinin ihbar yoluyla davadan haberdar edilerek davaya dâhil edilmesi faydalı olabilir. Zira taşınmaz maliki, asıl yükleniciye ait bir borcu taşınmazının paraya çevrilmesine katlanarak ödemek durumunda kalırsa yapı alacaklısının haklarına halef olacağından taşınmaz malikinın asıl yükleniciye rücu etme hakkı doğduğundan ihbar suretiyle asıl yüklenicinin davadan haberdar edilmesi akabinde talep halinde asıl yüklenicinin davaya müdahalesinin kabulü gerekir.

³¹⁷ İpoteğin tescilinin çalışma veya malzeme vermenin yüklenildiği andan itibaren istenebiliyor oluşu sebebiyle alacağın tam olarak ortaya çıkmamış olması halinde mahkemeden tarafların dahi

Yapı alacaklıları, sahip oldukları kanuni ipotek hakkının tescilini işin tamamlanmasından sonra da isteyebilirler. İpoteğin tescili, işin tamamlanmasından sonra yapılacaksa, yapı alacaklılarının işin bitiminden itibaren en geç üç ay içerisinde bu ipoteğin tescilini talep etmeleri lazımdır (TMK m. 895/II). İşin bitimiyle beraber kural olarak artık yapı alacağının miktarının kesinleşmesi söz konusu olduğundan yapı alacaklıları, kesin olan bu alacağın malik tarafından kabul edilmemesi halinde, yine dava açmak zorundadır. Malikin aynı zamanda yapı faaliyetini yaptıran borçlu sıfatını da haiz olduğu hallerde açılacak olan bu dava, yapı alacağının ödenmesiyle beraber kanuni ipoteğin tescili talebini içeriyorsa artık bir tespit davası değil, eda davasıdır³¹⁸.

Öğretide, işin bitirilmesinden önce açılan davada üst sınır ipoteğine, işin bitirilmesinden sonra açılan davada ise anapara ipoteğine hükmedilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³¹⁹. Kanaatimize göre, kurulacak ipoteğin türü tespit edilirken tarafların işi bitirip bitirmediğinden bağımsız olarak aralarındaki sözleşmede kararlaştırılan bedelin türü esas alınmalıdır. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere tarafların götürü bir bedel kararlaştırmış olmaları halinde, yapı faaliyetinin bilançosu önem arz etmez. Yüklenici, işi kararlaştırılan götürü bedelin altında tamamlamış olsa da götürü bedele hak kazanır. Öte yandan iş, kararlaştırılan götürü bedelden daha fazlaya mal olmuşsa da yüklenici kural olarak buna katlanmak zorundadır. Her iki durumda da, götürü bedel kararlaştırılan hallerde yükleniciye ödenecek bedel kesindir. Alacak miktarı kesin olarak belirlenmiş ve iş sahibi de kural olarak bu bedeli ödemeyi önceden kabul etmiş olmasına rağmen, bu durumda anapara ipoteği yerine üst sınır ipoteği kurulması isabetli değildir. Dolayısıyla işin tamamlanmadığı fakat taraflar arasında götürü bir bedelin

belirleyemediği bedeli belirlemesi beklenemeyeceğinden üst sınır ipoteğine karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. **Güleş**, s. 159; **Şener**, s. 62; **Altay/Eskiocak**, s. 289; **Schumacher/Rey**, N. 511.

³¹⁸ **Akcan**, s. 88; **Çetiner**, s. 257. *Güleş*'e göre alacaklıya böyle bir durumda hem tespit hem de eda davası açma hakkı tanımak gerekir. Zira malikin kötü bir ekonomik duruma düşmesi halinde ifa davası açması kendisi açısından yararsız olacağından tespit davası açarak tespit hükmüne binaen rehin tescil ettirerek alacağını öncelikli şekilde elde etmesi kendisi açısından daha kestirme bir yoldur. Bkz. **Güleş**, s. 159. Bu davanın tapu iptal ve tescil davası olduğu ve TMK m. 716 hükmüne dayanılarak alacak miktarının tespiti ile ipotek hakkının hükmen tescilinin istenebileceği hakkında bkz. **Kalm**, s. 26.

³¹⁹ **Avcı/Köksal Oruç**, s. 114; **Kaşak**, s. 152.

kararlaştırıldığı hallerde açılacak olan davada mahkeme, anapara ipoteğinin kurulmasına karar vermelidir.

Anapara veya üst sınır ipoteğine hükmedilmesinden bağımsız olarak mahkeme tarafından verilen karar, her iki durumda da yapı alacaklısına yapı alacağını tescil ettirme hakkını verir. Yapı alacaklısı, lehine almış olduğu ve kesinleşmiş bu mahkeme kararına dayanarak tapuda gerekli tescil işlemini yaptırabilir. Böyle bir durumda, kanaatimize göre mahkeme tarafından verilen karar kurucu nitelikte değildir. Mahkeme kararı yalnızca yapı alacaklısına tescili talep etme hakkı vererek taşınmaz malikini bu tescile muvafakat vermeye zorlar. Ayrıca kanun koyucu yapı alacaklısı ipoteğinin açıkça tescile tabi bir kanuni ipotek hakkı olduğunu düzenlediğinden yapı alacaklısı ipoteğinin sicil dışı kazanıldığına savunulması kanun koyucunun amacıyla da örtüşmez. Bu sebeplerle, dava sonrasında tapuya yapılacak olan tescilin açıklayıcı değil, kurucu olduğunun kabulü gerekir³²⁰.

3. Malik Tarafından Yeterli Güvence Gösterilmemiş Olması

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilebilmesi için gereken şartlardan bir diğeri, TMK m. 895 uyarınca malik tarafından yapı alacaklarının teminat altına alınması için

³²⁰ Yapı alacaklısı ipoteği tescile tabi bir kanuni ipotek olsa da öğretide mahkemenin alacağını tespiti için açılan davada ayrıca ipoteğin hükmen de tesciline karar verebileceği savunulmuştur. Böyle bir durumda ipotek hakkının tescilden önce doğması söz konusu olur. *Serozan*'a göre TMK m. 716 hükmüne dayanarak tescile zorlama davası açılması halinde mahkeme tarafından verilen karar ile birlikte tescil hükmen gerçekleşir. Yazara göre, Türk Medeni Kanunu'nda taşınmaz rehninin düzenlendiği hükümlerde her ne kadar eşyaya bağlı irtifaklar (TMK m. 780/II), intifa hakkı (TMK m. 795/II), oturma hakkı (TMK m. 823/III) ve taşınmaz yükünün (TMK m. 840/III) düzenlendiği hükümlerde olduğu gibi hakkın kazanılması ve tesciline ilişkin taşınmaz mülkiyetinin düzenlendiği hükümlere atf olmasa da TMK m. 716 hükmü taşınmaz rehnine de kıyasen uygulanabilir. Hal böyle olunca, ipotek hakkının tesciline ilişkin mahkeme kararı yenilik doğurucu bir nitelik taşır. Bkz. **Serozan**, Rona: "Taşınmaz Rehni", s. 308-309. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Y. 2006, C. 64, S. 2, s. 301-324. **Çetiner** de, yapı alacaklısının ipoteğin tescili davası açarak da aynı amaca ulaşabileceğini, zira böyle bir davada mahkemenin bir yapı işinin üstlenilip üstlenilmediği ve üstlenilmişse ipotek yükünün ne olacağını tespit edeceğini, ayrıca bu ipoteğin tesciline de karar vereceğini ifade etmiştir. **Çetiner**, s. 257. Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre ise aleniyet ilkesinin taşınmaz rehninde özellikle gerçekleştirilmek istendiğini, bu sebeple sicil dışı kazanmanın istisna olduğunu, bu bağlamda kıyas yapılamayacağını ve mahkeme kararının da yenilik doğurucu olmadığını savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar, mahkeme tarafından bir eda kararı verildiğini, bu kararın taşınmaz malikinin tescile muvafakat beyanında bulunmaya mahkûm edildiğini ve hükmün tescilin yapılmasını isteme hususunda bir hak verdiğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre yapı alacaklısı ipoteği ancak tescil ile kurulacağından mahkeme kararı ile ipotek hakkı doğmaz fakat davacının tapuda tescil yaptırma hakkı doğar. Keza kanun koyucu yapı alacaklısı ipoteğinin açıkça tescile tabi bir ipotek hakkı olduğunu düzenleyerek sicil dışı kazanıma izin vermemiştir. Bu yönde bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1052; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 983; **Acar**, P. 337; **Wieland**, s. 556; **Yenice-Ceylan**, s. 144.

yeterli bir güvence gösterilmemiş olmasıdır. Malikin yeterli güvence göstermemiş olması, yapı alacaklıları tarafından tescilin talep edilebilmesi bakımından menfi bir şart niteliğindedir³²¹. Malik güvence göstererek ipotek hakkının tescilini önler ve bu güvence geçerli olarak varlığını sürdürürse yapı alacaklısı ipoteği tescil edilemez³²².

Malik tarafından gösterilecek güvencenin niteliği hakkında kanunda herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Dolayısıyla bu güvence aynı bir güvence olabileceği gibi şahsi bir güvence de olabilir. Yani malik, yapı alacaklıları lehine başka bir taşınmaz üzerinde sözleşmesel bir ipotek kurabileceği gibi para, kıymetli evrak veya banka teminat mektubu depo ettirebilir ya da bir kimsenin yapı alacaklarına kefil olmasını sağlayabilir³²³. Her halükârda, gösterilen güvencenin yapı alacaklarını teminat altına almaya yeterli miktarda olması gerekir. Aksi takdirde, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin engellenmesi mümkün değildir. Güvencenin miktarı veya niteliği konusunda herhangi bir uyuşmazlık çıkması halinde ise mahkeme, bu uyuşmazlığı çözmekle yetkilidir³²⁴.

Yapı alacakları, taşınmazın değeri veya taşınmazdaki değer artışı ile sınırlı olmadığından, malikin tescile engel olabilmek amacıyla göstereceği güvence miktarlarının da taşınmazın değeri veya taşınmazdaki değer artışı ile sınırlı olmadığı

³²¹ **Çetiner**, s. 254; **Güleş**, s. 160; **Bıçakçı**, s. 556; **Reisoğlu**, s. 98. *Saymen/Elbir'e* göre, malikin yeterli teminat göstermemiş olması, ipotek hakkının doğumuna yönelik menfi bir şarttır. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira yapı alacaklısı ipoteği, kanundan doğan bir hak olduğundan yapı faaliyeti sebebiyle bir yapı alacağının doğması halinde yapı alacaklıları, bu ipoteği kanun sebebiyle kazanırlar. Malik tarafından yeterli güvence gösterilmiş olması ise yapı alacaklılarının ipotek hakkına halel getirmeyip yalnızca bu hakkın tescilini engelleyici bir mahiyete sahiptir. Bkz. **Saymen/Elbir**, s. 634

³²² **Scheidegger**, s. 13; **Reisoğlu**, s. 98; **Yenice-Ceylan**, s. 145; **Kaçaran**, s. 1390; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1057; **Güleş**, s. 161; **Akcan**, s. 89; **Uyumaz**, s. 244.

³²³ **Wieland**, C. II, s. 69; **Simond**, s. 118; **Akcan**, s. 89; **Leemann**, Art. 839, N. 24; **Rossel-Mentha**, C. III, N. 1563; **Reisoğlu**, s. 99; **Güleş**, s. 160; **Çetiner**, s. 254; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1125; **Davran**, s. 62. Malikin keşide ve imza ettiği bir poliçenin varlığının yeterli olmadığı, yapı faaliyetinden önce bir yere para ya da kıymetli evrakın depo edilerek bunlar üzerinde alacaklıya rehin hakkı tanınmasının gerekli olduğu yönünde bkz. **Uyumaz**, s. 244; **Güleş**, s. 160-161. Ödeme gücü hakkında tereddüt yoksa ve başka kimselerin de imzası bulunuyorsa, malikin verdiği bononun yeterli olduğu hakkında bkz. **Davran**, s. 62. Aksi görüşte bkz. **Kaçaran**, s. 1390; **Yenice-Ceylan**, s. 148-149.

³²⁴ **Homberger**, Arthur: "Zürcher Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch", Art. 961, N. 32. IV. Band, Das Sachenrecht, III. Abteilung Besitz und Grundbuch, Art. 919-977, Zürich, 1938; **Reisoğlu**, s. 99; **Wieland**, C. II, s. 69; **Simond**, s. 121-122; **Leemann**, Art. 839, N. 27; **Akcan**, s. 89; **Güleş**, s. 161; **Baysal**, s. 173; **Duman**, s. 192; **Köprülü/Kaneti**, s. 226; **Bıçakçı**, s. 556. Güvencenin nitelik ve nicelik açısından yeterli olması gerektiği hakkında bkz. BGE 142 III 738 (*Naklen: Yenice-Ceylan*, s. 145, *dpn.* 603); **Göka**, s. 474.

öğretide savunulmuştur³²⁵. Nitekim yapı alacaklısı ipoteği kurumu ile korunmak istenen menfaat, yapı faaliyetleri sebebiyle sarf edilen emek olup kanunen güvence altına alınmak istenen husus da bu emeğin parasal karşılığıdır. Bu görüşü savunan yazarlara göre malik, yapı faaliyetinin yürütüldüğü taşınmazın paraya çevrilmesi halinde yapı alacaklarını karşılamayacağından bahisle göstereceği güvence miktarını da taşınmazın değeriyle sınırlama hakkına sahip değildir³²⁶.

Kanaatimize göre de, kanunun amacının yapı faaliyetinde gösterilen emeğin korunması olduğu ve yapı alacaklarının taşınmazın değeri veya taşınmazdaki değer artışıyla sınırlı olmadığı doğrudur. Hatta malik tarafından gösterilecek güvencenin taşınmazın değeriyle veya taşınmazdaki değer artışıyla sınırlı olmaması gerektiği de kanunun amacı düşünüldüğünde hakkaniyete uygundur. Öte yandan, yapı alacaklılarının malike karşı sahip olduğu yegâne aynı hak genellikle TMK m. 893'ten doğan ipotek hakkıdır. Yapı alacaklıları, malikten başkaca bir güvence göstermesini isteme hakkına sahip değildirler³²⁷. Ayrıca yapı alacaklıları malikin alacağı kabul etmesi ve sürelere riayet etme koşuluyla bu haklarını doğrudan kullanma hakkına da sahiptir. Kanunun lafzında yapı alacaklılarının önce malikten yeterli güvence göstermesini istemeleri, bu güvence gösterilmezse ipotek haklarını kullanabilecekleri şeklinde bir düzenleme de yoktur. Dolayısıyla malikin göstermesi gereken güvence miktarının taşınmaz paraya çevrildiğinde elde edilecek miktardan fazla olacağına anlaşıldığı hallerde malik zaten böyle bir güvence göstermez ve tescile engel olmaz. Özellikle alt yüklenicilerin de kanuni ipotek hakkını haiz olduğu düşünüldüğünde, malikin kendisiyle sözleşme ilişkisi içinde olmayan bu kişilere karşı şahsi bir sorumluluğu da yoktur. Dolayısıyla malik, taşınmazın paraya çevrilmesi halinde elde edilecek miktarın alt yüklenicilerin

³²⁵ **Reisoğlu**, s. 99. Taşınmaz malikin borçtan şahsen de sorumlu olması halinde gösterilen güvencenin en az taşınmazın değeri kadar olması gerektiği yönünde bkz. **Yenice-Ceylan**, s. 145; **Güleş**, s. 161.

³²⁶ **Reisoğlu**, s. 99-100; **Simond**, s. 118

³²⁷ Malikin güvence göstermek ya da ipotek hakkının tescil edilmesine katlanmak şeklinde iki seçimlik hakkı olduğu, bunun dışında alacaklıların malikten başka bir güvence göstermesini istemek gibi bir hakları olmadığı yönünde bkz. **Reisoğlu**, s. 98; **Güleş**, s. 160; **Yenice-Ceylan**, s. 145; **Akcan**, s. 89; **Göka**, s. 474.

alacaklarını karşılamaması halinde bakiye alacaktan sorumlu değildir. Tüm bu sebeplerle, yapı alacaklarının toplam miktarının taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilecek miktardan fazla olduğu hallerde, malikin tescile engel olabilmesi için göstermesi gereken teminat miktarının bu fazlalığı da kapsamı gerektiğine ilişkin görüşün pratik anlamda bir önemi olmadığı, bu gerekliliğin kanunda yer almadığı da gözetildiğinde salt hakkaniyete dayanılarak savunulmasının menfaat dengesini malik aleyhine fazlasıyla bozacağı açıktır. Bu bakımdan, güvencenin yeterli olup olmadığının tespitinin tarafların serbest iradesine bırakılması, bu mümkün değilse mahkeme tarafından somut uyuşmazlığın özellikleri gözetilerek yeterliliğe karar verilmesi, fakat her halükârda bu miktarın taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilecek miktar ile sınırlı olması gerektiği kanaatindeyiz.

Malik tarafından tescile engel olmak amacıyla gösterilen güvencenin yeterli olma niteliğini sonradan kaybetmesi de mümkündür. Örneğin malik tarafından güvence olarak gösterilen bir taşınmazın yok olması ya da kefilin ödeme gücünü kaybetmesi hallerinde durum böyledir. Bu durumda yapı alacaklılarının tescili isteme hakkının akıbeti, bu güvencelerin yeterli olma niteliğini kaybettikleri ana göre değişkenlik gösterir.

Gösterilen güvencelerin yeterli olma vasfını kaybettiği an, yapı alacaklısı ipoteğinin halen tescilinin istenebileceği bir an ise sorun yoktur. Yapı alacaklıları işin yüklenilmesinden başlayarak işin tamamlanmasını müteakiben en geç üç ay içinde alacaklarının tescilini isteyebildiklerinden, güvencenin yeterlilik vasfının kaybedilmesi halinde bu alacağın tescilini isteme hakları yeniden doğar³²⁸. Böyle bir durumda, malik tekrardan bir güvence göstererek tescile engel olabilirse de bu güvencenin gösterilememesi halinde yapı alacaklıları, kanundan doğan ipotek haklarını kullanarak tescili sağlayabilirler.

³²⁸ **Reisoğlu**, s. 100; **Scheidegger**, s. 13; **Simond**, s. 119; **Güleş**, s. 162; **Şener**, s. 64; **Bıçakçı**, s. 556; **Uyumaz**, s. 244.

Malik tarafından gösterilen güvencelerin yeterli olma vasfını kaybettiği an, tescilin yapılabileceği en son sürenin geçmesinden sonraki bir an ise, yapı alacaklılarının malikten tekrar güvence göstermesini isteyip isteyemeyecekleri tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre yapı alacaklıları, böyle bir durumda malikten tekrardan güvence göstermesini isteyebilirler³²⁹. Zira malik, güvence göstererek yapı alacaklılarını ipotek hakkına nazaran daha riskli bir garantiyi kabule zorlamıştır. Nitekim yapı alacaklıları ipotek haklarını kullanmış olsalardı, üzerinde ipotek kurulan taşınmazın değerini kaybetmesi mümkün olsa bile değerini kaybeden taşınmaz üzerindeki rehinli alacaklılar, kanunda muhtelif maddelerde (TMK m. 865 vd.) korunmaktadır. Oysaki malikin tescile engel olmak amacıyla göstermiş olduğu güvencenin konusunu taşınmaz bir mal oluşturmak zorunda değildir. Bu da, yapı alacaklılarının malik tarafından daha riskli bir garantiye zorlanmış olabildiği anlamını taşır. Ayrıca malikin bir de sürenin geçirilmesinden sonra yeterlilik vasfını kaybeden güvencenin yerine başka bir güvence sunmak zorunda olmadığı kabulü, kanunun malike tanıdığı güvence gösterme yetkisinin amacıyla örtüşmez. Tüm bu sebeplerle, bu görüşü savunan yazarlara göre güvencelerin yeterlilik vasfını ipotek hakkının tescili için öngörülen en son süre geçtikten sonra kaybetmesi halinde yapı alacaklıları, malikten yeni bir güvence talep edebilir.

Kanaatimize göre, bu görüşün mutlak olarak savunulması mümkün değildir. Zira kanunda yer alan düzenlemeler neticesinde malik, yalnızca taşınmazının ipotekle sınırlanmasına katlanmakla yükümlü kılınmıştır. Yapı alacaklıları, malikten başka bir güvence göstermesini isteme hakkına sahip değildir. Aksine malik, bu katlanma yükümlülüğünden güvence göstermek suretiyle kurtulma yetkisine sahiptir. Dolayısıyla malikin taşınmazı dışında herhangi bir güvence göstermesi, bir yükümlülük değil; bilakis kanunda kendisine tanınan bir haktır. Hiç kimse, kendisine tanınan bir hakkı

³²⁹ Güleş, s. 162; Şener, s. 64; Bıçakçı, s. 556; Reisoğlu, s. 100

kullanmaya zorlanamayacağından malikin güvence göstermeye zorlanması da mümkün değildir. Öte yandan, TMK m. 2 uyarınca herkes, haklarını kullanırken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olup bir hakkın açıkça kötüye kullanılması hukuk düzeni tarafından korunmaz. Bu sebeple, malik güvence göstererek tescile engel olma hakkını kullanmışsa, bu hakkın kullanılma sınırını TMK m. 2 oluşturur. Yani malik, gösterdiği güvencelerin ileride yeterli olma vasfını kaybedeceğini biliyorsa ya da güvencelerin yeterli olma vasfı malikin kusurlu davranışları sonucunda kaybolmuşsa, yapı alacaklıları TMK m. 895'te yer alan üç aylık sürenin geçmesinden sonra tescil isteyemeseler dahi malikten uğradıkları zararın tazminini isteyebilirler kanaatindeyiz. Ancak malik, gösterdiği güvencelerin yeterli olma vasfını kaybedeceğini bilmiyor veya bu vasıf, malike yüklenemeyen bir sebeple kayboluyorsa artık yeni bir güvence gösterme yükümlülüğü altında olmadığı gibi tazminat yükümlülüğü de yoktur. Dolayısıyla tescili isteme hakkının süresi geçtikten sonra güvencelerin yeterli olma vasfını yitirdiği hallerde, yapı alacaklılarının mutlak olarak tekrardan güvence isteme veya tazminat hakkına sahip olduğunun ifade edilmesi, kanaatimize göre isabetli olmayıp böyle bir halde malikin yeni bir güvence gösterip göstermeyeceğine veya tazminat sorumlusu olup olmayacağına karar verilirken somut olayın özelliklerinin incelenmesi gerekir.

Malikin yeterli güvence göstererek yapı alacaklısı ipoteğinin tesciline engel olabilme hakkı, daha önce tescil edilmiş olan ipoteklerin terkinini için de kullanılabilir. Yani malik, yapı alacağının tescilinden sonra yeterli güvence göstererek ipotek hakkının terkinini talep edebilir³³⁰. Bu terkin, TMK m. 1014 hükmü uyarınca ancak yapı

³³⁰ Akın, s. 759; Avcı/Köksal Oruç, s. 115; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1057; Köprülü/Kaneti, s. 313; Süral, s. 700; Akcan, s. 88-89; Uyumaz, s. 245; Reisoğlu, s. 101; Yenice-Ceylan, s. 147; Güleş, s. 162; Göka, s. 475; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1132; İnce-Akman, s. 1141. Scheidegger ise aksi görüştedir. Yazar, güvence gösterilmesi halinde daha önce yapılmış olan tescilin terkin edileceğine dair kanunda bir hüküm bulunmadığından ve bunun kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğundan bahisle bunun mümkün olmadığını savunmaktadır. Bkz. Scheidegger, s. 15.

alacaklısının yazılı beyanı ile mümkün olup yapı alacaklısının bu terkine rıza göstermemesi halinde malik, terkinin mahkeme kararıyla yapılması için dava açabilir³³¹.

Malikin göstereceği güvence, her yapı alacaklısı bakımından ayrı ve hepsinin yapı alacaklarını güvence altına alacak miktarda olmalıdır. Malikin sadece asıl yüklenicinin alacağı bakımından güvence göstermesi fakat alt yüklenicinin alacağına yönelik bir güvence gösterilmemesi, alt yüklenicilerin kanuni ipotek hakkını kullanmasına engel olmaz³³². Malik için ayrı ayrı güvence göstermek yerine tüm yapı alacaklılarının alacak miktarlarını kapsayacak tutarda tek bir güvence göstermek daha pratik olur. Bu güvence, aynı olabileceği gibi nakdi de olabilir. Gösterilen güvence nakdi bir güvence ise, bunun blokeli bir banka hesabına depo edilerek depo edilen miktar üzerinde yapı alacaklılarının tümüne rehin hakkı tanınması ve bu miktarın yapı alacaklılarının rızası olmaksızın bankadan tahsil edilmesinin engellenmesi isabetli olur³³³.

Yapı alacaklılarının tescil talebinde bulunurken alacağın malik tarafından kabul edildiğini gösteren yazılı bir belge veya mahkeme kararı sunmaları yeterli olup malik tarafından yeterli güvence gösterilmediğine ilişkin bir ispat faaliyetine gerek yoktur³³⁴. Tescile ilişkin menfi bir şart niteliğinde olan böyle bir ispat faaliyeti öngörülmesi de tabiatıyla isabetli ve uygulanabilir değildir. Malik tarafından alacak miktarının kabul edildiğine ilişkin yazılı belgelerin veya mahkeme kararının varlığı zaten güvence gösterilmediği yönünde bir karine teşkil eder³³⁵. Alacağın kabul edildiği tarih ile tescil talebinde bulunulan tarih arasında geçen sürede bir güvence gösterilmiş ise ya malik güvence gösterirken alacak miktarını kabul ettiği belgeyi geri ister ya da alacak miktarı

³³¹ Akcan, s. 89; Yenice-Ceylan, s. 147.

³³² Reisoğlu, s. 101; Leemann, Art. 839, N. 28; Akcan, s. 89; Avcı/Köksal Oruç, s. 115; Davran, s. 62; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1059; Sümer, s. 609; Uyumaz, s. 245; Bıçakçı, s. 557; Şener, s. 64; Duman, s. 192; Güleş, s. 162.

³³³ Reisoğlu, s. 101; Wieland, C. II, s. 69; Hofmann, s. 67; Simond, s. 124.

³³⁴ Güleş, s. 162; Yenice-Ceylan, s. 149; Reisoğlu, s. 101. Yeterli güvence gösterildiğini malikin ispatlaması gerektiği yönünde bkz. İnce-Akman, s. 1143; Güleş, s. 162.

³³⁵ Reisoğlu, s. 101; Güleş, s. 162; Yenice-Ceylan, s. 149.

bir mahkeme kararıyla belirlenmişse güvence gösterdiğini tapu sicil müdürlüğüne yazılı olarak bildirir³³⁶. Buna rağmen yapı alacaklıları tapuda tescili yaptırmışlarsa da malik, mahkemeden bu tescilin terkin edilmesini talep edebilir. Zira malik tarafından yeterli güvence gösterilmiş olması yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini engeller.

4. Tescil Talebinin Süresinde Yapılmış Olması

a. Tescil Talebine İlişkin Sürenin Varlık Amacı ve Hukuki Niteliği

Yapı alacaklısı ipoteği, TMK m. 895 hükmü uyarınca yapı alacaklılarının çalışmayı veya malzeme vermeyi yükledikleri andan başlayarak yüklenilen işin tamamlanmasını müteakiben en geç üç ay içinde tapu kütüğüne tescil edilmelidir. Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere kanun koyucu, tescilin yapılabileceği sürenin başlangıcı ve sonunu tayin ederek yapı alacaklılarına bu haklarını tescil ettirebilmeleri için kısıtlı bir süre tanımıştır. Buna göre, yapı alacağından doğan ipotek hakkının işin tamamlanmasını müteakiben en geç üç ay içinde tescil edilmesi lazımdır. Üç aylık sürenin geçirilmesi halinde yapı alacaklıları artık kanuni ipotek haklarını kullanamazlar³³⁷. Kanun koyucu tescil için kısa bir müddet belirleyerek taşınmaz üzerinde ipotek hakkına sahip olan veya olacak üçüncü kişilerin menfaatini korumak istemiştir³³⁸. Zira yapı alacaklısı ipoteği, TMK m. 897 hükmü uyarınca diğer ipotek haklarına karşı önceliğe sahip olduğundan üçüncü kişilerin ipotek haklarını kısıtlar mahiyettedir. Örneğin yapı alacaklısı ipoteği, inşaat kredisi veren bankanın taşınmaz üzerinde sahip olduğu ipotek hakkından daha imtiyazlı olduğundan yapı alacaklısı ipoteğinin tescili için gerekli olan sürenin uzun tutulması halinde, bankanın ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla alacağını elde etmesi de aynı oranda zorlaşır. Bu durum da, banka örneğinde olduğu gibi diğer ipotek hakkı sahiplerinin ipotekle elde etmek

³³⁶ Reisoğlu, s. 102; Wieland, C. II, s. 69

³³⁷ Leemann, Art. 839, N. 10; Reisoğlu, s. 89

³³⁸ Reisoğlu, s. 88

istedikleri menfaati fazlasıyla zedeler. Dolayısıyla kanun koyucu, üçüncü kişilerin de menfaatini gözeterek üç aylık kısa bir süre tayin etmek yoluna gitmiştir.

Kanunda öngörülen üç aylık süre, hukuki niteliği itibariyle bir zamanaşımı süresi değil, hak düşürücü süre olduğundan hâkim tarafından re'sen dikkate alınır³³⁹. Önemle belirtmek gerekir ki, üç aylık hak düşürücü sürenin geçmesiyle birlikte yapı alacağının kendisi değil fakat bu alacağın tescilini isteme hakkı düşer³⁴⁰. Ayrıca, tescilin en geç üç aylık süre içerisinde talep edilmiş olması da yeterli olmayıp tescil işleminin tapuda mutlaka bu süre içerisinde yapılması gerekir³⁴¹. Nitekim TMK m. 895/II hükmü, en geç üç ay içerisinde tescilin mutlaka yapılmış olması gerektiğini düzenlemiştir³⁴². Dolayısıyla üç aylık sürenin geçirilmesinden sonra yapılan tescil talepleri, malikin rızası olsa dahi, sürenin üçüncü şahısların haklarını himaye etmek amacıyla getirildiği göz önünde bulundurularak, kabul edilmemelidir³⁴³. Malikin alacak miktarını kabul etmemesi üzerine mahkemeye başvurulması halinde ise, mahkeme kararının kesinleşmesinin uzun süreceği gözetilerek açılan davada geçici tescil şerhi verilmesinin talep edilmesi yerinde olur.

b. Tescil Talebinde Bulunulabilecek Sürenin Başlangıcı

Yapı alacaklıları, TMK m. 895/I hükmü uyarınca çalışmayı veya malzeme vermeyi yükledikleri andan başlayarak kanuni ipotek haklarının tapu kütüğüne tescilini isteyebilirler. Böylece yapı alacağını doğuran hukuki işlemin meydana gelmesiyle birlikte, işin görülmesine fiilen başlanmamış olsa dahi yapı alacaklısı ipoteğinin tescili

³³⁹ **Yenice-Ceylan**, s. 150; **Güleş**, s. 163; **Uyumaz**, s. 246; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1126; **Altay/Eskiocak**, s. 286; **Akın**, s. 757; **Reisoğlu**, s. 87; **Mardin**, s. 89; **Velidedeoğlu/Esmer**, s. 397; **Hofmann**, s. 65; **Simond**, s. 106; **Leemann**, Art. 839, N. 9; **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 168; **Bıçakçı**, s. 553; **Kurt**, s. 231; **Davran**, s. 61.

³⁴⁰ **Reisoğlu**, s. 87

³⁴¹ **Reisoğlu**, s. 88; **Simond**, s. 109; **Homberger**, Art. 961, N. 33

³⁴² Tescilin yapılması gereken süreyi belirten TMK m. 895'in eski Medeni Kanun'daki karşılığı olan m. 809 hükmü lafzında: “*tescil, nihayet işlerin hitamını veyleden üç ay içinde istenebilir*” ifadesi, üç aylık sürenin tescilin talep edilmesi için mi yoksa yapılması için mi konulduğunu tartışmalı hale getirmekteydi. Ancak o dönem de öğretide baskın görüş, mehzaz kanunun Fransızca nüshası ile kıyas yapılarak sürenin getirilme amacının tescilin yapılması için süre tayin etmek olduğunu savunmaktaydı. Bkz. **Reisoğlu**, s. 88. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile beraber getirilen açık hüküm karşısında bu tartışma ortadan kalkmıştır.

³⁴³ **Leemann**, Art. 839, N. 10; **Reisoğlu**, s. 89.

istenebilir³⁴⁴. Örneğin yapı alacağı bir eser sözleşmesinden kaynaklanıyorsa, eser sözleşmesinin akdedilmesiyle beraber yapı alacaklıları, kanuni ipotek haklarının tescilini talep edebilirler³⁴⁵. Yapı alacağının vekaletsiz işgörmeden kaynaklanması halinde de vekaletsiz işgören, işi fiilen görmeye başladığı tarihten itibaren yapı alacağının tescilini isteyebilir³⁴⁶. Zira vekaletsiz işgörmeye iş sahibinin iradesinin olduğu kabul edilmektedir.

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescili için işin fiilen başlamasının veya bitmesinin beklenmemesi, kanun koyucu tarafından yapı alacaklılarını koruma gayesinin bir görünümüdür. Zira yapı faaliyetlerinin uzun sürebildiği düşünüldüğünde yapı alacağının doğumu ile birlikte tescil hakkının tanınması, taşınmaz üzerinde yapı faaliyetinin devam ettiği süreçte kurulabilecek diğer ipoteklere karşı yapı alacaklılarının korunmasını sağlar.

Yapı alacaklılarının kanuni ipotek haklarının tescilini talep süreleri, her biri için bağımsız ve ayrı ayrı başlar³⁴⁷. Örneğin asıl yüklenicinin sahip olduğu tescili talep süresi, kendisinin malik iş sahibi ile arasındaki eser sözleşmesinin akdedilmesiyle; alt yüklenicinin tescili talep süresi ise kendisinin asıl yüklenici ile arasındaki eser sözleşmesinin akdedilmesiyle başlar ve birbirinden bağımsız olarak işlemeye devam eder. Aynı şekilde, yapı alacaklısının birden çok taşınmaz üzerinde çok sayıda yapı faaliyeti yürütmesi halinde de yapı alacaklısının her bir sözleşmeden doğan alacağı için üç aylık süre bağımsız olarak hesaplanır³⁴⁸.

³⁴⁴ Güleş, s. 163; Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın, s. 168; Yenice-Ceylan, s. 149; Leemann, Art. 839, N. 2; Reisoğlu, s. 83; Akcan, s. 90; Kaçaran, s. 1382; Oral, s. 696; Göka, s. 482; Kalın, s. 38; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1057.

³⁴⁵ Akcan, s. 90; Ayan, s. 231; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1057; Reisoğlu, s. 83; Sümer, s. 610. Aksi görüşte bkz. Helvacı, s. 383.

³⁴⁶ Güleş, s. 163.

³⁴⁷ Akcan, s. 90; Akkanat, s. 286; Kaşak, s. 157; Kaçaran, s. 1385; Avcı/Köksal-Oruç, s. 108; Yenice-Ceylan, s. 152; Akipek, s. 246; İnce-Akman, s. 1146; Davran, s. 61.

³⁴⁸ Yenice-Ceylan, s. 153; Kaçaran, s. 1385; Göka, s. 483; Güleş, s. 164; Reisoğlu, s. 85; Davran, s. 61.

c. Tescil Talebinde Bulunulabilecek Sürenin Sona Ermesi

Yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkını tescil ettirebilmesi için tayin edilen en son süre, TMK m. 895/II hükmü uyarınca yüklenilen işin tamamlanmasını takip eden üç aydır. Kanun lafzı açık olmakla birlikte yapı faaliyetinde birden çok yapı alacaklısının bulunması halinde “yüklenilen işin tamamlanması” ifadesi, yoruma açıktır.

İlk bakışta yüklenilen işin tamamlanması, tüm yapı faaliyetinin tamamlanması olarak düşünülebilir. Böyle bir durumda yapı alacaklıları, birbirinden bağımsız olarak çalışsalar ve yüklendikleri işleri farklı zamanlarda tamamlasalar dahi tescilin yapılabileceği son süre hesaplanırken mutlaka yapı faaliyetinin tamamının bitirildiği an esas alınır. Bu yorumun, kanun koyucunun tescil için süre tayin ederken getirmek istediği amaçla örtüşmediği kanaatindeyiz. Keza bu takdirde yapı alacaklıları arasında tescili talep etme süresi bakımından aşikâr bir farklılık ortaya çıkar. Yüklendikleri işi mahiyeti icabı yapı faaliyetinin tamamlanmasından önce, hatta bazen başlangıcında bitirenler, işlerini sonrasında bitirenlerle kıyaslandığında tescil için daha uzun bir vakte sahip olur³⁴⁹. Örneğin iki yıl süren bir inşaatın su tesisatının yapılmasını yüklenen alt yüklenici, yüklendiği işi inşaatın altıncı ayında; elektrik tesisatıyla ilgilenen başka bir alt yüklenici ise inşaatın yirmi üçüncü ayında tamamlamıştır. Yüklenilen işin tamamlanması ifadesi, inşaatın tamamının bitimi olarak yorumlanırsa su tesisatını yapan alt yüklenici, işini altıncı ayda tamamlamış olmasına rağmen ikinci yılın sonundan itibaren üç ay geçene kadar yapı alacağını tescil ettirebilir. Aynı yorumla, elektrik tesisatını yapan alt yüklenici de yirmi üçüncü ayda tamamladığı işinden doğan alacağının tescilini inşaatın tamamen bittiği ikinci yılın sonunu müteakiben üç ay içinde yaptırabilir. Görülüyor ki, su tesisatını yapan alt yüklenicinin hakkını tescil edebilmesi için tayin edilen son süre, elektrik tesisatını yapan alt yüklenici için tayin edilen son süreden bir hayli fazladır. Bu durum, tescilin yapılabileceği son sürenin tayini açısından

³⁴⁹ Reisoğlu, s. 84-85

yapı alacaklıları arasında bariz ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuran bir farklılaşma meydana getirir. Dolayısıyla TMK m. 895 hükmünde “yüklenilen işin tamamlanması” ifadesinin yapı faaliyetinin tamamının bitirilmesi olarak anlaşılması lazımdır.

İşin tamamlanması ifadesinden anlaşılması gereken, her bir yapı alacaklısının kendi yüklediği işi tamamlamasıdır³⁵⁰. Bir inşaatta birden fazla yapı alacaklısı olması halinde, bu alacaklar birbirinden bağımsız bir nitelik taşıdığından üç aylık tescil süresi, her bir yapı alacağı bakımından ayrı ayrı hesaplanmalıdır³⁵¹. Dolayısıyla üç aylık süre, her bir yapı alacaklısı için kendi yüklediği işin tamamlanması ile başlar. Yapı faaliyetinin tamamının bitirilmesinin yükledikleri işleri daha önce tamamlayan yapı alacaklıları bakımından herhangi bir önemi yoktur. Yapı tamamen bitirilmemiş olsa dahi kendi yüklediği işi tamamlayan ve bu süreyi takiben üç ay içerisinde alacağını tescil ettirmeyen yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkı sona erer.

Yapı alacaklısı ipoteğinin tesciline yönelik üç aylık hak düşürücü sürenin başlaması için yüklenilen işin fiilen tamamlanması gerekir. Taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılan iş bitim tarihi geçmiş olsa dahi iş fiilen tamamlanmamışsa ipoteğin tesciline yönelik üç aylık süre henüz başlamış sayılmaz³⁵². Malikin inşaatı devam eden yapıda oturmaya başlaması veya yüklenici tarafından işin bittiğine ilişkin fatura gönderilmiş olması da yüklenilen işin tamamlandığı anlamına gelmeyip üç aylık süreyi başlatmaz³⁵³.

³⁵⁰ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1058; Simond, s. 111; Saymen/Elbir, s. 638 ; Reisoğlu, s. 85; Bise, s. 35; Süral, s. 699; Uyumaz, s. 246; Akcan, s. 91; Rossel/Mentha, C. III, N. 1560.

³⁵¹ Simond, s. 111; Saymen/Elbir, s. 638; Rossel/Mentha, C. III, N. 1560; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1058; Bise, s. 35; Reisoğlu, s. 85; Akcan, s. 91; Süral, s. 699; Uyumaz, s. 246; Avcı/Köksal Oruç, s. 108; Ayan, s. 232.

³⁵² Leemann, Art. 839, N. 14; Hofmann, s. 66; Simond, s. 111; Reisoğlu, s. 86; Akcan, s. 91; Avcı/Köksal Oruç, s. 108; Kaşak, s. 159; Duman, s. 192; Güleş, s. 165. Federal Mahkeme de, BGE 120 II 389 ve BGE 125 III 116 sayılı kararlarında işin tamamlandığının söylenebilmesi için malik ile yüklenici arasındaki sözleşmede yüklenilen temel edimlerin tamamlanması ve eserin malike teslim edilmiş olması gerektiğini ifade etmiştir. *Bıçakçı* ise fiili çalışmaların tamamlanması işe işin tamamlandığının kabul edilmesi mümkün olmayıp sözleşmedeki şartların gerçekleştirilmesi ile iş tamamlanmış sayılır. Bkz. *Bıçakçı*, s. 533. *Reisoğlu* ise işlerin sözleşmede kararlaştırılan anlamda fiilen bitmesini işin tamamlanması olarak yorumlamaktadır. Bkz. *Reisoğlu*, s. 86.

³⁵³ *Reisoğlu*, s. 87.

İşin tamamlanmasından anlaşılması gereken husus kanunda ifade edilmemiştir. Bu sebeple, her bir yapı alacağını doğuran hukuki sebep ve bu sebebin özelliklerine göre “tamamlanma” ifadesi değişkenlik gösterir. Örneğin klasik anlamda bir eser sözleşmesinde yüklenicinin borcu eseri meydana getirmek olduğundan eserin meydana getirilmesiyle birlikte iş tamamlanmış sayılır. Dolayısıyla üç aylık sürenin eserin fiilen meydana getirilip tamamlandığı tarihten başlaması gerekir. Öte yandan yapı faaliyetlerini konu edinen eser teslim sözleşmelerinde yüklenicinin borcu eseri meydana getirerek iş sahibinin fiili hakimiyetine geçirmesi, yani teslim etmesi olduğundan işin tamamlanması ancak eserin teslimiyle olur. Üç aylık sürenin de eserin fiilen tamamlanarak iş sahibine tesliminden başlatılması gerekir³⁵⁴. Kanun lafzı, yüklenilen işin tamamlanmasından bahsetmişse de özellikle eser teslim sözleşmeleri bakımından yüklenicinin borcunun eseri meydana getirerek iş sahibine teslim etmek olduğu gözetilerek üç aylık sürenin başlangıcında teslim tarihinin esas alınması lazımdır³⁵⁵. Zira bu tür sözleşmelerde, eser meydana getirilse de iş sahibine teslim edilmemişse, yüklenicinin borcu devam edeceğinden yüklenilen işin tamamlanması söz konusu değildir. Bu sebeple üç aylık hak düşürücü süre, teslim ile birlikte başlar. Dolayısıyla her bir somut olayın özelliklerine göre işin tamamlandığı anın tespit edilmesi gerekir³⁵⁶.

³⁵⁴ *Reisoğlu'na* göre işin tamamlanması, yüklenicinin eser sözleşmesi gereğince yapacağı bir işin kalmamış olması, iş sahibinin eser sözleşmesi gereğince çalışmaların bitmediği iddiasıyla kararlaştırılan bedeli ödemekten imtina hakkına sahip olmadığı bir devreye gelinmesi anlamına gelir. Ayrıca eser sözleşmesinin iş sahibi tarafından kanuni fesih hakkı kullanılmak suretiyle feshedilmesi veya tarafların ortak iradeleri ile sözleşmeyi feshetmeleri halinde de sonuç değişmez. Bu durumlarda da üç aylık sürenin başlangıcı, fesih tarihi olarak kabul edilmelidir. Ayrıca yazar, eser sözleşmesi ve yapı şartnamesi gereğince yapılması gereken işlerin ifa edilmiş olmasının üç aylık tescil süresinin başlangıcı için yeterli olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Reisoğlu**, s. 86. Öte yandan *Wieland*, üç aylık sürenin teslim ile başlamayacağını, bilakis çalışmaların malik tarafından kabul edildiği tarihin üç aylık sürenin hesaplanmasında esas teşkil etmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Wieland**, C. II, s. 69.

³⁵⁵ Öğretide, eser sözleşmesi bakımından yüklenilen işin tamamlanmasından yapıya yönelik iskân ruhsatının alınmasının anlaşılması gerektiği de savunulmuştur. Bkz. **Kurt**, s. 231. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira iskân ruhsatının (yapı kullanım izin belgesinin) alınması, idare hukukunu ilgilendiren bir işlem niteliğinde olup yüklenilen işin fiilen tamamlanmadığı anlamına gelmez, iskân ruhsatı yalnızca inşaatı tamamlanmış bir binanın mimari projeye uygun şekilde yapıldığını onaylayan belgedir. Kaldı ki, iskân ruhsatının alınması ülkemizde yıllarca sürebilmektedir. Dolayısıyla üç aylık sürenin başlangıcını iskân ruhsatının alındığı tarihten başlatılması, yapı alacaklılarının korunması gayesinin fazlaca aşılması anlamına gelerek hukuki güvenlik ilkesini zedeler.

³⁵⁶ Yüklenicinin tescil imkânından yararlanmak maksadıyla işi kasten uzattığı durumlarda somut olayın özelliklerine göre hâkimin hak düşürücü sürenin geçtiğine hükmedebileceği, ayrıca bilerek ertelenen

İsviçre Federal Mahkemesi de somut uyuşmazlığa göre işin tamamlanmasının tespit edilmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir³⁵⁷.

II. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN TESCİLİ

A. TESCİL TALEBİNDE BULUNMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Yapı alacaklılarının kanuni ipotek haklarının tescilini talep etme haklarının hukuki niteliği hakkında öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır. Tescil talebinde bulunma hakkının hukuki niteliğinin tespiti, özellikle bu hakkın tescil edilmesinden önce taşınmaz mülkiyetinin el değiştirdiği veya malikin iflas ettiği hallerde önem arz eder. Zira bu gibi durumlarda, tescili talep etme hakkının hukuki niteliğine göre yapı alacaklılarının hakkının sona erip ermediği, haklarının muhatabını da tespit etme imkânına kavuşur.

Öğretide, tescili talep etme hakkının niteliği konusunda başlıca dört görüş bulunmaktadır. Bunlar, tescili talep hakkının şahsi bir talep hakkı olduğu, aynı bir talep hakkı olduğu, eşyaya bağlı borç olduğu ve nihayet yenilik doğuran bir hak olduğuna ilişkin görüşlerden ibarettir.

2. Şahsi Talep Hakkı Görüşü

Şahsi hak görüşü, tescil talebinin hukuki niteliğine yönelik olarak ortaya atılmış ilk görüş olup Federal Mahkeme'nin eski kararlarında da bu görüş benimsenmişti³⁵⁸. Federal Mahkeme eski içtihatlarında İMK'nin ilgili kanun hükmüyle yapı alacaklılarına

önemsiz işlerin ve basit düzeltmelerin sürenin uzamasına neden olmayacağı hakkında bkz. **Güleş**, s. 165; **Sirmen**, s. 709; **Köprülü/Kaneti**, s. 318; **Leemann**, Art. 839, N. 18 vd.

³⁵⁷ Bkz. BGE 125 III 113; BGE 102 IA 81; BGE106 II 123 (*Naklen: Güleş*, s. 165, *dpn.* 89).

³⁵⁸ **Tekinay**, Selahattin Sulhi: “*İnşaatçı İpoteğinin Tescilini İsteme Hakkının Mahiyeti*”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 4, s. 133-139. İstanbul 1969. (*Mahiyet*); **Saymen/Elbir**, s. 591; **Oral**, s. 670; **Köprülü/Kaneti**, s. 315; **Reisoğlu**, s. 72. Federal Mahkeme'nin talep hakkının hukuki niteliğini tartıştığı 1915 tarihli kararı için bkz. BGE 40 II 452, 453, 359 (*Naklen: Oral*, s. 671, *dpn.* 19).

tescile gerek olmayan mevcut bir rehin hakkı değil; sadece rehin hakkının tesciline yönelen şahsi bir talep hakkı sağladığını ifade etmiştir³⁵⁹.

Şahsi hak görüşünü savunan yazarlara göre, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme hakkı, yalnızca yapı faaliyetini yaptırarak ipoteğe konu alacağın doğumundan bizzat sorumlu olan taşınmaz malikine karşı ileri sürülebilir³⁶⁰. Bu görüşe göre ipoteğin tescilini talep hakkı, sözleşmeden doğan hakka benzer bir statüde değerlendirilerek kanunda yer alan hükmün ipotek sözleşmesinin yerini tuttuğu ifade edilmiştir³⁶¹. Görüşün temelinde taşınmaz malikinin, yapı alacaklısı ipoteğinin tescili istemiyle taşınmazın maliki olduğu için değil; taşınmazdaki değer artışından yararlandığı için karşılaştığı kabulü yatmaktadır³⁶². Yani yapı alacaklısı ipoteği, malikin borcu ve ileride taşınmazdaki değer artışı ile kazanacağı muhtemel menfaati sebebiyle doğmaktadır. Taşınmazı yapı faaliyeti bittikten sonra kazanan kimse veya malikin iflas etmesi halinde iflas masası açısından böyle bir değer artışı söz konusu olmadığı için bu kimselere karşı ipotek hakkının ileri sürülebilmesi mümkün değildir³⁶³. Dolayısıyla taşınmazın el değiştirmesi veya malikin iflas etmesi halinde yapı alacaklıları henüz kanuni ipotek haklarını tescil ettirmemişlerse, temlik veya iflastan sonra bu haklarını tescil ettirebilmeleri mümkün değildir.

Bu görüş, yapı alacaklılarının korunmaya en çok muhtaç olduğu temlik veya iflas gibi durumlarda kanun tarafından getirilen korumadan mahrum bırakılmasının,

³⁵⁹ **Uyumaz**, s. 230; **Akcan**, s. 93. Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme hakkının şahsi bir talep hakkı niteliğinde olduğunun ifade edildiği Federal Mahkeme kararları için bkz. BGE 40 II 452 = JdT 1915 I 296; BGE 73 I 278 = JdT 1948 I 268; BGE 81 II 279 = JdT 1956 I 125 (*Naklen*: Tekinay, s. 135 (Mahiyet)).

³⁶⁰ **Wieland**, C. II, Art. 837; N. 1; **Göktürk**, s. 1050; **Reisoğlu**, s. 80; **Saymen/Elbir**, s. 627; **Köprülü/Kaneti**, s. 228; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1049; **Öz**, s. 50; **Güleş**, s. 50. Ayrıca bkz. **Köprülü/Kaneti**, Mülkiyet, s. 320 vd.

³⁶¹ **Güleş**, s. 46; **Reisoğlu**, s. 62; **Köprülü/Kaneti**, s. 227; **Saymen/Elbir**, s. 582; **Göktürk**, s. 1050

³⁶² **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1049. Ayrıca bu görüşü savunan yazarlar, kanun lafzında talebin sonraki maliklere karşı ileri sürülebileceği yönünde açık bir düzenleme olmadığını ve şayet kanun koyucu üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilen bir hak vermek isteseydi bunu doğrudan doğruya kanundan doğan bir ipotek hakkı (tescile tabi olmayan) tanımak suretiyle de yapabileceğini ifade etmişlerdir. Bkz. **Reisoğlu**, s. 74. Yapı alacaklısı ipoteğinin taşınmazdaki değer artışı sebebiyle tanındığına ilişkin aynı yöndeki görüş için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1130

³⁶³ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1130; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1049; **Köprülü/Kaneti**, s. 315. *Reisoğlu* ise şahsi talep hakkı görüşünü savunmakla birlikte talebin borçlunun iflası halinde de ileri sürülebilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Reisoğlu**, s. 81.

kanun koyucunun amacıyla örtüşmediği sebebiyle eleştirilmiştir³⁶⁴. Zira bir alacağın ipotek ile güvence altına alınması halinde ipoteğin doğumu ve varlığı bu ipoteği doğuran hukuki sebebin geçerli olmasına bağlı olmakla birlikte ipoteğin kurulacağı taşınmazın malikinin mutlaka bu hukuki sebebin tarafı olması gerekmez³⁶⁵. İsviçre Federal Mahkemesi de, yeni içtihatlarında görüş değişikliğine giderek şahsi hak görüşünden vazgeçmiş, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin talebini artık eşyaya bağlı bir borç niteliğinde görmeye başlamıştır³⁶⁶.

3. Aynı Talep Hakkı Görüşü

Yapı alacaklısı ipoteğinin tesciline yönelik hakkı, aynı bir talep hakkı olarak değerlendiren yazarlar, bu görüşün İsviçre Medeni Kanunu hazırlık çalışmaları gözetildiğinde kanunun lafzı ve ruhuna en uygun görüş olduğunu savunmuşlardır³⁶⁷. Zira kanun, yapı alacaklılarına kanuni bir ipotek hakkı tanımakla, yapı faaliyeti üzerindeki emeklerinin zayı olmaması amacını gütmüştür.

Kanunun amacından hareket ederek yapı alacaklısı ipoteğinin aynı bir talep hakkı niteliğinde olduğunu kabul eden yazarlar, yapı alacaklısını korumak gayesiyle iflas ve temlik gibi taşınmazın el değiştirdiği hallerde yapı alacaklısının aynı bir talep hakkına sahip olduğunu savunmuş; kanuni ipotek hakkına hanel gelmemesi gerektiğini ifade etmişlerdir³⁶⁸. Kanun yapı alacaklısı ipoteğini düzenlerken borçlunun şahsının önemli olmadığını ifade etmiş, hak süjesinin ve üzerinde ipotek hakkı kurulacak taşınmazın belli olmasını yeterli görmüştür³⁶⁹. Kanun lafzında sadece iddia sahibi, yani

³⁶⁴ **Akcan**, s. 93; **Oral**, s. 671. Bununla beraber *Reisoğlu ve Güleş*, tescili talep hakkının şahsi bir talep hakkı olduğunu savunmakla birlikte bunun iflas masasına karşı ileri sürülebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Güleş**, s. 120.

³⁶⁵ **Oral**, s. 671

³⁶⁶ **Tekinay**, s. 136 (Mahiyet); **Akın**, s. 756; **Akcan**, s. 93; BGE 92 II 227 = JdT 1957 I 264. (www.bger.ch) (E.T: 10.03.2024).

³⁶⁷ **Huber**, Eugen: "Zum schweizerischen Sachenrecht", s. 62. Bern, 1914; **Leemann**, Art. 839, N. 1; **Homberger**, Art. 961; N. 36; **Oğuzoğlu**, s. 203; **Davran**, s. 54-55.

³⁶⁸ **Tekinay**, s. 82; **Davran**, s. 54. Bununla birlikte *Esener/Güven*, tescile tabi bir kanuni ipotek hakkının tescilini talep hakkının doğrudan bir aynı hak olarak da nitelendirilebileceğini savunmaktadır. Bkz. **Esener/Güven**, s. 987.

³⁶⁹ **Leemann**, Hans: "Die Rechtliche Natur und Tragweite des gesetzlichen Grundpfandansprüche nach Art. 837 ff. ZGB" Schweizerische Juristen Zeitung, C. IX, Bern, 1925. (*Naklen: Reisoğlu*, s. 63); **Davran**,

yapı alacaklısı; iddiaya esas teşkil eden alacak, yani yapı alacağı ve sınırlanacak taşınmaz, yani üzerinde yapı faaliyeti yürütülen taşınmaz ifade olunmuştur³⁷⁰. Kanun, borçludan bahsetmemiş, “*malik*” kelimesini kullanarak borçlunun değil, doğrudan doğruya taşınmazın kendisinin mükellefiyet altına gireceğini düzenlemiştir³⁷¹. Böylelikle ipoteğin tescilini talep hakkının aynı bir talep hakkı olduğu düşünüldüğünde, bu hakkın herkese karşı ileri sürülebilmesi mümkün olduğundan taşınmazın el değiştirmesi halinde taşınmazın maliki kim olursa olsun yapı alacaklısı ipoteğinin tescili talebi de herkese karşı ileri sürülebilir³⁷².

Bu görüşü savunan yazarlar arasında iyiniyetli sonraki malikler ile yapı alacaklılarının menfaatinin çatışması halinde bunlardan hangisine üstünlük tanınacağı konusunda ise görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir kısım yazar³⁷³, iyiniyetli üçüncü kişilerin haklarının üstün tutulması gerektiğini savunurken bazı yazarlar ise³⁷⁴ hakkın aynı bir talep hakkı olma niteliğinin burada da kendisini gösterdiğini, dolayısıyla yapı alacaklılarının üstün tutulması gerektiğini savunmaktadır.

s. 54; **Bıçakçı**, s. 548, **Kurt**, s. 210. Bu görüşün bir başka gerekçesi olarak bir borç ilişkisinin varlığı durumunda mutlaka borçlunun tayin edilmesi gerektiği, oysaki söz konusu halde böyle bir belirlemenin olmaması hali gösterilmektedir. Bkz. **Güleş**, s. 47.

³⁷⁰ **Davran**, s. 54; **Bıçakçı**, s. 548.

³⁷¹ **Oral**, s. 672. *Reisoğlu* ise İsviçre kanun koyucusunun kanun maddesi gerekçesinde de bu hakkı bir aynı talep hakkı olarak düzenlemek istediğinin ifade edildiğini belirtmiştir. Yazara göre aynı hak görüşünü savunan yazarlar, tescil için getirilen üç aylık süreye ilişkin maddenin gerekçesinde (*exposé des motifs*) yer alan, “*yeni bir bina iktisap eden kimse, işlerin sona ermesini takip eden üç ay içerisinde bu nev’i tescillerin vuku bulabileceğini bilecek ve zarar görmemek için dikkat edecektir.*” ifadesi, İsviçre kanun koyucusunun bu talep hakkını aynı bir talep hakkı olarak düzenlemek istediğinin ispatı olarak görmüşlerdir. Ancak bu görüşe kendisi katılmamaktadır. Bkz. **Reisoğlu**, s. 72 vd. **Leemann** ise İsviçre Medeni Kanunu’nda Alman BGB’sinden farklı olarak borçlu tayininde yapı faaliyetini yaptırان kişinin zikredilmediğini, bu sebeple İsviçre hukukunun Alman hukukundan ayrıldığını ifade etmiştir. Yazara göre BGB’nin 648’inci maddesinde yer alan “*an dem Baugrundstück des Bestellers*” ifadesinde yer alan “*Besteller*” (İş Sahibi) ifadesi, kanunda borçlu kişinin açıkça yapı faaliyetini yaptırان iş sahibi olduğunu göstermektedir. Bkz. **Leemann**, Art. 837, N. 25.

³⁷² **Tekinay**, s. 82; **Leemann**, Art. 837, N. 52

³⁷³ **Leemann**, Art. 837, N. 52. Ayrıca **Reisoğlu**, s. 68, dnp. 50’de belirtilen yazarlar. Bu görüşü savunan yazarlara göre yapı alacaklıları tarafından tescili talep hakkının ileri sürülmesi, TMK m. 1023 hükmü ile sınırlıdır. Ancak böyle bir durumda iyiniyet iddiasının dikkatlice incelenmesi gerekmektedir. Bir taşınmazın mülkiyetini kazanan kimse, son üç ay zarfında inşaat yapıldığını anlayabilecek durumdaysa yapı alacaklısı ipoteğinin mevcudiyeti ihtimalini de dikkate almak mecburiyetinde olup böyle bir durumda iyiniyetli kabul edilemez. Öte yandan iyiniyet iddiası, iflas halinde müflisin alacaklıları tarafından da ileri sürülemez.

³⁷⁴ **Davran**, s. 55; **Esener/Güven**, s. 988.

Bu görüş, yapı alacaklılarının haklarının korunması bakımından isabetli görülmele beraber kanun koyucu tarafından yapı alacaklısı ipoteğine aynı bir hak niteliği verilmek istenseydi bu hak, tescile tabi olmayan bir ipotek hakkı olarak düzenlenirdi düşüncesiyle eleştirilmiştir³⁷⁵. Öte yandan bu görüşü eleştiren yazarlar, tescilin henüz yapılmamış olduğu sürede taşınmazın el değiştirmesi halinde ipoteğin tescilinin yeni malike karşı ileri sürülebilmesinin de TMK m. 1023 hükmüne aykırı olacağı kanaatindedir³⁷⁶.

4. Eşyaya Bağlı Borç Görüşü

Eşyaya bağlı borçlar, bir kimseyi bir malın maliki olduğu için yükümlülük altına sokan borçlardır³⁷⁷. Bu görüşü savunan yazarlar, tescili talep hakkının şahsi bir talep hakkı özelliğini korumakla birlikte hakkın borçtan sorumlu olmasa dahi taşınmazın sonraki maliklerine karşı ileri sürülebileceğini ifade etmişlerdir³⁷⁸. Tescili talep hakkının eşyaya bağlı borç olduğunu savunan yazarlara göre, yapı alacağını doğuran yapı faaliyeti belirli bir taşınmaz üzerinde yürütüldüğünden taşınmazın malikinin kim olduğu

³⁷⁵ **Reisoğlu**, s. 74; **Kaşak**, s. 147. *Reisoğlu*, hukukumuzda aynı ve şahsi haklar arasında yer alan ve “aynı iddia” şeklinde tavsif edilen üçüncü bir grup hakkın bulunmadığını savunmuştur. Yazara göre yapı alacaklısı ipoteğinin tescilden önce bir aynı hak olarak var olmadığı açıkken tescili talep hakkına aynı bir iddiadır demek çelişkili olup kanunda da buna yönelik açık bir düzenleme yoktur. Öte yandan, kanun koyucu şahsi hakların üçüncü şahıslara karşı ileri sürülmesini kural olarak yasaklamış, hatta taşınmazlar üzerindeki aynı hakların kazanımında daha da ileri giderek tapudaki kayıtlara iyiniyetle güvenen üçüncü kişilerin bu hakkını korumuştur. Yazar, kanun açıkça tapu sicilinde gözükmeyen aynı hakların dahi taşınmazı sonradan edinenlere karşı ileri sürülmesini yasaklamışken yapı alacaklısı ipoteğine ayrıcalık tanınmanın kanunun sistematığıne aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

³⁷⁶ **Reisoğlu**, s. 74.

³⁷⁷ Hukuk literatürümüzde daha önce bulunmayan “eşyaya bağlı borç” ifadesi, hukukumuzda ilk kez *Oğuzman* tarafından kullanılmış olup aynı hak görüşündeki hukuki eleştiriler, eşyaya bağlı borç kavramı ile bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Bu kavramın Türk hukukuna kazandırılması ve kavrama ilişkin açıklamalar için bkz. **Oğuzman**, Kemal: “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar”, s. 214. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 31, S. 1-4, s. 209-219. İstanbul 1965.

³⁷⁸ **Liver**, Peter: “Die Begründung des Bauhandwerkerpfandrechts” s. 209 vd. *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 1967; **Mühl**, Dorothee / **Petereit**, Wolfgang: “Recht der Kreditsicherheiten in europäischen ländern” Teil V: Schweiz, s. 286 (*Herausgeber: Hadding, Walter / Schneider, Uwe*), Berlin, 1983; **Baysal**, s. 154; **Duman**, s. 190; **Erel**, s. 220; **Akın**, s. 755; **Uyumaz**, s. 232; **Bıçakçı**, s. 551; **Ertay/Cumaloğlu/Serdar**, s. 573; **Baygın**, s. 222; **Akan**, s. 95; **İnce-Akman**, s. 1097. *Esener/Güven* ise eşyaya bağlı borç ilişkisini kabul etmekle birlikte bu hakkın esasında aynı bir talep hakkı içerdiğini savunmaktadır. Bkz. **Esener/Güven**, s. 988-989. *Uyumaz* ise bu görüşü savunan yazarları, yapı alacağına ilişkin kanuni ipotek hakkının aynı nitelik taşıyan bir talep hakkı olması gerektiği görüşünü geliştiren yeni savunucuları olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Uyumaz**, s. 231. *Göka* ise yapı ipoteğinin tescilini talep hakkının ileri sürülebileceği çevre bakımından eşyaya bağlı bir borç, kullanılmasının etkisi yönünden ise talep yetkisi veren bir alacak hakkı olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Göka**, s. 491.

önem arz etmez³⁷⁹. Nitekim kanun koyucu tarafından korunmak istenen menfaat, yapı alacaklısının yapı faaliyeti sırasında harcamış olduğu emektir³⁸⁰. Bu durumda yapı alacaklısı ipoteğinin muhatabının, yani ipotek borçlusunun kim olduğu bu hakkın kullanımını bakımından bir fark yaratmamalıdır. Dolayısıyla tescili talep hakkı, eşyaya bağlı bir borç niteliğinde olduğundan taşınmazın maliki sonradan değişse veya iflas etse dahi yeni malik veya iflas masası da bu talebin muhatabı olabilir.

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep etme hakkını eşyaya bağlı borç niteliğinde gören yazarlara göre, kanuni ipoteğin tescilini isteme hakkı aslında şahsi bir talep hakkını içermekle beraber bu hakkın muhatabı, taşınmazın maliki olan kişidir³⁸¹. Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme hakkı, aynı kuvvetlendirilmiş şahsi haklarda olduğu gibi yapı alacaklılarına tanınmış kanuni bir kuvvetlendirilmiş talep hakkı niteliğindedir. Yani yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme hakkı, esasen şahsi nitelikli olmakla beraber eşyaya bağlı borç kavramı ile güçlendirilmiştir³⁸². İpotek hakkı, kanundaki düzenlemeler uyarınca şartlarının sağlanmasıyla doğmuş bulunmakla beraber tescili gereken ipotek haklarından olduğundan aynı hak olarak nitelendirilebilmesi, tescil edilmesine bağlıdır³⁸³. Bu sayede, yapı alacaklıları kanuni ipotek haklarını

³⁷⁹ Kaşak, s. 140; Tekinay, Mahiyet, s. 83; Uyumaz, s. 231; Akın, s. 756; Ertaş, s. 535; Bıçakçı, s. 551.

³⁸⁰ Mühl/Petereit'a göre yapı faaliyeti sonucunda meydana gelen değer artışı, taşınmazın temlik edilmesi halinde yeni malikin malvarlığında bir zenginleşme meydana getirdiğinden bedel artışının bu artışı yaratan kişiler tarafından istenebilmesi gerekir. Nitekim kanunda yer alan bu hüküm, değer artışının tahsisi sebebiyle yapı alacaklılarına tanınmış bir hak olduğundan bu hakkın yeni malike karşı ileri sürülemeyeceğinin kabul edilmesi hükmün getiriliş amacına aykırılık teşkil eder. Bkz. Mühl/Petereit, s. 286.

³⁸¹ Akın, s. 755; Bıçakçı, s. 551; Uyumaz, s. 231; Oral, s. 671. Bıçakçı ve Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, kanuni ipoteklerin tescilini isteme hakkının hukuki niteliğinin eşyaya bağlı borç olduğu görüşünün aynı hak görüşünün uzantısı olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Bıçakçı, s. 549; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3474. Oral ise bu görüşe karşı çıkmaktadır. Yazara göre eşyaya bağlı borcun niteliği gereği bu görüş savunulamaz. Keza eşyaya bağlı borç bir kimseyi yalnızca bir eşyaya malik olması sebebiyle şahsi hak niteliği taşıyan alacak hakkının borçlusu konumuna getirir. Öte yandan bu hak bir aynı hakka dönüşmez ve mutlak bir hak haline gelmez. Bu hak yalnızca borç ilişkisinin diğer tarafına karşı ileri sürülebilecek şahsi hakkın eşyanın yeni malikine karşı da ileri sürülebilmemesi sağlar ve fakat aynı hakkın herkese karşı ileri sürülebilmek özelliğini taşımaz. Bkz. Oral, s. 672.

³⁸² Bıçakçı, s. 549; Uyumaz, s. 232. Aksi görüşte bkz. Oral, s. 672.

³⁸³ Uyumaz, s. 232

kurabilmesi için yetkilendirilmiş olmakta ve bu hak, taşınmazı yeni kazanan malik ve iflas alacaklılarına karşı ileri sürülebilir hale gelmektedir³⁸⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi de 1966 yılında vermiş olduğu bir kararla önceden benimsenmiş olan şahsi hak görüşünü değiştirerek yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep etme hakkının eşyaya bağlı bir borç ilişkisi doğurduğuna hükmetmiştir³⁸⁵.

5. Yenilik Doğuran Hak Görüşü

Öğretide, tescili talep hakkının yenilik doğuran bir hak olduğu da ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunan yazarlara göre³⁸⁶ yapı alacaklılarının tescili talep hakkı, yenilik doğuran bir haktır. Zira tescili talep hakkı, tapu memuruna yapılacak tek taraflı bir beyanla kullanılır³⁸⁷. Ayrıca bu görüşteki yazarlar, yapı alacaklısının ipotek hakkının tescili talebini ancak yapı faaliyetlerinin yürütüldüğü esnada taşınmazın maliki olabilecek kişiye karşı ileri sürülebileceğini ve bu hakkın yapı faaliyeti bittikten sonra taşınmazı temlik eden yeni malike karşı ileri sürülemeyeceğini ifade ederek şahsi talep hakkı görüşüne de yaklaşmaktadır³⁸⁸.

Kanaatimize göre, kanuni ipotek hakkının tescili talebinin tapu memuruna yöneltiliyor oluşu, bu hakkı tek başına yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilmesine yol açmaz. Bu sebeple, bu görüş de öğretide çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Bilindiği üzere, yenilik doğuran hakların kullanılmasında karşı tarafın kabulüne ihtiyaç yoktur.

³⁸⁴ Bu görüşü savunan yazarlar arasında da iyiniyetli sonraki malikler ile yapı alacaklılarının menfaati çatıştığında hangisinin tercih edileceği konusunda bir fikir ayrılığı söz konusudur. Bazı yazarlar buradan doğan hakkın aynı bir nitelik taşımadığından bahisle aynı hak kazanan iyiniyetli sonraki maliklere karşı bu talebin ileri sürülemeyeceği kanaatindedir. Bkz. **Baysal**, s. 163; **Tekinay**, Mahiyet, s. 137. Diğer bir kısım yazar ise iyiniyetli olup olmadığı herhangi bir önem taşımaksızın bu kimselere karşı talebin ileri sürülebilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **Kaplan**, s. 163; **Uyumaz**, s. 232; **Ertaş/Cumalioğlu/Serdar**, s. 573.

³⁸⁵ BGE 92 II 227, 229. Ayrıca bkz. BGE 125 III 248, 249; BGE 95 II 221, 228 (*Naklen: Oral*, s. 673, *dpn.* 25).

³⁸⁶ **von Tuhr**, s. 23, 130; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1130; **Buz**, s. 52; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 740.

³⁸⁷ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1130. *Gürsoy/Eren/Cansel* de şahsi talep hakkı görüşünü savunmakla birlikte bu hakkın tapu memuruna karşı tek taraflı bir beyanla kullanılabileceğinden bahisle aynı zamanda yenilik doğuran bir hak da olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1049.

³⁸⁸ Yeni malike veya iflas masasına karşı ileri sürülemeyen kanuni ipotek hakkının güvence altına alınması için geçici tescil şerhi verilmesinin zorunlu olduğu yönünde bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1130.

Ayrıca bu haklar tek taraflı bir işlemle hukuki durum değişikliği yaratan haklardır. Yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilebilmesi ise alacağın malik tarafından kabul edilmesine veya bir mahkeme kararıyla tespit edilmesine bağlıdır. Dolayısıyla yapı alacaklısının sadece bir irade beyanında bulunmasıyla kanuni ipotek hakkına sahip olabileceği düşünülemez³⁸⁹.

6. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme hakkının hukuki niteliği, taşınmazın tescilden önce el değiştirdiği ya da malikin iflas ettiği hallerde önem arz eder. Zira yapı alacaklısı ipoteğinin tapu kütüğüne tescili yaptırması akabinde gerçekleşen değişiklikler, tescilin koruyucu etkisi sayesinde yapı alacaklısının hukuki durumunda herhangi bir sakıncaya yol açmaz. Öte yandan, tescilin talep edilmesinden önce taşınmazın temlik edilmesi veya malikin iflas etmesi halinde tescili talep hakkının muhatabının kim olacağı, ancak tescili talep hakkının hukuki niteliğinin tespit edilmesiyle mümkün olur.

Tescili talep hakkının şahsi nitelikte bir talep hakkı verdiğinin kabul edilmesi halinde yapı alacaklıları, kanuni ipotek haklarını ancak yapı faaliyetini yaptıran malike karşı ileri sürebilir. Malikin aynı zamanda yapı faaliyetini yaptıran kişi, yani yapı alacağını doğuran hukuki ilişkinin borçlusu olmadığı hallerde, kendisine karşı kanuni ipotek hakkı ileri sürülemez. Bu durumda, taşınmazın sonradan el değiştirmesi halinde yeni malik, kanuni ipotek hakkının muhatabı olamaz. Kanaatimize göre bu görüş, ipotek hakkının hukuki mahiyetiyle örtüşmediği gibi kanun koyucunun amacına da aykırıdır. Bir kere yapı alacaklısı ipoteği, borçlunun kim olduğundan bağımsız olarak yapı alacaklılarının yapı faaliyetinde harcadıkları emeğin karşılığı olan bedelin teminat altına alınması amacıyla kabul edilmiş bir kurumdur. Bu ipotekten tüm yapı alacaklıları eşit derecede faydalanır. Kanun lafzında açıkça alt yüklenicilerin de bu haktan faydalanacağı zikredilmiştir. Alt yükleniciler, taşınmaz maliki ile aralarında hiçbir

³⁸⁹ Uyumaz, s. 230; Tekinay, s. 81 (Mahiyet); Akcan, s. 94

sözleşme ilişkisi olmasa dahi asıl yükleniciden olan alacakları için taşınmaz üzerinde ipotek haklarını kullanabilirler. Dolayısıyla malikin alt yükleniciye karşı hiçbir borcu olmasa, hatta alt yüklenicinin varlığından hiç haberi olmasa dahi kanuni ipotek hakkıyla karşılaşma ihtimali vardır. Diğer taraftan yapı alacaklısı ipoteği kanuni bir ipotek hakkı olduğundan şartlarının gerçekleşmesiyle birlikte yapı alacaklısının bu tescili talep hakkı doğar. Şartların gerçekleşmesiyle birlikte tescili talep hakkını yapı alacaklılarına tanıyan kanun koyucunun, taşınmazın temlik edilmesi veya malikin iflası halinde bu hakkın sona ereceğine yönelik bir iradesi yoktur. Aksine yapı alacaklılarının bu haklarından önceden feragat etmesi açıkça yasaklanmıştır. Tüm bu sebeplerle, ipoteğin tescilini talep hakkının şahsi bir talep hakkı olduğuna yönelik görüşe katılamıyoruz. Bu bağlamda, taşınmazı sonradan edinen malikin yapı faaliyetini yaptıran kişi ya da borçlu olmaması, yapı alacaklısı ipoteğine muhatap olmasına engel olmaz. Bu kişinin taşınmazı iyiniyetle edinmiş olması da sonucu değiştirmez. Yapı alacaklısı ipoteği kanuni bir ipotek hakkı olduğundan yeni malik tarafından TMK m. 1023 savunması yapılamaz. Zira dürüstlük kurallarına göre yeni tamamlanmış bir yapıyı satın alan kişi bu yapı üzerinde kanuni ipotek kurulma ihtimalini bilebilecek durumdadır, kanunun bilinmemesi mazeret olarak kabul edilemeyeceği gibi kanun hükmünün iyiniyet iddialarını bertaraf edeceği kanaatindeyiz. Yeni malikin taşınmazdaki değer artışından yararlanmadığı gerekçesiyle ipotek hakkının muhatabı olmaması gerektiği yönündeki görüşe de katılamıyoruz. Nitekim yapı alacaklısı ipoteğinin kurulması, taşınmazdaki değer artışı ile sınırlı olmadığı gibi ipoteğin kurulması için taşınmazda bir değer artışı meydana gelmesi de zorunlu değildir. Dolayısıyla yeni malikin değer artışından faydalanamıyor oluşu, ipotek hakkına muhatap olmasının önünde engel teşkil etmesi gerektiğine yönelik görüşte hukuken isabet yoktur.

Tescile yönelik talep hakkı, yenilik doğuran bir hak niteliğinde de değildir. Yenilik doğuran hakkı kullanan kişinin irade beyanının muhataba varması ile yenilik

doğurucu sonuçlar kendiliğinden meydana geldiği gibi bu sonuçların meydana gelmesi için karşı tarafın kabulüne de ihtiyaç yoktur³⁹⁰. Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin yapılabilmesi için ise öncelikle bu yapı alacağının malik tarafından kabul edilmesi ya da alacağın bir mahkeme kararıyla tespit edilmiş olması lazımdır. Alacak kabul edilmeden veya bir mahkeme kararıyla tespit edilmeden tescilin yapılabilmesi mümkün değildir. Salt bu sebeple dahi tescili talep hakkı yenilik doğuran bir hak niteliğinde değildir. Ayrıca malikin yeterli güvence göstermesi halinde tescilin talep edilebilmesi de mümkün değildir. Yapı alacaklısının tescili talep hakkı kurucu yenilik doğuran bir hak olsaydı bunun engellenebilmesi mümkün olmazdı.

Kanaatimize göre tescile yönelik talep hakkının eşyaya bağlı bir borç ilişkisi doğurduğunun kabulü gerekir. Öte yandan, tescili talep hakkının aynı bir talep hakkına da benzediği düşünülebilir. Her iki görüşün pratik sonuçları itibariyle bir farkı yoktur. Yapı alacaklısı ipoteğini düzenleyen hükümler incelendiğinde, kanun koyucunun amacının yapı alacaklılarının yapı faaliyeti sebebiyle sarf ettiği emeğin karşılığı olan bedelin güvence altına alınması olduğu görülür. Kanunda, yapı alacaklısının emeğinin heba olmaması için de kanuni ipotek hakkının muhatabı borçlu veya bir başka şahıs değil, doğrudan doğruya taşınmaz maliki olarak belirlenmiştir. Bu belirlemenin temelinde, yapı alacaklısı karşısında mutlaka bir muhatap bulma kaygısı yatar. Yani kanun koyucu, meseleye yapı alacaklısının menfaatinin korunması penceresinden yaklaşmıştır. Bu bakımdan, yeni malikin yapı faaliyeti sebebiyle meydana gelen değer artışından faydalanamadığı, bu sebeple ipoteğe de muhatap olmaması gerektiği yönündeki iddia, hem burada korunmak istenen menfaatin değer artışı olmadığı hem de yapı alacaklısı ipoteğinin doğumu zaten taşınmazda değer artışı meydana gelmesine bağlı olmadığı düşünüldüğünde kabul edilemez. Öte yandan, kanun lafzında alt yüklenicilerin asıl yükleniciden alacaklı olmaları halinde de ipotek hakkını haiz olduğu

³⁹⁰ Eren, Genel, s. 62.

ifade edilmiştir. Dolayısıyla taşınmazın maliki kim olursa olsun alt yükleniciler alacaklarını güvence altına almak amacıyla taşınmaz üzerinde ipotek haklarını kullanabilirler. İpotek hakkının tescil edilebilmesinin malikin alacağı kabul etmesine bağlı hale getirilmiş olması da bu talep hakkını şahsi bir niteliğe büründürmez. Zira alacağın malik tarafından kabul edilmemesi halinde yapı alacaklıları, alacaklarının mahkeme kararıyla tespiti ve tescilini isteyebilir. Mahkeme tarafından yapılacak inceleme, malikin borçlu olup olmadığı değil; yapı alacağının bulunup bulunmadığı ve bulunuyorsa miktarının ne olduğuyula ilgilidir.

Sonuç olarak, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme hakkının hukuki niteliği, aynı bir talep hakkını içermekle beraber kanunun lafzı ve amacı incelendiğinde eşyaya bağlı borç ilişkisi doğurduğunun kabulü gerekir.

B. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİN GEÇİCİ TESCİLİ

Yapı alacaklısı ipoteği, işin yüklenilmesinden başlayarak işin tamamlanmasını müteakiben üç ay içerisinde tescil edilebilir. Tescilin talep edilebileceği üç aylık sürenin herhangi bir sebeple kaçırılması halinde tescilin yapılabilmesi mümkün değildir. Alacak, tescil süresinin geçmesinden önce malik tarafından kabul edildiyse herhangi bir problem yoktur. Ancak alacağın malik tarafından kabul edilmemesi halinde yapı alacaklılarının yapı alacaklarının tespiti ve hakkın tescil edilebilmesi için mahkeme kararı alması gerekir. Bu durumda, yargılama süresinin tescili talep hakkı için öngörülen üç aylık hak düşürücü süreyi geçmesi ihtimali gözetildiğinde yapı alacaklılarının aleyhine bir durum doğabilir³⁹¹. Diğer taraftan yapı alacaklılarının haklarının tescilini engellemek maksadıyla malikin güvence gösterme hakkını kullanması halinde gösterilen güvence miktarının veya güvencenin niteliğinin yeterli olup olmadığı

³⁹¹ **Leemann**, Art. 839, N. 5; **Reisoğlu**, s. 112; **Güleş**, s. 170; **Davran**, s. 63; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1056; **Sümer**, s. 609; **Akcan**, s. 96; **Uyumaz**, s. 243; **Ayan**, s. 230. Malik veya mahkemenin yapı faaliyeti henüz tamamlanmadan yapı alacağının miktarının tespit edilmesinin mümkün olmadığı durumlarda da geçici tescilin şerhine ihtiyaç duyulabileceği de ifade edilmiştir. Yazara bu noktada katılmakla birlikte, alacak miktarının kesin olarak tespit edilemediği durumlarda dahi yaklaşık olarak tespitinin mümkün olması halinde yapı alacaklıları lehine kesin olarak bir üst sınır ipoteği tesis edilebileceği kanaatindeyiz. Aynı görüşte bkz. **Reisoğlu**, s. 112; **Schumacher/Rey**, N. 511.

noktasında da taraflar arasında ihtilaf yaşanabilir³⁹². Her iki durumda da yapı alacaklılarının hak düşürücü süreyi kaçırarak kesin tescili sağlamaları imkânsız hale gelebilir. Bu sebeple öğretide yapı alacaklılarının hak düşürücü süre sebebiyle haklarını kaybetmesi ihtimalini bertaraf etmek amacıyla dava süresince haklarının geçici olarak tescilini talep edebilecekleri savunulmuştur³⁹³.

Geçici tescilin şerhi, TMK m. 1011 hükmünde düzenlenmiştir. Hükme göre geçici tescil, iddia edilen bir ayni hakkın güvence altına alınması gerekiyorsa (TMK m. 1011/I-1) veya tasarruf yetkisini belirleyen belgelerdeki noksanlıkların sonradan tamamlanmasına kanun olanak tanıyorsa (TMK m. 1011/I-2) şerh edilebilir. Geçici olarak tescillerinin şerhine olanak tanınan bu durumlar, kanunda sınırlı sayıda sayıldığından bu hususların genişletilmesi mümkün değildir. Hal böyle olunca, yapı alacaklısı ipoteğinin geçici olarak tescilinin TMK m. 1011/I hükmünün hangi bendine dayanarak yapılabileceği, hatta yapılıp yapılamayacağı meselesi öğretide tartışma konusu olmuştur.

Tapu Sicili Tüzüğü tarafından ilga edilmeden önce, 2013 senesine kadar yürürlükte bulunan Tapu Sicili Nizamnamesi m. 23 hükmü, yapı alacaklılarının alacakları bakımından açıkça geçici tescilin yapılabileceğine ilişkin bir hüküm ihtiva etmekteydi. Nizamnamenin yürürlükte bulunduğu dönemde ifade edilen bir görüşe göre, yapı alacaklıları lehine konulmuş olan bu düzenleme, TMK m. 1011/I hükmünde (MK m. 921) düzenlenen geçici tescil hallerinin hiçbirini karşılamadığından kanuna aykırıydı³⁹⁴. Öte yandan, o dönemde bu hükme dayanılarak yapı alacaklıları lehine geçici tescilin şerhine hükmedilmekteydi³⁹⁵.

³⁹² Akcan, s. 95; Ayan, s. 230; Davran, s. 62; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1059; Uyumaz, s. 244.

³⁹³ Esener/Güven, s. 988; İnce-Akman, s. 1148; Reisoğlu, s. 112; Uyumaz, s. 242; Göka, s. 470; Yenice-Ceylan, s. 171; Kurt, s. 233; Duman, s. 194; Çetiner, s. 256; Saymen/Elbir, s. 592; Davran, s. 63; Güleş, s. 171.

³⁹⁴ Reisoğlu, Tapu Sicili Nizamnamesinde yer alan 23'üncü madde hükmünün MK m. 921 (TMK m. 1011) hükmüne açıkça aykırı olduğunu, kanunda geçici tescilin şerhine müsaade edilen hallerin belli olduğunu, bu hallerin ayni hak iddiası ve hakkı tevsik eden vesikaların sonradan ikmaline kanun tarafından müsaade edilmesi olarak sınırlandırıldığını, yapı alacaklılarının geçici tescilin şerhini talep edebilmelerine yönelik bir hakkı bulunmadığını, zira bu talebin ne bir ayni hak iddiası ne de tasarruf

Tapu Sicili Nizamnamesinin ilga edilmesiyle birlikte kabul edilen ve halen yürürlükte bulunan Tapu Sicili Tüzüğü, Nizamnamenin aksine yapı alacaklılarının haklarının geçici tesciline yönelik herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Dolayısıyla Nizamnamenin yürürlükte olduğu dönemde şerh için hukuki gerekçe olarak gösterilen 23'üncü madde hükmünü karşılayan bir madde artık yürürlükte bulunmamaktadır. Bu durumda, yapı alacaklılarının haklarını muhafaza etmek amacıyla bir şerh hakkına sahip olup olmadıkları, ancak Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca tespit edilebilir. Öğretide, yapı alacaklılarının haklarını korumak amacıyla şerh verilmesini isteme hakkına sahip olduğu kabul edilmekle birlikte bunun kanuni dayanağı noktasında temel olarak iki farklı görüş bulunmaktadır.

Bir görüşe göre yapı alacaklıların sahip olduğu şerh hakkının kanuni dayanağı, TMK m. 1011/I-1 hükmü uyarınca iddia edilen bir ayni hakkın güvence altına alınmasını amaçlayan geçici tescilin şerhidir³⁹⁶. Bu görüşü savunan yazarlar, tescili talep hakkının ayni bir talep hakkı doğurduğu kabulü ile hareket etmektedir. Bu sebeple yazarlar, yapı alacağının varlığı veya miktarının kabul edilmemesi ya da malik tarafından gösterilen güvence konusunda ihtilafa düşülmesi halinde yapı alacaklıları tarafından TMK m. 1011/I-1 uyarınca geçici tescilin şerhinin istenebileceği kanaatinde-dir.

yetkisine ilişkin sonradan tamamlanabilecek bir belge eksikliği olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre, MK m. 921/I-1 mevcut bir ayni hakkın korumasını amaçlar; ancak tescil yapılmadan yapı alacaklısı ipoteği ayni bir hak olarak mevcut değildir. Öte yandan MK m. 921/I-2 hükmü de hukuki sebebin belgelendirilmesi bakımından değil; tasarruf yetkisinin belgelendirilmesi noktasında (örneğin temsilcinin yetkisinin belgelendirilmesi) yaşanan eksikliklerin giderilmesi amacıyla tanınmış bir imkandır. Oysaki yapı alacaklısı ipoteğinde malik ve yapı alacaklısı ipotek ile temin edilecek alacak miktarında anlaşamadıkları takdirde yaşanan sorun, tasarruf yetkisinin belgelendirilmesiyle ilgili olmayıp mahkemeden istenen husus tescile esas teşkil edecek hukuki sebep üzerindeki ihtilafın çözülmesi olup aslında hukuki sebebin belgelendirilmesi konusundadır. Yazar, bu sebeplerle MK m. 921 hükmüne dayanarak yapı alacaklısı ipoteğinin geçici olarak tescilinin hukuken mümkün olmadığını, bunun için m. 921 hükmünde değişikliğe gidilmesi gerektiğini, ancak buna rağmen uygulamada yapı alacaklılarının menfaatine olarak Nizamnamenin 23'üncü maddesinin uygulandığını, ancak bu şerhlerin de ihtilaf konusu olduğunda hukuken geçerli olmadığını tespit edilerek şerh ile beklenen sonuçları doğuramayacaklarından bahisle terkin edilmeleri gerektiğini belirtmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Reisoğlu**, s. 112 vd.

³⁹⁵ **Reisoğlu**, s. 121

³⁹⁶ **Akcan**, s. 95; **Sümer**, s. 609; **Baysal**, s. 173; **Çetiner**, s. 256; **Davran**, s. 63; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1130; **Duman**, s. 194.

Öğretide savunulan diğer bir görüşe göre ise yapı alacaklılarının sahip olduğu şerh hakkının kanuni dayanağı, TMK m. 1010/I-1 hükmü uyarınca çekişmeli hakların korunmasına yönelik tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına yönelik düzenlemedir³⁹⁷. Bu görüşü savunan yazarlara göre yapı alacaklısı ipoteği ancak tescille birlikte doğduğundan yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinden önce ortaya çıkmış bir aynı hak yoktur. Yazarlar, aynı talep hakkı şeklinde bir hak türünün de mevcut olmadığını ifade ederek ipoteğin tescilini talep hakkının şahsi bir talep hakkı doğurduğunu, TMK m. 1011/I-1 ile koruma altına alınmak istenen yararın her ne kadar iddia aşamasında olsa da bir aynı hak olduğunu ifade ederek geçici tescilin şerhinin istenemeyeceğini savunmaktadır. Bu görüşün kabul edilmesi halinde yapı alacaklıları, yukarıda zikrettiğimiz tehlikeleri bertaraf etmek gayesiyle mahkemeden tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına yönelik bir şerh verilmesini isteyebilirler.

Kanaatimize göre, birinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Zira tescili talep hakkı eşyaya bağlı bir borç ilişkisi doğurmakla birlikte aynı zamanda yapı alacaklılarına aynı bir talep hakkı da verir. Malik tarafından alacağın varlığının veya miktarının kabul edilmemesi ya da gösterilen güvencenin miktarı yahut yeterliliği konusunda tarafların ihtilafa düşmesi halinde yapı alacaklıları, mahkeme kararı olmaksızın tescili sağlayamayacağından bu süreçte aynı bir hakkın korumasından da mahrum kalırlar. Yani malik tarafından engellenen husus, kanunen yapı alacaklılarına tanınmış ve onlar tarafından sahip olunması hedeflenen bir aynı hakkın tescilidir. Bir başka deyişle yapı alacaklıları, kanunda yer alan koşulların gerçekleşmiş olduğundan bahisle kanun tarafından kendilerine tanınan tescil yetkisini kullanarak aynı bir hakka sahip olmak istemektedir. Malik ise yine kanun tarafından kendisine tanınan yetki ile buna engel olmaktadır. Bu durum, tescil ile birlikte aynı hak niteliği kazanacak bir hakkın aslında çekişmeli hale getirilmesidir. Ayrıca burada yapı alacaklılarının karşı karşıya kaldıkları

³⁹⁷ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1055-1056; Köprülü/Kaneti, s. 320; Çabri, s. 385; Altay/Eskiocak, s. 290; İslamoğlu, s. 65; Güleş, s. 172.

temel risk, malikten kaynaklanan bir sebeple tescil süresinin kaçırılmasıdır. Yani korunmak istenen temel menfaat, sürenin kaçırılması sebebiyle mahrum kalınacak aynı haktır. Malikten kaynaklanan bu sebep, taşınmazın üçüncü kişiye temlik edilmesi veya malikin iflas etmesi olabileceği gibi sebepler mutlaka ipoteğin muhatabının değişmesi haline münhasır değildir. Malikin göstermiş olduğu güvence miktarı konusunda anlaşmazlığa düşülmesi halinde de üç aylık sürenin kaçırılma riski vardır. Dolayısıyla malikin tasarruf yetkisinin kısıtlanması, yapı alacaklılarına ancak üçüncü kişilere karşı bu hakkın ileri sürülmesi yetkisi vereceğinden karşı karşıya olunan risklerin bertaraf edilmesi bakımından tek başına yeterli değildir.

Uygulamada da yapı alacaklısı ipoteği hakkında yapılan şerhlerin dayanağı olarak TMK m. 1011/I-1 hükmü görülmekte ve yapı alacaklılarının korunması gayesiyle geçici tescil şerhi yapılmaktadır³⁹⁸. Öte yandan geçici tescilin şerhine ilişkin kararlar, ihtiyati tedbir yoluyla verilmektedir³⁹⁹. Hatta tapu sicili mahkeme tarafından tüm işlemlere kapatılmaktadır⁴⁰⁰. Tapu sicilinin mahkeme tarafından tüm işlemlere kapatılması, yapı alacaklılarının birden fazla olması durumunda ve bu alacakların

³⁹⁸ Y. 15. HD: E. 2012/168, K. 2012/639, T. 06.02.2012; Y. 15. HD: E. 2016/1924, K. 2016/3111, T. 25.11.2016; Y. 15. HD: E. 2016/27, K. 2016/1944, T. 07.10.2016

³⁹⁹ Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda yapı alacaklısı ipoteğinin bir ihtiyati tedbir kararıyla şerh edilemeyeceğini, zira ihtiyati tedbir kararının uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte olamayacağını ifade etmiştir. Bkz. Y. 15. HD: E. 2012/4558, K. 2012/7308, T. 21.11.2012. Kanaatimizce bu karar isabetlidir. Zira açılan davada ileri sürülen talep geçici şerhin tescili ise mahkeme tarafından bu yönde ihtiyati tedbir kararı verilmesi uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte bir karar olacağından mümkün değildir. Öte yandan açılan dava bir eda davası veya kesin tescile yönelik bir dava ise ve davacı ihtiyati tedbir yoluyla geçici tescilin şerhini istemişse ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Böyle bir durumda açılan davada davacı tarafından talep edilen husus tescil olup şerh, ancak bir ara karardır. Uyuşmazlık, yapı alacağının varlığı veya miktarı noktasında ya da malik tarafından gösterilen güvencenin yeterliliği hususundadır. Zaten şerh, hakkı kesin olarak kazandırmayıp şerhin yegâne işlevi üçüncü kişilere karşı hakkın korunmasını sağlamaktır. Dolayısıyla mahkeme tarafından ihtiyati tedbir kararı vermek suretiyle ara karar ile geçici tescilin şerhine hükmedilmesi, uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte bir karar değildir. Aynı görüşte bkz. **Güleş**, s. 174-175. Aksi görüşte bkz. **Duman**, s. 194.

⁴⁰⁰ Bu kararın dayanak noktası, HMK m. 391 hükmünde yer alan "...her türlü tedbire karar verebilir." ifadesidir. Öte yandan davacı açısından dava olumlu sonuçlandığı zaman üçüncü kişinin şerhten sonra kazandığı aynı hak terkininin kolay olmaması da kilitleme kararına gerekçe olarak sunulmaktadır. Ayrıca Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 07.07.1965 tarihli ve 1390 sayılı "Mülkiyet Hakkını Tahdit Edici Şerhler" konulu genelgesi de tapu sicilinin tüm işlemlere kapatılması hususunda mahkemeleri yönlendirici olmuştur. Anılan genelgeye göre: "*Mahkemelerce verilen ihtiyati haciz ile ihtiyati tedbir kararlarını 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 bu taşınmaz mal üzerinde üçüncü şahıs lehine hak doğurucu hiçbir işlem yapılmayacaktır.*" Genelgede yer alan bu hükmün açıkça TMK m. 1010/II hükmüne aykırı olduğu yönünde bkz. **Doğan**, s. 139; **Güleş**, s. 176

birbirinden bağımsız olduğu düşünüldüğünde sakıncalıdır. Zira yapı alacaklılarından birinin hakkını geçici tescil şerhi vasıtasıyla kullanması akabinde tapu işlemleri tüm işlemlere kapatılır ise sonraki yapı alacaklıları bu haktan mahrum bırakılmış olur. Bu durumun da kanun koyucunun gayesiyle uyuşmayacağı ortadadır.

Geçici tescilin şerhi için açılacak dava, yapı alacaklısı ipoteğinin tescili davası ile aynı şartlara tabidir⁴⁰¹. Aynı şartlardan kasıt, yapı alacaklısı ipoteğinin tescili talebine yönelik hakkın doğması için gerekli maddi şartların doğmuş olmasıdır. Örneğin geçici tescilin şerhini talep eden kimsenin bir yapı alacaklısı olması ve bu davayı üç aylık hak düşürücü süre içerisinde açması gerekir⁴⁰². Hemen belirtmek gerekir ki, salt geçici tescilin şerhi için dava açılması pratik bir yol değildir. Zira geçici tescilin şerhi ihtiyati tedbir kararı şeklinde verildiğinden yapı alacaklıları tarafından bir eda davası veya kesin tescile yönelik bir davanın açılarak bu dava içerisinde ihtiyati tedbir yoluyla geçici tescilin şerhine karar verilmesini talep etmesi daha olasıdır. Öğretide de ipoteğin geçici olarak tescilinin malik veya yüklenici aleyhine açılacak bir eda ya da kesin tescil davasında istenebileceği kabul edilmiştir⁴⁰³. Kanaatimize göre, yapı alacaklıları tarafından açılan eda veya kesin tescili talep davalarında ihtiyati tedbir kararı ile geçici tescilin şerhine karar verilmeli, ancak taşınmaza ait tapu kütüğü tüm işlemlere kapatılmamalıdır. Mahkeme tarafından geçici tescilin şerhine karar verilmekle birlikte yapı alacaklıları zaten üçüncü kişilere karşı korunmaktadır. Bunun üstüne bir de taşınmazın tüm işlemlere kapatılması, sonraki yapı alacaklılarının ipotek haklarına halel getirebileceği gibi somut olayın özelliklerine göre mülkiyet hakkının ihlali anlamına da gelebilir.

⁴⁰¹ **Yenice-Ceylan**, s. 176; **Duman**, s. 194; **Güleş**, s. 177. Ayrıca bkz. Y. 15. HD: E. 2006/6606, K. 2008/960, T. 18.02.2008; Y. 15. HD: E. 2016/1924, K. 2016/3111, T. 25.11.2016; Y. 15. HD: E. 2016/27, K. 2016/1944, T. 07.10.2016.

⁴⁰² Öte yandan geçici tescilin şerhine yönelik dava hak kaybını önlemeye yönelik bir dava olduğundan hâkimin alacağın varlığı konusunda ayrıntılı bir inceleme yapmayarak HMK m. 390/III uyarınca kanaat verici bir ispat faaliyeti ile karşılaşması halinde geçici tescile karar vermesi gerektiği yönünde bkz. **Güleş**, s. 177-178.

⁴⁰³ **Çetiner**, s. 257; **Yenice-Ceylan**, s. 178; **Güleş**, s. 178.

Mahkeme, geçici tescile karar verirken TMK m. 1011/III uyarınca tescilin geçerli olacağı süreyi de tayin etmelidir⁴⁰⁴. Bu bağlamda mahkemenin tescilin dava sonuçlanana kadar geçerli olacağına karar vermesi, yapı alacaklılarının korunması bakımından daha isabetli olur⁴⁰⁵. Mahkeme tarafından karar verilen şerhin, verildiği tarihte etkilerini doğurduğunu kabul etmek gerekir⁴⁰⁶. Bu bakımdan mahkeme tarafından verilen karar kurucu nitelikte olup tapuya mahkeme tarafından müzekkere yazılması akabinde tapudaki işlemin gerçekleştirilmiş olması açıklayıcı niteliktedir. Yapı alacaklısı ipoteğinin sonradan kesin şekilde tescil edilmesine karar verilmesi halinde de TST m. 51/II uyarınca bu kesin tescil, etkilerini geçici tescil tarihinden itibaren doğurur.

Sonuç olarak, yapı alacaklılarının malik tarafından alacaklarının kabul edilmemesi veya gösterilen güvence konusunda ihtilafa düşülmesi halinde, TMK m. 1011/I-1 uyarınca geçici tescilin şerhini isteme hakkı olduğunun kabulü gerekir. Geçici tescilin şerhi ile birlikte yapı alacaklıları, sahip olacakları aynı hakları bakımından güvenceye kavuşmuş olur ve üçüncü kişilere karşı haklarını ileri sürebilir hale gelirler.

C. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN KESİN TESCİLİ

1. Genel Olarak

Sözleşmesel bir ipotek hakkının tesisi, taşınmazlar üzerindeki diğer aynı haklarda olduğu gibi geçerli bir borçlandırıcı işlem (sözleşme) ve tescil ile mümkün olur. Tescil, tapu kütüğündeki aynı hakka ilişkin olan kaydı ifade eder. Taşınmazlar üzerindeki aynı hakların tescille doğduğu hallerde tescil, taşınmaz üzerindeki aynı hakkın kazanılmasını sağlayan tasarruf işleminin tamamlayıcı olgusudur. Kanundan doğan ipotek haklarında sözleşmenin yerini kanun hükmü almaktadır. İpotek hakkının

⁴⁰⁴ **Yenice-Ceylan**, s. 178; **Güleş**, s. 178.

⁴⁰⁵ **Güleş**, s. 179; **Çetiner**, s. 257; **Reisoğlu**, s. 125; **Yenice-Ceylan**, s. 178.

⁴⁰⁶ Şerhin etkisini tapu sicil müdürlüğüne kararın gönderilmesi anından itibaren doğuracağı yönünde bkz. **Doğan**, s. 149; **Güleş**, s. 179. Geçici tescilin varlığı halinde yapı alacaklısı ipoteğinin sırasının geçici tescilin yevmiye defterine kayıt tarihine göre tespit edileceği hakkında bkz. **İnce-Akman**, s. 1148; **Akcan**, s. 96; **Yenice-Ceylan**, s. 178.

kanundan doğması halinde eğer bu ipotek TMK m. 893 hükmünde sayılan tescile tabi ipoteklerden ise şartlarının gerçekleşmesiyle beraber tescil işleminin yapılması istenmelidir. Yapı alacaklısı ipoteği de TMK m. 893'te sayılan tescile tabi bir kanuni ipotek hakkı olduğundan kurulması, tapu kütüğünde tescil işlemi yapılmasına bağlıdır. Yapı alacağının varlığı ve miktarı konusunda herhangi bir ihtilaf yoksa veya bu ihtilaflar çözümlenmişse, yani tescil için gerekli şartlar sağlanmışsa, yapı alacaklılarının ipotek hakkından faydalanabilmeleri için taşınmaza ait tapu sayfasında tescil işlemini yaptırmaları gerekir. Burada yapılacak olan tescil işlemi, kesin tescil işlemidir⁴⁰⁷. Kesin tescil işleminin yapılmasıyla beraber yapı alacaklıları, kanunun kendilerine tanımış olduğu güvenceye tam anlamıyla kavuşmuş olurlar ve alacaklarını elde edememeleri halinde taşınmazın paraya çevrilmesini isteme yetkisini kazanırlar.

2. Kesin Tescil Talebinin Şekli

Kesin tescil talebi, üzerinde yapı faaliyeti yapılan taşınmazın kayıtlı olduğu tapu müdürlüğüne yapılır⁴⁰⁸. Yapı alacaklıları, yapı alacağını doğuran hukuki ilişkinin doğumundan yüklenilen işin tamamlanmasını müteakiben üç ay içerisinde kanuni ipotek haklarının kesin olarak tescilini isteyebilirler. İpoteğin tesciline yönelik talep doğrudan tapu memuruna yapılır, talebin malike veya eser sözleşmesinin tarafı olan kimseye varması ya da yöneltmesi gerekli değildir⁴⁰⁹.

İpoteğin tescil edilebilmesi için kural olarak TMK m. 1013/T'e göre tasarrufa konu olan taşınmaz malikinin yazılı beyanı gereklidir. Ancak ipotek hakkını edinen kimsenin kanun hükmüne, mahkeme kararına veya buna eş değer bir belgeye dayanması halinde TMK m. 1013/II hükmü uyarınca tescil için malikin yazılı beyanına ihtiyaç yoktur. Yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilebilmesi için TMK m. 895/III hükmüne göre malikin alacağı kabul etmesi ya da alacağın bir mahkeme kararına dayanıyor olması

⁴⁰⁷ Güleş, s. 168; Akcan, s. 97

⁴⁰⁸ Kurt, s. 232; Güleş, s. 168; Reisoğlu, s. 114; İnce-Akman, s. 1152; Yenice-Ceylan, s. 184; Kaşak, s. 171.

⁴⁰⁹ Yenice-Ceylan, s. 184; Duman, s. 193; Güleş, s. 168; İnce-Akman, s. 1152.

gerekir. Alacağın malik tarafından kabul edilmemesi üzerine mahkeme kararı alınması halinde taşınmaz malikinin ayrıca yazılı beyanına ihtiyaç olmadığı açıktır⁴¹⁰. Öte yandan yapı alacağının malik tarafından kabul edilmesi halinde tescil için ayrıca bir de malikin yazılı beyanına ihtiyaç olup olmadığı meselesi incelenmelidir. Malik, alacağın miktarını kabul ederken ayrıca yazılı olarak tescil talebinde bulunursa yazılı tescil talebi şartı zaten yerine getirilmiş sayılır. Aynı sonuç, malikin yapı alacağı miktarını kabul etmesi ve yapı alacağının tescilinin istenebilmesi için diğer şartların sağlanması halinde de geçerlidir. Zira yapı alacaklısı, hakkının tescili konusunda kanun hükmüne dayanmaktadır. Şöyle ki, TMK m. 893/I hükmünde yapı alacaklıları açıkça tescili isteme noktasında yetkili kılınmıştır. Hal böyleyken, malikten ayrıca yazılı bir tescil talebinin aranması, yapı alacaklılarının korunması amacına da aykırı düşer⁴¹¹. Dolayısıyla şartlarının gerçekleşmesiyle birlikte yapı alacaklıları, malikin yazılı tescil talebine ihtiyaç olmaksızın ipotek haklarının tescilini sağlayabilirler⁴¹².

Yapı alacaklısı ipoteğinin talep olmaksızın re'sen yapılması mümkün olmayıp yapı alacaklısının mutlaka talepte bulunması gerekir⁴¹³. Ayrıca, ipotek hakkının tescilini tek başlarına isteyebilirlerse de haklarının mahiyetini ve hukuki gerekçelerini yine de belgelendirmek mecburiyetindedir. Yapı alacaklısı tarafından yapılacak tescil talebinde alacağın malik tarafından kabul edildiği veya tescile izin verildiğine yönelik bir belge ya da buna yönelik bir mahkeme kararı sunulmalıdır⁴¹⁴. Kanuni ipotek hakkının yapı alacağını doğuran hukuki ilişkinin başladığı tarihten işin yüklenilmesini müteakiben en geç üç ay içinde tescil edilmesi gerektiğinden malikten alınacak belgede veya mahkeme

⁴¹⁰ Güleş, s. 169; Yenice-Ceylan, s. 184.

⁴¹¹ Reisoğlu, s. 109; Güleş, s. 169.

⁴¹² Wieland, C. II, s. 535; Güleş, s. 169; Velidedeoğlu/Esmer, s. 397; Saymen/Elbir, s. 627; Reisoğlu, s. 109; Leemann, makale, s. 85; Leemann, Art. 839, N. 37; Simond, s. 65; Scheidegger, s. 23; Ülger, s. 62.

⁴¹³ Wieland, C. II, s. 535; Velidedeoğlu/Esmer, s. 633; Saymen/Elbir, s. 175; Leemann, Art. 839, N. 33; Reisoğlu, s. 111

⁴¹⁴ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1127; Uyumaz, s. 247; Güleş, s. 169; Altay/Eskiocak, s. 288; Köprülü/Kaneti, s. 228; Çetiner, s. 256; Duman, s. 193; Bıçakçı, s. 557; Davran, s. 62. Öte yandan belirtmek gerekir ki yapı alacaklısı tarafından sunulan bu evraklar, sözleşmesel ipotek hakkında rehin sözleşmesinin niteliğinde olduğu gibi tescilin hukuki sebebini oluşturmaz, yalnızca bu sebebi belgelemeye yarar. Bkz. Reisoğlu, s. 104

tarafından verilecek kararda, iş bitmişse tarihi, bitmemişse devam ettiği belirtilmelidir⁴¹⁵. Aynı şekilde, alacağın malik tarafından kabul edildiğini belirten belgede de bu alacağın bir yapı alacağı olduğu ifade edilmeli veya yapı alacağını doğuran hukuki işlem (örneğin eser sözleşmesi) belgeye eklenmelidir⁴¹⁶. Yapı ipoteğinin tesis edilmesi için ayrıca resmi bir senet düzenlenmesine ise ihtiyaç yoktur⁴¹⁷.

Yapı ipoteği tescil edildikten sonra bu işlem, malik fiziken orada bulunmadan yapılıyorsa TMK m. 1019/I uyarınca malike tebliğ edilmelidir. Zira anılan hükme göre tapu memuru, ilgililerin bilgisi dışında yaptığı işlemleri onlara tebliğ etmekle yükümlüdür. Ayrıca TST m. 35/V uyarınca yapı alacaklılarının sahip olduğu kanuni ipoteğin tescilinde, düşünceler sütununa “zanaatkâr ve yüklenici ipoteği” ifadesi yazılarak bunun yapı alacaklısı ipoteği olduğu belirtilir.

3. Kesin Tescil Talebinin Muhatabı (İpotek Borçlusu)

a. Genel Olarak

Yapı alacaklısı ipoteğinin kesin tescili, üzerinde yapı faaliyeti yapılan taşınmaz üzerinde tesis edilir. Dolayısıyla kesin tescil talebinin muhatabı olacak kişi, yapı faaliyetinin gerçekleştirildiği taşınmaz maliki, yani ipotek borçlusudur. Tescili talep hakkının şahsi bir talep hakkı niteliğinde olduğunu savunan yazarlar, tescil talebinin muhatabının ancak yapı faaliyetini yaptıran ve bu faaliyet dolayısıyla taşınmazdaki değer artışından faydalanan malik olduğunu ileri sürseler de kanaatimizce tescili talep hakkının aynı bir talep hakkı niteliği taşıması ve aynı zamanda eşyaya bağlı bir borç ilişkisi de oluşturması sebebiyle taşınmazı sonradan temlik eden kimseler ile iflas masası da kesin tescil talebinin muhatabı olarak ipotek borçlusu sıfatını haiz olabilirler.

⁴¹⁵ Simond, s. 131; Bıçakçı, s. 557; Güleş, s. 169; Reisoğlu, s. 104; Duman, s. 193

⁴¹⁶ Anılan belgelerde ipotekle kısıtlanacak taşınmazın da açıkça ifade edilmesi gerekir. Zira yapı alacaklısı ipoteği ancak yapı faaliyetinin yürütüldüğü taşınmaz üzerinde kurulabildiğinden malikin birden çok taşınmazı olması halinde hangi taşınmaz üzerinde yapı alacaklısı ipoteği kurulacağını belirtmesi önem arz eder. Yani malik soyut bir borç ikrarı şeklinde alacağı kabul etmiş olsa bile bu belge tescile dayanak teşkil edemez. Bkz. Reisoğlu, s. 104;

⁴¹⁷ Güleş, s. 170; Uyumaz, s. 247

Bu sebeple, yapı alacaklısı ipoteğinin kesin tescili talebinin muhatabı, taşınmazın maliki, taşınmazı sonradan edinen yeni malik ve iflas masasıdır.

aa. Taşınmaz Maliki

Yapı alacaklısı ipoteğini düzenleyen TMK m. 893 hükmünde ipotek borçlusunun kim olacağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak yapı alacaklılarının sahip olduğu kanuni ipotek hakkının muhatabının yapı faaliyetinin yürütüldüğü taşınmazın maliki olduğu kuşkusuzdur⁴¹⁸. Ayrıca belirtmek gerekir ki, “*yapı alacağının borçlusu*” ile “*yapı alacaklısı ipoteğinin borçlusu*” ifadeleri, aynı anlama gelmez⁴¹⁹. Yapı alacağı, kendisini doğuran hukuki sebepteki borçlunun ifa etmek zorunda olduğu bir alacaktır. Yapı alacaklısı ipoteğinin borçlusu ise kesin tescil talebine muhatap olacak kişi, yani taşınmazın malikidir. Taşınmaz malikinin aynı zamanda yapı faaliyetini yaptıran kişi olması halinde her iki sıfat tek kişide birleşebilir. Ancak alt yüklenicilik durumunda olduğu gibi yapı alacağının borçlusu, asıl yüklenici de olabilir. Örneğin alt yüklenicinin sahip olduğu yapı alacağının borçlusu, kendisi ile arasında eser sözleşmesi bulunan asıl yüklenicidir. Taşınmaz maliki, aralarında herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmadığından alt yüklenicinin yapı alacağını ödemekle yükümlü değildir. Ancak alt yüklenicinin yapı alacağına yönelik kanuni ipotek hakkının muhatabı, yani ipotek borçlusu, asıl yüklenici değil; taşınmaza sahip olması nedeniyle taşınmaz malikidir.

İpotek borçlusu bir arazi maliki olabileceği gibi bağımsız ve sürekli nitelik kazanarak tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilip taşınmaz niteliğinde olan üst hakkı sahibi de olabilir⁴²⁰.

⁴¹⁸ **Wieland**, C. II, s. 668; **Saymen/Elbir**, s. 582; **Baysal**, s. 161; **Akkanat**, s. 284. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda: “...*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.*” ifadesi ile ipotek borçlusunun taşınmaz maliki olduğunu ifade etmiştir. (Y. 15. HD: E. 2014/4356, K. 2014/6677, T. 28.03.2013) (Naklen: *Güleş*, s. 115)

⁴¹⁹ **Güleş**, s. 115

⁴²⁰ **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın** tarafından ortaya atılan ve yapı alacaklısı ipoteğinin yalnızca arazi üzerinde kurulabileceğine ilişkin görüşe katılmıyoruz. Bkz. **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 165. Bizimle aynı görüşte bkz. **Güleş**, s. 121. Ayrıca *Güleş*’e göre, üst hakkının bağımsız bir taşınmaz olarak ayrı sayfaya kaydedilmesi halinde iki farklı durum ortaya çıkar. Yazara göre üst hakkı ayrı bir sayfaya

Sonuç olarak, yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkını kullanması sebebiyle ipotek borçlusu konumuna gelen kişi, yapı faaliyetinin üzerinde yürütüldüğü taşınmazın maliki olup tescili talep hakkının hukuki niteliği hususunda kabul ettiğimiz görüşe göre bu taşınmazın yapı faaliyetini yaptıran ya da yapılmasına onay veren malik olması gerekmez.

bb. Taşınmazı Sonradan Edinen Malik

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep etme hakkı, yapı alacaklılarına aynı bir talep hakkı vermekle beraber aynı zamanda eşyaya bağlı bir borç ilişkisi de doğurduğundan taşınmazı sonradan edinen malike karşı da ileri sürülebilir. Böyle bir halde yeni malik, taşınmazı sonradan edindiğini, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin talep edilebileceğinden haberdar olmadığını veya yapı faaliyetini kendisinin yaptırmadığını ileri süremez. Yeni malikin sahip olduğu yegâne imkân, yeterli güvence göstererek tescilin yapılmasını engellemektir⁴²¹. Zira yapı alacaklısı ipoteği kurumunun kabul edilmesindeki maksat, yapı faaliyetinde emek sarf ederek alacaklı olanları, yapı faaliyetini yaptıranlar ya da taşınmaz maliki karşısında güçsüz konumda olmaları sebebiyle kanuni güvenceye kavuşturmadır. Bir alacağın yapı alacağı olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olan şart ise taşınmazda bir değer artışı olup

taşınmaz olarak kaydedilmeden önce yapı faaliyeti tamamlanmışsa, ipoteğin sonradan taşınmaz olan üst hakkında da varlığı devam ettirdiği kabul edilmeli ve bu durum TMK m. 889'da yer alan ipotekle yüklü taşınmazın bölünmesi ile kıyasen incelenmelidir. Öte yandan üst hakkının taşınmaz niteliği kazanmasından sonra yapı alacaklısı ipoteği tesis edilecekse sadece yapı faaliyetinin gerçekleştirildiği taşınmazda ipotek kabul edilmelidir. Zira burada üst hakkı ve arazi birbirinden ayrı iki taşınmaz mahiyetindedir. Üst hakkı taşınmaz niteliğini kazanmamış ise, yapı alacaklıları kanuni ipotek haklarını üzerinde üst hakkı tanınması suretiyle yapı faaliyeti gerçekleştirilen taşınmaz üzerinde istemelidir. Yani böyle bir durumda arazinin maliki, ipotek borçlusu olmalıdır. Üst hakkının taşınmaz niteliği kazanmadığı durumlarda yapının malik tarafından yapılmaması sebebiyle yapı alacaklılarını kanuni ipotek hakkından mahrum bırakmak, kanun koyucunun amacı ile örtüşmez. Detaylı bilgi için bkz. **Güleş**, 121 vd.

⁴²¹ Tescili talep hakkının şahsi bir talep hakkı niteliğinde olduğunu savunan yazarlar, bu görüşe katılmamaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre yapı alacaklısı ipoteğinin tescili talebi yalnızca yapı faaliyetini yaptırmış veya bu faaliyetin yapılmasına onay vermiş malike karşı ileri sürülebilir. Zira aksi durumun kabulünü taşınmazı sonradan temlik edenler aleyhine karşı kendilerinden katlanması beklenemeyen bir yük getirmek olarak kabul edilen yazarlar, taşınmazı temlik etmek isteyenlerin sürekli olarak kendilerine karşı ileri sürülebilecek bir ipotek tehdidi ile karşılaşmasının muhtemel olacağını ifade etmektedirler. Öte yandan bu yazarlar, yapı faaliyetini yaptıranların ipotek yükünden kaçınmak için taşınmazı muvazaalı olarak devretmelerinin önüne geçilebilmesi için de yapı işine başlandığı zaman taşınmazın beyanlar hanesine yapı işine başlandığı kaydının düşülmesi imkânını yeterli görmekte; bu mümkün olmasa bile yarar-zarar dengesi karşılaştırıldığında talebin üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesinin her iki taraf ve ticari hayat için daha lehe olduğunu düşünmektedirler. Bkz. **Güleş**, s. 116-117

olmadığının önemi olmaksızın fiziki veya fikri bir emeğin yapı faaliyetine hasredilmiş olarak yapı faaliyetinde bağımsız bir şekilde çalışılmış olmasıdır. Öyle ki, yapı alacağının doğumu taşınmaz malikinin yapı faaliyetinden haberdar olmasına bağlı olmadığından taşınmazı sonradan edinen malikin yapı faaliyetinden haberdar olmadığı savunması yapabileceğinin kabulü, kanun koyucunun müesseseyi getirme amacı ile örtüşmez.

Ayrıca yapı alacaklısı ipoteği, tescili işin yüklenilmesi anından itibaren talep edilebilen bir ipotek hakkıdır. Taşınmazın temlik edilmesi halinde yeni malikin ipotek borçlusu olamayacağı yönündeki kabulde, eski malikin muvazaa kastı olmasa dahi temlik işin yüklenilmesinden hemen sonra yapılması halinde yapı alacaklılarının bu haklarını asla kullanamayacakları gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda yapı alacaklıları, daha yapı faaliyetine başlamadan kanunun kendilerine tanıdığı haktan mahrum kalmaktadır. Öte yandan yüklenilen işin tamamlanmasından itibaren en geç üç ay içerisinde tescilin yapılması gerektiğinden, taşınmazı bu devrede temlik edecek kişilerin de, üzerinde yapı faaliyeti yeni tamamlanmış bir taşınmazı temlik ederken böyle bir ihtimali hesaba katmaları gerekir. Aksinin kabulü, kanunda yapı alacaklılarına verilen yetkinin dürüstlük kurallarına aykırı olarak ellerinden alınması anlamına gelir. Dolayısıyla taşınmazı sonradan edinen malikin de yapı alacaklısı ipoteğinin kesin tescilinin muhatabı, yani ipotek borçlusu olabilir.

cc. İflas Masası

Taşınmaz maliki, yapı alacaklılarının sahip oldukları kanuni ipotek haklarının tescil edilmesinden önce iflas etmiş olabilir. Malikin iflas etmesiyle birlikte tasarruf yetkisi sona ererek tüm yetki iflas masasına geçer. Yapı alacaklısı ipoteğinin tescili talebini şahsi bir talep olarak nitelendiren yazarlar da genel olarak yapı alacaklısı

ipoteğinin tesciline yönelik talebin iflas masasına karşı ileri sürülebileceğini savunmaktadır⁴²².

Tescili talep hakkının aynı bir talep hakkı niteliğinde olduğu ve aynı zamanda eşyaya bağlı bir borç ilişkisi doğurduğu kabulünde ise zaten ipotek hakkının iflas masasına karşı ileri sürülebilmesi mümkündür. Böyle bir halde, iflas masası yapı alacağını kabul etmek yoluna gidebileceği gibi İİK m. 198 hükmü uyarınca konusu para olmayan alacağın ifasını bizzat üstlenebilir ya da güvence göstererek tescile engel olabilir. İflas masası ile yapı alacaklıları arasında alacağın miktarı veya gösterilen güvence konusunda ihtilaf yaşanması halinde ise yapı alacaklıları, iflas masasına karşı dava açmak suretiyle alacaklarını bir mahkeme kararına dayandırarak tescili yapabilirler.

⁴²² *Altay/Eskiocak* talebin şahsi bir talep hakkı niteliğinde olduğunu kabul etmekle birlikte ihtiyati tedbir veya geçici şerh yolu ile tescil talebinin iflas masasına karşı ileri sürülebileceğini belirtmektedir. Bkz. **Altay/Eskiocak**, s. 118. *Güleş* de bir alacağın ileri sürülmesinin iflas hukuku bakımından mahiyetinin değerlendirilmesi gerektiğini, ipoteğin tescilini talep hakkı şahsi bir talep hakkı olsa da bu fikrin mutlak olarak alacağın iflas masasına karşı ileri sürülmesini engellemeyeceğini ifade etmektedir. Yazara göre, bir alacağın sırf şahsi hak olduğu için iflas masasına karşı ileri sürülemeyeceğinin kabul edilmesi, hiçbir alacaklının alacağını elde edememesi ve borçların iflas ile birlikte sona ermesi anlamına gelir. Oysaki iflas, borçları sona erdirmeyerek İİK m. 226 uyarınca yalnızca bunların yönetimini iflas idaresine bırakmaktadır. Dolayısıyla şahsi bir talep olan yapı alacaklısı ipoteğinin tescili talebi iflas masasına karşı da ileri sürülebilmelidir. Ayrıca iflastan sonra borçlunun malları üzerinde tasarruf edemeyeceği yönündeki kural da buna engel olmamalıdır. Zira yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinde müflis, sadece kendi iradesine dayanan bir tasarrufta bulunmamaktadır. İflas idaresi, yapı alacaklıları tarafından yapılan başvuru akabinde bu alacağın varlığı konusunda bir araştırma yaparak karar vermelidir. İflas idaresinin alacağı kabul etmesi halinde ipotek hakkının varlığını kabul ederek yapı faaliyetinin yürütüldüğü taşınmaz paraya çevrildikten sonra alacaklı lehine yapı alacaklısı ipoteği varmış gibi bedelin dağıtılması mümkündür. Bkz. **Güleş**, s. 119-120. Tescili talep hakkının iflas masasına karşı ileri sürülebileceğini savunan diğer yazarlar için bkz. **Reisoğlu**, s. 78 vd.; **Simond**, s. 91; **Aybay**, Aydın: “Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil”, s. 60 vd. İstanbul, 1962.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN SIRASI, YAPI ALACAKLILARININ ÖNCELİK HAKKI VE YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN SONA ERMESİ

I. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN SIRASI VE YAPI ALACAKLILARININ ÖNCELİK HAKKI

A. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN SIRASI

1. Genel Olarak Taşınmaz Üzerindeki İpotek Haklarının Sırası

Taşınmazlar üzerindeki aynı hakların sıralarını belirleyen TMK m. 1022/I hükmü uyarınca aynı haklar, kütüğe tescil ile doğar ve sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır. Bu hükümle kanun koyucu, kural olarak aynı hakların tescil ile doğacağını ve sıralarını tescil edildikleri tarihe göre alacaklarını belirtmiştir. Kural bu olmakla birlikte, Türk hukukunda kabul edilen sabit dereceler sistemine göre, üzerinde ipotek bulunan taşınmazın icra marifetiyle paraya çevrilmesi halinde ipotekli alacaklılar, alacaklarını tescil tarihine göre değil, buldukları dereceye göre alırlar⁴²³. Her bir derece, belirli bir alacak tutarı için taşınmaz üzerinde kurulacak ipotek haklarını güvence altına alır⁴²⁴. Sabit dereceler sisteminde bir ipotek hakkı, tarih olarak daha önce tescil edilmiş olsa bile kendisinden önceki derecelerde yer alan ipotek haklarına karşı herhangi bir önceliğe sahip değildir; hatta önceki derecelerde tescil edilmiş ipotek hakları herhangi bir sebeple terkin edilse dahi alt derecedeki ipotek hakkı kural olarak kendiliğinden üst dereceye ilerlemez⁴²⁵. Taşınmazın paraya çevrilmesi halinde elde edilen miktarın ödenmesine, tescil tarihlerine bakılmaksızın öncelikle ilk derecedeki rehinli alacaklılardan başlanır. İlk derecedeki rehinli alacaklıların tatmin edilmesinden sonra ise

⁴²³ **Erel**, Şafak: “Gayrimenkul Rehninde Sıra”, s. 35. Ankara, 1953; **Karabacak-Furuncı**, Semra: “Sınırlı Aynı Haklar Arasında Sıra İlişkisi”, s. 794. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Y. 2016, C. LXXIV, S. 2, s. 773-805; **Başpınar**, Veysel: “Sınırlı Aynı Haklar Arasında Sıra”, s. 55. *Türkiye Noterler Birliği Dergisi*, Y. 1993, S. 78, s. 50-60; **Sirmen**, s. 656; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1060.

⁴²⁴ **Erel**, s. 37; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1060; **Sirmen**, s. 657.

⁴²⁵ Bunun istisnası boş dereceye ilerleme hakkı tanınmasıdır. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1063; **Sirmen**, s. 661; **Erel**, s. 59.

alt derecelerdeki alacaklılara ödemeye yapılmaya devam edilir. Eğer taşınmazın paraya çevrilmesinden elde edilen miktar, üst derecelerdeki alacaklılara yapılan ödemeler sonucu biterse, alt derecelerdeki alacaklılar ipotek hakkından faydalanamazlar⁴²⁶. Görüldüğü üzere sabit dereceler sistemi, TMK m. 1022/I hükmünde öngörülen kuralın bir istisnasını oluşturmaktadır.

Tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakları ise hem TMK m. 1022/I hükmünde yer alan genel kuralın hem de sabit dereceler sisteminin bir istisnasını teşkil eder. Zira bu hakların doğumu, TMK m. 892 hükmü uyarınca tapu kütüğüne tescil edilmelerine bağlı değildir. Hal böyle olunca, bu tür ipotekler ya taşınmaz üzerinde tescil edilmiş bulunan tüm ipoteklerden önce gelir ya da lehine böyle bir rehin hakkı doğan ipotekli alacaklının ipotek derecesi ile aynı sırayı alırlar⁴²⁷.

Tescile tabi kanuni ipotek haklarının doğumu için ise tescil gerektiğinden bu haklar, TMK m. 1022/I'deki genel kurala göre sıralarını tapu kütüğüne tescil edildikleri tarihe göre alırlar⁴²⁸. Tescilin etkisi, TMK m. 1022/II uyarınca tescil talebinin yevmiye defterine kaydedildiği tarihten itibaren başlar. Dolayısıyla tescile tabi olan bir kanuni

⁴²⁶ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 1063; **Sirmen**, s. 658; **Köprülü/Kaneti**, s. 352; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 989.

⁴²⁷ Tescile tabi olmayan kanuni ipotek haklarından birini düzenleyen TMK m. 865'e göre malikin, ipotekli taşınmazın değerini düşüren bazı davranışlarda bulunması halinde alacaklı, hâkimden bu davranışları yasaklamasını isteyebilir. Öte yandan malikin davranışları sebebiyle taşınmazda değer azalmasının başlamış olması halinde alacaklı, kendisine gerekli önlemlerin alınması için yetki verilmesini isteyebileceği gibi gecikmesinde tehlike bulunan hallerde bu önlemleri bizzat kendisi de alabilir. Bu önlemler için yapılan giderler oranında alacaklı, tescile tabi olmayan bir ipotek hakkına sahiptir. Bu alacaktan kaynaklanan ipotek hakkının, TMK m. 865/III hükmünde tescile gerek olmayan ve tescil edilmiş olan diğer yüklerden önce gelen ipotek hakkı olduğu ifade edilmiştir. Yine TMK m. 867/II hükmünde de ipotek konusu taşınmazın malikin kusuru olmaksızın düşmesi halinde ipotekli alacaklının bunu engellemek için yapmış olduğu masraflara ilişkin tescile tabi olmayan ve diğer yüklerden önce gelen bir ipotek hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. İpotekli taşınmazın korunması için zorunlu masraf yapılmış ve özellikle taşınmaz malikin borçlu olduğu sigorta primleri ipotekli alacaklı tarafından ödenmişse, alacaklının TMK m. 876'ya göre bundan doğan alacakları tescile gerek olmaksızın aynen rehinli alacağı gibi güvenceden yararlanır. Son olarak, TMK m. 875/I hükmüne göre takip masrafları ve temerrüt faizinden doğan alacaklar da ayrıca tescil edilmelerine gerek olmaksızın aynen ipotekle güvence altına alınmış alacaklar gibi ipotegin sağladığı teminatın kapsamına tabidir. Detaylı bilgi için bkz. **Helvacı**, s. 375; **Başpınar**, s. 55; **Şener**, s. 111; **Karabacak-Furuncı**, s. 794.

⁴²⁸ **Olgaç**, Furkan: "İpotekte Sıra Sistemi ve Boş Dereceye İlerleme", s. 79. Ankara, 2014; **Güleş**, s. 180; **Karabacak-Furuncı**, s. 794; **Şener**, s. 111; **Altay/Eskiocak**, s. 279; **Saymen/Elbir**, s. 550. Bu durumun tek istisnası, TMK m. 829/II hükmünde yer alan düzenlemedir. Düzenleme ile üst hakkı sahibine ya da bu hak kendisine rehnedilmiş bulunan üst hakkı sahibinin rehinli alacaklısına kanundan doğan tescile tabi bir ipotek hakkı tanınmıştır. Tanınan bu ipotek hakkı, derecesini sona eren üst hakkının sırasına göre kazanır. Dolayısıyla bu ipotekle sözleşmesel ipotekler arasında sıra ilişkisi belirlenirken sona eren üst hakkının tesis edildiği tarih ile sözleşmesel ipoteklerin derecelerinin tesis edildiği tarihin dikkate alınması gerekir. Bkz. **Helvacı**, s. 380.

ipoteğin sırası belirlenirken esas alınacak tarih, tescil talebinin yevmiye defterine kaydedildiği tarihtir⁴²⁹. Bu sebeple, tescile tabi kanuni bir ipotek, taşınmaz üzerinde kendisinden önceki bir tarihte tescil edilmiş rehin haklarından sıra itibarıyla sonra gelir⁴³⁰. Diğer bir deyişle, tescile tabi kanuni ipotekler ile sözleşmesel ipotekler arasındaki sıra belirlenirken kanuni ipoteklerin tapuya tescil edildikleri tarih göz önünde bulundurulur.

Tescile tabi bir kanuni ipotek hakkı olan yapı alacaklısı ipoteğinin sırası, taşınmaz üzerinde kurulan diğer rehin hakları ile yapı alacaklısı ipoteği arasındaki öncelik-sonralık ilişkisini ifade eder. Bu durumda, yapı alacaklısı ipoteğinin taşınmaz rehininin paraya çevrilmesi sonucunda hangi sırada yer aldığı tespitini, yapı alacaklılarının alacaklarını tahsil edebilmeleri bakımından önemlidir. Dolayısıyla yapı alacaklısı ipoteğinin sırası iki yönlüdür: Birincisi, yapı alacaklısı ipoteği ile taşınmaz üzerinde kurulan diğer sözleşmesel ipotek hakları arasındaki sıra; ikincisi yapı alacaklısı ipoteği ile diğer kanuni ipotek hakları ve özellikle başka yapı alacaklılarının sahip olduğu ipotek hakları arasındaki sıra.

2. Yapı Alacaklısı İpoteğinin Sözleşmesel İpotek Hakları ile Arasındaki Sıra Düzeni

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilmesi, taşınmaz üzerinde başka bir ipotek hakkının kurulmasına engel olmaz. Hatta yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinden önce taşınmaz üzerinde tescil edilmiş başka kanuni ipotekler olabileceği gibi sözleşmesel ipotek hakları da olabilir. Bu durumda, diğer ipotek hakları ile kıyaslandığında yapı alacaklısı ipoteğinin sırasının ne olacağı sorunu gündeme gelir.

Yapı alacaklısı ipoteği, tescile tabi bir kanuni ipotek hakkı olduğundan sırası, TMK m. 1022/I hükmünde yer alan genel kurala göre, yani tescil tarihine göre

⁴²⁹ Helvacı, s. 379; Karabacak-Furuncı, s. 784; Erel, s. 9; Güleş, s. 180; Yenice-Ceylan, s. 187.

⁴³⁰ Leemann, Art. 837, N. 16; Yenice-Ceylan, s. 188; Helvacı, s. 379; Davran, s. 34; Kalm, s. 50; Köprülü/Kaneti, s. 308; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1059.

belirlenir⁴³¹. Dolayısıyla bir taşınmaz üzerinde sözleşmesel bir ipotek hakkı ile yapı alacaklısı ipoteği arasındaki sıra belirlenirken dikkat edilmesi gereken husus, yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edildiği tarihtir. Yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edildiği tarih tespit edilirken tapu sicilinde bir kesin tescil var ise bu kesin tescilin; geçici tescil var ise geçici tescil şerhinin yevmiye defterine kaydedildiği an esas alınır⁴³².

Anılan düzenlemelerden anlaşıldığı üzere kanun koyucu, yapı alacaklısı ipoteğine diğer ipotek haklarına nazaran sıra bakımından bir öncelik tanımamıştır⁴³³. Dolayısıyla yapı alacaklısı ipoteğinden önce tescil edilmiş olan sözleşmesel ipotek hakları, yapı alacaklısı ipoteğine göre önceliklidir⁴³⁴. Önemle belirtmek gerekirse, yapı alacaklısı ipoteğinin sırasının tescil tarihine göre belirleniyor oluşu, ipotek hakkının üzerinde derece tesis edilen taşınmazda var olan derecelerden birine girmeyeceği anlamına gelmez⁴³⁵. Şöyle ki, yapı alacaklısı ipoteğinin sırasının tescil tarihine göre

⁴³¹ Çetiner, s. 259; Saymen/Elbir, s. 593; Wieland, C. II, s. 687; Altay/Eskiocak, s. 291; Helvacı, s. 381; Reisoğlu, s. 142; Kurt, s. 235; Davran, s. 64; Şener, s. 110; Güleş, s. 180; Köprülü/Kaneti, s. 232; ⁴³² Güleş, s. 180; İslamoğlu, s. 73; Avcı/Köksal-Oruç, s. 118; Yenice-Ceylan, s. 188; İnce-Akman, s. 1153.

⁴³³ Reisoğlu, s. 142; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1127; Güleş, s. 181; Duman, s. 197; Köprülü/Kaneti, s. 232; Akın, s. 761; Saymen/Elbir, s. 593; Bıçakçı, s. 560; Helvacı, s. 383. Yargıtay da önüne gelen bir uyuşmazlıkta yapı alacaklısı ipoteğinin sıra bakımından diğer ipotekli alacaklılara nazaran herhangi bir önceliği bulunmadığına hükmetmiştir. Kararda: "...Davacı vekili, borçluya ait taşınmazın satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde sıralamanın ipotek tesis tarihlerine göre yapıldığını, inşaatçı ipoteğine dayalı rüçhanlı alacağı bulunan müvekkiline öncelik verilmesi gerektiğini, davalı ipotekli alacaklılarının ipotek tesis ettiği tarihte ipoteğin yüklenicilerin ve zanaatkarların zararına olacağını bildiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirterek sıra cetvelinde birinci sıraya yazılmasına, rüçhanlı alacağın öncelikli ödenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalılar özetle, kanuni yapı ipoteğinin daha önce tesis edilmiş olan iradi ipotek haklarına karşılık bir önceliğinin bulunmadığını belirterek davanın reddini istemişlerdir. İcra mahkemesince toplanan deliller doğrultusunda, kanuni ipotek haklarının diğer ipotek haklarına bir önceliğinin bulunmadığını, ipotek hakkının sırasının tescilin işleme tarihine göre belirleneceği, dolayısıyla tescilin 02.03.2009 tarihinde yapılmış olması karşısında ipotek tarihlerine göre cetvel düzenlenmesinin doğru olduğundan davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle geciktirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına, 27.10.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi" ifadeleriyle yapı alacaklısı ipoteğinin sırasının tescil tarihine göre belirleneceğine hükmedilmiştir. Y. 19. HD: E. 2010/9823, K. 2010/12106, T. 27.10.2013 (Naklen: Olgaç, s. 79-80).

⁴³⁴ Saymen/Elbir, s. 593; Akın, s. 761; Duman, s. 197; Güleş, s. 181; Köprülü/Kaneti, s. 232; Reisoğlu, s. 142; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1127; İnce-Akman, s. 1153; Yenice-Ceylan, s. 188.

⁴³⁵ Reisoğlu, s. 144; Güleş, s. 182; İnce-Akman, s. 1154. Yenice-Ceylan, yapı alacaklısı ipoteğinden sonra tescil edilmiş olsa bile yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edildiği bir derecede bulunan ipotek haklarının yapı alacaklısı ipoteğinden önce geldiğini savunmaktadır. Yani yazar, dereceler sisteminin öncelikli olarak uygulanması gerektiği kanaatindedir. Yazara göre örneğin 02.06.2021 tarihinde X lehine ikinci derecede yapı alacaklısı ipoteği tescil edilmiş, daha sonra 05.07.2021 tarihinde Y lehine bu kez birinci derecede sözleşmesel ipotek hakkı tescil edilmiş olan bir örnekte Y'nin ipotek hakkı yapı alacaklısı ipoteğinden önce gelir. Bkz. Yenice-Ceylan, s. 188. Aynı görüşte bkz. İnce-Akman, s. 1153-1154.

belirlenmesinden anlaşılması gereken, ipoteğin tescil tarihi itibarıyla taşınmaz üzerinde var olan en alt dereceye tescil edilmesi gerektiğidir. Yani tescil yapılırken yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinden önce var olan derecelerden sonra gelecek şekilde bir tescil yapılmalıdır⁴³⁶. Örneğin yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edildiği tarihte taşınmaz üzerinde hâlihazırda birinci ve ikinci derecelerde sözleşmesel ipotek hakları bulunuyorsa kanuni ipotek, üçüncü dereceye tescil edilir. Bununla beraber, yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edildiği anda taşınmaz üzerinde başka ipotek hakları tesis edilmemişse, yapı alacaklısı ipoteği, birinci dereceyi işgal eder ve böyle bir durumda malik, belirli bir miktar için birinci dereceyi boş bırakmak istediğinden bahisle yapı alacaklısı ipoteğinin ikinci derecede yer almasını talep edemez⁴³⁷.

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edildiği tarihin tespitinde, yapılan tescil kesin bir tescil ise herhangi bir problem yoktur. Zira böyle bir halde ipoteğin kesin tescilinin yapıldığı tarih esas alınarak sözleşmesel ipotek haklarına göre sıra tespiti yapılır. Yapı alacaklısı ipoteğinin geçici olarak tescili halinde ise tarihin tespitinde esas alınacak an, geçici tescil şerhinin yevmiye defterine kaydedildiği andır. Öğretide bir görüş, tescil tarihi olarak şerh tarihi esas alınsa da derece açısından diğer ipoteklerin aşağı kaydırılarak yapı alacaklısı ipoteği önce gelecek şekilde bir kesin tescil yapılamayacağını savunmaktadır⁴³⁸. Bu görüşe göre, örneğin taşınmaz üzerinde 01.01.2017 tarihinde yapı alacaklısı ipoteğinin geçici olarak tesciline yönelik şerh konulmuş, bundan sonra da 01.05.2017 tarihinde birinci derecede bir sözleşmesel ipotek ve 01.07.2017 tarihinde de ikinci derecede bir sözleşmesel ipotek tescil edilmişse, yapı alacaklısı ipoteği hakkındaki dava davacının lehine sonuçlandığı zaman bu ipotek, üçüncü dereceye tescil edilmelidir. Yapı alacaklısı ipoteğinin geçici tescilinin tarih

⁴³⁶ Güleş, s. 182.

⁴³⁷ Reisoğlu, s. 144.

⁴³⁸ Homberger, s. 306; Güleş, s. 182.

itibariyle daha önce yapıldığından bahisle sözleşmesel ipotekler birer derece aşağı kaydırılmaz⁴³⁹.

Biz, bu görüşe katılamıyoruz. Öncelikle, yapı alacaklısı ipoteğinin geçici de olsa tescilinin şerh edildiği tarihte taşınmaz üzerinde herhangi bir sözleşmesel ipotek hakkı yoksa, yapı alacaklısı ipoteği zaten birinci dereceyi işgal eder. Bu bakımdan kesin tescile karar verilen tarihin bir önemi yoktur. Tescilin etkisi, geçici tescil şerhinin yevmiye defterine kaydedilmesiyle birlikte başlar. Keza geçici tescil şerhi isteme hakkı, zaten kesin tescil tarihinin gecikmesindeki sakıncalardan kaçınılması için tanınmıştır. Geçici tescil şerhine rağmen tarih itibariyle daha sonradan taşınmaz üzerinde sözleşmesel ipotek haklarının kurulması, yapı alacaklısının sahip olduğu ipotek hakkının sırasına zarar vermemelidir. Yapı alacaklısı ipoteğinin sıra itibariyle kanunda herhangi bir imtiyazının bulunmaması da bu sonucu değiştirmez. Zira böyle bir durumda yapı alacaklısı ipoteğinin sahip olduğu sıra itibariyle önceliği, tamamen geçici tescilin şerh edilmesi halinde TMK m. 1022/I-II hükümlerinin koyduğu genel kuralın uygulanmasından doğmaktadır. Dolayısıyla bu tarihten sonra kurulan sözleşmesel ipotek haklarının geçici tescile rağmen daha üst dereceleri işgal edeceğine yönelik kabul, geçici tescilden sağlanması beklenen faydayı anlamsız kılar. Ayrıca yapı alacaklısı ipoteğini de sözleşmesel ipotekler karşısında sıra itibariyle güçsüz konumda bırakır. Oysaki kanun koyucu, yapı alacaklısı ipoteğini sıra bakımından güçsüz konumda bırakmayı değil, onu sıra hususunda sözleşmesel ipotek haklarıyla aynı şartlara tabi tutmayı amaçlamıştır. Öte yandan, uygulamada geçici tescilin şerhine yönelik taleplerin ihtiyati tedbir kararı vermek suretiyle karara bağlandığını ve ihtiyati tedbir kararı ile birlikte taşınmazın tapu işlemlerine kapatıldığını ifade etmiştik. Dolayısıyla geçici tescilin şerhinden sonra malik tarafından zaten taşınmaz üzerinde herhangi bir derece belirlenmesi ya da sözleşmesel ipotek hakkı kurulması uygulamada

⁴³⁹ Örnek için bkz. **Güleş**, s. 182-183.

mümkün değildir. Taşınmazın tüm tapu işlemlerine kapatılması söz konusu olmasaydı dahi anılan görüş, teorik olarak değerlendirildiğinde de yukarıda izah ettiğimiz gerekçeler ile TMK m. 1022 hükmündeki düzenlemeye aykırıdır. Sonuç olarak, yapı alacaklısı ipoteğinin geçici tescili sağlanmışsa, artık bu ipoteğin sırası diğer sözleşmesel ipotek haklarının tescil edildiği tarihe göre tespit edilmelidir. Eğer sözleşmesel ipotek hakları geçici tescilin yapıldığı tarihten sonra tescil edilmişse, bunlar sıra itibariyle yapı alacaklısı ipoteğinden sonra gelir.

Yapı alacaklısı ipoteği, sıra bakımından herhangi bir önceliğe sahip olmadığından, bu ipoteğin üzerinde yer alan derecelerin boşalması durumunda boşalan bu boş derecelerde malikin yeniden tasarrufta bulunması mümkündür. Yani malikin bu dereceler üzerinde tasarrufta bulunarak yeni sözleşmesel ipotek hakları tesis etmesinin önünde hukuken herhangi bir engel yoktur⁴⁴⁰. Böyle bir durumda, TMK m. 1022 hükmünde yer alan genel kural ile sabit dereceler sistemi çelişmektedir. Zira genel kuralın bir istisnası olan sabit dereceler sisteminde, ipotek haklarının tescil edildiği tarih önemli olmaksızın ipoteklerin işgal ettiği dereceler önemlidir. Bu sistemde, ikinci derecede yer alan bir ipotek hakkının, birinci derecede yer alan bir ipotek hakkından önce tescil edilmiş olsa dahi bir önceliği yoktur. Birinci derecedeki ipotek hakkının terkin edilmesi halinde de ikinci derecedeki ipotek hakkı kural olarak kendiliğinden birinci dereceye yükselmez⁴⁴¹. Hatta birinci derecede yeni bir ipotek hakkı tescil edilirse bu yeni ipotek hakkı da sıra itibariyle ikinci derecede yer alan ipotek hakkından üstündür. Hal böyle olunca, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinden daha sonraki bir tarihte tescil edilmiş olsa dahi birinci derecede bulunduğundan yapı alacaklısı ipoteğinden sıra itibariyle öncelikli bir sözleşmesel ipotek hakkının bulunması ihtimali vardır. Bu durumda, yapı alacaklısı ipoteği derece itibariyle daha aşağıda kaldığından sıra itibariyle de geride kalmakta; yapı alacaklıları kendilerinden üstün derecelerdeki

⁴⁴⁰ Akın, s. 762; Reisoğlu, s. 146; Güleş, s. 183; Kurt, s. 236.

⁴⁴¹ Erel, s. 43; Şener, s. 115; Altay/Eskiocak, s. 200; Sirmen, s. 661.

alacaklılar tatmin edilmeden rehnin paraya çevrilmesinden faydalanamamaktadır. Kanun tarafından yapı alacaklısı ipoteğine sıra itibariyle bir öncelik tanınmış olmasa da bu durumun kabulü, TMK m. 1022 hükmünde yer alan genel kurala aykırıdır. Zira tescile tabi kanuni ipotekler ve sözleşmesel ipotekler arasındaki sıra, TMK m. 1022 hükmündeki genel kurala göre belirlenir. Dolayısıyla bir taşınmaz üzerinde yalnızca sözleşmesel ipotek haklarının bulunması halinde sabit dereceler sisteminin kurallarına riayet edilmeliyken tescile tabi kanuni ipoteklerle sözleşmesel ipotek haklarının taşınmaz üzerinde aynı anda bulunduğu hallerde, TMK m. 1022 hükmü uygulama alanı bulmalıdır. Böyle bir durumda, yapı alacaklısı ipoteği daha alt derecelerde yer alsa da, kendisinden tarih itibariyle daha sonra tescil edilen sözleşmesel ipoteklere karşı sıra bakımından önceliğe sahiptir⁴⁴².

Sonuç olarak, yapı alacaklısı ipoteği taşınmaz üzerinde her halükârda bir derece işgal ediyor olsa da sözleşmesel ipoteklerle arasındaki sıra, bu ipoteklerin tescil edildiği tarihe göre belirlenmelidir. Bu bakımdan yapı alacaklısı ipoteği tescil edildiğinde taşınmaz üzerinde hâlihazırda tescil edilmiş sözleşmesel ipotek hakları varsa yapı alacaklısı ipoteği, bu ipoteklerden sıra itibariyle sonra geldiğinden bu ipoteklerden daha düşük bir dereceye tescil edilmelidir. Öte yandan, üst derecede yer alan sözleşmesel

⁴⁴² *Güleş*, böyle bir durumda kanunun şu anda var olan hükümleri çerçevesinde kendisinden sonra tescil edilen ipotek birinci derecede de olsa yapı alacaklısı ipoteğine öncelik tanınması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre tarih itibariyle öncelik bunu gerektirmekle birlikte en uygun çözüm, kanunun yapı alacaklısı ipoteğinin sırasına yönelik bir düzenleme getirmesidir. Zira her hukuk sistemi çeşitli ipotek sıra düzenleri arasında sadece birini tercih ederken Türk kanun koyucusunun iki düzeni birden uygulamaya çalışması karmaşaya neden olmaktadır. Bkz. *Güleş*, s. 183. Ayrıca öğretide böyle bir durumda malik ile yapı alacaklısının boş dereceye ilerleme sözleşmesi yapabilmesi ve böylece yapı alacaklılarının boşalan derecelere ilerleyebilmesinin sağlanabileceği ifade edilmiştir. Öte yandan boş dereceye ilerleme sözleşmesinden hangi yapı alacaklılarının yararlanabileceği tartışma konusu olmuştur. *Reisoğlu*'na göre sözleşmenin nispiği ilkesi uyarınca boş dereceye ilerleme sözleşmesinden yalnızca bu sözleşmenin tarafı olan yapı alacaklısı yararlanır ve onun derecesi boş kalır. *Simond* ise TMK m. 896'da yer alan yapı alacaklıları arasındaki eşitlik prensibi uyarınca boş dereceye ilerleme sözleşmesinden sözleşmenin tarafı olmasalar dahi tüm yapı alacaklılarının yararlanabileceğini ifade etmiştir. *Güleş* ise sözleşmenin nispiği ilkesi uyarınca sözleşmeden yalnızca sözleşmenin tarafı olan yapı alacaklısının yararlanacağını ifade etmekle birlikte diğer yapı alacaklılarının da bu imkândan dolaylı olarak yararlandığını belirtmiştir. Yazara göre birden fazla yapı alacaklısı farklı sırada yer alsa da her birine düşen bedel TMK m. 896 uyarınca kendi aralarında eşit olarak paylaştırılmaktadır. Dolayısıyla boşalan dereceye ilerleyen alacaklıya düşen bedelden diğer alacaklılar da istifade etmektedir. Şayet ilerleyen alacaklı eski derecesinde kalsa idi payına, yeni geldiği derecedeki kadar bedel düşmeyebilirdi. Bu sebeple herhangi bir yapı alacaklısının boş dereceye ilerleme sözleşmesi dolayısıyla sahip olduğu hak, diğer yapı alacaklılarının da menfaatine bir haktır. Bkz. *Reisoğlu*, s. 145 vd.; *Simond*, s. 179; *Güleş*, s. 184.

İpotek haklarının herhangi bir sebeple taşınmazın paraya çevrilmesinden önce terkin edilmesi halinde ise, yapı alacaklısı ipoteği TMK m. 1022 hükmü uyarınca sıranın tescil tarihine göre belirlenmesi gerektiğinden üst derecelere tescil olunsalar dahi tescil tarihi itibarıyla kendisinden sonra gelen sözleşmesel ipotek haklarından sıra itibarıyla önce gelir. Aksinin kabulü, kötünietli bir şekilde boşalan üst derecelerin yeni sözleşmesel ipotek haklarıyla doldurularak yapı alacaklılarının alacaklarını almalarına engel olmak maksadıyla kullanılabilceğı anlamına gelir. Yani yapı alacaklısı ipoteğinin varlığı halinde sabit dereceler sisteminin tam anlamıyla uygulanabildiğı söylenemez. Bu sebeplerle, kanaatimize göre tescile tabi kanuni ipotekler ve sözleşmesel ipotekler bakımından iki farklı sistemi kabul eden kanun koyucunun aynı tescile tabi olmayan kanuni ipoteklere ilişkin hükümlerde yer verdiğı gibi (TMK m. 865, m. 867, m. 875 ve m. 876) tescile tabi kanuni ipoteklerin de sırasına yönelik bir kanuni düzenleme getirmesi yerinde olur.

3. Aynı Taşınmaz Üzerinde Bulunan Birden Fazla Yapı Alacaklısı İpoteğinin Birbiri Arasındaki Sıra Düzeni

Aynı taşınmaz üzerinde birden fazla yapı alacaklısı ipoteği bulunması halinde bunlar arasındaki sıra, TMK m. 896 hükmüne göre tespit olunur. Bu haklar arasındaki sırayı düzenleyen TMK m. 896 hükmüne göre: “*Hakları değişik tarihlerde tescil edilmiş olsa bile zanaatkârlar ve yükleniciler, kanuni ipotekten yararlanma bakımından kendi aralarında aynı sırada sayılırlar*”. Bu düzenleme ile, aynı taşınmaz üzerinde birden çok yapı alacaklısının ipotek hakkı varsa, bunların kendi aralarında sıra bakımından bir öncelik-sonralık ilişkisi içinde bulunmayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla yapı alacaklıları ipotek haklarını farklı tarihlerde tescil ettirmiş olsa bile ipotekten yararlanma açısından aynı sırada sayılırlar⁴⁴³.

⁴⁴³ Güleş, s. 184; Yenice-Ceylan, s. 190; Helvacı, s. 381; Uyumaz, s. 247.

Kanun koyucu tarafından getirilen bu düzenleme, yapı alacaklılarını korumak maksadıyla örtüşmektedir. Zira yapı faaliyetinin yürütüldüğü taşınmazdaki değer artışı, yapı alacaklılarının tümünün ortak faaliyeti neticesinde gerçekleşmiştir. Taşınmazda bir değer artışı meydana gelmemiş olsa bile yapı faaliyetine her bir yapı alacaklısı emek veya emek ile birlikte malzeme sarf etmiştir. Öte yandan, bir yapı alacaklısının yürütmüş olduğu yapı faaliyeti, doğası gereği bir diğer yapı faaliyetinden sonra yapılmış olabilir. Örneğin, bir binanın temel inşaatı bitmeden tesisatının yapılması da mümkün değildir. Dolayısıyla temel inşaatı sebebiyle alacaklı olan yapı alacaklısı ile tesisat işlerini yürüten yapı alacaklısının bu işleri yüklenme ve yürütme sırası da haliyle farklıdır. Dolayısıyla hem yapı faaliyetinin kolektif bir çalışma ürünü olması hem de bazı yapı alacaklılarının hayatın olağan akışına göre işi daha geç almak ve bitirmek zorunda olması, yapı alacaklılarının sahip olduğu ipotek haklarının birbiri arasında eşit sırada kabul edilmesi yönünde makul bir gerekçedir⁴⁴⁴.

Önemle belirtmek gerekir ki, yapı alacaklılarının sahip oldukları kanuni ipotek haklarının birbiri ile eşit sırada olmasına yönelik kural, her zaman uygulanabilen, mutlak bir kural değildir. Bu kural, ancak yapı alacaklılarının alacaklarını tam olarak alamamaları, yani yapı alacaklılarının TMK m. 897 hükmünde öngörülen öncelik hakkını kullanabilmeleri halinde uygulama alanı bulur⁴⁴⁵. Bu hak uyarınca taşınmazın paraya çevrilmesi akabinde taşınmaz üzerinde ipotek hakkını haiz yapı alacaklılarından biri dahi alacağını tam olarak alamazsa, diğer yapı alacaklıları ile eşit sırada olduğu kabul edilir ve paraya çevrilen miktarın yapı alacaklılarına paylaştırılması da bu eşitlik prensibine göre yapılır. Yapı alacağının karşılanıp karşılanmadığına ilişkin tespit, bu alacakların tapu kütüğünde tescil edildikleri miktara göre yapılır. Yani bir yapı alacağının karşılanamadığına yönelik belirleme yapılırken alacağın tapuya tescil edilen miktarı esas alınır. Örneğin, yapı alacaklısının toplam 150.000 TL alacağı olduğu fakat

⁴⁴⁴ **Simond**, s. 179-180; **Wieland**, C. II, s. 70; **Güleş**, s. 184; **Reisoğlu**, s. 148; **Duman**, s. 197; **Bıçakçı**, s. 561; **Davran**, s. 64; **Erel**, s. 73; **Helvacı**, s. 381-382

⁴⁴⁵ **Reisoğlu**, s. 148; **Kurt**, s. 236; **Erel**, s. 73; **Helvacı**, s. 382; **Güleş**, s. 185;

bunun yalnızca 100.000 TL'sinin tescil edilmiş olduğu varsayımında, 100.000 TL'nin paraya çevirme bedelinden karşılanmış olması yeterlidir, 50.000 TL açık kalmış olması, TMK m. 896 hükmü uyarınca eşit sıraya sahip olunmasını gerektirmez⁴⁴⁶. Aynı şekilde, bedelde eşit hakka sahip olma kuralının kapsamına, diğer yapı ipoteklerine nazaran ön sırada yer alıp da alacağı ödenen kimsenin aldığı bu ifa bedeli de girmez⁴⁴⁷.

Yapı alacaklılarının aynı sırada kabul edilmesi, taşınmazın paraya çevrilmesi bedelinden aynı miktarı alacakları anlamına gelmez. Burada kastedilen, tüm yapı alacaklılarının elde etmesi gereken miktar ile elde edilen miktar arasındaki oran ne ise alacaklıların da o oranda tatmin edilmesidir⁴⁴⁸. Kanaatimize göre, TMK m. 896 hükmünün getiriliş amacının gerektirdiği yöntem de budur. Örneğin, taşınmaz üzerinde haklarını tescil ettirmiş yapı alacaklılarının sahip olduğu toplam ipotek miktarının 600.000 TL; fakat taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda yapı alacaklılarına düşen miktarın yalnızca 300.000 TL olduğu varsayımında her bir yapı alacaklısı, TMK m. 896 hükmü uyarınca hangi sırada olduklarına veya alacak miktarlarına bakılmaksızın alması gereken miktarın yarısını alır. Öğretide yer alan ve taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda ortaya çıkan miktarın yapı alacaklılarına alacakları oranında dağıtılması gerektiğine yönelik görüşe ise katılmıyoruz⁴⁴⁹. Bu görüşü savunan yazarlar, yapı alacaklılarının alacak miktarlarının birbirlerine göre oranlanması ve yapı alacaklılarına ödenecek toplam bedelin bu orana göre dağıtılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, örneğin taşınmaz üzerinde tescil edilmiş 200.000 TL, 100.000 TL ve 50.000 TL tutarında üç farklı yapı alacağı olduğu varsayımında, taşınmazın paraya çevrilmesi neticesinde arta kalan miktarın paylaşılması, bu üç alacağın birbirine olan oranı nispetinde yapılır. Yani arta kalan miktardan en büyük payı

⁴⁴⁶ Böyle bir durumda yapı alacaklısının TMK m. 896 anlamında alacağını elde etmiş sayılacağına yönelik bkz. **Güleş**, s. 186.

⁴⁴⁷ **Güleş**, s. 186; **Akın**, s. 761.

⁴⁴⁸ Aynı görüşte bkz. **Reisoğlu**, s. 149-150; **Güleş**, s. 185.

⁴⁴⁹ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **Wieland**, C. II, s. 687; **Kurt**, s. 236; **Bıçakçı**, s. 561; **Köprülü/Kaneti**, s. 232; **Davran**, s. 64.

200.000 TL'nin alacaklısı; bunun yarısını 100.000 TL'nin alacaklısı ve bunun da yarısını 50.000 TL'nin alacaklısı alır. Bu durum, alacağı az olan alacaklıların sırf bu nedenden dolayı zarar görmesine yol açacağından TMK m. 896 hükmünde kabul edilen eşitlik prensibini ihlal eder nitelikte bir görüştür⁴⁵⁰.

Yapı alacaklarından bazılarının henüz muaccel olmaması, bu alacaklıların eşitlik prensibinden yararlanmalarına engel değildir⁴⁵¹. Zira yapı alacaklarının bazılarının henüz muaccel olmadığından bahisle paylaşımından varestede tutulmaları, kanunun eşitlik prensibini getirmekteki amacıyla çelişir. Eşitlik prensibinden yararlanmak için hakkın tapuya kesin olarak tescil edilmesi yeterlidir. Taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen miktarın ipotekle güvence altına alınmış yapı alacakların tamamını karşılamaması halinde, yapı alacaklarının muaccel olup olmadığına bakmaksızın eşitlik prensibinden yararlandırılarak yapı alacaklılarına düşecek bedellerin buna göre hesaplanması gerekir⁴⁵².

Taşınmaz malikinin yapı alacaklılarına kanuni ipotek haklarının yanı sıra sözleşmesel bir ipotek hakkı tanınması da engellenmiş değildir. Malik, yapı alacaklılarıyla anlaşarak onlar lehine sözleşmesel ipotek hakkı da tanıyabilir. Bu durumda yapı alacaklıları taşınmazdaki rehin derecelerine göre bir sıraya yerleşir. Lehine sözleşmesel ipotek hakkı tanınan yapı alacaklısı, kanuni ipotek hakkını kullanmadığından tapu sicili üzerinde yapı alacaklısı ipoteği tescil ettirmez. Hal böyle olunca, yapı alacaklıları arasındaki sıra yönünden eşitlik prensibinin nasıl uygulanacağı sorunu gündeme gelir. Keza TMK m. 896 hükmü, eşitlik kuralını yalnızca kanuni ipotekten yararlanma bakımından öngörmüştür.

Öğretide yer alan bir görüşe göre yapı alacaklısı, hem sözleşmesel ipoteğin hem de kanuni ipoteğin getirdiği imkânlardan faydalanabileceği gibi kendisine karşı da her

⁴⁵⁰ Aynı görüşte **Güleş**, s. 185.

⁴⁵¹ **Güleş**, s. 185; **Reisoğlu**, s. 162.

⁴⁵² **Simond**, s. 188-190; **Scheidegger**, s. 41; **Reisoğlu**, s. 162.

iki kurumun gerektirdiği yükümlülükler yüklenmelidir⁴⁵³. Bu görüşü savunan yazarlar, yapı alacaklısının taşınmazın yapı inşa edilmeden önce sahip olduğu bedel bakımından tam bir hakka sahip olduğunu; buna karşılık değer artışı olarak meydana gelen bedel bakımından kanuni ipotek hakkının tesciline yönelik şartları sağlamak koşuluyla TMK m. 896 hükmünde yer alan sıra yönünden eşitlikten faydalanabileceğini ifade etmektedir⁴⁵⁴. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Zira sözleşmesel ipotek hakkına sahip yapı alacaklısının hukuki durumunu yalnızca sözleşmesel ipotek hakkını haiz bir alacaklı olarak değerlendirmek isabetli değildir. Nitekim taşınmaz üzerindeki diğer yapı alacaklıları, bu yapı alacaklısının hakkına TMK m. 896 ve 897 hükümleri uyarınca eşitlik ilkesi gereğince iştirak etmek istediğinde, lehine sözleşmesel ipotek hakkı tanınan alacaklının salt bu sıfatının gözetilerek bu iştirake izin verilmemesi, kanunun amacına aykırıdır.

Mesela, aynı taşınmaz üzerinde birinci derecede sözleşmesel ipotek hakkına sahip bir yapı alacaklısı, ikinci derecede yine sözleşmesel ipotek hakkına sahip bir adi alacaklı, üçüncü ve dördüncü derecelerde de kanuni ipotek haklarını kullanan yapı alacaklıları yer almış ve bu yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakları, birinci ve ikinci derecedeki ipotek haklarından sonra tescil edilmiştir. Böyle bir örnekte, yapı alacaklısının hukuki durumu salt sözleşmesel bir ipotek hakkı gibi yorumlanırsa, taşınmaz paraya çevrildiğinde, aslında yapı alacaklısı olan ve fakat birinci derecede sözleşmesel ipotek hakkına sahip olan alacaklı, alacağını öncelikli olarak alacaktır. Akabinde ikinci derecedeki sözleşmesel ipotek hakkı sahibi alacaklı tatmin edilecek, eğer bunlardan arta kalan bir miktar olursa üçüncü ve dördüncü derecedeki yapı alacaklılarına ödeme yapılacaktır. Hâlbuki TMK m. 896 hükmüne göre yapı alacaklılarının hakları değişik tarihlerde tescil edilmiş olsa da alacaklılar kendi aralarında sıra olarak eşit kabul edileceklerine göre, üçüncü ve dördüncü sırada bulunan

⁴⁵³ Reisoğlu, s. 158; Akın, s. 762.

⁴⁵⁴ Akın, s. 762; Reisoğlu, s. 158.

yapı alacaklılarının değer artışının talep edilebilmesi bakımından birinci derecede yer alan yapı alacaklısının derecesinden faydalanmaları gerekir. Oysaki verdiğimiz örnekte, birinci derecede yer alan yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkını tescil ettirmediğinden bahisle yalnızca sözleşmesel ipotek hakkına sahip olduğu kabul edildiğinde, üçüncü ve dördüncü derecedeki yapı alacaklıları mağdur edilmekte, birinci derecedeki yapı alacaklısının hakkından faydalanamamaktadırlar. Bu durum, taşınmaz malikinin bir yapı alacaklısı için kasten birinci derecede ve büyük bir miktarda sözleşmesel ipotek tesis etmesi halinde diğer yapı alacaklılarını alacaklarından mahrum etme riski de taşıdığından önemli bir sakınca doğurmaktadır⁴⁵⁵. Dolayısıyla yapı alacaklılarının kanuni ipotek haklarını tescil ettirebilme şartlarını taşıdığına tespit edilmesi halinde, yapı alacaklısı adına kurulan ipotek sözleşmesel bir ipotek olsa da, diğer yapı alacaklılarının bu kurulan sözleşmesel ipotek kanuni bir ipotekmiş gibi TMK m. 896 ve 897 hükümlerine dayanarak eşitlik hakkından yararlanabileceklerinin kabulü gerekir⁴⁵⁶.

B. YAPI ALACAKLILARININ ÖNCELİK HAKKI

1. Öncelik Hakkının Kullanılmasının Koşulları

a. Genel Olarak

Yapı alacaklısı ipoteğinin üzerinde kurulduğu taşınmazda kurulan sözleşmesel ipotek hakları karşısında sıra bakımından herhangi bir önceliği bulunmamaktadır. Taşınmazın paraya çevrilmesi akabinde ipotekli alacaklılara dağıtılacak olan miktar, TMK m. 1022 hükmü uyarınca tescil tarihine göre belirlenir. Dolayısıyla yapı alacaklısı ipoteğinin sözleşmesel ipoteklerle olan sırası tespit edilirken dikkat edilmesi gereken husus, bu ipoteklerin tescil tarihidir. Buna göre, hakkı tarih itibariyle daha önce tescil edilen ipotekli alacaklı, öncelikli olarak tatmin edilir, akabinde arta kalan bir miktar olursa diğer alacaklılarının tatmini yoluna gidilir.

⁴⁵⁵ Güleş, s. 187; Reisoğlu, s. 158; Akın, s. 762.

⁴⁵⁶ Akın, s. 762; Güleş, s. 187; Reisoğlu, s. 158.

Yapı alacaklısı ipoteğinin sıra olarak bir önceliğe sahip olmaması, yapı alacaklılarının mağdur edilmesi sonucunu doğurabilir. Örneğin, yapı faaliyetinin inşaat kredisi ile yürütüldüğü bir durumda taşınmaz üzerinde kredi verenler lehine bir ipotek hakkı tesis edilir. Bu ipotek hakkı haliyle, yapı alacağının henüz doğmadığı ve yapı faaliyetlerine başlanmadığı bir tarihte tescil edilmiş olur. Dolayısıyla kredi alacaklıları, hakları yapı alacaklısı ipoteğinden daha önce tescil edildiğinden sıra itibariyle öncelikli konuma gelir. Yapı alacaklıları haklarını daha sonradan ipotek ettirseler dahi taşınmazın paraya çevrilmesi halinde elde edilen miktar, öncelikli olarak kredi alacaklısına ödenir. Öte yandan malik, yapı alacaklılarının alacaklarına ipotek yoluyla ulaşmasına engel olmak amacıyla taşınmaz üzerinde yapı alacağı henüz doğmadan yüksek miktarlarda muvazaalı sözleşmesel ipotek hakları da tesis edebilir.

Tüm bu durumlarda yapı alacaklısı, taşınmazın değerinin artmasını sağlayan yapı faaliyetini yapmış olmasına rağmen bu değer artışından faydalanamaz ve mağdur olur. Bu riski bertaraf etmek isteyen kanun koyucu, TMK m. 897 hükmünde yapı alacaklılarına bir öncelik hakkı tanımıştır. Hükmüne göre, taşınmazın paraya çevrilmesi sonucu elde edilen miktar, yapı alacaklarının tamamını karşılamadığı takdirde bakiye yapı alacağı, ipotek hakkına sahip önceki sıralardaki alacaklıların payına düşen satış bedelinden arsa değeri çıkarıldıktan sonra kalan miktardan karşılanır. Görülüyor ki kanun koyucu, yürüttükleri yapı faaliyeti sayesinde taşınmazın daha yüksek bir miktara satılmasını sağlayan yapı alacaklılarını diğer ipotekli alacaklılara karşı korumuş, belli şartlarla yapı alacaklarının tam olarak karşılanamaması halinde kalan miktarın diğer ipotekli alacaklılara ödenen miktardan karşılanacağını öngörmüştür. İşte TMK m. 897 hükmü ile getirilen bu duruma, yapı alacaklısı ipoteğinin önceliği adı verilir. Hüküm ile taşınmazda meydana gelen değer artışının öncelikli olarak yapı alacaklılarına özgülenmesi imkânı getirilmiştir.

Yapı alacaklılarının öncelik hakkı, mutlak bir hak olmayıp bu hakkın kullanılması TMK m. 897 hükmünde bazı şartların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Öncelik hakkının kullanılabilmesi için ilk olarak, taşınmazın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesinden sonra elde edilen miktarın önceki sıralardaki ipotekli alacaklar sebebiyle yapı alacaklarını karşılamıyor olması gerekir. Bu şart, öğretide objektif şart olarak adlandırılmaktadır⁴⁵⁷. Ancak yapı alacaklarının önceki sıralardaki ipotekli alacaklar sebebiyle karşılanamıyor olması, öncelik hakkının kullanılabilmesi için tek başına yeterli değildir. Hakkın kullanılabilmesi için bir de bu durumun önceki sıralardaki ipotekli alacaklılar tarafından bilinmesi veya bilinebilir olması gereklidir. Yani önceki sıralardaki ipotekli alacaklılar, sahip oldukları ipotek haklarının sıra bakımından önce olmasının yapı alacaklılarını zarara uğratabileceğini biliyor veya bilebiliyor durumda olmalıdır. Bu şarta da öğretide, öncelik hakkının kullanılabilmesi için gereken sübjektif şart denilmektedir⁴⁵⁸. Her iki şartın birlikte gerçekleşmesi halinde yapı alacaklıları, TMK m. 897 hükmünde kendilerine tanınan öncelik hakkını kullanarak alacaklarının ödenmesini isteyebilirler.

b. Objektif Şartlar

aa. Yapı Alacaklısı İpoteğinin Tescil Edilmiş Olması

Yapı alacaklılarının sahip oldukları öncelik hakkından faydalanabilmeleri için kanuni ipotek haklarının tapu kütüğüne tescil edilmiş olması gerekir⁴⁵⁹. Nitekim yapı alacaklısı ipoteği, TMK m. 893 hükmü uyarınca tescile tabi bir ipotek hakkıdır. İpoteğin tescil edilmemiş olması, yapı alacaklısı ipoteğine sahip olmanın getirdiği öncelik hakkının kullanılmasını engeller. Zira öncelik hakkı, tescil edilmiş yapı alacaklısı ipoteğini güçlendiren ve ona sözleşmesel ipotek hakları karşısında güç kazandıran bir

⁴⁵⁷ Reisoğlu, s. 178; Güleş, s. 196; Yenice-Ceylan, s. 206; Oral, s. 698; Akcan, s. 102; Çabri, s. 391; İslamoğlu, s. 82; İnce-Akman, s. 1157; Uyumaz, s. 249; Helvacı, s. 384; Bıçakçı, s. 563; Sümer, s. 611; Kaşak, s. 183; Akın, s. 764; Kurt, s. 238; Çetiner, s. 259.

⁴⁵⁸ Reisoğlu, s. 180; Güleş, s. 198; Yenice-Ceylan, s. 211; Kalın, s. 59; Helvacı, s. 384; Köprülü/Kaneti, s. 234; Bıçakçı, s. 564; Uyumaz, s. 250; Akın, s. 765; Davran, s. 64.

⁴⁵⁹ Oral, s. 698; Çabri, s. 381; Uyumaz, s. 249; Reisoğlu, s. 165; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1134.

haktır⁴⁶⁰. Tescil, kesin tescil olmalıdır⁴⁶¹. Geçici tescil şerhinin verilmiş olması, öncelik hakkının kazanılmasını sağlamaz. Nitekim geçici tescil şerhi, ipotek hakkının taşınmazın temlik halinde yeni malikine karşı ileri sürülebilmesini sağlayıp taşınmazın paraya çevrilmesi halinde öncelik hakkının ileri sürülmesi bakımından herhangi bir fonksiyonu yoktur.

Öncelik hakkı, yapı alacaklılarının taşınmazın paraya çevrilmesi akabinde sözleşmesel ipotek hakkı sahiplerine karşı ileri sürebileceği bir haktır. Bu hakkın ileri sürülebilmesi için, yapı alacaklısı ipoteğinin taşınmaz üzerinde tescil edilmiş olması zorunludur. Çünkü taşınmazın paraya çevrilmesi akabinde satış bedelinin paylaşılması, taşınmaz üzerinde hakları kesin olarak tescil edilmiş olan ipotekli alacaklılar arasında yapılır. İpotekli alacaklılar arasında bulunmayan bir alacaklının kural olarak bu paylaştırmaya müdahale edebilme yetkisi de yoktur. Dolayısıyla yapı alacaklılarının kanuni ipotek haklarından kaynaklanan öncelik haklarını kullanabilmeleri için bu ipotek haklarının kesin olarak tescili gerekir.

bb. Yapı Faaliyetinin Taşınmazda Değer Artışına Yol Açması

Yapı alacaklısı ipoteğinden kaynaklanan öncelik hakkı, taşınmaz üzerindeki değer artışından kaynaklanan alacağın öncelikli olarak yapı alacaklılarına tahsisini amaçlar. Öncelik hakkının konusu, yapı alacaklılarının öncelik haklarını hangi miktar ya da değere yönelik olarak kullanabileceklerini belirleyen bu değer artışıdır. Yapı alacaklılarının TMK m. 897 hükmü uyarınca sahip olduğu hak, yürüttükleri yapı faaliyeti sebebiyle taşınmazda meydana getirdikleri değer artışından öncelikli olarak kendilerinin faydalanması gerektiği düşüncesine dayanır. Zira kanun koyucunun yapı alacaklısı ipoteği düzenlemelerini getirmekteki temel gayesi emek unsurunu korumak olduğundan, emek harcayarak taşınmazda bir değer artışı meydana getiren yapı alacaklılarının da bu öncelik hakkı ile korunması amaçlanmıştır. Dolayısıyla yapı

⁴⁶⁰ Reisoğlu, s. 166.

⁴⁶¹ Reisoğlu, s. 166.

alacaklısı ipoteğinden doğan öncelik hakkının kullanılması için gereken temel şart, taşınmazda bir değer artışı meydana gelmiş olmasıdır. Yani yapı alacaklılarının sahip olduğu öncelik hakkının konusu, bu değer artışıdır.

Değer artışı, taşınmazın yapı faaliyetleri yürütülmeden önceki değeri ile yapı faaliyeti yürütüldükten sonra sahip olduğu değer arasındaki farktır⁴⁶². Hesaplama, arazinin üzerindeki yapıyla birlikte sahip olduğu değerden yapısız değerinin çıkarılması suretiyle yapılır. Örneğin, taşınmazın yapı faaliyetlerine girilmeden önceki değeri bir milyon TL, yapı faaliyeti tamamlandıktan sonraki değeri altı milyon TL ise, aradaki beş milyon TL tutarındaki fark, değer artışıdır. Yapı alacaklıları bu beş milyon TL tutarındaki fark üzerinde bir öncelik hakkına sahiptir.

Yapı faaliyeti sebebiyle meydana gelen değer artışından anlaşılması gereken, yapı alacaklıları tarafından yürütülen işler sayesinde çalışanların emeği sonucunda taşınmazın kıymet kazanmasıdır⁴⁶³. Yapı faaliyeti dışında bir sebeple taşınmazın değerinin artması, yapı alacaklılarının öncelik hakkını kullanmalarını sağlamaz⁴⁶⁴. Örneğin yapı faaliyeti yürütülen taşınmazın yanına hastane, okul, karakol gibi kamu binaları veya alışveriş merkezi gibi ticari işletmeler açılması dolayısıyla ya da imar kuralları ile alakalı değişiklikler sebebiyle bu taşınmazın değerinin artması, yürütülen yapı faaliyeti ile bağlantılı olmadığından öncelik hakkının kullanılmasına dayanak oluşturamaz. Yani öncelik hakkının kullanılabilmesi için gereken değer artışı, mutlaka yapı alacaklılarının emeğine hasredilebilen bir sebebe dayanıyor olmalıdır. Aynı nedenle, taşınmaz malikinin bizzat yapıda çalışarak bir değer artışına sebep olması halinde de öncelik hakkı, malikin payına düşen miktarın değer artışından çıkarılması sonucunda elde edilen miktar üzerinde kullanılabilir⁴⁶⁵. Yapı alacaklısı ipoteğine konu

⁴⁶² Bıçakçı, s. 562; Kaşak, s. 189; Sümer, s. 612; İnce-Akman, s. 1157; Yenice-Ceylan, s. 203.

⁴⁶³ Güleş, s. 198.

⁴⁶⁴ Reisoğlu, s. 180; Yenice-Ceylan, s. 209; Kaşak, s. 190; Akın, s. 764; Güleş, s. 198; Davran, s. 68; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1129; Akcan, s. 101; Davran, s. 66.

⁴⁶⁵ Yenice-Ceylan, s. 209.

olan işin taşınmazın değerini düşürmüş olması halinde ise işe başlanıldığı andaki değer dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁶⁶.

Bu bağlamda, taşınmazda bir değer artışı meydana gelmesinin yapı alacaklısı sıfatı ve öncelik hakkının kullanılması üzerindeki etkisi üzerinde durmakta da yarar vardır. Yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilebilmesi için yapı faaliyetinin taşınmazda bir değer artışı meydana getirmesi şart değildir. Nitekim İsviçre kanun koyucusu, İMK m. 837 metninde yaptığı değişikliklerle taşınmaz üzerinde yapılan yıkım işleri, iskele kurulması, inşaat temelinin kazılması ve benzeri işleri de yapı faaliyeti olarak saymış, bu faaliyetler sebebiyle alacaklı olanların da yapı alacaklısı olabileceğini hüküm altına almıştır. Böylelikle İsviçre öğretisinde yapı alacaklısı sıfatının tespitinde, taşınmazda bir değer artışı yaratmanın gerekli olmadığı, önemli olanın emek veya emekle birlikte malzemenin yapıda dolaylı da olsa etkili olması ve yapı faaliyetiyle sıkı bir bağ içinde bulunmasının yeterliliği fikri ortaya atılmıştır. Biz de bu görüşe katıldığımızdan, yapı alacaklısı ipoteği hakkına sahip olabilmek için yapıda bir değer artışı meydana getirmenin gerekli olmadığı kanaatindeyiz.

Öte yandan TMK m. 897 hükmünde yapı alacaklılarının öncelik hakkının konusu, taşınmazda meydana gelen değer artış miktarı olarak belirlenmiştir. Ortaya, bir alacağın yapı alacağı olarak kabul edilmesine rağmen bu alacağı doğuran yapı faaliyetinin taşınmazda bir değer artışı yaratmaması halinde TMK m. 897 hükmündeki öncelik hakkından faydalanıp faydalanamayacağı sorunu çıkmaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki, yapı alacaklısı sıfatını haiz olmakla öncelik hakkına sahip olmak, aynı anlama gelmez. Yapı alacaklısı olabilmek için bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde bağımsız olarak malzeme vererek veya vermeden emek sarf etmek ve bu emeğin yapı faaliyetiyle sıkı bir bağ içinde bulunması yeterlidir. Öncelik hakkı, yapı alacaklılarına mahsus bir hak olmakla birlikte bu hakkın kullanılmasına yönelik şartlar

⁴⁶⁶ Oral, s. 699; Yenice-Ceylan, s. 209.

ise TMK m. 897 hükmünde belirlenmiştir. Dolayısıyla bir yapı alacaklısının ipotek hakkını tescil ettirmesine rağmen TMK m. 897 hükmünde belirtilen şartlar gerçekleşmez ise öncelik hakkını kullanabilmesine imkân yoktur. Öncelik hakkının konusu taşınmazda meydana gelen değer artışı olduğundan taşınmazda herhangi bir değer artışı meydana gelmemiş olması, öncelik hakkının da kullanılamayacağı anlamına gelir. Ancak yapı alacaklılarının bu hakkı kullanamıyor oluşu, bu alacaklıların yapı alacaklısı sıfatına hanel getirmez. Bu bakımdan, öncelik hakkına sahip olmayan bir yapı alacaklısının bu sıfatı taşımasının kendisine ne gibi bir katkı sağlayacağı ya da öncelik hakkı olmaz ise yapı alacaklısı ipoteği kurumunun var olma anlamını yitirebileceği düşünülebilir. Bu noktada unutulmamalıdır ki yapı alacaklıları, öncelik hakkını kullanamaları dahi kanuni ipotek hakkına sahip kişiler olarak kanunun kendilerine tanıdığı yetki ile alacaklarını aynı bir teminatla güvence altına alma hakkına sahiptir. Dolayısıyla yapı faaliyetinin yürütüldüğü taşınmaz üzerinde sözleşmesel bir ipotek hakkı bulunmasa dahi yapı alacaklıları kanuni ipotek haklarının tescilini sağlayarak aynı güvenceye kavuşur ve ipotekli alacaklı olmanın getirdiği yararlarından faydalanabilir. Hatta sözleşmesel ipotek hakları tarih olarak yapı alacaklısı ipoteğinden sonra tescil edilmiş iseler yapı alacaklıları alacaklarını zaten bu alacaklılardan önce alırlar. Öncelik hakkı ise yapı alacaklısı ipoteğinin sözleşmesel ipotek haklarıyla çatışması halinde gündeme gelen bir hak olup yapı alacaklısı sıfatıyla ilgili değildir. Kanun koyucu TMK m. 897 hükmü ile, kanunda yapı alacaklısı ipoteğine sıra bakımından bir öncelik tanınmamasından doğabilecek tehlikeyi bertaraf etmeyi amaçlamıştır. Burada da, taşınmaz üzerinde bir değer artışı meydana gelmesi halinde emeğin sözleşmesel ipotek hakları sebebiyle heba olmaması hedeflenmekle beraber koruma, sözleşmesel ipotek haklarına karşıdır.

Sonuç olarak, yapı alacaklısı sıfatına ve öncelik hakkına sahip olmak, birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gereken iki kavram olup taşınmazda bir

değer artışı meydana gelmese bile bir alacaklının yapı alacaklısı olabileceğinin kabulü gerekir. Öncelik hakkına sahip olunmaması, yapı alacaklısı sıfatına sahip olunmasını engellemez. Öncelik hakkının kullanılabilmesi için ise yapı alacaklısı sıfatına sahip olup bu sığata sahip olmaktan doğan kanuni ipoteğın tescil edilmiş olması ve yapı faaliyetinin taşınmazda bir değer artışı meydana getirmiş olması gerekir.

cc. Taşınmazdaki Değer Artışının Önceki Sıralardaki Rehinli Alacaklılara Tahsis Edilmiş Olması

Yapı alacaklılarının öncelik haklarını kullanabilmeleri için taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen miktarın yapı alacaklılarını karşılayamaması tek başına yeterli değildir. Nitekim öncelik hakkı, yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkını sözleşmesel rehin hakları karşısında korumak maksadıyla kabul edilmiş bir haktır. Taşınmaz üzerinde sözleşmesel bir rehin hakkı yoksa, taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda yapı alacaklılarının karşılanamamış olması, o yapı alacaklılarına da herhangi bir öncelik hakkı vermez. Bu sebeple, taşınmazın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi akabinde yapı alacaklılarının alacaklarının tam olarak ödenememesine, paraya çevrilen taşınmaz üzerinde bulunan ve yapı alacaklısı ipoteğinden önceki sıralarda yer alan rehin hakları sebep olmuş, yani taşınmazdaki değer artışı bu alacaklılara tahsis edilmiş olmalıdır⁴⁶⁷.

Öncelik hakkının kabul edilmesindeki gaye, yapı alacaklılarının emekleri sonucu yaratmış oldukları değer artışının öncelikli olarak kendilerine özgülenmesidir. Hüküm, bu artışta hiçbir katkısı olmamasına rağmen artışın yapı alacağından önceki sırada gelen alacaklılara tahsis edilmesini engellemeyi amaçlar. Örneğın bir taşınmaz, üzerinde yapı

⁴⁶⁷ Altay/Eskiocak, s. 293; Güleş, s. 196; Yenice-Ceylan, s. 207. Reisoğlu'na göre bu rehin hakları, arsa değerinin üzerinde bir miktara tekabül etmelidir. Yazara göre yapı alacaklılarının uğradığı zararın taşınmazın arsa değerinin üstünde rehin haklarıyla kısıtlanmasından kaynaklanması gerektiğine yönelik şart, TMK m. 897'de yer alan "...ipotek hakkı elde eden önceki sıradaki alacaklıların payına düşen satış bedelinden arsa değeri çıkarıldıktan sonra artan para ile karşılanır..." ifadesinden kaynaklanmaktadır. Yazara göre maddede yer alan "arsa değeri" tabiri isabetsiz olarak yalnızca yeni inşaatlar düşünülerek kullanılmıştır. Oysaki öncelik hakkının amacı yapı faaliyeti ile meydana gelen değer artışını yapı alacaklılarına tahsis etmek olduğuna göre mesela bir yapının tamirinden doğan yapı alacağında önceki sıralardaki alacaklılara düşen paydan yalnızca arsa değeri değil tamirattan önce de yer alan binaların değerini çıkarmak gerekir. Bkz. Reisoğlu, s. 179.

faaliyeti gerçekleştirilmeden önce 1.000.000 TL değerindedir. Bu taşınmaz üzerinde 3.000.000 TL tutarında ve birinci sırada sözleşmesel bir ipotek hakkı tescil edilmiştir. Yapı alacaklıları da 500.000 TL tutarında ikinci sırada kanuni ipotek haklarını tescil ettirmişlerdir. Taşınmaz üzerinde yürütülen yapı faaliyeti sonucunda ise taşınmazın değeri 2.000.000 TL'ye yükselmiştir. Taşınmaz, cebri icra yoluyla 2.000.000 TL'ye satılmış, elde edilen miktar birinci sıradaki ipotekli alacaklıya tahsis edilmiş ve bu sebeple yapı alacaklılarına hiçbir ödeme yapılamamıştır. İşte kanun koyucu, yapı alacaklılarının yaratmış olduğu 1.000.000 TL'lik artışın bu şekilde sözleşmesel rehin hakkı sahiplerine tahsis edilmesine engel olmak amacıyla bu artış üzerinde öncelik hakkını kabul ederek yapı alacaklılarını korumuştur. Bu durumda yapı alacaklıları, kendi emekleri sonucu meydana gelen 1.000.000 TL tutarındaki değer artışı üzerinde (diğer şartların da gerçekleşmesi halinde) öncelikli olarak alacaklı olur. Sözleşmesel ipotek hakkı sahibi, kendisinin birinci sırada olduğunu ileri sürerek öncelik hakkının kullanılmasına engel olamaz.

Öncelik hakkından bahsedilebilmesi için yapı faaliyeti gerçekleştirilen taşınmaz üzerindeki kısıtlamaların mutlaka bir rehin hakkı olması gerekli olup irtifak veya taşınmaz yükü tesisi şeklindeki kısıtlamalar TMK m. 897 kapsamına girmez⁴⁶⁸.

Sonuç olarak, yapı alacaklılarının öncelik hakkını kullanabilmesi için yapı üzerinde taşınmazın değerinin üstünde sözleşmesel ipotek haklarıyla kısıtlanmış olması ve bu sebeple paraya çevirme akabinde ödenecek değer artışının bu sözleşmesel ipotek hakkı sahiplerine tahsis edilmiş olması lazımdır.

dd. Yapı Alacaklılarının Zarara Uğramış Olması

Yapı alacaklılarının öncelik hakkını kullanması için TMK m. 897 hükmüne göre gereken bir diğer objektif şart, taşınmazın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen miktarın yapı alacaklılarını karşılamaya yetmemesi; yapı

⁴⁶⁸ Güleş, s. 197; Davran, s. 67.

alacaklılarının zarara uğramasıdır⁴⁶⁹. Yani taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda satış bedelinin yapı alacaklısı ipoteğinden önceki sıralarda gelen ipotekli alacaklılara tahsis edilmesi sonucunda yapı alacaklıları tam olarak tatmin edilemez ise, yapı alacaklıları zarara uğrayacağından öncelik hakkının bir diğer objektif şartı sağlanmış olur⁴⁷⁰.

Yapı alacaklılarının sözleşmesel ipotek hakkı sahipleri sebebiyle tatmin edilememiş olması, onların zarara uğradığı anlamına gelir⁴⁷¹. Böyle bir durumda yapı alacaklıları, taşınmaz yapı faaliyeti başlamadan önceki değerinden daha fazla bir miktar için ipotekle kısıtlandığı, yani önde gelen ipotekler taşınmazı aşırı yüklediğinden satış bedelinden alacağına tamamını alamadığından zarara uğramaktadır⁴⁷². Buradaki zarardan teknik anlamda bir zararın anlaşılması gerekir. Anlaşılması gereken, yapı alacaklısının alacağını elde edememesi nedeniyle ekonomik durumunun kötüleşmesi ya da iflas etmesi değil; yalnızca ipotekle güvence altına alınmış alacağının taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen miktardan karşılanamamasıdır⁴⁷³. Bu bakımdan, alacaklının zarara uğramış sayılması için hakkı olan ipotek miktarını tamamen veya kısmen alamamış olması yeterli olup ayrıca taşınmaz malikinin iflasını talep etmesi ya da malik hakkında takip başlatarak İİK m. 143 uyarınca borç ödemedenden aciz belgesi almış olması gerekmez⁴⁷⁴.

c. Sübjektif Şart

Yapı alacaklılarının öncelik hakkını kullanabilmesi için ifade edilen objektif şartların sağlanmış olması, tek başına yeterli değildir. Öncelik hakkının kullanılabilmesi için bir de TMK m. 897/I hükmüyle düzenlenen ve sübjektif şart olarak adlandırılan şartın gerçekleşmesi gerekir.

⁴⁶⁹ Helvacı, s. 384; Çetiner, s. 259; Kurt, s. 238; Güleş, s. 196; Duman, s. 198; Akın, s. 764.

⁴⁷⁰ Güleş, s. 196.

⁴⁷¹ Reisoğlu, s. 178; Çetiner, s. 259; Oral, s. 698-699; Kaşak, s. 183; Çabri, s. 391; Akcan, s. 102; Yenice-Ceylan, s. 206; Sümer, s. 611; Duman, s. 198; Helvacı, s. 384; Güleş, s. 196; Akın, s. 764; Kurt, s. 238; İnce-Akman, s. 1157; Bıçakçı, s. 563; İslamoğlu, s. 82.

⁴⁷² Yenice-Ceylan, s. 206-207.

⁴⁷³ Reisoğlu, s. 178; Güleş, s. 196; Yenice-Ceylan, s. 206; İnce-Akman, s. 1157.

⁴⁷⁴ Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın, s. 170; Güleş, s. 196; Akın, s. 764; Köprülü/Kaneti, s. 233; Yenice-Ceylan, s. 207; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1060.

Sübjektif şart, ön sıralarda yer alan rehinli alacaklılara yönelik getirilmiş bir şart olup onların iyiniyeti ile ilgilidir. Gerçekten de TMK m. 897/I hükmüne göre ön sıralarda yer alan rehinli alacaklılar, sahip oldukları rehin haklarının yapı alacaklılarının alacak haklarına zarar veriyor olduğunu bilebilecek durumda değillerse, yani iyiniyetlilerse, öncelik hakkı kendilerine karşı ileri sürülemez. Diğer bir deyişle, öncelik hakkının kullanılabilmesi için ön sırada yer alan rehinli alacaklıların rehnin kurulduğu sırada, kendi alacakları sebebiyle yapı alacaklılarının zarara uğrayacağını bilmesi veya gerekli özeni gösterebilirlerdi bilebilecek durumda olmaları, yani iyiniyetli olmamaları gerekir⁴⁷⁵. Eğer ön sırada yer alan rehinli alacaklılar yapı alacaklılarını zarara uğratabilecekleri biliyor veya bilmeleri kendilerinden bekleniyorsa, yani iyiniyetli değillerse, sübjektif şart gerçekleşmiştir.

Ön sırada gelen rehinli alacaklıların iyiniyeti tespit edilirken, rehin hakkı kurulduğunda bu alacaklıların taşınmaz üzerinde inşa edilecek yapıdan dolayı meydana gelecek olan değer artışının yapı alacaklılarından ziyade kendilerine tahsis edileceğini bilip bilmedikleri veya bilebilecek durumda olup olmadıkları dikkate alınır. Rehlinli alacaklının kendi rehin hakkının yapı alacaklısına zarar vereceğini biliyor olması, zarar verme kastıyla hareket ettiğini gösterir⁴⁷⁶. Böyle bir durumda, yapı alacaklısının rehinli alacaklıya karşı öncelik hakkını kullanma hakkını haiz olduğu açıktır. Rehlinli alacaklının TMK m. 897 hükmü anlamında zarar verebileceğini bilebilecek durumda olması ise, her bir somut olayın özellikleri değerlendirilerek tespit edilmelidir⁴⁷⁷. Rehlinli alacaklı, hal ve şartlara göre kendisinden beklenebilecek özeni göstermiş ve zararını görebilecek durumda ise sübjektif şart gerçekleşmiş demektir⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ Kalın, s. 59; Güleş, s. 198; Reisoğlu, s. 181; Yenice-Ceylan, s. 211; Helvacı, s. 384; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1062.

⁴⁷⁶ İnce-Akman, s. 1158; Yenice-Ceylan, s. 211.

⁴⁷⁷ Çabri, s. 392; Yenice-Ceylan, s. 212; İnce-Akman, s. 1158.

⁴⁷⁸ Uyumaz, s. 250; Oral, s. 699; Yenice-Ceylan, s. 212; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1134. Öğretide bazı yazarlar, malikin birinci dereceyi boş bırakarak yapı alacaklısı ipoteği tesis etmesi ve daha sonra boş derecede sözleşmesel bir ipotek hakkı tesis etmiş olması halinde kurulan rehin taşınmazın değeri üzerinde bir bedelle sınırlanmışsa sübjektif şartın gerçekleştiği ve yapı alacaklılarının zararına bir durum çıktığının bilinebilir olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Güleş, s. 200;

Örneğin, rehinli alacaklı lehine kurulan rehin bedeli, arazinin yapı faaliyetinden önceki bedelinden fazlaysa subjektif şartın karine olarak gerçekleştiği söylenebilir⁴⁷⁹. Zira böyle bir durumda, üzerinde rehin kurulan taşınmazda bir değer fazlası gerçekleşeceği taraflarca öngörülmekte, bu değer fazlasından öncelikli olarak yararlanma saiki rol oynamaktadır. Objektif şartların da varlığı halinde yapı alacaklısı, bu rehinli alacaklıya karşı öncelik hakkını kullanabilir. Önemle belirtmek gerekir ki bu durum, mutlak bir kabul değildir⁴⁸⁰. Taşınmazdaki değer artışının yalnızca yapı faaliyetleri sonucunda gerçekleşmeyeceği gözetildiğinde, arazinin yapı faaliyeti öncesindeki bedeli üzerinde bir miktarda rehin hakkına sahip olan herkesin yapı alacaklılarını zarara uğratabileceğini bilmesini beklemek, hayatın olağan akışına aykırıdır⁴⁸¹. Öte yandan, kurulan rehin hakkının miktarı, arazinin yapı faaliyetine

Akcan, s. 103; **Yenice-Ceylan**, s. 212; **Uyumaz**, s. 240; **İnce-Akman**, s. 1158. Biz bu örneğin çok isabetli olmadığı, zira yapı alacaklısı ipoteğinden kaynaklanan kanuni ipotek hakkına karşı önceki derecelerin boş bırakılmak istediğine yönelik savunma yapılamayacağını, öte yandan yapı alacaklısı ipoteğinden önce gelen derecelerdeki sözleşmesel ipotek haklarının herhangi bir sebeple terkin edilmesi akabinde o dereceye sonradan başka bir sözleşmesel ipotek hakkı tescil edilmesi halinde dahi TMK m. 1022 hükmü uyarınca o ipoteğin yapı alacaklısı ipoteğinden sıra olarak önce gelmeyeceği kanaatindeyiz.

⁴⁷⁹ **İnce-Akman**, s. 1158; **Çabri**, s. 389; **Güleş**, s. 199; **Yenice-Ceylan**, s. 211

⁴⁸⁰ *Reisoğlu'na* göre de yapı alacaklılarının zarara uğrayacağını bilmek, yapı faaliyetinden kaynaklanan değer artışının tamamen veya kısmen rehlin derecesi icabı kendilerine tahsis edilmesi zaruretinin doğması ihtimalini dikkate almak demektir. Yazara göre her rehin hakkı arazi değerini aşmasa dahi yapı alacaklılarının zarara uğramasına neden olabilir. Zira yapı alacağının arazinin fiili kıymetinin üzerinde olması doğaldır. Bkz. **Reisoğlu**, s. 182.

⁴⁸¹ *Wieland ve Simond'a* göre taşınmaz, kıymetinin üstünde rehin haklarıyla sınırlanmış olsa dahi rehlin tesisi sırasında yapı faaliyetinden başka bir sebeple arazinin değeri yükselirse artık bu rehinli alacaklılara karşı öncelik hakkı ileri sürülemez. Bkz. **Wieland**, C. II, s. 75; **Simond**, s. 213. *Reisoğlu* aksi görüştedir. Yazara göre, ön sıralardaki rehinli alacaklıların iyiniyetli olmaları halinde mutlak surette korunmaları öncelik hakkının getirilmesindeki gayeye aykırıdır. Yazar, ön sıradaki rehinli alacaklıların arazi değerinin üstünde bir rehin hakkına sahip olduklarını bilmeleri halinde değer artışı başka bir sebepten ortaya çıkmış olsa bile, bu değer artışının başka sebepten meydana geldiği ileri sürülerek yapı alacaklılarının öncelik hakkı engellenemeyeceği fikrindedir. Bkz. **Reisoğlu**, s.183. *Köprülü/Kaneti* de, rehinli alacaklıların yapı işinin sağlayacağı değer artışını hesap ederek rehin hakkını kurmaları halinde, bu değer artışının sebebinin önemli olmadığını savunmaktadır. Bkz. **Köprülü/Kaneti**, s. 234. Biz *Reisoğlu* ve *Köprülü/Kaneti'nin* görüşüne katılmıyoruz. Keza kanun koyucu emeği korumayı amaçladığından bu hükmü getirmekteki gayesi yalnızca yapı faaliyeti sebebiyle meydana gelen değer artışının yapı alacaklılarına tahsis edilmesidir. Bu tahsis yapılırken, ön sıradaki rehinli alacaklıların menfaati tümüyle yok sayılmamalıdır. Nitekim ön sıradaki rehinli alacaklılar arazi değerinin artacağını birçok sebebe göre tahmin ediyor ve bu sebeple arazi değeri üzerinde bir ipotek hakkına sahip olmayı kabul ediyor olabilir. Taşınmaz üzerinde herhangi bir yapı faaliyeti yapılmamış olsa dahi salt enflasyondan ötürü bile taşınmazın değerinin birkaç sene sonra artacağını öngörülmesi olağandır. Dolayısıyla burada mutlaka ön sıradaki rehinli alacaklıların, yapı faaliyeti yapılması sebebiyle arazide değer artışı meydana geleceğini biliyor veya bilebiliyor olması aranmalıdır. Öte yandan değer artışı, arazinin yapı faaliyetinden önceki değeri ile yapı faaliyeti tamamlandıktan sonraki değeri arasındaki farktır. Örneğin bir arazi üzerinde yapı faaliyetleri henüz başlamadan yapı alacaklısı ipoteği tescil edilmiş; arazinin değeri ise yapı faaliyetine bağlı olmadan herhangi bir sebeple artmış olsun. Taşınmaz da bu esnada paraya çevrilsin. Yapı faaliyeti başlamadan önce taşınmazın paraya çevrilmesi halinde yapı alacaklıları arazinin değerinin kendilerine

girişilmeden önceki bedelinden düşük olsa bile taraflar ileride yapı faaliyetinin gerçekleşeceğini bilerek hareket ediyorsa bu durumda da sübjektif şartın gerçekleştiğini kabul etmek gerekir⁴⁸².

Ön sıradaki rehinli alacaklıların iyiniyetli olmadığını ispat yükü, TMK m. 3 hükmü uyarınca yapı alacaklılarının üzerindedir⁴⁸³. Ayrıca yapı alacaklıları tarafından yapı faaliyetine başlandığı tapuya bildirilir ve bu husus beyanlar sütununa yazılırsa, TMK m. 897/III hükmü uyarınca, tescilin yapılabileceği sürenin sonuna kadar taşınmaz üzerinde ipotekten başka türde rehin tescil edilemez. Aynı şekilde TST m. 64'e göre de, talep olması halinde yapı alacaklılarının işe başlama tarihleri ve buna ilişkin belgeler, taşınmaz mala ait tapu sayfasının beyanlar sütununa tarih ve yevmiye numarası ile birlikte yazılır. Anılan düzenlemeler, taşınmaz üzerinde ipotek tescil edilmesini engellemiyorsa da bu hallerde, beyanlar hanesinde yer alan ifade, aleniyet ilkesi uyarınca iyiniyeti ortadan kaldırır⁴⁸⁴. Zira kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez (TMK m. 1020/III). Ancak bu prensibin yapı alacaklısı ipoteğinin önceliği meselesinde tek taraflı bir koruma sağladığını ifade etmek gerekir. Zira ön sırada yer alan rehinli alacaklılar, aleniyet prensibine dayanarak yapı alacaklılarının işe başladıkları tarihte kendilerine ait rehin haklarını tapu sicilinden görmüş olduklarını ileri sürerek öncelik haklarını kullanmalarına engel olamaz⁴⁸⁵.

Sübjektif şartın önem arz ettiği ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durum da inşaat kredisi verenlerin durumudur. Uygulamada, taşınmaz malikleri genellikle yapı faaliyetlerinin yürütülmesi için inşaat kredisi almakta ve bu kredi borcunun güvencesini oluşturması için taşınmaz üzerinde kredi veren lehine bir sözleşmesel ipotek hakkı tesis

bağlı olmayan bir sebeple artmış olmasına dayanarak ön sıradaki rehinli alacaklar üzerinde öncelik hakkına sahip olduklarını iddia ederse, yapı faaliyetine hiçbir emek sarf etmemiş olmalarına rağmen ön sıradaki rehinli alacaklılara karşı kanunun istemediği bir şekilde imtiyaza sahip olurlar. Bu durum açıkça hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Dolayısıyla değer artışının mutlaka yapı faaliyetine atfedilebilmesi halinde hakkın kullanılabilmesi kanaatindeyiz.

⁴⁸² Yenice-Ceylan, s. 212; Güleş, s. 199; Akipek, s. 250.

⁴⁸³ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1062; Kalın, s. 64; İnce-Akman, s. 1159; Yenice-Ceylan, s. 213; Ayan, C. III, s. 233; Güleş, s. 200.

⁴⁸⁴ Yenice-Ceylan, s. 213; Ayan, C. III, s. 233.

⁴⁸⁵ Kalın, s. 63; Yenice-Ceylan, s. 214.

etmektedir. Bu durumda, ipotek bakımından ön sırada yer alan kredi veren alacaklıya karşı yapı alacaklılarının öncelik hakkını ileri sürüp süremeyeceği, kredinin tahsis amacı ve kullanılış tarzına göre tespit edilmelidir⁴⁸⁶. Öğretide genel olarak kabul edilen görüşe göre, kredinin yapı alacaklılarına tahsis edilmiş olması halinde sübjektif şart gerçekleşmeyeceğinden yapı alacaklıları, ipotek hakkı ön sırada bulunan kredi verene karşı öncelik hakkını kullanamaz⁴⁸⁷.

Tahsis amacından anlaşılması gereken, alınan inşaat kredisinin kredi veren tarafından verilmesindeki temel saiktir. Eğer kredi veren, kredinin ileride yapı alacaklısı olanların yapı alacaklarının ödenmesi için bu krediyi veriyorsa, kredi yapı alacaklılarına tahsis edilmiştir. Ancak bazen krediler, tahsis amacı dışında kullanılabilir. Yani krediyi alan malik, kredi yapı alacaklılarına tahsis edilmiş olmasına rağmen bunu örneğin yapı faaliyeti için malzeme temin etmek amacıyla veya tamamen başka bir amaçla kullanabilir. Bu durumda, kredinin tahsis amacı ile kullanılış tarzı birbirinden farklılaşmaktadır. Kanaatimize göre, kredinin kullanılış tarzının tahsis amacından farklı olması, öncelik hakkının kullanılması bakımından yapı alacaklılarının aleyhine olacak şekilde yorumlanmamalıdır. Şöyle ki, bankanın yapı alacaklılarına tahsis edilmesi maksadıyla vermiş olduğu kredinin kullanılış tarzını nihai olarak belirleyen kişi, yapı faaliyetini yürüten maliktir. Yani krediyi harcama yetkisi, malike aittir. Malik, krediyi tahsis amacı dışında kullanmakla aslında banka ile arasındaki kredi sözleşmesinin şartlarını ihlal eder. Ancak bu ihlalin neticesi, buna sebep olmayan yapı alacaklılarına yüklenmemelidir. Zira aksi halin kabulü, yapı alacaklılarının hem kendilerine tahsis edilen krediyi kullanamamaları hem de kredi tahsis amacı sebebiyle sübjektif şartın gerçekleşmediğinden bahisle bankaya karşı öncelik haklarını ileri sürememeleri anlamına gelir. Ayrıca bankalar genellikle kredilerin tahsis amacına uygun kullanılması

⁴⁸⁶ **Reisoğlu**, s. 191 vd.

⁴⁸⁷ **Oral**, s. 699; **Uyumaz**, s. 250; **Yenice-Ceylan**, s. 212; **Reisoğlu**, s. 193. Ayrıca öğretilerdeki bir görüşe göre, kredi veren ön sıradaki rehinli alacaklıya karşı öncelik hakkının ileri sürülememesi için, inşaat kredisinin tamamının değil fakat yalnızca arazi değerini aşan kısmının, değer artışını meydana getiren yapı alacaklılarına tahsis edilmiş olması yeterlidir. Bkz. **Reisoğlu**, s. 193.

amacıyla kredi alanla yaptıkları kredi sözleşmelerinde özel hükümler tesis etmek suretiyle zaten kendilerini koruma altına almaktadır. Dolayısıyla inşaat kredisi yapı alacaklılarına tahsis edilmiş olsa dahi yapı faaliyetini yürüten malik bunu başka bir amaçla kullanmışsa, yapı alacaklıları yine de bankaya karşı öncelik haklarını ileri sürebilir.

İnşaat kredilerinin tahsisi ve öncelik hakkının ileri sürülmesi hususunda bir diğer sorun, yapı faaliyetinin birden çok yapı alacaklısı ile yürütülmesi noktasında ortaya çıkar. Bilindiği üzere yapı faaliyeti, tek bir yapı alacaklısı ile yürütülmek zorunda olmayıp alt yükleniciler ve zanaatkârlar da yapı alacaklısı olabilirler. Böyle bir durumda banka, inşaat kredisini tek bir yapı alacaklısının faaliyetine binaen vermişse, diğer bir ifadeyle kredi yalnızca banka tarafından belirli yapı alacaklılarının faaliyetlerine hasredilmişse, diğer yapı alacaklılarının öncelik hakkını bankaya karşı ileri sürüp süremeyeceği sorunu doğmaktadır. Böyle bir halde, banka tarafından özel olarak kendisine tahsis edilen krediyi kullanan yapı alacaklısı, krediyi kullanmakla alacağına kavuşmaktadır. Bu alacaklının artık bankaya karşı öncelik hakkını kural olarak ileri sürememesi gerekir. Diğer yapı alacaklıları ise kredi kendilerine tahsis olunmadığından kredi ödemesinden mahrum kalmaktadır. Kredi ödemesinden mahrum kalan yapı alacaklılarının başvurabileceği ve kanun tarafından kendilerine tanınan yegâne imkân, kural olarak yapı alacaklısı ipoteğidir. Kanaatimize göre, krediden faydalanamayan yapı alacaklıları, krediyi kendilerine tahsis etmeyen bankaya karşı öncelik haklarını ileri sürebilirler⁴⁸⁸. Bunun engellenmesi yapı alacaklısı ipoteği kurumunun var oluşu maksadı ile örtüşmez. Diğer taraftan, krediyi kullanan yapı alacaklısının, diğer yapı alacaklıları

⁴⁸⁸ Federal Mahkeme de kredinin tamamının yapı alacaklılarına tahsis edilmiş olmasının tek başına yeterli olmadığını, bankanın alacaklarını alamama riski olan yapı alacaklılarını biliyor olduğu bir dönemde yapı alacaklılarından yalnızca birine kredi tahsis etmesinin kendisine karşı öncelik hakkının ileri sürülmesine engel olamayacağını ifade etmiştir. Bkz. JT 1918 I 244; JT. 1925 I 494. (Naklen: Reisoğlu, s. 194, dph. 65)

ile bu bakımdan TMK m. 896 hükmü kapsamında eşit hakka olduğunu ileri sürmesi de yapı alacağını tam olarak elde etmiş ise, hakkın kötüye kullanılması teşkil eder⁴⁸⁹.

Bankanın böyle bir riskten kaçınabilmesi için öğretide, kredinin malike değil doğrudan doğruya yapı alacaklılarına ödenmesi, kredinin tek bir alacaklıya tahsis edilmesinden kaçınılması ve kredinin ipotek hakkını tescil ettirmiş olan tüm alacaklılara tahsis edilmesi gerektiği gibi öneriler ileri sürülmüştür⁴⁹⁰. Bu önerilerin hayata geçirilmesi halinde sübjektif şart gerçekleşmediğinden öncelik hakkı bankaya karşı ileri sürülemez.

2. Öncelik Hakkının Konusu ve Değer Artış Payının Yapı Alacaklılarına Taksimi

Öncelik hakkı, yapı alacaklılarının taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda alacaklarını hiç veya kısmen elde edememeleri sebebiyle kendilerine tanınmış bir haktır. Bu hak ile taşınmazdaki yapı faaliyetinde emek veya emek ile birlikte malzeme sarf ederek taşınmazın değerini artıran yapı alacaklılarının bu değer artış miktarının kendilerine tahsis edilmesi amaçlanmıştır. Yani yapı alacaklıları, taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda alacaklarını hiç veya kısmen elde edememişlerse, öncelik hakkı gündeme gelir. Bu bağlamda, öncelik hakkının konusunun ve kapsamının ne olduğunun; yani öncelik hakkı kullanıldığında talep edilebilecek zararın hangi alacağa yönelik ve ne miktarda olduğunun tespit edilmesi gerekir.

Yapı alacaklılarının öncelik hakkı, TMK m. 897 hükmü uyarınca taşınmazda yapı faaliyeti sonucunda ortaya çıkan değer artışının kendilerine tahsis edilmesine yönelik olduğundan öncelik hakkının konusu da azami bu miktar kadardır. Değer artışı,

⁴⁸⁹ *Reisoğlu ve Simond* aksi görüştedir. Yazara göre Federal Mahkeme'nin kararları, yapı alacakları arasında alacaklarını elde etme bakımından bir eşitlik sağlamak isteyen kanun koyucunun gayesine uygundur. Ancak bu kabul, krediyi yapı alacaklılarına tahsis etmesi sebebiyle yapı faaliyetinden kaynaklanan değer artışından haksız bir kazanç sağlamayan ön sıradaki rehinli alacaklı bankanın fazlasıyla aleyhine bir sonuç doğurur. Zira böyle bir durumda banka değer artışından haksız bir kazanç sağlamamasına rağmen bir de kredinin yapı alacaklıları arasında eşit şekilde paylaşılma mükellefiyetiyle yüklenmektedir. Kanunun yürürlükte olan hükümleri değerlendirildiğinde, bankaya böyle bir mükellefiyetin yüklenmesi ise mümkün değildir. Dolayısıyla kredi veren banka, yapı alacaklıları arasında alacakların elde edilmesi noktasında eşitliği sağlayan düzenlemeye de yabancı olduğundan yapı alacaklılarından birini hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek şekilde kasten favorize etmedikçe kendisi aleyhine öncelik hakkı ileri sürülemez. Bkz. **Reisoğlu**, s. 194; **Simond**, s. 216-217.

⁴⁹⁰ **Reisoğlu**, s. 197.

taşınmazın yapı alacaklısı ipoteğine vücut veren yapı faaliyeti yapılmadan önceki değeri ile yapı faaliyeti yapıldıktan sonraki değeri arasındaki farktır⁴⁹¹. Yapı alacaklıları, ancak bu değer artışı miktarınca bir öncelik hakkına sahip olduğundan uğramış oldukları zararın tümünü bu hakka dayanarak ön sıradaki rehinli alacaklılardan talep edemez⁴⁹². Zira TMK m. 897 hükmü, yapı alacaklılarının satış bedeli sonrasında alacaklarını elde edememeleri halinde bu alacaklarının rehin hakkı sahibi önceki sıradaki alacaklıların payına düşen satış bedelinden arsa değeri çıkarıldıktan sonra artan para ile karşılanacağını düzenlemiştir.

Durumu birkaç ihtimali değerlendirerek açıklamak gerekirse örneğin, bir taşınmaz üzerinde birinci sırada 1.000.000 TL tutarında bir sözleşmesel ipotek, ikinci sırada ise 700.000 TL tutarında bir yapı alacaklısı ipoteği vardır. Taşınmazın üzerinde yapı faaliyeti yürütülmeden önceki satış değeri 500.000 TL, yapı faaliyeti sonucundaki satış değeri de 1.000.000 TL'dir. Bu durumda, taşınmazdaki değer artışı 500.000 TL'dir. Bu taşınmaz, rehinin paraya çevrilmesi sonucunda 1.000.000 TL'ye satılmış olsun. Bu durumda taşınmaz, gerçek bedeline satılmış olmakla birlikte elde edilen satış bedeli, taşınmaz üzerinde kurulan ipoteklerin toplam bedelini karşılamaya yetmemektedir. Bu takdirde kural, elde edilen satış bedelinin tamamının birinci sırada olan ipotekli alacaklıya tahsis edilmesi, kalan alacaklılar için de rehin açığı belgesi düzenlenmesidir. Kurala göre, birinci sırada yer alan ipotekli alacaklının alacağı 1.000.000 TL olduğundan taşınmazın satış bedelinin tamamı kendisine tahsis edilir. Oysaki TMK m. 897 hükmü sayesinde ikinci sırada bulunan yapı alacaklısı, öncelik hakkını kullanarak kendi yarattığı değer artışı olan 500.000 TL'nin kendisine ödenmesini isteyebilir. Bu durumda ön sıradaki ipotekli alacaklı, 1.000.000 TL tutarındaki alacağının ancak yarısını elde edebilir, değer artış miktarı olan 500.000 TL ise yapı alacaklısına tahsis

⁴⁹¹ Değer artışının taşınmazın yapı faaliyeti yürütülmeden önceki durumu ile yapı faaliyetinin tamamlanmasından sonraki durumu arasındaki fark olduğu yönünde bkz. **Bıçakçı**, s. 562; **Kaşak**, s. 189; **İnce-Akman**, s. 1157.

⁴⁹² **Baysal**, s. 176; **Kalın**, s. 58; **Yenice-Ceylan**, s. 204.

edilir. Yapı alacaklısının 700.000 TL tutarında ipotek hakkına sahip olması da durumu değiştirmez. Nitekim kanun koyucu, öncelik hakkının ancak değer artış payı tutarında istenebileceğini belirttiğinden yapı alacaklısının bakiye 200.000 TL alacağı bakımından herhangi bir öncelik hakkı yoktur. Zira taşınmazda yürütölen yapı faaliyetinin taşınmaza kattığı değer 500.000 TL'dir. Dolayısıyla 200.000 TL bakiye alacağın sözleşmesel ipotek hakkı sahibinden tazmininin istenmesi de mümkün değildir. Bu durumda, ön sıradaki rehinli alacaklı için 500.000 TL tutarında; yapı alacaklısı için de 200.000 TL tutarında bir rehin açığı belgesi tanzim edilir ve rehin açığı belgesine sahip olmanın getirdiğı haklar dışında yapı alacaklısının başvurabileceğı herhangi bir hukuki yol yoktur.

Verdiğimiz örnekte, birinci sıradaki rehinli alacaklının alacak miktarının 700.000 TL olduğunu ve taşınmazın yine 1.000.000 TL'ye satıldığını varsayalım. Bu durumda kural, 700.000 TL'nin ilk sıradaki rehinli alacaklıya; kalan 300.000 TL ise yapı alacaklısına tahsis edilir. Ancak TMK m. 897 hükmü sayesinde yapı alacaklısı, bakiye 200.000 TL alacağı için 500.000 TL değer artışı üzerinde öncelik hakkını kullanarak bu miktarın kendisine tahsisini isteyebilir. Dolayısıyla TMK m. 897'nin uygulanması sonucunda ön sıradaki rehinli alacaklıya yalnızca 500.000 TL ödenecek; yapı alacaklısı ise alacağının tamamını elde edecektir.

Taşınmaz üzerinde birden fazla yapı alacaklısı ipotek hakkını tescil ettirmişse ve taşınmaz gerçek değerinin altında bir miktarda satılmışsa⁴⁹³, her bir yapı alacaklısı değer artış payı üzerindeki emeğı ile orantılı olarak öncelik hakkına sahiptir. Diğer bir deyişle yapı alacaklıları, ancak kendi sarf ettikleri emeğın veya emek ile birlikte malzemenin yarattığı değer artışı üzerinde bir öncelik hakkına sahip olup bu hakkın tutarı, her bir

⁴⁹³ Bkz. **Altay/Eskiocak**, s. 295; **Akın**, s. 764; **Kahn**, s. 58; **Güleş**, s. 197. Taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda taşınmaz, İcra ve İflas Kanunu'nun muhtelif hükümlerinde yer alan şartlar sağlandığı sürece, gerçek değerinden daha düşük bir bedelle satılmış da olabilir.

yapı alacaklısı için kendisinin yarattığı değer artışının diğer yapı alacaklılarının taşınmaza kattığı değer artışına oranlanarak belirlenir⁴⁹⁴.

Bir örnek vermek gerekirse⁴⁹⁵; taşınmazın satış bedeli 2.000.000 TL, arsanın yapısız değeri 1.500.000 TL, değer artış miktarının ise 500.000 TL olduğu varsayımında (A)'nin meydana getirdiği değer artışı 300.000 TL, (B)'nin meydana getirdiği değer artışı 200.000 TL, (C)'nin meydana getirdiği değer artışı ise 100.000 TL olsun. Belirtmek gerekir ki, taşınmazda meydana gelen ve öncelik hakkına konu olan değer artışı, cebri icra yoluyla yapılan satış bedeline göre belirlendiğinden yapı alacaklılarının faaliyetinin taşınmazın değerini değer artışını daha fazla artırmış olması muhtemeldir. Bu sebeple öncelik hakkına konu olan değer artışının 500.000 TL, yapı alacaklılarının taşınmazda yarattıkları gerçek değer artışının ise toplam 600.000 TL olması herhangi bir çelişki yaratmaz. Verilen örnekte, her bir yapı alacaklısının kendisinin yarattığı değer artışının diğer yapı alacaklılarının taşınmaza kattığı değer artışına oranlanması halinde (A)'nin değer artış miktarından isteyebileceği pay $300.000 \times 500.000 / 600.000 = 250.000$ TL; (B)'nin isteyebileceği miktar $200.000 \times 500.000 / 600.000 = 166.666$ TL ve (C)'nin isteyebileceği miktar $100.000 \times 500.000 / 600.000 = 83.333$ TL olur.

II. ÖNCELİK HAKKININ İLERİ SÜRÜLMESİ

A. ÖNCELİK HAKKININ İLERİ SÜRÜLMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Yapı alacaklılarının öncelik hakkı, sıra bakımından bir önceliği ifade etmez. Bu hak, yalnızca taşınmazda meydana getirdikleri değer artışının mümkün olduğunca yapı alacaklılarına tahsis edilmesini amaçlar. Yani yapı alacaklılarının salt bu sıfatı haiz olmaları, onları diğer rehinli alacaklılar karşısında sıra bakımından öncelikli bir konuma getirmez. Yapı alacaklıları, alacaklarının imtiyazlı olduğundan bahisle tapuda diğer

⁴⁹⁴ Yenice-Ceylan, s. 203.

⁴⁹⁵ Örnek için bkz. Yenice-Ceylan, s. 203.

rehinli alacaklılara karşı öncelikli bir sıraya haklarının tescilini talep edemezler. Öncelik hakkı, yalnızca taşınmazın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesinden sonra doğan bir haktır. Nitekim TMK m. 897 hükmü uyarınca taşınmazın cebri icra yoluyla satılmasından sonra elde edilen satış bedeli, yapı alacaklarını karşılamaya yetmez ise yapı alacaklıları, taşınmaz üzerinde yaratılan değer artış miktarının öncelikli olarak kendilerine tahsis edilmesini isteyebilirler. Dolayısıyla öncelik hakkının kullanılabilmesi için rehinli taşınmazın mutlaka cebri icra yoluyla paraya çevrilmiş olması gerekir. Çünkü yapı alacaklılarının alacaklarını tam olarak alıp alamayacağı veya öncelik hakkının kullanılmasına yönelik şartların oluşup oluşmadığı ancak taşınmazın satılmasından sonra belirlenebilir.

Rehinli taşınmazların cebri icra yoluyla satışından elde edilen miktar, rehinli alacaklıların alacaklarını ödemeye yetmezse, icra memuru tarafından alacaklılara ait sıra ve payların tespit edilerek bir sıra cetveli oluşturulması gerekir. Nitekim İİK m. 151/II hükmünde, satış bedelinin rehinli alacakları ödemede yetersiz kalması halinde icra memuru tarafından İİK m. 206 maddesinde belirtilen esaslara uygun olarak alacaklıların her birine ait sıra ve payların tayin edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ancak icra memuru tarafından hazırlanacak olan sıra cetveli, taşınmaz rehni ile güvence altına alacaklar bakımından farklı bir özellik arz eder. Zira taşınmaz rehnine sahip alacaklılar arasındaki sıra, İcra ve İflas Kanunu'ndaki sıra düzenine değil; Türk Medeni Kanunu'nda taşınmaz rehnine ilişkin hükümlere göre tayin olunur. Gerçekten de, İİK m. 206/III'e göre alacakları taşınmaz rehni ile güvence altına alınmış olan alacaklıların sırası, kanunun yaptığı gönderme uyarınca Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerine göre belirlenir.

Rehinli taşınmazın satılması sonucunda elde edilen miktarın alacaklılar arasında paylaşılmasını düzenleyen ve "*Satış bedelinin dağıtılması*" başlığını taşıyan TMK m. 874 hükmüne göre rehinli taşınmazın satış bedeli, alacaklılar arasında sıralarına göre

dağıtılır ve aynı sırada olan alacaklılar arasında o sıraya düşen satış bedeli de alacaklılara alacakları oranında paylaşılır. Kanun koyucu, taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen satış bedelinin dağıtılmasını açıkça alacaklılar arasındaki sıraya bağlamıştır. Bu sebeple icra memuru, rehinli taşınmaz paraya çevrildiğinde taşınmaz üzerindeki derecelere uygun olarak sıra cetvelini hazırlamak ve paranın dağıtılmasını cetvelde yer alan sıraya göre yapmak zorundadır.

Tüm bu sebeplerle, yapı alacaklılarının TMK m. 897 hükmünün kendilerine tanıdığı öncelik haklarını kullanma zorunluluğu ortaya çıkar. Ancak kanunda bu hakkın ileri sürülme şekline ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamış, hakkın ileri sürülebilmesi için izlenmesi gereken yol tayin edilmemiştir. Oysaki İsviçre hukukunda, yapı alacaklılarının öncelik haklarını nasıl kullanacakları konusundaki usul ve esaslar, özel bir yönetmelik hükmü ile düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda yürürlükte olan Taşınmazların Cebri İcra Yoluyla Paraya Çevrilmesi Hakkında Yönetmelik (*Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken*) m. 117 hükmü uyarınca icra dairesi, taşınmazın paraya çevrilmesi neticesinde elde edilen satış bedelinin yapı alacaklılarının alacaklarını karşılama konusunda yetersiz olacağını tespit ederse, yapı alacaklılarına dava açmak suretiyle öncelik haklarını kullanmaları için on gün süre verir⁴⁹⁶. Anılan yönetmelik hükmü, yapı alacaklılarının dava haklarını kullanmaları halinde paraların dağıtılması işleminin davanın kesinleşmesine veya

⁴⁹⁶ Maddenin Almanca metni şöyledir: Art. 117 – *F. Bestreitung durch Bauhandwerker:*
1- *Kommen bei der Verteilung Pfandforderungen von Bauhandwerkern oder Unternehmern (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB184) zu Verlust, so setzt das Betreibungsamt den letzteren eine Frist von zehn Tagen an, um beim Gericht des Betreibungsortes einen allfälligen Anspruch auf Deckung aus dem den vorgehenden Pfandgläubigern zufallenden Verwertungsanteil (Art. 841 Abs. 1 ZGB185) einzuklagen.*
2- *Wird der Prozess innerhalb dieser Frist anhängig gemacht, so bleibt die Verteilung hinsichtlich des streitigen Anteils bis zu gütlicher oder rechtlicher Erledigung des Prozesses aufgeschoben. Wenn und soweit die Klage gutgeheissen wird, hat das Betreibungsamt den Baupfandgläubiger die ihnen auf Grund des Urteils zukommenden Betreffnisse aus dem Verwertungsanteil des vorgehenden unterlegenen Pfandgläubigers zuzuweisen.*
3- *Ist bei der Steigerung das Pfandrecht des vorgehenden Pfandgläubigers dem Ersteigerer überbunden worden, so wird der obsiegende Baupfandgläubiger bis zur Höhe seines Anspruchs auf Deckung aus dem vorgehenden Pfandrecht gemäss dem ergangenen Urteil in jenes eingewiesen. Zu diesem Zwecke hat das Betreibungsamt die notwendigen Eintragungen im Grundbuch und in den Pfandtiteln von Amtes wegen zu veranlassen.*
4- *Wird der Prozess nicht innert der angesetzten Frist anhängig gemacht, so schreitet das Betreibungsamt ohne Rücksicht auf die Ansprüche der zu Verlust gekommenen Bauhandwerker zur Verteilung.*

tarafların anlaşmasına kadar erteleneceğini; dava hakkının verilen süre içerisinde kullanılmaması halinde ise yapı alacaklılarının paraların öncelik hakkı ileri sürülerek dağıtılmasına engel olamayacaklarını düzenlemiştir⁴⁹⁷.

Türk hukukunda da icra memurunun sıra cetvelini hazırlarken yapı alacaklısı ipoteğinin önceliğini kendiliğinden dikkate alması ve sıra cetvelini buna göre düzenlemesi gerektiği öğretilmiştir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, yapı alacaklılarının kanunda açık bir hüküm yokken öncelik haklarını kullanmak için dava açmaya zorlanmaları, hakkaniyete aykırıdır⁴⁹⁸. Öte yandan, usul ekonomisi ilkesi gereğince yapı alacaklılarının daha fazla mağdur edilmelerinin önüne geçilmesi amacıyla icra memurunun öncelik hakkını re'sen gözeterek sıra cetvelini tanzim etmesi gerekir. Bu görüşe göre, yapı alacaklıları dava açmaya zorlanamayacağından kendilerine en fazla öncelik taleplerini icra dairesine bildirme gibi bir yükümlülük getirilebilir⁴⁹⁹.

Biz bu görüşe teorik olarak katılmakla birlikte bu görüşün pratikte çok uygulanabilir olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim icra memuru alacağın maddi olarak varlığını hukuken değerlendiremeye de yapı alacaklılarının sahip olduğu ipotek hakkı, Tapu Sicili Tüzüğü m. 35 uyarınca düşünceler sütununa “zanaatkâr ve yüklenici ipoteği” ifadesi yazılarak tescil olunur. Bu hüküm, yapı alacaklısı ipoteğinin hukuki niteliği itibarıyla sözleşmesel ipoteklerden farklılığına ilgililerin dikkatinin çekilmesi amacıyla özel olarak kabul edilmiştir. İlgililer kavramına sıra cetvelini tanzim eden icra memurunun girdiği şüphesizdir. Bu bakımdan, sıra cetvelinin tanzimi esnasında icra

⁴⁹⁷ Yapı alacaklıları on günlük dava açma süresi içerisinde öncelik haklarını ileri sürerek dava açmasa da satış bedeli paylaştırıldıktan sonra ön sıradaki ipotekli alacaklılara karşı tazminat davası açabilirler. Bu yönde bkz. **Perren**, Ruben: “Der Vorrechtsanspruch des Bauhandwerkers i.S.v. Art. 841 ZGB”, *Aktuelle Juristische Praxis*, C. 15, S. 6, s. 702-710, 2006, (www.legalis.ch, E.T. 12.02.2023); **Yenice-Ceylan**, s. 217; **Çabri**, s. 403, dpn. 103.

⁴⁹⁸ Bu görüş için bkz. **Güleş**, s. 189; **Yenice-Ceylan**, s. 216. Aksi görüşte bkz. **Çabri**, s. 401. Yazara göre, icra memurunun sıra cetvelinde yer alan alacakların maddi bakımdan mevcut olup olmadığını değerlendirmesi mümkün değildir. Aynı şekilde, sıra cetveli hazırlanırken yapı alacaklılarının kanun hükmü uyarınca öncelik hakkına sahip olduklarından bahisle ön sıraya alınmaları da icra memurunun hukuki değerlendirme yaparak tek başına gerçekleştirebileceği bir işlem değildir.

⁴⁹⁹ **Güleş**, s. 189.

memurunun taşınmaza ait tapu sayfasında yapı alacaklısı ipoteği ifadesini görmesi halinde, öncelik hakkının gereği yerine getirilerek yapı alacaklıları dikkate alınmalı, hatta icra memuru öncelik hakkına yönelik tüm bilgilere ve somut verilere vakıfça öncelik hakkına uygun olarak sıra cetvelini tanzim etmelidir. Diğer taraftan, yapı alacaklılarının sahip oldukları öncelik hakkı, yalnızca değer artışı üzerinde ve bu miktarla sınırlıdır. Yani yapı alacaklıları doğrudan ve tamamen tüm ön sıradaki rehinli alacaklıların önüne geçmez. Öncelik hakkı mutlak olmayıp, değer artışının ön sıradaki alacaklılara tahsis edilmiş miktarı kadardır. Dolayısıyla taşınmazda meydana gelen değer artışının miktarına göre yapı alacaklılarının tescil ettirdikleri ipotek miktarından daha düşük bir miktar üzerinde öncelik hakkı oluşmuş olabilir. Bu durumda, icra memurunun taşınmazdaki değer artış miktarını ve birden fazla ipotekli yapı alacaklısı varsa bunların taşınmazdaki değer artışına katkısını bilmesi ve bu alacakları birbirine oranlaması gerekir. İcra memurunun tüm bu hususları bilmesi veya hesaplaması genellikle mümkün olmaz. Bu sebeple, icra memurunun yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik hakkını ve bu hakkın kapsamını re'sen göz önünde tutarak sırayı belirlemesi gerektiğine yönelik görüşün uygulanabilmesi neredeyse imkânsızdır.

Tüm bu sebeplerle kanaatimize göre en isabetli çözüm, İsviçre hukukunda olduğu gibi icra memurunun taşınmaz paraya çevrildiğinde sıra cetvelini tanzim ederken yapı alacaklısı ipoteğini fark etmesi üzerine yapı alacaklılarına bildirimde bulunması ve yapı alacaklılarına öncelik haklarını kullanmaları için belirli bir süre verilmesi; bu süre sonunda çeşitli sebeplerle dava açılmaması halinde ise yine de öncelik hakkının sona ermediği ve fakat izlenilmesi gereken hukuki yolun değiştiğinin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Öğretide de öncelik hakkının kullanılabilmesi için dava açılması gerektiği kabul edilmekle birlikte açılacak davanın niteliğinin ne olacağı hususunda bir görüş birliği yoktur. Bu hususta temel olarak dört farklı görüş ileri sürülmüştür. Bunlar, açılacak

davanın haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası olduğu görüşü, İİK m. 280 hükmüne dayanan iptal davası olduğu görüşü, sıra cetveline itiraz davası olduğu görüşü ve kendine özgü dava olduğu görüşüdür.

2. Davanın Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Davası Olduğu Görüşü

Bu görüşü savunan yazarlara göre yapı alacaklılarının öncelik haklarını kullanmaları, haksız fiilden kaynaklanan bir tazminat davası ile mümkündür⁵⁰⁰. Nitekim bu görüşü savunan yazarlara göre yapı alacaklıları, yapı faaliyetinin taşınmazda yarattığı değer artışının kendilerine ödenmesi hususunda bir alacak hakkına sahiptir⁵⁰¹.

Bu görüşü savunan yazarlar, taşınmazın paraya çevrilmesinden elde edilen ve değer artışını teşkil eden miktarın ön sıradaki rehinli alacaklıların almasını hukuka aykırı bir davranış olarak haksız fiil şeklinde nitelendirmektedir⁵⁰². Ayrıca kanunun belirli şartlarla değer artışını yapı alacaklılarını tahsis etmesine rağmen ön sıradaki rehinli alacaklıların hukuka aykırı bu davranışı sebebiyle yapı alacaklısı zarara da uğramaktadır. Kanun, arazide oluşan değer artışını açıkça yapı alacaklılarına tahsis etmek istediğinden ön sıradaki rehinli alacaklılara taşınmazı arazi değerinin üstünde rehinle kısıtlamama ödevi yükler⁵⁰³. Bu ödevi aykırı davranış, haksız fiil teşkil eder. Öte yandan, öncelik hakkının kullanılabilmesi için ön sıradaki rehinli alacaklının sahip olduğu ipotek hakkının yapı alacaklısının hakkına hanel getirdiğini bilmesi veya

⁵⁰⁰ **Reisoğlu**, s. 207-208; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1063-1064; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 744; **Kurt**, s. 242; **Akın**, s. 767.

⁵⁰¹ **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1063-1064; **Kurt**, s. 242; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 744; **Akın**, s. 767; **Reisoğlu**, s. 208. *Simond*, yapı alacaklılarına tanınan ipotek hakkına bağlı olarak ortaya çıkan öncelik hakkının, değer artışının şartları dâhilinde yapı alacaklılarına tahsis edilmesi gayesini taşıdığını, bu sebeple kendilerine kanundan doğan bir alacak hakkı tanındığını, bu hakkın ise ön sıradaki rehinli alacaklılara karşı açılacak ve şahsi niteliği haiz bir davayla kullanılabileceğini ifade etmiştir. Bkz. **Simond**, s. 227-228. Aynı görüşte bkz. **Sümer**, s. 614-615. *Davran* ise aksi görüştedir. Yazara göre yapı alacaklılarının talebi aynı nitelikte bir taleptir. Zira öncelik hakkından doğan talep hakkı, doğrudan doğruya kanundan doğmaktadır. Öte yandan yazara göre, TMK m. 897/III (MK. M. 811/III) hükmü, yapı alacaklılarının yapı faaliyetine başladığını tapu siciline ihbar etmesi akabinde taşınmaz üzerinde ipotek haricinde başka bir rehin tesis edilemeyeceğini (ipotekli borç senedi ve irat senedi) düzenleyerek değer artışının yapı alacaklıları için saklı tutulduğunu göstermektedir. Bkz. **Davran**, s. 65.

⁵⁰² **Kurt**, s. 242; **Reisoğlu**, s. 208; **Akın**, s. 767; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1064; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 744.

⁵⁰³ **Reisoğlu**, s. 207.

bilebilecek durumda olması gerekir. Bu durum da ön sıradaki rehinli alacaklının kusurunu oluşturur⁵⁰⁴.

Yapı alacaklılarının öncelik hakkını haksız fiile dayanan tazminat davası suretiyle kullanacağını kabul edilmiş olması halinde, bu haktan doğan zamanaşımı süreleri de haksız fiilden kaynaklanan tazminat alacaklarına ilişkin zamanaşımı sürelerine tabi olur. Dolayısıyla yapı alacaklıları, öncelik haklarını TBK m. 72/I hükmü uyarınca iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri içerisinde kullanmalıdır⁵⁰⁵. Haksız fiilde iki yıllık kısa zamanaşımı süresi, haksız fiilin ve failin öğrenildiği tarihten itibaren başlar. Öncelik hakkının ihlalinde taşınmazın satış bedelinin paylaşılması anı, haksız fiilin işlendiği ve failin öğrenildiği tarih olacağından öncelik hakkını kullanmak isteyen yapı alacaklısı bu tarihten itibaren iki yıl içerisinde tazminat davasını açması gerekir⁵⁰⁶.

Öncelik hakkının haksız fiile dayanan tazminat davası ile kullanılması gerektiğine yönelik görüş öğretide eleştirilmiştir. Bu bağlamda, satış bedelinin paylaşılmasının hukuka aykırı bir nitelik taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesinin TMK m. 897 hükmünün yorumuyla ilgili olduğu ileri sürülmüştür⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ Akın, s. 767; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1064; Kurt, s. 242; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 744; Reisoğlu, s. 208.

⁵⁰⁵ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 744; Reisoğlu, s. 208; Kurt, s. 242; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1064; Akın, s. 767.

⁵⁰⁶ Kurt, s. 242; Akın, s. 767; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1064; Reisoğlu, s. 207-208; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 744; Kalın, s. 67.

⁵⁰⁷ Güleş'e göre: "Bu noktada bedel paylaşımının hukuka aykırı bir nitelik taşıyıp taşımadığının tespiti, tamamen TMK m. 897'nin yorumu ile ilgilidir. Şöyle ki, imtiyaz hükümleri emredici nitelikte yorumlanarak paylaşımında değer fazlasının yapı alacaklılarına doğrudan verilmesi gerektiği kabul edilirse sonuç değişmektedir. Bu durumda yapı alacaklılarının alması gereken bedeli diğer rehin alacaklıları aldığı için hukuka aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır. Değer fazlasının dava sonucunda yapı alacaklılarına verilmesi kabul edilirse de zaten hukuka aykırı bir durumdan bahsedilemez. Zira dava açılmaması halinde bedel diğer rehin alacaklısında kalır ve o, paylaşım bedelini almaktan başka bir şey yapmamıştır. Dava açılması halinde bedelin alınmasının hukuka aykırı, aksi halde hukuka uygun olacağı şeklinde bir yorum yapılamaz. Diğer yandan haksız fiil olduğu kabul edilse bile paylaşırma fiilini gerçekleştiren kimse bedeli alan alacaklı değil, icra memurudur. Rehlin alacaklısı yalnızca bundan yararlanmaktadır" Bkz. Güleş, s. 189-190. İnce-Akman, yapı alacaklılarının satış bedeli paylaşılmasından önce de korunmasının önemli olduğunu, zira bedelin paylaşılmasından sonra açılacak tazminat davalarında yapı alacaklılarının haklarına ulaşmasının zorlaştığını ifade etmiştir. Bkz. İnce-Akman, s. 1161. Çabri de yapı alacaklısının öncelik hakkını ipotegün paraya çevrilmesiyle elde edilen satış bedelinin paranın paylaşılmasından önce kullanılmasını yapı alacaklılarının öncelik hakkının etkin ve hızlı kullanılması ve alacağını güvence altına alması bakımından önem arz ettiğini belirtmiştir. Bkz. Çabri, s. 404.

3. Davanın İcra ve İflas Kanunu'na Dayanan Tasarrufun İptali Davası Olduğu Görüşü

Öğretide bir grup yazar, yapı alacaklıları tarafından açılacak davanın İcra ve İflas Kanunu m. 280 hükmünde düzenlenmiş olan iptal davası olması gerektiğini savunmaktadır⁵⁰⁸. Bu görüşü savunan yazarlara göre yapı alacaklıları, öncelik haklarını kullanmak istediklerinde açacakları dava İİK m. 280 hükmüne dayanan iptal davası olmalıdır⁵⁰⁹. Burada iptal davasından kastedilen, İİK m. 278 vd. hükümlerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarıdır⁵¹⁰. Tasarrufun iptali davalarında kanun koyucu, iptale tabi tasarrufları üç grup altında tasnif etmiş olup İİK m. 280 hükmünde iptali düzenlenen tasarruflar, malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm tasarruflardır⁵¹¹. Bu dava, ancak taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda açılabilir. Zira yapı alacaklılarının değer artışının ön sıradaki alacaklılara tahsis edilmesi sebebiyle bir zarara uğrayıp uğramadığı veya uğradıysa bu zararın miktarının ne olacağı ancak taşınmazın paraya çevrilmesinden sonra anlaşılabilir⁵¹².

Öncelik hakkının kullanılmasının tasarrufun iptali davasına benzediğini kabul etmekle birlikte bir görüş ise bu davanın bazı özelliklerinin yapı alacaklılarının öncelik

⁵⁰⁸ Köprülü/Kaneti, s. 325; Bıçakçı, s. 566; Wieland, s. 689; Ayan, C. III, s. 272.

⁵⁰⁹ Bıçakçı, s. 566; Köprülü/Kaneti, s. 325.

⁵¹⁰ Tasarrufun iptali davaları, alacaklılara borçlunun mallarının haczinden veya borçlu hakkında iflas kararı verilmeden önce borçlunun yaptığı tasarruf işlemlerinin iptali için tanınmış davalar olup bu davaların amacı, borçlunun haciz veya iflastan önce yapmış olduğu ve aslında geçerli olan tasarruf işlemleri ile malvarlığından çıkardığı mal, alacak ve haklardan bunlar halen sanki borçluya aitmiş gibi alacaklıların tatmin edilmesini sağlamaktır. Tasarrufun iptali davaları da hukuki niteliği itibariyle dava konusu mal, alacak veya hakkın aynına ilişkin aynı bir dava değil; kişisel nitelikte bir davadır. Kanun, borçlunun iptale tabi tasarruflarını İİK m. 278-280 arasında üç grup altında düzenlemiştir. İİK m. 280'de düzenlenen durum, zarar verme kastından kaynaklanan tasarruflar olup bu tür tasarrufların iptal edilebilmesi için işlemin diğer tarafı olan üçüncü kişinin borçlunun içinde bulunduğu mali durumu ve alacaklılarına zarar verme kastı ile bu işlemi yaptığını bilmesi veya bilmesini gerektiren açık belirtiler bulunması gerekir. “Zarar verme kastından dolayı iptal” başlığını taşıyan İİK m. 280/1'e göre: “Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hâllerde iptal edilebilir”.

Detaylı bilgi için bkz. Arslan, Ramazan /Yılmaz, Ejder /Taşpınar-Ayvaz, Sema /Hanağası, Emel: “Medeni Usul Hukuku”, s. 682 vd. Ankara, 2023.

⁵¹¹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 687.

⁵¹² Köprülü/Kaneti, s. 235.

hakkını kullanması şartlarıyla bağdaşmadığından bahisle davanın kendine özgü (*sui generis*) bazı özellikleri haiz olduğunu ifade etmektedir⁵¹³. Bu görüşü savunan yazarlar, durumun hem İİK m. 279/I hükmünde yer alan rehin tesisine hem de İİK m. 280 hükmüne uygunluk gösterdiğini belirtmiştir⁵¹⁴. Öte yandan İİK m. 280 hükmünde yer alan “zarar verme kastı” şartı üzerinde durulmalıdır. Zira İİK m. 280 hükmü, alacaklılara zarar verme kastını tasarrufun iptali davası için şart olarak düzenlediğinden yapı alacaklılarının öncelik haklarını kullanabilmeleri için de malikin zarar kastıyla hareket etmesi gerekir. Malikin zarar kastıyla hareket etmediği durumlarda ise dava sadece değer artışı açısından görülmeli; bu bağlamda kendine özgü bir iptal davası ortaya çıkmalıdır⁵¹⁵.

Bu görüş de öğretilerde çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır⁵¹⁶. Kanaatimize göre de eleştiriler isabetli olup yapı alacaklılarının öncelik hakkının İİK m. 280 hükmü anlamında bir tasarrufun iptali davası olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki yapı alacaklıları, kendilerinden ön sırada bulunan rehinli alacaklıların haklarını doğuran tasarruf işlemlerinin kısmen de olsa iptalini isteyemezler. Yapı alacaklılarının talep edebileceği yegâne husus, değer artış miktarının kendilerinden ön sırada gelen rehinli alacaklılara tahsis edilmesinden kaynaklanan zararlarının giderilmesini istemektir. Yoksa yapı alacaklıları kendilerinden ön sırada gelen rehinli alacaklıların sahip olduğu rehin haklarını kuran tasarrufların iptalini ya da geçersizliğini ileri süremez. Ayrıca, İİK m. 280 hükmünde tasarrufun iptaline yönelik

⁵¹³ **Güleş**, s. 190. *Ayan*, TMK m. 897'nin gerekçesinden hareket ederek ön sıradaki alacaklıların tazminat yükümlüsü olmadığını, burada yalnızca bir tahsis işleminin olduğunu, dolayısıyla açılacak davanın kendine özgü bir dava olmakla birlikte hakkın tasarrufun iptali davası açmak suretiyle kullanılabileceğini ifade etmiştir. Bkz. **Ayan**, C. III, s. 272. Madde gerekçesi ise: “...burada bir tazminat yükümlülüğü değil, değer artışının öncelikle yapı alacaklılarına özgülenmesi söz konusudur. Örneğin satış parası bir milyar, arsanın yapısız olarak değeri dört yüz milyon lira ise aradaki altı yüz milyon liralık değer artışı farkı, öncelikle bunu yaratan yapı alacaklılarına özgülenecektir. Fakat böyle bir öncelik hakkı, ön sırada bulunan rehinli alacaklıların iyiniyetli olmamaları koşuluna bağlı kılınmıştır. Yani onların lehlerine tesis edilmiş olan önceki sıradaki rehin haklarının, yapı alacaklılarının zararına olduğunu bilmeleri veya durum ve koşullara göre bilmeleri kendilerinden beklenilmelidir...”

⁵¹⁴ **Güleş**, s. 190.

⁵¹⁵ **Güleş**, s. 190. *Güleş*, ayrıca söz konusu durumda sıra cetveline itiraz davasının da açılmayacağını savunmaktadır. Yazara göre öncelik hakkı, yapı alacaklılarının sırasını değiştirecek nitelikte bir dava hakkı vermez. Bkz. **Güleş**, s. 190.

⁵¹⁶ Bkz. **Çabri**, s. 405; **İnce-Akman**, s. 1160; **Yenice-Ceylan**, s. 221-222.

açılan davanın kabul edilebilmesi için iki temel şart öngörülmüştür. Bunlardan ilki, borçlunun malvarlığı değerlerinin borçlarını ifa etmeye yetmemesi; ikincisi ise borçlunun alacaklılarına zarar verme kastıyla hareket etmesidir⁵¹⁷. Her iki şartın da sağlanması halinde dava kabul edilerek borçlunun yaptığı tasarrufun iptaline karar verilir. Bu şartlar, yapı alacaklısı ipoteğinden kaynaklanan öncelik hakkının kullanılması için gereken şartlarla örtüşmemektedir. Bir kere, yapı alacaklılarının öncelik hakkını kullanması için borçlunun malvarlığının borcu ödemekten aciz olması aranmaz. Öte yandan öncelik hakkı, mutlaka zarar verme kastı ile hareket edildiği takdirde kullanılabilir bir hak değildir. Zira TMK m. 897 hükmü, hakkın kullanılabilmesi için yapı alacaklılarına zarar verecek olmanın bilinebilir olmasını yeterli görmüştür. Yani kanun koyucu bu prensibi kabul ederek mutlaka kast ile hareket edilmesini aramamıştır. Tasarrufun iptali davasının şartlarının öncelik hakkı ile örtüşmediğini kabul etmekle birlikte bunun kendine özgü bir dava olduğunun ifade edilmesi de pratik bir önemi haiz değildir. Nitekim davanın aslında kendine özgü bir dava olduğunu savunan yazarlar, uygulamada yine de tasarrufun iptali davası açarak çözüme ulaşılması gerektiğini belirtmektedir. Ancak açılan bir davanın tasarrufun iptali olarak değerlendirilmesi halinde, hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta davacının talebiyle de bağlı olduğu gözetildiğinde öncelikli olarak İİK m. 280 hükmünde belirtilen şartları değerlendirmesi ve buna göre karar vermesi daha olası olduğundan yapı alacaklılarının mağdur olması ihtimali çok yüksektir. Diğer taraftan, hâkimin ön sırada gelen rehinli alacaklıların bu alacaklarını oluşturan tasarrufları iptal etmesi de mümkün değildir. Tüm bu sebeplerle, tasarrufun iptali davası, öncelik hakkının kullanılması noktasında doğru bir tercih değildir.

⁵¹⁷ Borçlunun alacaklılarına zarar verme kastıyla yapmış olduğu tasarrufların kapsamına bütün alacaklılara zarar verici tasarruflar girdiği gibi borçlunun alacaklılarından biri ile anlaşarak diğer alacaklılarına zarar verme kastı ile yaptığı tasarrufların da girdiği hakkında bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 687-688.

4. Davanın İcra ve İflas Kanunu'nun 142'nci Maddesi Uyarınca Sıra Cetveline Karşı Şikâyet veya İtiraz Davası Olduğu Görüşü

Rehinli taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda satıştan elde edilen miktar tüm rehinli alacaklıların alacaklarını ödemeye yetmez ise icra dairesi bir sıra (İİK m. 140 vd.) veya pay cetveli (İİK m. 206/II-III) düzenler⁵¹⁸. Düzenlenen sıra cetveline karşı İİK m. 142 hükmü uyarınca her alacaklı, cetvel suretinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde sıra cetveline karşı şikâyet yoluna başvurabileceği gibi sıra cetveline itiraz davası da açabilir⁵¹⁹. İcra müdürünün sıra cetvelini hazırlarken takip hukuku hükümlerine aykırı hareket ettiği ve yapılan işlemin somut olaya uygun olmadığı iddia ediliyorsa başvurulacak yol, sıra cetveline şikâyet; takip hukukuna ilişkin kuralların yanlış uygulandığı iddiası yok ve fakat sıra cetveline alınmış bir alacaklının alacağına veya onun sırasına itiraz ediliyorsa başvurulacak yol, sıra cetveline itirazdır⁵²⁰.

Yapı alacaklılarının öncelik hakkını kullanması hususunda öğretide bazı yazarlar⁵²¹ başvurulacak yolun İİK m. 142 hükmü uyarınca sıra cetveline karşı itiraz davası olduğunu savunurken bazı yazarlar ise⁵²² yine İİK m. 142 hükmünün uygulama alanı bulacağını ifade etmekle beraber burada sıra cetveline karşı şikâyet yoluna gidilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşleri savunan yazarlar, yapı alacaklılarının öncelik hakkını etkin bir şekilde kullanabilmesi için taşınmazın satışından elde edilen paranın paylaşılmasından önce hakkın ileri sürülmesi gerektiği veya en azından yapı

⁵¹⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 536.

⁵¹⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 429.

⁵²⁰ Sıra cetveline şikâyet halinde, yani itiraz alacağın esas ve miktarına taalluk etmeyip yalnız sıraya dairse şikâyet, İİK m. 142/III uyarınca icra mahkemesi tarafından incelenir. Sıra cetveline itiraz halinde ise genel mahkemeler görevlidir. Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 429-430.

⁵²¹ Altay/Eskiocak, s. 295-296.

⁵²² Çabri, s. 406. Yazar, yapı alacaklıları tarafından öncelik hakkının kullanılması için başvurulacak yolun tespitinde ikili bir ayrıma gitmektedir. Yazara göre taşınmaz paraya çevrilip henüz paraların paylaşılması gerçekleşmemişse öncelik hakkı sıra cetveline şikâyet yolu ile kullanılmalıdır. Eğer paraların paylaşılması aşaması gerçekleştiyse, yani öncelik hakkına sahip yapı alacaklısı icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurmadı veya şikâyet süresini kaçırdıysa ya da bu davası reddedildiyse ve ön sıradaki rehinli alacaklılar değer artış miktarının kendilerine tahsis edilmesi sonucu öncelik hakkını ihlal ettilerse kendilerine karşı tazminat davası açılmalıdır. Bkz. Çabri, s. 409.

alacaklısı tarafından açılan dava sonuçlanıncaya kadar paraların dağıtılmasının engellenmesi fikrinden yola çıkmaktadır⁵²³.

Öncelik hakkının kullanılmasında sıra cetveline şikâyet yoluna başvurulacağıın kabul edilmesi halinde yapı alacaklısı, icra mahkemesinden sıra cetvelinde yer aldığı sırayı değiştirmesini ister. İcra mahkemesi, sıra cetveli hazırlanırken takip hukukuna özgü kuralların uygulanması hususunda bir hukuka aykırılık olup olmadığını tespit ederek şikâyeti kabul etmesi halinde yapı alacaklısının sıra cetvelinde bulunduğu sırayı değiştirir. Böylelikle yapı alacaklısı, sözleşmesel ipotek hakkı sahiplerinin sırasının önüne geçerek öncelikli olarak alacağını elde etme şansını elde eder⁵²⁴.

Hakkın kullanılmasında başvurulacak yolun sıra cetveline itiraz yolu olması gerektiğini savunan yazarlar ise yapı alacaklıları tarafından öncelik haklarının gereğinin

⁵²³ **Çabri**, s. 406 vd.; **Kalın**, s. 71; **Yenice-Ceylan**, s. 222; **Sümer/Eskiocak**, s. 296. Yargıtay, 2011 tarihli bir kararında, yapı alacaklılarının sıra bakımından bir önceliğe sahip olmadığından bahisle sıra cetveline şikâyet davasını reddetmiştir. Karara göre: "...Davacı vekili, borçluya ait taşınmazın satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde sıralamanın ipotek tesis tarihlerine göre yapıldığını, inşaatçı ipoteğine dayalı rüçhanlı alacağı bulunan müvekkiline öncelik verilmesi gerektiğini, davalı ipotek alacaklılarının ipotek tesis ettiği tarihte ipoteğin yüklenicilerin ve zanaatkarların zararına olacağını bildiğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürerek, sıra cetvelinde 1. Sıraya yazılmasına, rüçhanlı alacağın öncelikle ödenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalılar vekilleri, kanuni yapı ipoteğinin daha önce tesis edilmiş olan iradi ipotek haklarına karşı bir önceliğinin bulunmadığını savunarak davanın reddini istemişlerdir. Mahkemece, toplanan delillere ve dosya kapsamına göre, kanuni ipotek hakkının diğer ipotek haklarına bir önceliğinin bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, davacı vekilinin temyiz istemi üzerine karar Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nce onanmıştır. Bu kez, şikâyetçi vekilince karar düzeltme talebinde bulunulmuştur. Dosyadaki yazılara, İcra Mahkemesi kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerekçelere göre İİK'nun 366. Maddesi ve HUMK'nun 440. Maddesinde sayılan hallerden hiçbirisine uymayan karar düzeltme isteminin reddi gerekmiştir." Yargıtay 23. HD: E. 2011/821, K. 2011/863, T. 06.10.2011. (Naklen: Yenice-Ceylan, s. 222, dpn. 946.)

⁵²⁴ **Çabri**, TMK m. 897/I lafzının bu görüşü desteklediğini, hükümde taşınmazın satışından elde edilen bedelin yapı alacaklısının hakkını karşılamaması halinde eksik kalan kısmın ipotek hakkı elde eden ön sıradaki alacaklılara düşen satış bedelinden arazi değeri çıkarıldıktan sonra kalan bakiye bedel ile karşılanacağıın düzenlendiğini ve bu hükmün yorumundan yapı alacaklısının hakkının öncelikle taşınmazın satışından elde edilen bedelden karşılanması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre öncelik hakkını haiz yapı alacaklısının sıra cetveline karşı itiraz yoluna başvurması mümkün olmadığı gibi buna gerek de bulunmamaktadır. Zira İİK m. 142/III'te açıkça itirazın alacağın esas ve miktarına ilişkin olmayıp yalnızca sıraya ilişkin olması halinde şikâyet yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Öte yandan yazar, yapı alacaklısının sırasıyla birlikte alacağının esas ve miktarına da itiraz etmesi halinde başvuracağı yolun sıra cetveline karşı itiraz yolu olduğunu ve bu davanın genel mahkemede görülmesi gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre icra mahkemesi şikâyeti dinlerken tanık dinleyebilir, bilirkişiye başvurabilir ve hatta gerekirse keşif yapabilir. Dolayısıyla icra mahkemesi bilirkişi incelemesi yaptırarak yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik hakkına sahip olup olmadığını tespit edebilir. Bkz. **Çabri**, s. 408. Ayrıca bkz. **Kuru**, Baki: "İcra ve İflas Hukuku" Tamamen Yeniden Yazılmış ve Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, s. 113. Ankara, 2013; **Postacıoğlu, İlhan/Altay**, Sümer: "İcra Hukuku Esasları" s. 86. 5. Baskı, İstanbul, 2010. **Postacıoğlu/Altay**, icra mahkemesinin maddi hukuka ilişkin sorunları çözme hususundaki yetkisini ifade ederken mahkemenin cebri icra hukukuna etkili olduğu ölçüde ve cebri icra hukuku bakımından tesis edeceği karara dayanarak gerekçe oluşturması yönünden karşısına çıkacak maddi hukuk sorunlarını çözmek konusunda yetkili ve bunu yapmak zorunda olduğunu belirtmiştir. Bkz. **Postacıoğlu/Altay**, s. 86. (Naklen: **Çabri**, s. 407, dpn. 106).

yerine getirilmemesi halinde, satışın kesinleşmesinden sonra icra müdürünün re'sen düzenleyeceği sıra cetveline karşı genel mahkemelerde sıra cetveline itiraz davası açması gerektiğini ifade etmektedir. Bu yazarlara göre, davanın İİK m. 142 hükmü çerçevesinde bir maddi hukuk davası olarak genel mahkemelerde açılma zorunluluğu vardır zira bu ihtilafın şikâyet yoluyla icra hukuk mahkemesinde çözümlenmesi olanaksızdır⁵²⁵. Çünkü öncelik hakkının kullanılmasından kaynaklanan ihtilaf, maddi hukuka ilişkin bir ihtilaf olduğundan bu ihtilafın icra hukuk mahkemesinin takip hukuku çerçevesi ile sınırlı yargı yetkisi içinde çözümlenmesi mümkün değildir⁵²⁶.

5. Görüş ve Kanaatimiz

Yapı alacaklılarının TMK m. 897/I hükmünde kendilerine tanınmış olan öncelik hakkı, sıra bakımından bir önceliği ifade etmez. Öncelik hakkı, yalnızca taşınmazda yapı faaliyeti sayesinde meydana gelen değer artışının öncelikli olarak bu yapı faaliyetini yürüten yapı alacaklılarına tahsisi amacını güder. Dolayısıyla yapı alacaklılarının öncelik hakkı, yalnızca bu değer artışı üzerinde ve bu artışla sınırlıdır. Öncelik hakkı, yapı alacaklısının mutlak surette ön sıradaki rehinli alacaklıların önüne geçmesini ise sağlamaz. Nitekim öncelik hakkının varlığının kabul edilebilmesi için TMK'da öngörülen objektif ve sübjektif şartlar mutlaka bir arada bulunmalıdır. Bu şartlardan herhangi birinin eksik olması, öncelik hakkının kullanılmasını engeller.

Kanaatimize göre, öncelik hakkının kullanılması amacıyla açılacak olan davanın hukuki niteliği incelenirken ikili bir ayrıma gidilmelidir. Ayrım, öncelik hakkının kullanılmak istendiği zamana göre olur. İlk olarak belirtmek gerekir ki, sıra cetvelinin hazırlandığı ve fakat paranın paylaşılması aşamasına henüz geçilmediği dönemde de

⁵²⁵ **Altay/Eskiocak**, s. 295-296.

⁵²⁶ *Altay/Eskiocak*, öğretide bu konuda genel olarak "ipoteğin iptali davası" açılmasına yönelik görüşü de değerlendirmiştir. Yazarlara göre bu davanın icra prosedüründen bağımsız bir ipoteğin davası olarak anlaşılması, bu davanın icra iflas hukukunda bir maddi hukuk davası olarak düzenlenen sıra cetveline itiraz davası bağlamındaki (İİK m. 151, 142) bir ipoteğin iptali davası olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla yapı alacaklıları öncelik haklarını kullanmak istediklerinde mutlaka icra hukuku kuralları çerçevesinde hazırlanan bir sıra cetveline karşı bu taleplerini ileri sürmek zorunda kalacaklardır. Bkz. **Altay/Eskiocak**, s. 296.

yapı alacaklısının öncelik hakkını kullanabileceğinin kabulü gerekir. Yani yapı alacaklılarının öncelik hakkını kullanabilmeleri için ön sıradaki rehinli alacaklılara ödeme yapılmasının beklenmesine gerek yoktur. Zira paraların paylaşılması aşamasından sonra öncelik hakkının kullanılmak istenmesi halinde açılacak davanın hukuki niteliği ve şartları değişeceğinden yapı alacaklısının alacağını elde etmesi zorlaşmış olur. Bu bakımdan yapı alacaklısına taşınmazın paraya çevrilip sıra cetvelinin hazırlanıp kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren dava açma hakkı tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu çözüm tarzı, İsviçre hukukunda benimsenen ve yönetmelik hükmü uyarınca yapı alacaklılarına paraların paylaşılması aşamasından önce öncelik haklarına ilişkin dava açmaları için on günlük süre verilmesine yönelik çözüme de uygundur.

Öncelik hakkı, rehinli alacaklara yönelik sıra cetveli oluşturulduktan ancak henüz paraların paylaşılması aşamasına geçilmeden kullanılmak istenebilir. Nitekim icra memuru tarafından hazırlanan ve rehinli alacaklıların sıra ve paylarını gösteren sıra cetveli, paraların paylaşılmasında esas alınacak cetveldir. Bu cetvelin düzenlenmesi ile birlikte taşınmazın satış bedelinin hangi alacaklılara ne şekilde paylaşılacağı gösterilmiş olduğundan yapı alacaklılarının öncelik hakkının ihlal edilmiş olduğu da anlaşılabilir hale gelir. İcra memuru, İİK m. 141 hükmü uyarınca bu sıra cetvelini ilgililere tebliğ eder ve her ilgili İİK m. 142/I düzenlemesine göre kendisine tebliğ edilen sıra cetveline karşı şikâyet veya itiraz yoluna başvurabilir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere sıra cetveline şikâyet yolu, icra memurunun uyması gereken takip hukuku kurallarına uymaması sebebiyle sıra cetvelinde yer alan alacaklının kendi sırasına itiraz etmesi amacıyla öngörölmüş olan bir yoldur⁵²⁷. Şikâyet sebepleri, alacaklının kendi sırasına itiraz etmesi ile sınırlı olmasa da şikâyet sebeplerinden

⁵²⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 429.

çoğunluğunu, alacaklının istediği sıraya kabul edilmemesi oluşturur⁵²⁸. Şikâyetler, icra mahkemesi tarafından takip hukuku kuralları çerçevesinde, bir nevi şekli bir inceleme yapılarak karara bağlanır. Şikâyet davasında icra mahkemesi, maddi hukuktan kaynaklanan ihtilaflara ilişkin bir değerlendirme yapamaz. Oysaki öncelik hakkı, salt yapı alacaklısı sıfatını haiz olmak sayesinde kullanılabilen bir imtiyaz değildir. Tapu sicilinde yapı alacaklısı ipoteği tescil edilmiş olsa da, öncelik hakkının kullanılabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. İcra memurunun, maddi hukuktan kaynaklanan bu şartların (özellikle sübjektif şartın) gerçekleşip gerçekleşmediğini tapu sicilindeki kayıtlardan anlaması mümkün değildir. İcra memuru, sıra cetvelini hazırlarken yalnızca rehin haklarının tescil tarihlerini kontrol ederek buna göre sırayı düzenler. Hemen belirtelim ki, yapı alacaklısı ipoteğinin tapuda tescil edilmiş olmasına rağmen sıra cetveline hiç alınmamış olması, takip hukuku ile ilgili bir eksiklik olduğundan bu halde yapı alacaklıları sıra cetveline karşı şikâyet yoluna gidilebilir. Zira bu eksiklik, sıra cetvelinin tanzimine yönelik şekli bir eksiklik olup icra memurunun takip hukukuna aykırı davranışı sonucu ortaya çıkmıştır. Bu halde icra mahkemesi, somut olay ve sıra cetvelinin birbirine uygunluğunu inceleyerek ipotek hakkının tapuda tescil edilmiş olmasına rağmen sıra cetveline alınmadığını tespit ederse şikâyeti kabul etmeli ve sıra cetvelinin düzeltilmesine karar vermelidir⁵²⁹.

Yapı alacaklılarının da içinde bulunduğu sıra cetvelinde öncelik hakkının şartları oluşmuş olmasına rağmen taşınmazda meydana gelen değer artışının ön sıradaki rehinli alacaklılara tahsis edilmiş olduğu görülürse yapı alacaklıları, sıra cetveline karşı şikâyet

⁵²⁸ İcra müdürünün uymak ve re'sen yapmak zorunda olduğu bütün hususlardan dolayı İİK m. 16 gereğince şikâyet yoluna başvurulabilir. Bu çerçevede alacaklının alacağının sıra cetveline hiç alınmamış olması, sıra cetvelini düzenleyen icra dairesinin haczi ilk uygulayan icra dairesi olmaması, ihale kesinleşmeden sıra cetveli düzenlenmesi, haczi kalkan alacaklının sıra cetveline dâhil etmesi, sıra cetvelinin tebliğ edilmemesi, ihtiyati haczin kesin hacze dönüşmüş gibi sıra cetveline alınmış olması gibi durumlar da şikâyet sebepleri arasında sayılabilir. Bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s. 429.

⁵²⁹ İcra mahkemesinin şikâyeti kabul etmesi halinde icra müdürü sıra cetvelini buna göre düzelterek İİK m. 141 gereğince düzeltilmiş şekli ile ilgililere tekrardan tebliğ eder; bu suretle değiştirilen sıra cetveli aleyhine ise tekrarda şikâyet ve itiraz yollarına gidilebilir. Bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s. 430.

yoluna başvuramaz. Bu durumda yapı alacaklılarının sıra cetveline karşı itiraz davası açması gerektiği kanaatindeyiz. Zira sıra cetveline itiraz, şikâyet yolundan farklı olarak takip hukuku kurallarına yönelik olmayıp itiraz yolunda sıra cetveli hazırlanırken takip hukukuna özgü şekli kurallara herhangi bir aykırılık yapıldığına yönelik bir iddia yoktur. Burada itiraz eden, sıra cetveline alınmış olan bir alacaklının alacağına veya onun sırasına itiraz eder⁵³⁰. Yani bu davanın konusu davalı olarak gösterilen alacaklının hiç veya gösterilen miktarda alacağının bulunmadığı ya da ona tahsis edilen sıranın ona ait olmadığıdır⁵³¹. Sıra cetveline itiraz davalarında görevli mahkeme, genel mahkemeler olup bu mahkemelerde yapılan yargılamalar sonucu verilen hükümler, icra mahkemelerinde verilen çoğu hükmün aksine maddi anlamda kesin hüküm teşkil ederler. Dolayısıyla sıra cetveline karşı itiraz davası, kural olarak delil serbestisinin bulunduğu ve mahkemenin inceleme yetkisinin yalnızca takip hukukuna özgü kurallarla sınırlı olmadığı bir yoldur. Bu sebeple genel mahkemeler, yapı alacaklısının öncelik hakkını kullanabilmesine ilişkin şartların oluşup oluşmadığını inceleme ve bu konuda bir karar verme yetkisine sahiptir. Bu davanın sıra cetvelinin örneğinin yapı alacaklısına tebliğinden itibaren yedi gün içinde açılması gerekir (İİK m. 142/I)⁵³². Yapı

⁵³⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 430.

⁵³¹ Uygulamada sıra cetveline itiraz davası alacaklının kendi alacağının kabulüne ilişkinse kayıt kabul davası; başka alacaklının alacağının cetvelden çıkarılmasına yönelikse kayıt silme davası olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 430.

⁵³² İtiraz eden kendisine daha önce o alacağa itiraz etme imkânı verildiği halde itiraz etmemişse, örneğin İİK m. 128 uyarınca mükellefiyetler listesine itiraz etmek şansı varken bu hakkını kullanmamışsa artık bu alacaklının sıra cetveline itiraz yolu ile o alacaklının alacağına itiraz etmek hakkının olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 430. İİK m. 128 anlamında mükellefiyet kapsamına ipotekler, ipotekli borç senetleri, irat senetleri, her türlü irtifak ve intifa hakları ve tapu kütüğüne şerh edilen kişisel haklar; örneğin satış vaadi sözleşmeleri, önalım, geri alım, alım hakları, kira sözleşmeleri girmektedir. Yani taşınmaz üzerindeki aynı haklar ile tapuya şerh edilerek kuvvetlendirilmiş kişisel hakları içine almaktadır. Mükellefiyetler listesine haciz koydurmuş alacaklılar ve borçlu üç gün içerisinde itiraz edebilir. İtiraz üzerine icra mahkemesi itirazları karara bağlar. Kesinleşen mükellefiyetler listesi, artırma şartnamesine geçirilir. Bu şekilde hazırlanan ve artırma şartnamesinin bir bölümünü oluşturan mükellefiyetler listesi, alıcı bakımından tapu sicili hükmündedir. Yani alıcı yalnızca mükellefiyetler listesinde yazılı olan mükellefiyetler listesinden sorumlu olup listede yazılı olmayan mükellefiyetler alıcı bunları ayrıca bilmedikçe tapu sicilinde yazılı olup da yanlışlıkla mükellefiyetler listesine geçirilmemiş olsalar bile alıcıya karşı ileri sürülemez. Görüldüğü üzere mükellefiyetler listesi aslında taşınmaz üzerindeki sınırlı aynı hak sahipleri ve şerh edilmiş kişisel hak sahipleri ile taşınmazın alıcısı arasındaki hukuki ilişkinin tespitine yönelik bir düzenlemedir. Aynı zamanda mükellefiyetler listesi her ne kadar satış bedelinin paylaşılma şeklini gösterir bir sıra cetveli niteliğinde olsa da, aslında ihaleye çıkılmadan önce taşınmazın satış değerinin belirlenmesi için öngörülen kanuni bir düzenlemedir. Detaylı bilgi için bkz. Dönmez, Murat: "Mükellefiyetler Listesi" s. 368. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*,

alacaklılarının bu davayı açmasıyla birlikte paraların paylaşılması, hüküm kesinleşinceye kadar ertelenir. Yapı alacaklıları, açtıkları bu davada öncelik haklarını kullanmaları için gereken şartların sağlandığını, bu sebeple sıra cetvelinde taşınmazda yapı faaliyeti sebebiyle meydana gelen değer artışının parasal miktarının ön sıradaki rehinli alacaklılara değil; kendilerine tahsis edilmesini isterler. Yapı alacaklıları bu iddialarını ispatla mükellef olup ispat faaliyeti, yapı alacağının yarattığı değer artış miktarının yapı faaliyetine hasredilmesine ve ön sıradaki rehinli alacaklıların bu haklarını rehin ettirirken yapı alacaklılarına zarar vereceklerini bilebiliyor durumda olmalarının açıklanmasına yönelik yürütülür. Yani yapı alacaklıları mahkemedен sıra cetveline itiraz davası ile birlikte taşınmazda yürüttükleri yapı faaliyeti neticesinde taşınmazdaki değer artışının ön sıradaki rehinli alacaklılara tahsis edildiğini, oysaki TMK m. 897 hükmü uyarınca öncelik hakkına sahip olduklarından ön sıradaki rehinli alacaklının bu alacağı elde etmesinin sıra cetvelinin değiştirilmesi suretiyle engellenmesini ve bu değer artış miktarının kendilerine tahsis edilmesini talep ederler. Görüldüğü üzere yapı alacaklıları, şikâyet yolunda olduğu gibi aslında sıra cetvelinde yer aldıkları sıranın değiştirilmesini değil; sıra bakımından ön sırada gelen rehinli alacaklılara tahsis edilen ve sıra cetvelinde bu rehinli alacaklılara ödeneceği gösterilen değer artış miktarının kendilerine ödenmesini talep etmektedir. Yani yapı alacaklıları, ön sıradaki rehinli alacaklıların sırasına da değil; yalnızca sıra cetvelinde yer alan pay miktarlarına itiraz etmektedir. Mahkeme, yapacağı incelemede ilk olarak yapı alacaklılarının TMK m. 897 hükmü uyarınca bir öncelik hakkını haiz olup olmadığını, akabinde ise bu hakkı kullanmanın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini inceler.

Y. 2006, S. 64, s. 368-382. Kanaatimize göre yapı alacaklıları, mükellefiyetler listesine itiraz etmese bile sıra cetveline karşı itiraz yoluna başvurabilir. Bir kere yapı alacaklılarının öncelik hakları, taşınmazın alıcısına karşı ileri sürülen bir hak olmayıp ön sıradaki rehinli alacaklılara yönelik bir haktır. Dolayısıyla bu hakkın kullanılması mükellefiyetler listesine bir itiraz niteliğinde değildir. Öte yandan yapı alacaklıları, öncelik haklarının doğup doğmadığını ancak taşınmazın satılmasından sonra anlayabilir. Zira öncelik hakkı, taşınmazın satılması akabinde satış bedelinin değer artış miktarına tekabül eden kısmının ön sıradaki rehinli alacaklılara tahsis edilmesi halinde kullanılabilir. Oysa mükellefiyetler listesi taşınmaz satışa çıkarılmadan önce taşınmazın değerinin tespit edilmesi amacıyla yapılan takip hukukuna özgü bir listedir. Bu noktada henüz satış bedeli belirli olmadığından değer artış miktarının ön sıradaki rehinli alacaklılara tahsis edilip edilmeyeceği ya da edilirse ne miktarda bir tahsisin yapılacağı da belirli değildir.

Eğer mahkeme yapı alacaklılarının itirazını kabul ederse, rehinli alacaklılar arasındaki sırayı değiştirmemeli, yalnızca paraların paylaşılmasına esas teşkil eden sıra cetvelindeki alacak miktarlarının yapı alacaklıları lehine değiştirilmesine ve paylaşımın bu yeni sıra cetveline göre yapılmasına hükmetmelidir⁵³³.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, sıra cetveline itiraz davası genel mahkemelerde görülen davalardan olduğundan ve bu mahkemeler tarafından verilen hükümler genellikle hem maddi anlamda hem de şekli anlamda kesin hüküm teşkil edeceğinden sıra cetveline itiraz davası esastan reddedilen yapı alacaklısının, bu red kararının kesinleşmesinden sonra öncelik hakkına dayanarak dava açabilmesi kural olarak artık mümkün değildir.

Yapı alacaklıları öncelik haklarını paraların paylaşılması aşamasından sonra da kullanabilir. Nitekim sıra cetveline itiraz süresini kaçıran veya bu davayı açmayan yapı alacaklısı, paraların paylaşılması akabinde ön sıradaki rehinli alacaklıya karşı dava açabilir. Bu davanın hukuki niteliğinin ise haksız fiile dayanan bir tazminat davası olduğu kanaatindeyiz⁵³⁴. Zira burada haksız fiilin şartları gerçekleşmiştir. İlk olarak yapı alacaklısı, yapı faaliyeti sebebiyle meydana gelen değer artış miktarının ön sıradaki rehinli alacaklıya ödenmesi sebebiyle zarara uğramıştır. Ön sırada gelen rehinli alacaklı, yapı alacaklısını zarara uğratacağını bilebiliyor durumda olmasına rağmen icra dairesi tarafından kendisine yapılan ödemeyi kabul ederek bir haksız fiil işlemiş; ön sıradaki rehinli alacaklının kast veya ihmali suretiyle işlemiş olduğu bu fiil ile yapı alacaklısının zarara uğraması arasında illiyet bağı da bulunduğundan haksız fiilin tüm şartları yerine

⁵³³ Sıra cetveline itiraz davasının kazanılması halinde bu davanın sonucundan yalnızca itiraz eden alacaklının yararlanacağı, yani dava sonunda davalıya ödenmesi öngörülenden indirilecek miktarın tamamının davacının alacağına tahsis edileceği, davacının alacağına tam olarak ödenmesi akabinde bakiye alacağına itiraza uğramış olan davalıya alacaklıya verileceği ifade edilmektedir. Bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s. 430. Biz bu yorumun da yapı alacaklıları bakımından uygulama alanı bulmayacağı kanaatindeyiz. Keza TMK m. 896 hükmü uyarınca yapı alacaklıları arasında eşitlik bulunduğu birinin öncelik hakkını kullanması, diğer yapı alacaklılarının da lehine sonuçlar doğuracağını ve değer artış miktarından oransal olarak faydalanırlar.

⁵³⁴ Aynı görüşte bkz. **Çabri**, s. 409; **Reisoğlu**, s. 207-208; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 744; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1064.

gelmiştir. Dolayısıyla yapı alacaklısı, ön sıradaki rehinli alacaklıya karşı haksız fiilden doğan tazminat davası açabilir.

Yapı alacaklısı, açacağı davada öncelik hakkından faydalanamamasından kaynaklanan zararın ön sıradaki rehinli alacaklıdan tazmin edilmesini ister. Yapı alacaklısı uğramış olduğu bu zararın yanı sıra rehinli alacaklıdan temerrüt faizi de talep edebilir⁵³⁵. Temerrüt, satış bedelinin ön sıradaki alacaklıya fiilen verildiği anda, diğer bir deyişle TBK m. 117/II hükmü uyarınca haksız fiilin işlendiği anda gerçekleşir, rehinli alacaklıya ihtar çekilmesine gerek yoktur⁵³⁶.

Yapı alacaklısının davada ispat etmesi gereken husus, haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarında ispatı gereken hususlardan ibarettir. Yani yapı alacaklısı değer artışının kendi yapı faaliyetinden kaynaklanması sebebiyle kendisine tahsis edilmesi gerektiğini ve ön sırada gelen rehinli alacaklının bu rehin hakkını kullandığında kendisini zarara uğratacağını bilebilecek durumda olduğunu ispat etmelidir.

Yapı alacaklısının açacağı davanın hukuki niteliği haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası olduğundan öncelik hakkı, TBK m. 72 uyarınca iki ve on yıllık süre içerisinde ileri sürülmelidir. İki yıllık kısa zamanaşımı süresi fiilin ve failin öğrenildiği tarihten itibaren başlar. Yani yapı alacaklısı, kendisine tahsis edilmesi gereken değer artışının kendisinden ön sıradaki rehinli alacaklıya tahsis edilerek ödendiğini öğrendiği tarihten itibaren iki yıl; her halükârda ise bu paranın ön sıradaki rehinli alacaklılara ödendiği tarihten itibaren on yıl içerisinde bu davayı açmalıdır.

Sonuç olarak öncelik hakkı, taşınmazın paraya çevrilmesi akabinde sıra cetveline itiraz davası açmak suretiyle kullanılabilmesi gibi paraların paylaşılması aşamasından sonra haksız fiilden doğan tazminat davası açmak suretiyle de kullanılabilir.

⁵³⁵ **Çabri**, s. 409.

⁵³⁶ Kanundan doğan alacak görüşünün kabul edilmesi halinde ise yapı alacaklısının temerrüt faizi isteyebilmesi için TBK m. 117 uyarınca ön sıradaki rehinli alacaklıya ihtar çekmesi gerekir. **Çabri**, s. 409.

B. DAVANIN TARAFLARI

1. Davacı

Öncelik hakkı, münhasıran yapı alacaklılarına tanınmış bir hak olduğundan ancak yapı alacaklısı sıfatını haiz alacaklılar bu hakkı kullanabilir. Ancak her yapı alacaklısı salt bu sıfatı haiz olması sebebiyle öncelik hakkına sahip değildir. Yapı alacaklılarının öncelik haklarını ileri sürerek dava açabilmeleri için ipotek haklarını kesin olarak tescil ettirmesi ve taşınmazda değer artışı meydana getiren bir yapı faaliyeti yürütmüş olmaları gerekir. Diğer bir deyişle bu davanın davacısı, bu şartları sağlayan yapı alacaklılarıdır.

Yapı alacaklılarının kesin tescil yaptırmayıp yalnızca haklarının tescilini geçici olarak şerh ettirmiş olmaları halinde dava açmaları mümkün değildir⁵³⁷. Yani ipotek hakkının geçici olarak tescilinin şerh edilmiş olması, yapı alacaklılarına öncelik hakkına dayanarak dava açma hakkı vermez. Zira davacı olabilecek yapı alacaklılarının kesin tescili yaptırmış yapı alacaklıları olması gerektiği, TMK m. 897 lafzında yer alan “...satış bedeli zanaatkâr ve yüklenicilerin alacaklarının tamamını karşılamadığı takdirde...” ifadesinden anlaşılır⁵³⁸. Nitekim satış bedelinin paylaşılması ancak haklarının kesin tescilini sağlamış alacaklılar arasında olduğuna göre, satış bedelinin paylaşılması neticesinde alacaklarının tamamını elde edemeyen yapı alacaklıları da kesin tescili yaptırmış olan yapı alacaklılarıdır. Zaten kesin tescil, öncelik hakkının kullanılabilmesi için gereken objektif şartlardan biridir.

Kesin tescili yaptırmamış olan yapı alacaklıları öncelik haklarını kullandıklarından bahisle ön sıradaki rehinli alacaklılara karşı dava açarlarsa rehinli

⁵³⁷ Reisoğlu, s. 166; Köprülü/Kaneti, s. 233; Bıçakçı, s. 563; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1129; Baysal, s. 175; Yenice-Ceylan, s. 224; Kalm, s. 76; Güleş, s. 191; Akın, s. 763; Davran, s. 66.

⁵³⁸ Güleş, s. 191.

alacaklılar, öncelik hakkının kullanılması hususunda ipoteğe ilişkin şartların yerine getirilmediğinden bahisle davanın reddini talep edebilir⁵³⁹.

Yapı alacağının üçüncü bir kişiye devredilmiş olması, kesin tescile engel olmadığı gibi öncelik hakkını kullanarak dava açılmasına da engel değildir. Nitekim TBK m. 189 hükmüne göre alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer. Burada öncelik hakkının yapı alacaklılarının emeğinin korunması gayesiyle getirilmiş olması, alacağı devreden yapı alacaklısının kişiliğine özgü bir öncelik hakkı olarak değerlendirilmemelidir. Öncelik hakkı ile korunan, yapı faaliyetine harcanan emeğin kendisi olup yapı alacaklısının şahsından bağımsızdır. Dolayısıyla yapı alacağını devralan kişi de öncelik hakkını kullanarak değer artışından yararlanmak için dava açabilir⁵⁴⁰.

Taşınmaz üzerinde yapı alacaklısı ipoteğine sahip ve bu ipoteği kesin olarak tescil ettiren her yapı alacaklısı, diğer şartların da sağlanması halinde birbirinden bağımsız olarak dava açma hakkına sahiptir⁵⁴¹. Ayrıca bu alacaklılar arasında TMK m. 896 hükmü gereği değer artış miktarından eşit olarak yararlanma prensibi kabul edildiğinden yapı alacaklılarından birinin açtığı davadan diğer yapı alacaklılarının da yararlanması söz konusu olur⁵⁴².

⁵³⁹ **Reisoğlu**, s. 166; **Güleş**, s. 191; **Yenice-Ceylan**, s. 224. *Reisoğlu*, bunun bir def'i olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Reisoğlu**, s. 166. Yazarın görüşü, ifade edilmek istenen kavram geniş anlamda def'i hakkı ise doğrudur. Zira geniş anlamda def'i kavramı bir hakkın ileri sürülmesi yanında bir olayın ileri sürülmesini de kapsar. Ancak davalı tarafından kesin tescil yapılmadığına yönelik savunmanın dar anlamda bir def'i değil; teknik anlamda bir itiraz olduğu kabul edilmelidir. Zira dar anlamda def'i hakları, başkasına ait bir hakka karşı kullanılan ve bu hakkı sürekli veya geçici olarak engelleyen ya da sınırlayan karşı haklardır. İtiraz ise karşı tarafın hakkının mevcut olmadığını kanıtlayan bir olaydır. İtiraz ile ileri sürülen hakkın hiç doğmamış veya sona ermiş olduğunu gösteren olaylar ileri sürülür. Bu bakımdan itirazlar hakkın doğumuna engel olabileceği gibi hakkı yok da edebilir. Öncelik hakkına dayanarak dava açılabilmesi için kesin tescilin yapılmış olması objektif şartlar arasında yer aldığından bu tescilin yapılmamış olması, (örneğin kesin tescilin üç aylık hak düşürücü süre içerisinde yapılmadığı veya kesin tescilin hiç yapılmadığı) hakkın doğmadığının ileri sürüldüğü bir itiraz niteliğindedir. Detaylı bilgi için bkz. **Eren**, Genel, s. 72 vd. Bu savunmanın itiraz olduğu ve hâkim tarafından re'sen gözetilmesi gerektiği hususunda ayrıca bkz. **Güleş**, s. 191; **Yenice-Ceylan**, s. 224; **İnce-Akman**, s. 1165.

⁵⁴⁰ **Kalın**, s. 77; **Reisoğlu**, s. 54; **Yenice-Ceylan**, s. 225; **Güleş**, s. 192; **Wieland**, s. 694.

⁵⁴¹ **Yenice-Ceylan**, s. 225; **Davran**, s. 66; **Güleş**, s. 192.

⁵⁴² **Güleş**, s. 192; **Yenice-Ceylan**, s. 225.

2. Davalı

Öncelik hakkı, yapı alacaklılarının ön sıradaki rehinli alacaklılar sebebiyle taşınmazda yarattıkları değer artış miktarının kendilerine tahsis edilmesi amacıyla açacakları dava ile kullanılır. Yani öncelik hakkından yararlanabilmek için açılan davada davalılar, yapı alacaklılarından ön sırada gelen ve değer artışından yararlanarak yapı alacaklılarını zarara uğratan rehinli alacaklılar ve bunların külli halefleridir⁵⁴³. Bu rehinli alacaklılar sözleşmesel ipotek hakkı sahibi, ipotekli borç senedi veya irat senedi alacaklısı olabileceği gibi diğer kanuni ipotek alacaklıları da olabilir⁵⁴⁴. Bu husus, TMK m. 897/II hükmünden açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim hükümde, önceki sırada bulunan alacaklıların rehin senetlerini devretmesi durumu düzenlenmiştir. Rehin senetlerinin devri halinde öncelik hakkının düzenlenmesi, ön sırada yer alan alacaklıların rehin senedi sahipleri olabileceğini de göstermektedir⁵⁴⁵.

Öğretide, kanun lafzında kendisine karşı öncelik hakkı kullanılabilir kimseler, “...*ipotek hakkı elde eden önceki sıradaki alacaklılar...*” olarak ifade edilmiş olsa da öğretilerde yapı alacaklılarının kendisinden sonra yer alan bir alacaklıya karşı da bu davayı

⁵⁴³ **Kalın**, s. 77; **Saymen/Elbir**, s. 589; **Yenice-Ceylan**, s. 225; **Güleş**, s. 192. *Yenice-Ceylan* ve *Kalın*, öncelik hakkına katlanmakla yükümlü olan kişilerin başında taşınmaz malikinin geldiğini, taşınmaz malikinin iflas etmesi halinde iflas masası, taşınmazın el değiştirmesi durumunda ise yeni malikin davalı sıfatını haiz olacağını ifade etmiştir. Kanaatimizce bu ifade hatalı olup taşınmazın malikine karşı öncelik hakkından kaynaklanan davaların açılması mümkün değildir. Zira öncelik hakkında davalı olabilecek kişiler, taşınmaz üzerinde hak sahibi olan diğer rehinli alacaklılar ile bunların külli halefleridir. Çünkü öncelik hakkının kullanılabilmesi için açılacak olan dava, taşınmazda yapı faaliyeti sebebiyle meydana gelen değer artış miktarının bu alacaklılara tahsis edilmiş olmasından kaynaklanır. Bu dava hakkı da ancak taşınmazın satışı akabinde kullanılabilir. Taşınmaz malikinin bu noktada herhangi bir rolü yoktur. Nitekim taşınmazın satılmasıyla birlikte sıra cetvelinin hazırlanması ve payların belirlenmesi, taşınmaz malikinin iradesi dışında gerçekleşir. Öte yandan taşınmaz maliki rehinli alacaklılara tahsis edilen paylar bakımından da herhangi bir kazanca veya zarara uğramaz. Kanaatimize göre yazarlar, yapı alacaklısı ipoteğinin tescili hakkının muhatabı ile öncelik hakkının muhatabı arasındaki ayrıma riayet etmeksizin bu sonuçlara ulaşmışlardır. Üzerinde yapı faaliyeti yürütülen taşınmazın malikinin değişmesi halinde ipoteğin tescili talebi, yeni malike veya iflas masasına karşı da ileri sürülebilir. Ancak öncelik hakkından doğan davaların taşınmazın yeni malikine veya iflas masasına yöneltilmesi mümkün değildir. Bkz. **Yenice-Ceylan**, s. 225, s. 228; **Kalın**, s. 77-78.

⁵⁴⁴ **Akın**, s. 766; **Reisoğlu**, s. 168-169; **Güleş**, s. 193; **Yenice-Ceylan**, s. 225-226; **Davran**, s. 66; **Köprülü/Kaneti**, s. 234; **Duman**, s. 199; **Bıçakçı**, s. 565; **Sümer**, s. 613.

⁵⁴⁵ *Yenice-Ceylan*, hukukumuzda rehin senetleri olan ipotekli borç senedi ve irat senedi uygulamasının bulunmaması sebebiyle bu kuralın pratikte bir önemi kalmadığını ifade etmektedir. Bkz. **Yenice-Ceylan**, s. 226. İsviçre hukukunda da 2012 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikler neticesinde irat senedi uygulamasına son verilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Güven**, s. 1164 vd.

açabileceği belirtilmektedir⁵⁴⁶. Zira yapı alacaklıları TMK m. 896 hükmü uyarınca kendi aralarında eşit sırada bulunduğu ve paraların dağıtılması aşamasından sonra uğranan kayba da araya giren diğer alacaklılar sebep olduğundan, üzerinde birden fazla yapı alacaklısı ipoteği tescil edilmiş olan taşınmazlarda yapı alacaklılarının kendilerinden sonraki sıralarda yer alan rehinli alacaklılara karşı da dava açabileceği savunulmaktadır⁵⁴⁷. Yapı alacaklılarından sıra olarak daha üst sırada olanın paraların dağıtılması halinde alacağını tam olarak elde etmiş olması da durumu değiştirmez⁵⁴⁸. Çünkü yapı alacaklıları TMK m. 896 uyarınca kendi aralarında eşit sırada sayıldıklarından diğer yapı alacaklısı alacağını tam olarak alan yapı alacaklısının payına iştirak edebileceğinden söz konusu alacaklı yine alacağını tam olarak elde edememiş olur⁵⁴⁹.

Durumu bir örnekle izah edelim. Bir taşınmaz üzerinde birinci sırada (A) lehine sözleşmesel ipotek, ikinci sırada (B) lehine yapı alacaklısı ipoteği, üçüncü sırada (C) lehine sözleşmesel ipotek ve dördüncü sırada da (D) lehine yapı alacaklısı ipoteği tesis edilmiş olsun. Taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen bedelin dağıtılması akabinde (A) ve (B) alacaklılarını tam olarak, (C) kısmen elde etmiş; (D) ise hiç elde edememiştir. İpotekli alacaklılardan (B) ve (D), yapı alacaklısı olduğundan TMK m. 896 uyarınca aralarındaki sıranın önemi yoktur; dolayısıyla (D), (B)'ye düşen satış bedeline iştirak edebilir. Hal böyle olunca, (B) de alacağını tam olarak elde edememiş olur. (D)'nin alacağını elde edememesi sebebiyle kendisinden ön sırada olan (A) ve (C)'ye dava açması hususunda herhangi bir sorun yoktur. Zaten kanun lafzı da bunu doğrulamaktadır. Öte yandan davacının (B) olması halinde dava açabileceği tek kişinin (A) olacağını kabul edilmesi, alacağını (C)'nin de varlığı sebebiyle tam olarak alamayan (B)'nin mağdur edilmesine yol açar. Dolayısıyla kendisinden sonraki sırada

⁵⁴⁶ Reisoğlu, s. 168; Akın, s. 766; Kurt, s. 237; Güleş, s. 192; Yenice-Ceylan, s. 226.

⁵⁴⁷ Reisoğlu, s. 168; Yenice-Ceylan, s. 226; Güleş, s. 192-193; Kurt, s. 237, dñn. 202; Akın, s. 766.

⁵⁴⁸ Güleş, s. 193.

⁵⁴⁹ Güleş, s. 193.

yer almasına rağmen (B)'nin varlığı ile alacağını eksik almasına yol açan (C)'ye karşı da dava açabileceğinin kabul edilmesi gerekir.

Rehinli alacaklıların alacaklarını devretmesi halinde davalı sıfatının durumu, devredilen rehnin türüne göre değişiklik gösterir. Alacağı devreden kişinin sahip olduğu rehin hakkı bir ipotek hakkı ise alacağı ve buna bağlı olarak ipotek hakkını devralan kişi davalı olabilir⁵⁵⁰. İpoteği devralan kişinin taşınmazda yer alan ipotek hakkının yapı alacaklılarına zarar verdiğini bilmiyor olması, diğer bir deyişle iyiniyetli olması, onun davalı sıfatını etkilemez⁵⁵¹.

Rehinli alacaklıların alacağı, bir ipotekli borç senedi veya irat senedine dayanıyor da olabilir. Rehlinli alacaklının sahip olduğu rehin hakkı bir ipotekli borç senedi veya irat senedine dayanıyorsa, devralan kişiye karşı dava açılabilmesi için ise bu kişinin kötünietli olması gerekir⁵⁵². Zira rehin senetleri kıymetli evraka bağlanmış olduğundan kıymetli evraka ilişkin düzenlemeler kapsamında tedavül etmektedir⁵⁵³. Rehlin senetlerini devralanlar iyiniyetli ise öncelik hakkı kendilerine karşı kullanılamaz. Böyle bir durumda, TMK m. 897/II uyarınca bu senetleri devredenler, yapı

⁵⁵⁰ **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1131; **Wieland**, s. 692; **Köprülü/Kaneti**, s. 234; **Göktürk**, s. 1053-1054; **Sümer**, s. 613; **Duman**, s. 198; **Güleş**, s. 193; **Yenice-Ceylan**, s. 226.

⁵⁵¹ **Wieland**, s. 693; **Duman**, s. 199; **Güleş**, s. 193; **Yenice-Ceylan**, s. 226.

⁵⁵² **Köprülü/Kaneti**, s. 234; **Wieland**, s. 693; **Nomer/Ergüne**, s. 370; **Uyumaz**, s. 252; **Yenice-Ceylan**, s. 226; **Güleş**, s. 193; **Akın**, s. 766; **Sümer**, s. 613; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1131.

⁵⁵³ **Yenice-Ceylan**, s. 226-227; **Bıçakçı**, s. 565; **Güleş**, s. 194. Bu bağlamda *Güleş*'e göre ipotekli borç senedi hakkındaki hükümleri ayrıca değerlendirmek gerekir. Yazara göre, TMK m. 899'a göre üzerinde ipotekli borç senedi yoluyla rehin kurulan taşınmaza resmen değer biçilir. Taşınmazın biçilen değerinden daha fazla bedel için de TMK m. 899/II uyarınca ipotekli borç senedi yoluyla taşınmaz rehni kurulamaz. Yapı faaliyetinin yürütüldüğü taşınmazda ise TMK m. 897'de yer alan imkândan dolayı genellikle yapı alacaklısı ipoteğinden önce ipotekli borç senedi tesis edilmiş olur. Bu durum da taşınmazı yapı yapılmadan önceki değeriyle sınırlandırır. Dolayısıyla yapı faaliyeti gözetilmeden taşınmaza değer biçilen durumlarda ipotekli borç senedi lehtar, yapıdan dolayı meydana gelen değer artışına sahip olamayacağını kanunen biliyor demektir. Dolayısıyla değer artış payının ipotekli borç senedi lehtarına zaten kanunun bu düzenlemesi sebebiyle tahsis edilmemesi gerekir. Böyle bir durumla sınırlı olmak üzere ipotekli borç senedini devralanların iyiniyetli veya kötünietli olduklarının değerlendirilmesine de ihtiyaç yoktur. İrat senetleri bakımından da benzeri bir yorum yapılabilir. Durum, irat senetleri için bedel açısından daha kapsayıcıdır. Zira irat senedi tesis edilmeden önce taşınmaza değer biçilirken TMK m. 904 uyarınca taşınmazın gelir değeri göz önünde bulundurulur. Dolayısıyla irat senedi tesis edildiği anda taşınmazda yapı faaliyeti başlamışsa, ileride meydana gelecek yapı göz önünde bulundurulur bir değerlendirme yapılmış olabilir. Bu sebeple ipotekli borç senedi veya irat senedini devralanlara karşı öncelik hakkı ileri sürülürken taşınmazın değerlendirme şartları da dikkate alınmalıdır. Bkz. **Güleş**, s. 194.

alacaklılarına tahsis edilmesi gereken ve fakat eksik kalan miktarı tazmin etmekle yükümlüdürler⁵⁵⁴.

Kanunda kıymetli evraka ilişkin tedavül güvenliğinin yapı alacaklılarının öncelik hakkına tercih edilmiş olması, yapı alacaklılarını çoğu durumda korumasız bırakma riskini taşır. Zira yapı alacaklılarına tazminat hakkı verilmiş olması, önceki rehin hakkı sahibinin ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması halinde tek başına herhangi bir anlam ifade etmez⁵⁵⁵. Bu sebeple kanun koyucu, TMK m. 897/III hükmü ile yapı alacaklılarına bir imkân tanımıştır. Anılan hükme göre yapı alacaklıları, yapı faaliyetine başladığı tapu kütüğünün beyanlar sütununa yazdırabilirler⁵⁵⁶. Tapu kütüğüne yapılan bu kayıttan sonra, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin yapılabileceği sürenin sonuna kadar taşınmaza ilişkin rehin senedi çıkarılması yasaktır. Böylelikle yapı alacaklıları, işe başlanıldığına yönelik beyanı tapu kütüğüne yazdırdıktan sonra taşınmaz üzerinde rehin senedi kurulamayacağından, rehin senedinden doğması muhtemel iyiniyet iddiaları da tamamıyla bertaraf edilmiş ve yapı alacaklıları korunmuş olmaktadır⁵⁵⁷. Bu beyanın tapu kütüğüne yazılmamış olması halinde ise taşınmaza yönelik rehin senedi tanzim edilebileceği gibi senet sahiplerinin iyiniyetli olması halinde kendilerine karşı öncelik hakkından doğan davalar açılmayacaktır. Ayrıca aleyhlerine dava açılacak kişilerin her birine ayrı bir dava açılması gerekli olmayıp her

⁵⁵⁴ Güleş, s. 195; Yenice-Ceylan, s. 227.

⁵⁵⁵ Yenice-Ceylan, s. 227.

⁵⁵⁶ Beyanlar hanesine kayıt yapılabilmesi için yapı faaliyetinin mutlaka fiilen başlamış olması gerekmez, yapı alacaklılarının işi yüklediklerini yaklaşık olarak ispat etmeleri yeterlidir. Öte yandan beyanlar hanesine yapılan bu kayıt, yapı alacaklısı ipoteğinin sırasını etkilemez; hak üzerinde herhangi bir değişiklik yaratmaz. Beyanla birlikte tapu sicili rehin senetlerinin kurulması bakımından belirli bir süreliğine işlemlere kapatılır. Bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1131; Oral, s. 700; Yenice-Ceylan, s. 227-228; Güleş, s. 195; Reisoğlu, s. 172.

⁵⁵⁷ Güleş, s. 195; Yenice-Ceylan, s. 227; Reisoğlu, s. 172. *Wieland*, beyanlar hanesindeki ifadeye rağmen yine de rehin senedi tanzim edilmesi suretiyle taşınmaz rehni kurulması halinde senetleri iyiniyetle kazanan kimselerin kazanımlarının korunması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. *Wieland*, s. 693. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Nitekim TMK m. 897/III hükmü, beyanlar hanesine yapılan bu kayıttan sonra taşınmaza ilişkin rehin senedi çıkarılmasını kesin olarak yasaklamıştır. Bu hüküm emredici nitelikte olduğundan kanunun mutlak emredici hükümlerine aykırı olarak bir işlem tesis edilmesi halinde iyiniyetin rolünden bahsedilemez. Dolayısıyla tapu kütüğünde yer alan beyana rağmen çıkarılan rehin senetlerinin tanzimlerine yönelik işlemler, kesin olarak hükümsüz olup bu rehin senetlerine dayanarak hak kazanımı iddiası hukuki gerekçeden yoksundur.

birinin tek bir davada davalı olarak gösterilmesi mümkündür. Fakat her davalı, yalnızca kendisine düşen ödeme miktarı ile sorumludur⁵⁵⁸.

III. Yapı Alacaklısı İpoteğinin Sona Ermesi

A. Genel Olarak

Yapı alacaklısı ipoteği, ipotek hakkından geçerli bir şekilde feragat edilmesi halinde sona ereceği gibi terkin ile de sona erebilir. Ayrıca ipotek hakkı asıl alacağa bağlı fer'i bir hak olduğundan yapı alacağının sona ermesi da ipotek hakkını sona erdiren sebepler arasındadır. Yine üzerinde ipotek hakkı kurulan taşınmazın yok olması veya kamulaştırılması da ipoteği sona erdirir. Son olarak taşınmaz maliki, kanun tarafından kendisine tanınan yeterli güvence gösterme yetkisini kullanarak yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilmesine engel olabileceği gibi tescilden sonra da bu suretle ipoteğin terkinini talep edebilir.

B. İpotek Hakkından Feragat Edilmesi

Yapı alacaklısı ipoteği, yapı alacaklılarının emeğini korumayı amaçlayan bir kurum olduğundan kanun koyucu, diğer kanuni ipotek haklarında olduğu gibi bu haktan da önceden feragat edilmesini yasaklamıştır. Nitekim TMK m. 893/II'ye göre yapı alacaklılarının sahip olduğu ipotek hakkından önceden feragat etmesi mümkün değildir. Bilindiği gibi yapı alacaklıları, kanuni ipotek haklarının tescilini işi yükledikleri tarihten itibaren talep edebilirler. Eğer kanuni ipotek hakkından feragat yasaklanmamış olsaydı, yapı alacaklıları ile akdedilen sözleşmelerde kanuni ipotek hakkından feragat şartı standart uygulama haline gelerek kurumun işlevselliği kaybedilirdi⁵⁵⁹. Zira iş sahipleri, feragat şartını kabul etmeyen yapı alacaklılarıyla sözleşme akdetmeyi tercih etmeyeceğinden bu durum, kanun vasıtasıyla korunmak isteyen yapı alacaklılarını korumak bir yana, bunların aleyhine birçok sorunu da beraberinde getirirdi.

⁵⁵⁸ Yenice-Ceylan, s. 228; Kalın, s. 78.

⁵⁵⁹ Reisoğlu, s. 137.

Öte yandan, kanuni ipotek hakkından feragati yasaklayan TMK m. 893/II hükmünün lafzından bu haktan feragatin mutlak surette yasaklanmadığı anlaşılmaktadır. Zira kanun koyucu bu haktan yalnızca önceden feragati geçersiz saymış; dolayısıyla işin yüklenilmesinden sonra yapılan feragatlerin geçerli olacağını düzenlemiştir⁵⁶⁰. Diğer bir deyişle, yapı alacağını doğuran hukuki ilişkinin doğmasından önce yapılan feragatler geçersiz, sonrasında yapılan feragatler ise geçerlidir. Örneğin yapı alacağının bir eser sözleşmesinden doğması halinde, eser sözleşmesi ile birlikte veya bu sözleşmenin akdedilmesinden önce yapılan bir feragat geçersiz; sözleşmenin akdedilmesinden sonra yapılan feragat ise geçerlidir⁵⁶¹. Keza yapı alacaklısının iradesi, ancak sözleşmenin akdedilmesinden ve böylelikle işi başkalarına kaptırma tehlikesinden kurtulduktan sonra serbest hale geldiğinden feragat konusunda rahatça karar verebilir.

Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkından geçerli olarak feragat etmesiyle birlikte yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep etme hakkı sona erer. Eğer ipotek tescil edilmişse de terkinin gerekir. Yapı alacaklısı, ipotek hakkından feragat ettikten sonra tek taraflı olarak bu feragatten dönmesi kural olarak mümkün olmayıp bu durumda ancak irade sakatlığı hallerine dayanılarak feragatin iptal edilmesi dava edilebilir. Öte yandan, taşınmaz maliki ve yapı alacaklısı, feragatten sonra sözleşme serbestisi uyarınca her zaman yapı alacaklısı lehine sözleşmesel bir ipotek tesis edebilirler. Bu durumda da, hem lehine sözleşmesel ipotek hakkı tanınan yapı alacaklısının hem de taşınmaz üzerinde hak sahibi olan diğer yapı alacaklılarının kanuni korumadan mahrum bırakılmaması gerektiğini, dolayısıyla bu sözleşmesel ipotek hakkının kural olarak yapı alacaklısı ipoteği gibi değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁵⁶⁰ Simond, s. 193; Leemann, Art. 837, N. 58; Reisoğlu, s. 137.

⁵⁶¹ Reisoğlu, s. 137.

C. İpoteğin Terkini

Terkin, tapu kütüğünde yer alan bir tescilin çizilerek hükümsüz hale getirilmesi işlemidir⁵⁶². Terkin ile birlikte taşınmaz üzerinde yer alan bir aynı hak sona ereceğinden terkin için sona erecek hakkın sahibinin terkinini talep etmesi gerekir (TMK m. 1014)⁵⁶³.

Yapı alacaklısı ipoteğinin sona ermesi hakkında da ipoteğin sona ermesine ilişkin genel hükümler uygulandığından geçerli bir terkin, ipoteği sona erdirir⁵⁶⁴. Terkinin geçerli olarak yapılabilmesi için TMK m. 1014 uyarınca yapı alacaklısı tarafından ipoteğin terkininin talep edilmesi gerekir⁵⁶⁵. Zira terkin, ancak taşınmaz üzerinde tescil edilmiş hakkın sahibi tarafından talep edilebilen bir işlemdir. Ancak yapı alacaklılarının terkinini talep etmemeleri halinde taşınmaz üzerinde gerçek hak durumuna uymayan bir tescil varlığını sürdürür. Böyle bir halde yapı alacaklısının geçerli bir sebep olmaksızın terkinini talep etmemesi halinde taşınmaz maliki, mahkemeye başvurarak yapı alacaklısı ipoteğinin terkinini dava etmek zorundadır⁵⁶⁶. Örneğin yapı alacağı ödenmiş olmasına rağmen yapı alacaklısı ipoteğin terkinini talebinde bulunmuyorsa taşınmaz maliki dava açarak ipoteğin terkin edilmesini sağlayabilir. Böyle bir durumda mahkeme kararı, terkin sebebini oluşturur.

Öğretide, yapı alacaklısının ipotek hakkından feragat etmesi durumunda malikin tek başına tapu sicil müdürlüğüne başvurarak ipoteğin terkin edilmesini talep edebileceği, malikin ayrıca terkine rıza göstermesinin gerekli olmadığı ileri sürülmüştür⁵⁶⁷. Kanaatimize göre bu görüş tartışmaya açıktır. Zira TST m. 69/II'ye göre kayıtların terkininde de tescil istemlerine ilişkin hükümler uygulanır. Tapu sicilinde

⁵⁶² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 240.

⁵⁶³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 241.

⁵⁶⁴ Yenice-Ceylan, s. 231; Akipek-Öcal, s. 41 .

⁵⁶⁵ Akipek-Öcal, s. 41; İnce-Akman, s. 1165-1166; Uyumaz, s. 254; Kalın, s. 88; Yenice-Ceylan, s. 232.

⁵⁶⁶ Akipek-Öcal, s. 42; Yenice-Ceylan, s. 232; İnce-Akman, s. 1166. *Kalın*'a göre bu durumda taşınmaz maliki TMK m. 1025'e dayanarak tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açılması gerekir. Bkz. *Kalın*, s. 87-88.

⁵⁶⁷ Yenice-Ceylan, s. 232; Güleş, s. 202; Uyumaz, s. 254.

yapılacak istemlere ilişkin tüm işlemler, TST m. 16 vd. hükümlerine göre yapılır. Yazılı istem zorunluluğunu düzenleyen TST m. 16/I uyarınca yazılı istem olmadıkça tapu sicili üzerinde işlem yapılamaz. Ayrıca TST m. 17 hükmü, TMK m. 1014 hükmü ile paralel olarak ancak tapu sicilinde hak sahibi olan kişilerin istemde bulunabileceğini düzenlemiştir. Terkini istenen ipotek hakkının sahibi yapı alacaklısı olduğundan taşınmaz maliki, ipoteğe ilişkin hak sahibi değildir. Dolayısıyla feragatin geçerli şekilde belgelendirilmediği hallerde taşınmaz malikinin tek taraflı beyanı, terkin için yeterli değildir. Ayrıca yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin yapılabilmesi için TMK m. 895/III uyarınca alacağın miktarının malik tarafından kabul edilmesi ya da bir mahkeme kararına dayanıyor olması gerekir. Bu hususun tescil aşamasında da belgelendirilmesi gerekir. Alacak miktarı mahkeme kararı ile tespit edilmişse herhangi bir sorun yoktur, zira mahkeme zaten alacağın miktarını tespitle birlikte bir eda hükmü de kurarak tescile karar verirse, kesinleşmiş mahkeme kararına dayanarak tescil işlemi gerçekleştirilebilir. Öte yandan, tescilin alacağın miktarının malik tarafından kabul edilmiş olmasına dayanarak talep edilmesi halinde bu kabulün de belgelendirilmesi gerekir. Bu durum da, ya alacağın miktarının malik tarafından kabul edildiğini gösteren belgelerin sunulması ya da taşınmaz malikinin tapu sicil müdürlüğüne gelerek iradesini tapu sicil memuru önünde açıklaması akabinde iradesinin yazıya geçirilmesi suretiyle yapılır.

Sonuç olarak, hem TMK hem de TST hükümleri uyarınca feragat sebebiyle terkin işleminin yapılması için terkin sebebinin yazılı olarak belgelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Kanunda feragat için herhangi bir şekil öngörülmemiş olsa dahi tapu sicil memurunun salt malikin sözlü beyanına dayanarak terkin işlemini gerçekleştirmesi mümkün değildir. Bu bakımdan yapı alacaklısı hakkından feragat etse de bu feragatin terkine konu olabilmesi için işlem güvenliği açısından noterde resmi şekilde tanzim edilmesi veya hak sahibinin tapu sicil memuru huzurunda sözlü beyanının yazıya geçirilmesi suretiyle terkinin gerçekleştirilmesi gerekir. Dolayısıyla malik feragat

halinde TMK m. 883'e göre yapı alacaklısından yazılı olarak terkine muvafakat etmesini istemeli; bu istem yerine getirilmediği takdirde terkin için yapı alacaklısı aleyhine ipoteğin kaldırılması (fekki) davası açmalıdır. Aksi takdirde, yapı alacaklısı ipotek hakkından feragat etse dahi salt malikin sözlü beyanına dayanarak terkin işleminin gerçekleştirilmesi, hak kayıplarına yol açabileceği gibi tapu sicili işlemlerindeki yazılılık ve belgelendirme esasına da ters düşer.

D. Yapı Alacağının Sona Ermesi

İpotek fer'i bir hak olduğundan varlığı, asıl alacağın varlığına bağlıdır⁵⁶⁸. İpoteğin alacaktan bağımsız olarak kendi başına bir varlığı bulunmadığından asıl alacakta meydana gelen değişimler ipoteği de etkiler⁵⁶⁹. Dolayısıyla yapı alacağının herhangi bir sebeple sona ermesi halinde ipotek de sona erer.

Yapı alacağından kaynaklanan borcun olağan sona erme yolu, bu borcun ödenmesidir. Malikin, borcun tümüyle ödendiğini herhangi bir şüpheye yol açmayacak şekilde belgeyerek ipoteğin terkin edilmesini isteyebileceği ileri sürülmüştür⁵⁷⁰. Kanaatimize göre de malik yapı alacağını doğuran hukuki ilişkinin tarafı olmaması halinde belgelendirme faaliyetini gerçekleştirerek terkin taleb edebilir. Zira ipoteğin terkin edilmesinde malikin menfaatinin bulunduğu kuşkusuzdur. Ancak malik tarafından sunulacak her belgenin terkin sebebi olarak tapuda işleme konulması, işlem güvenliğini tehlikeye atacağından ancak mahkeme kararı veya resmi yazılı belgeler ile işlem yapılması gerekir.

Yapı alacağını doğuran hukuki sebepteki geçersizlikler ya da bu hukuki sebebin irade sakatlığı hallerine dayanılarak iptal edilmiş olması da alacağı sona erdirdiğinden bu sebebe dayanılarak tescil edilen ipoteğin terkin edilmesi gerekir. Keza asıl ilişki

⁵⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1103.

⁵⁶⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1103.

⁵⁷⁰ Yenice-Ceylan, s. 233; Uyumaz, s. 254.

geçersizlik ipoteği de etkileyeceğinden ipotek tescil edilmiş olsa bile yapılan tescil görünürdeki alacaklı lehine bir rehin hakkı doğurmaz⁵⁷¹.

Yapı alacağının zamanaşımı sebebiyle sona erdiği iddiası ile terkin istenmesi ise mümkün değildir. Çünkü TMK m. 864 hükmüne göre ipoteğin tapu kütüğüne tescil edilmesi alacak hakkında zamanaşımı işlemesine engel olduğundan yapı alacağının zamanaşımına uğradığından bahisle ipoteğin terkinin istenemez⁵⁷².

Yapı alacağının sona ermesi sebebiyle malik, artık yalnızca şekli bir tescilden ibaret olarak ipotek hakkının terkin edilmesi için hak sahibinden talepte bulunmalıdır. Yapı alacaklısının bu talebe rağmen terkine yanaşmaması halinde malik tarafından TMK m. 1025'e dayanarak tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açılması gerekir.

E. İpotek Konusu Taşınmazın Yok Olması veya Kamulaştırılması

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edildiği taşınmaz yok olursa yapı alacaklısı ipoteği de sona erer⁵⁷³. Örneğin üzerinde yapı alacaklısı ipoteği tescil edilen bağımsız bölümün yıkılması, arazinin herhangi bir sebeple yok olması ya da taşınmaz niteliğindeki bağımsız ve sürekli hakların sona ermesi halinde bunlar üzerinde kurulmuş olan yapı alacaklısı ipoteği de konusuz kaldığından sona erer.

Taşınmazın kamulaştırılmış olması halinde de yapı alacaklısı ipoteği sona erer. Zira kamuya ait taşınmazlar üzerinde ipotek hakkı kurulamaz. Öte yandan yapı alacağı, kamulaştırma bedeli üzerinde devam eder⁵⁷⁴.

F. Malik Tarafından Yeterli Güvence Gösterilmiş Olması

Taşınmaz maliki, TMK m. 895/IV hükmü uyarınca yapı alacağı için yeterli güvence gösterirse yapı alacaklısı ipoteğinin tescili istenemez. Aynı şekilde, ipotek

⁵⁷¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1103.

⁵⁷² Yenice-Ceylan, s. 233.

⁵⁷³ Uyumaz, s. 254; Akipek-Öcal, s. 41; Kalın, s. 88; Uyumaz, s. 254; Yenice-Ceylan, s. 232; Güleş, s. 202.

⁵⁷⁴ Güleş, s. 203; Kalın, s. 88; Uyumaz, s. 254; Yenice-Ceylan, s. 233; Akipek-Öcal, s. 41.

hakkı tescil edildikten sonra malik yeterli güvence gösterirse tescil edilmiş olan ipoteğin de terkinini gerekir.

Öğretide, malikin tescil yapıldıktan sonra yeterli güvence göstermesi halinde kendisinin de ipoteğin terkinini isteyebileceği ifade edilmiştir⁵⁷⁵. Kanaatimize göre böyle bir durumda malikin tek başına terkinini isteyebilmesi mümkün değildir. Zira tapu memuru, gösterilen güvencenin niteliğinin veya miktarının yeterli olup olmadığını inceleme yetkisine sahip değildir. Dolayısıyla malikin güvence göstermesi sebebiyle terkinini talep edebilmesi, ancak güvence hususunda herhangi bir ihtilaf olmaması halinde yapı alacaklısının yazılı beyanına ya da mahkeme kararına dayanmalıdır. Güvencenin niteliği veya miktarı konusunda herhangi bir ihtilaf yaşanması halinde uyuşmazlığı çözecek olan makam hâkimdir. Hâkim bu konuda açılan davada güvencenin niteliği ve miktarının yeterli olduğu kanaatinde ise yapı alacaklısı ipoteğinin terkinine karar vermelidir.

⁵⁷⁵ Delipnar, s. 159; Yenice-Ceylan, s. 233; Akipek-Öcal, s. 42; Uyumaz, s. 254-255.

SONUÇ

Tescile tabi kanuni bir ipotek hakkı olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen yapı alacaklısı ipoteği, üzerinde ipotek hakkının tesciline elverişli bir taşınmazda yapı faaliyeti yürüten yüklenici ve zanaatkârların bu faaliyete sarf etmiş oldukları emek veya emek ile birlikte malzeme karşılığı olarak sahip oldukları alacakları güvence altına almaya yarayan bir haktır. Yapı alacaklısı ipoteği öğretide, “inşaatçı ipoteği” ve “yapı ipoteği” gibi kavramlarla ifade edilse de kanaatimize göre kurumun ifadesinde en isabetli kavram, yapı alacaklısı ipoteğidir.

Yapı alacaklısı ipoteğinin temelleri, günümüzdeki anlamıyla olmasa da Roma hukukuna dayanır. Gerçekten de yapı alacaklısı ipoteği kanuni bir ipotek türü olarak Roma hukukunda inşaat yapan kişinin sahip olduğu *hypotheca tacita* kurumuyla uzun zamandır değişik şekillerde dünya hukuk literatüründe yer almaktadır. Aynı şekilde Roma hukukundan etkilenen Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde XIX. yüzyıldan itibaren ve hatta Anglo-Sakson hukukunun etkisinin görüldüğü Amerika Birleşik Devletleri'nde de XVIII. yüzyıldan bu yana günümüzdeki ana hatlarıyla varlığını sürdürmektedir. Hukukumuzda ise İslam hukukunun etkisinin görüldüğü Osmanlı Devleti döneminde yürürlükte olan Mecelle'de taşınmaza ilişkin rehin hakları düzenlenmiş olmakla beraber yapı alacaklısı ipoteği kurumuna Cumhuriyet dönemine kadar rastlanmaz. Cumhuriyet'in ilanı ve 1926 senesinde 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin kabulü ile birlikte mehz İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alan yapı alacaklısı ipoteği, hukukumuzda da somut düzenlemelere konu yapılmıştır. Türk Kanunu Medenisi'nin ilga edilmesiyle birlikte 1 Ocak 2002 senesinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda eski Medeni Kanun'da yer alan düzenlemeler aynen korunmuştur.

Yapı alacaklısı ipoteği, bir ipotek hakkı olarak sınırlı bir ayni hak karakterini taşımakta ve tescile tabi olması sebebiyle aynı sözleşmeden doğan ipotek hakları gibi

tapu kütüğüne tescili gerekmektedir. Öte yandan kanuni bir ipotek hakkı olduğundan hakkın varlığı için taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmasına gerek yoktur. Bu hakkın tapu kütüğüne tescil edilmesiyle birlikte hak herkese karşı ileri sürülebilir hale gelir ve güvence altına aldığı alacağa ilişkin zamanaşımı kesilir. Taşınmaz rehnine hâkim olan ilkelerden belirlilik ve açıklık ilkeleri, taşınmaz rehninin özel bir türü olan yapı alacaklısı ipoteği bakımından da geçerlidir. Belirlilik ilkesine göre, rehinle temin edilen alacağın, yani yapı alacağının ve rehin konusu taşınmazın belirli olması gerekir. Yapı alacaklısı ipoteği, ancak özel mülkiyete elverişli taşınmazlar üzerinde kurulabilir. Bu bakımdan üzerinde ipotek kurulabilen taşınmazlar araziler, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler ve tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklardır. Sahipsiz yerler ile kamu malları ve hizmet malları üzerinde, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazlarda ise ipotek hakkının kurulması mümkün değildir. Açıklık ilkesi ise ipoteğin tapuya tescil edilmekle doğması gerektiğini ifade eder. Yapı alacaklısı ipoteği de tescile tabi ipotek haklarından olduğundan açıklık ilkesi, bu ipotek hakkı bakımından da etkisini gösterir. Öğretide, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep etme hakkının hukuki niteliği ise tartışma konusu olmuştur. Eşyaya bağlı bir borç ilişkisi kuran ipoteği tescil talebi, bu niteliği itibarıyla aynı bir talep hakkına benzer derecede sonuçlar doğurur. Dolayısıyla yapı alacaklıları, sahip oldukları kanuni ipotek hakkını, şartların oluşması halinde, taşınmazı sonradan temlik edenlere karşı ileri sürebileceği gibi taşınmaz malikinin iflas etmesi halinde iflas masasına karşı da ileri sürebilir. Bu durum, kanun koyucunun kurumu getirme gayesiyle de örtüşmektedir. Zira tescili talep hakkının eşyaya bağlı bir borç oluşturduğu ve aynı bir talep hakkına benzer bir etki yarattığının kabulü ile birlikte kanunun yapı alacaklılarına tanımış olduğu bu güvence, kötüniyetli temliklere ve iflasa karşı korunmuş olur.

Yapı alacağı, ipotek hakkının doğumuna sebep olan hukuki ilişkiden kaynaklanan alacaktır. Bu alacak, bir eser sözleşmesinden kaynaklanabileceği gibi isimsiz bir sözleşmeden ya da vekâletsiz işgörmeye ilişkisinden de kaynaklanabilir. Dolayısıyla yapı alacağı genellikle eser sözleşmesinden kaynaklansa da bir alacağın yapı alacağı olarak nitelendirilmesi için onun eser sözleşmesinden doğması zorunlu değildir. Bu alacağın yapı faaliyetiyle alakalı olması ve faaliyete ilişkin fiziki veya fikri bir emek ürünü ya da bu emekle birlikte malzeme verilmesi şeklinde tezahür etmesi gerekli ve yeterlidir. Bu bakımdan yapı alacaklısı olabilecek kişilerin TMK m. 893 hükmü lafzında alt yüklenici ve zanaatkârlar olarak zikredilmiş olması yeterli değildir. Hemen belirtmek gerekir ki kanun lafzında yalnızca alt yüklenicilerin belirtilerek asıl yüklenicilerin belirtilmemiş olması, asıl yüklenicilerin yapı alacaklısı olmalarına engel değildir. Asıl yüklenicilerin de yapı alacaklısı olabilecekleri hususunda öğretide ve uygulamada görüş birliği bulunmaktadır. Aynı şekilde caiz ve gerçek vekâletsiz işgörmeye halinde işgören ve taşınmazdaki kiracının talimatı ile çalışanlar da şartların sağlanması halinde yapı alacaklısı olabilir. Öte yandan, yapı faaliyetine fikri emek sarf eden mimar, mühendis ve diğer fikri emek sahiplerinin yapı alacaklısı olabilecekleri ise tartışmalıdır. Bununla birlikte İsviçre hukukunda 2012 yılında yürürlüğe giren değişiklikler sonrasında öğretide ortaya atılan “yapı faaliyetiyle bağlılık” görüşüne göre mimar ve mühendis gibi fikri emek sarf edenlerin faaliyetlerinin yapı faaliyetiyle birincil derecede bir bağlılık arz etmesi halinde bu kişiler de yapı alacaklısı sıfatıyla kanuni ipotek haklarının tescilini talep edebilirler. Ancak unutulmamalıdır ki yapı alacaklıları, faaliyetlerini taşınmaz malikinden veya alacaklı oldukları kişilerden bağımsız bir şekilde yürütüyor olmalıdır. Taşınmaz malikine veya yükleniciye bağımlı olarak çalışan işçiler, başta İş Kanunu ve İcra ve İflas Kanunu hükümleri olmak üzere hâlihazırda başka kanuni güvencelere sahip olduklarından ve genellikle kredili çalışmak zorunda olmadıklarından yapı alacaklısı ipoteğinden faydalanamazlar. Aynı şekilde, yapı

faaliyetine sadece malzeme tedarik edenler ile inşaat kredisi verenler de yapı alacaklısı olamazlar.

Bir yapı faaliyetinde yapı alacaklılarının sayısının artması, taşınmaz maliki açısından birtakım riskleri de beraberinde getirir. Özellikle alt yüklenicilik ilişkisinin bulunduğu yapı faaliyetlerinde alt yükleniciler de yapı alacaklısı sıfatını haiz olduğundan alt yüklenicilerin alacağını alamaması halinde taşınmaz maliki, tarafı olmadığı bir borç ilişkisi sebebiyle taşınmazıninin cebri icra yoluyla paraya çevrilmesine katlanmak zorunda kalabilir. Keza alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkı, asıl yüklenicinin ipotek hakkından bağımsız olduğundan her ikisi de haklarının taşınmaz üzerinde tescil edilmesini sağlayabilir. Taşınmaz malikinin alt yüklenicilik ilişkisinden haberi olup olmaması hatta bu ilişkiye onay verip vermemesi de bu noktada herhangi bir önem arz etmez. Alt yüklenicinin ipotek hakkı, asıl yüklenicinin alacak miktarı ile sınırlı da değildir. Böyle bir durumda alt yüklenici, asıl yükleniciden olan alacağını alamadığı takdirde tescil ettirmiş olduğu ipotek hakkına dayanarak taşınmazın paraya çevrilmesini isteyebilir. Taşınmaz maliki buna engel olmak için alt yükleniciye ödeme yapmak zorundadır. Dolayısıyla asıl yükleniciye de kendi arasındaki hukuki ilişki sebebiyle ödeme yapan taşınmaz maliki, birden fazla ödeme yapmış olmaktadır. Bu durumun taşınmaz maliki aleyhine hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğu açıktır. Öğretide, taşınmaz malikinin karşılaştığı hakkaniyete aykırı bu durumun bertaraf edilmesi amacıyla çeşitli çözüm önerileri getirilmiş olsa da özellikle sözleşmelerin nispiyeti ilkesi ve yapı alacaklısı ipoteği hakkından önceden feragat edilmesinin TMK m. 893 hükmü gereği yasaklanmış olması karşısında bu çözüm önerileri yetersiz kalmalıdır. Bu bağlamda kanuni bir değişikliğe ihtiyaç duyulmaktadır. Kanaatimize göre, Alman hukukundaki gibi alt yüklenicilerin yapı alacaklısı olabilmeleri engellenebileceği gibi bu durumun yapı alacaklısı ipoteği kurumunun getirilme

amacıyla bağdaşmadığı düşünülürse yalnızca taşınmaz malikinın izin veya icazetinin olduğu alt yükleniciler bakımından bu hak tanınabilir.

Yapı alacağının kapsamı, yapı alacağının doğduğu hukuki ilişkinin niteliğine göre değişkenlik gösterir. Yapı alacağının bir eser sözleşmesinden kaynaklanması halinde tapuda yapı alacağı olarak tescil edilecek tutar, eser sözleşmesinde kararlaştırılan bedele göre tespit edilir. Eser sözleşmesinde bedel götürü olarak kararlaştırılmışsa yapı alacağı da bu bedel üzerinden anapara ipoteği şeklinde tesis olunur. Öte yandan yaklaşık bedelin kararlaştırıldığı ya da bedelin hiç kararlaştırılmadığı hallerde ise yapı alacağı olarak bir üst sınır ipoteği tescil edilebilir. Yapı alacağı mutlaka eser sözleşmesinden doğmak zorunda olmadığından örneğin vekâletsiz işgörmeye hükümlerinden kaynaklanan bir yapı alacağının varlığı halinde ise yapı alacağının kapsamı, vekâletsiz işgörmeye hükümlerine göre işgörenin alacağının hesaplanması yoluyla tespit edilir.

Yapı alacağının tescil edilmesi, belli şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartlardan ilki, yapı alacağının çekişmeli olmamasıdır. Alacağın çekişmeli olmamasından anlaşılması gereken, bu alacağın taşınmaz maliki tarafından kabul edilmiş olması ya da mahkeme kararıyla tespit edilmiş olmasıdır. Önemle belirtmek gerekir ki, TMK m. 895/III hükmü uyarınca bu şartlar gerçekleşmeden yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilmesi mümkün değildir. Yapı alacağının taşınmaz maliki tarafından kabulü, onu yapı alacağının borçlusu konumuna getirmez. Alacağın kabulü, borcun ikrarı olarak anlaşılmamalıdır. Taşınmaz malikinın tapuda tescil edilecek tutarı, yani rehin yükünü kabul etmesi, yapı alacaklısı ipoteğinin tescili için yeterlidir. Alacağın malik tarafından kabul edilmemesi halinde ise yapı alacaklısı, alacağının mahkeme tarafından tespit edilmesini ve ipotek hakkının tapuya tescil edilmesini istemelidir. Hakkın tescili için gerekli olan ve menfi şart olarak adlandırılan ikinci şart, malikin yapı alacağına yönelik yeterli güvence göstermemiş olmasıdır. Gerçekten de, TMK m.

895/IV hükmüne göre malik yeterli güvence gösterirse hakkın tapu kütüğüne tescili yapılamaz. Bu bağlamda malik tarafından gösterilecek güvencenin türü önemli olmayıp malik aynı veya şahsi bir güvence göstererek tescile engel olabilir. Her halükarda bu güvencenin yeterli olması gerekir. Güvencenin yeterliliği konusunda herhangi bir ihtilaf çıkması halinde uyuşmazlığı çözmekle yetkili makam, hâkimdir. Son olarak, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin kanunda belirlenen sürelerle uygun bir şekilde yapılması gerekir. Yapı alacaklıları, işi yükledikleri tarihten başlayarak haklarının tescilini isteyebilirler. Bunun için yapı faaliyetine başlanması gerekli olmayıp yapı alacağını doğuran hukuki ilişkinin kurulması yeterlidir. Ayrıca yapı alacaklıları, haklarını kendi üstlendikleri yapı faaliyetinin tamamlanmasından itibaren en geç üç ay içerisinde tescil ettirmelidir. Üç aylık süre geçtikten sonra tescilin yapılması mümkün olmayıp hak düşürücü nitelikte olan bu süreler, tapu memurları ve hâkim tarafından re'sen gözetilmelidir.

Kanuni ipotek hakkının tescili için öngörülen azami sürelerin kaçırılması ihtimali de herhangi bir sebeple gündeme gelebilir. Örneğin alacağın malik tarafından kabul edilmemesi halinde buna yönelik dava açılması, uzun yargılama süreleri de gözetildiğinde, üç aylık sürenin kaçırılmasına yol açabilir. Buna engel olmak amacıyla yapı alacaklısı ipoteğinin geçici tescilinin şerhine karar verilebilir. Buradaki geçici tescil, TMK m. 1011/I-1 hükmü uyarınca iddia edilen bir aynî hakkın güvence altına alınması gerektiği durumlarda verilecek şerhten ibarettir. Keza yapı alacağının malik tarafından kabul edilmemesi, bir sınırlı aynı hak niteliğinde olan yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini engellemektedir. Tescili talep hakkı da aynı bir talep hakkına benzediğinden çekişmeli olan husus aslında taşınmazın bir sınırlı aynı hakla yüklenip yüklenmemesidir. Geçici tescilin şerhi ile birlikte yapı alacaklıları, tescil için gerekli olan süreleri kaçırmaya riskinden kurtulmuş olmaktadır.

Yapı faaliyetinin yürütüldüğü taşınmaz üzerinde yapı alacaklısı ipoteğinin yanı sıra başka kanuni ipotekler ya da sözleşmeden doğan ipotek hakları olabilir. Bu durumda bu ipotek hakları ile yapı alacaklısı ipoteğinin arasındaki sıranın incelenmesi gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki, yapı alacaklısı ipoteği, diğer ipoteklere kıyasla sıra bakımından herhangi bir önceliğe sahip değildir. Dolayısıyla taşınmaz cebri icra yoluyla paraya çevrildiğinde elde edilen miktardan yapı alacaklılarının öncelikli olarak faydalandırılması mümkün değildir. Yapı alacaklısı ipoteği ile diğer ipotekler arasındaki sıra, bunların tescil tarihine göre belirlenir. Ancak yapı faaliyetini yürüten birden fazla yapı alacaklısı var ise bunlar tescil tarihlerine bakılmaksızın kendi aralarında eşit sırada sayılırlar. Dolayısıyla yapı alacaklısı ipoteği, tarih itibarıyla kendinden önce gelen sözleşmeden doğan ipotek haklarından sonra gelir. Yani taşınmaz cebri icra yoluyla paraya çevrildiğinde elde edilen bedel, öncelikli olarak tarih yönünden önce gelen alacaklılara ödenir. Bu durum, yapı alacaklılarının tam olarak korunmasını sağlamadığı gibi taşınmazda yürüttükleri yapı faaliyeti sayesinde taşınmazın değerini artıran yapı alacaklılarının emeklerinin heba olması riskini de taşır. Kanun koyucu, bu riski bertaraf etmek amacıyla TMK m. 897 hükmüyle yapı alacaklılarına bir öncelik tanımıştır. Buna göre tapu kütüğünde hakkını tescil ettirmiş bir yapı alacaklısı, yürüttüğü yapı faaliyetinin taşınmazda bir değer artışına yol açmış olması halinde bu değer artışı üzerinde öncelikli olarak hak sahibidir. Bir başka deyişle yapı alacaklıları, taşınmazdaki değer artışının ön sıralardaki rehinli alacaklılara tahsis edilmiş olması sebebiyle bir zarara uğramışsa, TMK m. 897 hükmü ile kendilerine tanınmış hakkı kullanarak alacaklarını öncelikli olarak tahsil edebilirler. Ancak bu hakkın kullanılabilmesi için ön sıralardaki rehinli alacaklıların, sahip oldukları hakkın yapı alacaklılarına zarar verdiğini biliyor veya en azından bilebilecek durumda olmaları gerekir.

Öncelik hakkının kullanılmasının hukuki niteliği de öğretide bazı tartışmalara yol açmıştır. Kanaatimize göre öncelik hakkının ne şekilde kullanılacağı, bu hakkın

kullanılmak istendiği zamana göre değişkenlik gösterir. Taşınmazın cebri icra yoluyla paraya çevrildiği ve fakat henüz paraların paylaştırılması aşamasına henüz geçilmediği bir dönemde yapı alacaklısı öncelik hakkını kullanmak isterse, burada izlenmesi gereken yol sıra cetveline itiraz davası açmaktır. Nitekim yapı alacaklıları burada hem n sıradaki rehinli alacaklıların sırasına hem de bu alacaklılara ödenmesi planlanan ve sıra cetvelinde gösterilen miktara itiraz etmektedir. Öte yandan paraların paylaştırılması aşaması tamamlandıktan sonra öncelik hakkı kullanılmak istenirse bu halde de yapı alacaklıları, n sıradaki rehinli alacaklılara karşı şartların oluşması halinde haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası açmalıdır.

Yapı alacaklısı ipoteği, çeşitli sebeplerle sona erebilir. Örneğin ipotek hakkından sonradan feragat edilmesi halinde ipotek terkin edilir. Terkin, feragat sebebiyle olmak zorunda olmayıp yapı alacağının sona ermesi de ipoteğin fer’iliği niteliği uyarınca yapı alacaklısı ipoteğini sona erdiren sebeplerden biridir. İpotek konusu taşınmazın yok olması da ipoteği konusuz bırakacağından hakkı sona erdirir. İpotek hakkı ancak özel mülkiyete konu olabilen taşınmazlar üzerinde kurulabileceğinden taşınmazın kamulaştırılması da yapı alacaklısı ipoteğini sona erdiren sebeplerden birisidir. Son olarak malikin ipotek tescil edildikten sonra yeterli güvence göstermiş olması da, kendisine ipoteğin terkinini talep hakkı verdiğinden ipoteğin sona erdiği bir sebep olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk: “Rehin Hukuku Dersleri”, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

ACAR, Faruk: “Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi”, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

AKCAN, Cansın: “Yapı İpoteği”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2018, C. 76, S. 2, s. 69-110.

AKIN, Levent: “İnşaatçı İpoteği”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1991, S. 5, s. 751-769.

AKİPEK, Jale: “Türk Eşya Hukuku (Mahdut Ayni Haklar) C. III”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974.

AKİPEK-ÖCAL, Şebnem: “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2018, C. 6, S. 1.

AKİPEK-ÖCAL, Şebnem: “Vekâletsiz İş Görme”, s. 723. (*Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Editör: Turgut Öz), Ankara, 2023.

AKİPEK-ÖCAL, Şebnem: “İnşaatçı (Yapı) İpoteği”, *İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, (Editörler: Emrehan İnal / Başak Baysal), On İki Levha Yayıncılık, s. 31-44, İstanbul, 2017.

AKSU KAYACAN, Simge: “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde Bakım Alacaklısının Güvence Sağlamaya Yönelik Hakları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2019, C. 21, S. 1, s. 353-395.

AKYILMAZ, Bahtiyar / **SEZGİNER**, Murat / **KAYA**, Cemil: “Türk İdare Hukuku”, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.

ALTAY, Sümer / **ESKİOCAK**, Ali: “Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni”, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

ALTOP, Atilla: “4489 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Çerçevesinde İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı ve Anapara İpoteği – Limit (Üst Sınır) İpoteği Ayrımının Uygulamaya Yansıyan Sonuçları”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Y. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, *Aysel Çelikel’e Armağan*, İstanbul, 2001.

ANTALYA, Osman Gökhan: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,2”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.

ARSLAN, Ramazan / **YILMAZ**, Ejder / **TAŞPINAR-AYVAZ**, Sema / **HANAĞASI**, Emel: “Medeni Usul Hukuku”, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

ARTUKMAÇ, Sadık: “İnşaat Hukuku”, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1975.

ATAMER, Kerim: “İnşaatçı İpoteğiyle Karşılaştırmalı Olarak Tersane Sahibinin Kanuni İpotek Hakkı”, *Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı*, Türkiye İş Bankası ile Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. Ankara, 2016.

ATAR, Eray Aksın: “Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkında Güvencenin, Güvenceyi Oluşturan Değerler Bakımından Kapsamı ve Taşınmazdaki Değer Düşmesine Karşı Alacaklının Korunması”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

ATAY, Ender Ethem: “İdare Hukuku”, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.

ATIF BEY: “Mecelle Şerhi (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyeden kavaid-i külliye şerhi)”, Kitabürrehin, Mahmud Bey Matbaası, İstanbul, 1912.

AVCI, Ali / **KÖKSAL-ORUÇ**, Buket: “İnşaatçı İpoteği (Yapı Alacaklısı İpoteği)”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Y. 2014, S. 2014/2, s. 93-124, Ankara, 2014.

AYAN, Mehmet: “Eşya Hukuku III: Sınırlı Ayni Haklar”, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

AYBAY, Aydın: “Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil”, Ahmed Said Matbaası, İstanbul, 1962.

AYRANCI, Hasan: “Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

AYYILDIZ, Havva: “Roma Hukukunda Ayni Teminat”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 1989.

BAŞPINAR, Veysel: “Sınırlı Ayni Haklar Arasında Sıra”, *Türkiye Noterler Birliği Dergisi*, Y. 1993, S. 78, s. 50-60.

BAUMANN, Daniel: “Der Baukredit”, 2. Auflage, Zürich, 1997.

BAYGIN, Cem: “Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler” Beta Basım Yayım, İstanbul, 1999.

BAYSAL, Başak: “Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar”, *Prof. Dr. Özer Seliçi 'ye Armağan*, s. 149-178, Ankara, 2006.

BIÇAKÇI, Levent: “Yapı Alacaklısı İpoteği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Y. 1981, C. 45, S. 1/4, s. 537-568.

BİRİNCİ-UZUN, Tuba: “Eser Sözleşmelerinde Keşif Bedeli ve İş Sahibinin Keşif Bedelinin Aşırı Derecede Aşılmasına Karşı Korunması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2014, C. 9, S. 100, s. 85-98.

BİSE, Henri: “De l'hypothèque des Entrepreneurs et des Artisans dans le Code Civil Suisse”, Estavayer, 1912.

BUDAK, Cem: “İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip”, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.

BÜYÜKAY, Yusuf: “Eser Sözleşmesi”, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

CAN, Mertol: “Yeni Medeni Kanun’un İnşaatçı (Yapı) İpoteği hakkındaki Hükümleri ile İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapılıp Yapılmadığı Meselesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2004, C. 8, S. 2.

COŞKUN, Mehmet Egehan / **KAYAALTI**, Rabia: “Kanundan Doğan İpotek Hakları” (İpotek ile İlgili Makaleler, *Yayına Hazırlayanlar: Saibe Oktay-Özdemir, Batuhan Akkuş*), İstanbul 2021.

CUMALIOĞLU, Emre: “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi”, s. 898-915, (Borçlar Hukuku Özel Hükümler, *Editör: Turgut Öz*), Ankara, 2023.

ÇABRİ, Sezer: “Yapı Alacaklısı İpoteğinin Önceliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, Y. 2017, C. 19, S. Özel Sayı-2017, s. 377-413.

ÇAKIR-ÇELEBİ, Fatma Betül: “Joint Venture’in Hukuki Niteliği”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2017/2, s. 97-126, Y. 2017.

ÇETİNER, Bilgehan: “Taşınmaz Teminatı”, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.

ÇINAR, Ömer: “Taviz Bedeli ve İcareteynli ve Mukataalı Vakıfların Tasfiyesi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2011, C. 15, S. 1-2.

DAVRAN, Bülent: “Rehin Hukuku Dersleri”, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972.

DELİPINAR, Yusuf Can: “İnşaatçı İpoteğinde Aynı İş İçin Birden Fazla Ödeme Yapılması Sorunu ve Bazı Çözüm Önerileri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2021, C. 34, S. 154, s. 155-171.

DEMİR, Remzi: “Yapı Alacaklısı İpoteği”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2019, C. XIV, S. 2, s. 493-524.

DEMİRSATAN, Barış: “Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcunun İfa Edilmemesinin Sonuçları”, İstanbul, 2016.

DEREKÖY, Hande: “Kanuni İpotek Tesisinin Tapu Siciline Uygulanması, Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, s. 51 vd. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu ve Kadastro Uzmanlık Tezi, Ankara, 2016

DEWHURST, Christian: “Mechanic’s Liens For Design Professionals: A Powerful Payment Collection Tool” *Texas Construction Law Blog* (Co-Author: Tim Fandrey – Gray Reed Law Partnership).

Dİ MARZO, Salvatore: “Roma Hukuku” (Çeviren: Ziya Umur), İstanbul, 1954.

DIXON, James: “RE&C In Review: Design Professionals Will Be Granted Lien Rights on Commercial Projects Under Senate Bill 49”, *Brouse McDowell, A Legal Professional Association*.

DÖNMEZ, Murat: “Mükellefiyetler Listesi” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2006, S. 64, s. 368-382.

DUMAN, İlker Hasan: “İnşaatçı İpoteği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2014, C. 9, S. 100, s. 189-200.

ERDOĞMUŞ, Belgin / **TAHİROĞLU**, Bülent: “Roma Hukuku Meseleleri”, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.

ERDOĞMUŞ, Belgin: “Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatına Genel Bir Bakış”, *Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan*, C. 1, s. 255-274. İstanbul, 1982.

EREL, Şafak: “Gayrimenkul Rehninde Sıra”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974.

EREN, Fikret / **DÖNMEZ**, Ünsal: “Eren Borçlar Hukuku Şerhi (Cilt V: TBK m. 393-646)”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

EREN, Fikret: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
(Genel)

EREN, Fikret: “Borçlar Hukuku Özel Hükümler”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
(Özel)

EREN, Fikret: “Mülkiyet Hukuku”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021. (*Mülkiyet*)

ERMAN, Hasan: “Eşya Hukuku Dersleri”, 10. Baskı, DER Yayınları, İstanbul, 2014.

ERTAŞ, Şeref: “Eşya Hukuku”, 16. Baskı, Fakülteler Barış Kitabevi, İzmir, 2021.

ESENER, Turhan / **GÜVEN**, Kudret: “Eşya Hukuku”, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

FESSENBECKER, Gene: “Lien Law for Construction Contractors”, Construction Contracting Press, 1998.

FREY, Gerhard: “Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III”, III. Auflage, (*Herausgeber: Kostkiewicz, Jolanta Kren / Wolf, Stephan / Amstutz, Marc / Fankhauser, Roland*), Zürich, 2009.

GÖKA, Emir: “Yapı Alacaklısı İpoteğinin Tescilinde Karşılaşılan Bazı Sorunlar”, s. 453-503. *Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu* (Editörler: Orhan, Uğur / Göka, Emir / Göztepe, Ece), İstanbul, 2020.

GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: “Türk Medeni Hukuku (Dördüncü Kitap: Ayni Haklar)”, Ankara, 1947.

GÖNEN, Doruk: “İnşaat Sözleşmesinde Bedel”. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

GÖZLER, Kemal: “İdare Hukuku, C. II”, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.

GÜLEKLİ, Yeşim: “İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı”, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1992.

GÜLEN-ERDOĞAN, İsmahan: “Türk Hukukunda Vekâletsiz İş Görmenin Yeri ve Niteliği”, *Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, s. 471-504. Aralık, 2023.

GÜLEŞ, Bedia: “Türk Hukukunda Yapı İpoteği”, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II”, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

GÜNEL, Cahit: “Taşınmaz Rehninin Alacak Bakımından Kapsamı”, *Özer Seliçi'ye Armağan (Editör: Hatemi, Hüseyin)*, Seçkin Yayıncılık, s. 247-266, Ankara, 2006.

GÜRSES, Davut: Kredi Teminatı Olarak Üst Hakkı İpoteği”, *Bankacılar Dergisi*, Y. 2011, C. 22, S. 76, s. 3-17.

GÜRSOY, Kemal / **EREN**, Fikret / **CANSEL**, Eren: “Türk Eşya Hukuku”, Ankara, 1984.

GÜVEN, Kudret: “İsviçre Medeni Kanunu'ndaki Son Gelişmeler”, Savaş Yayınevi, Ankara, 2024.

HATEMİ, Hüseyin: “Eşya Hukuku”, s. 145-146, İstanbul, 2020

HATEMİ, Hüseyin: “Türk Hukukunda Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Kurumuna İlişkin Düşünceler”. *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000, s. 383-389.

HELVACI, İlhan: “Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı”, s. 123. İstanbul, 2008

HENSSLER, Martin / **BUSCHE**, Jan: “Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5/1, Schuldrecht – Besonderer Teil III/1. 7. Auflage, München, 2018.

HOMBERGER, Arthur: “Zürcher Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch”, IV. Band, Das Sachenrecht, III. Abteilung Besitz und Grundbuch, Art. 919-977, Zürih, 1938.

HOMBERGER, Arthur: “İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, IV. Cilt: Ayni Haklar, Zilyetlik ve Tapu Sicili, m. 919-977”, (*Çeviren: Suat Bertan*), Ankara, 1950.

HUBER, Eugen: “Zum schweizerischen Sachenrecht”, Bern, 1914.

İNCE-AKMAN, Nurten: “Yapı Alacaklısı İpoteği”, Gayrimenkul Davaları, Cilt: 1, s. 1091-1178. (*Editörler: Havutçu, Ayşe / Akıncı, Müslüm / Dinç, Mutlu*), Ankara, 2019.

İSLAMOĞLU, Hümevra: “Yapı Alacaklılarının Kanuni İpotek Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2009.

KAÇAK, Nazif: “İpotek ve İpoteğin Paraya Çevrilmesi”, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

KAÇARAN, Hümevra: “Yapı Alacaklılarının Kanuni İpotek Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 1363-1398.

KAÇMAZ, Mine: “Tescile Tabi Olmayan Kanuni İpotek Hakları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2016, S. 65 (4), s. 2891-2908.

KALIN, Fatih Reşat: “Yapı Alacaklısı İpoteğinde Öncelik Hakkı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2019.

KAPANCI, Kadir Berk: “Paylı Mülkiyet Konusu Taşınmaz Malın Paylarından Biri Rehin Hakkıyla Kayıtlandıktan Sonra Aynı Malın Tamamı Üzerinde Bir Başka Rehin Hakkı Daha Kurulabilir mi? -TMK m. 692 f.2 Üzerine Bir İnceleme”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 165, s. 4767-4795. İstanbul, 2016.

KARABACAK-FURUNCI, Semra: “Sınırlı Ayni Haklar Arasında Sıra İlişkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Y. 2016, C. LXXIV, S. 2, s. 773-805.

KARAHACIOĞLU, Ali Haydar / **DOĞRUSÖZ**, Edip / **ALTIN**, Mehmet: “Türk Hukukunda Rehin”, Ankara, 1996.

KAŞAK, Fahri Erdem, *Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2014/2, s. 1069-1072. (**Karar Çevirisi**)

KAYUHA, Bruce: “Constitutionality Of Mechanics' Liens Statutes”, *Washington and Lee Law Review*, C. 34, S. 4, M. 3, s. 1067-1096, Washington, 1977.

KERMAN, Evrim: “L’hypothèque Légale des Artisans et Entrepreneurs et l’évolution Législative du Code Civil Suisse du 1^{er} Janvier 2012”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan)*, Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 1679-1715.

KILIÇOĞLU, Ahmet: “Borçlar Hukuku Özel Hükümler”, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023. (*Özel*)

KILIÇOĞLU, Ahmet: “Eşya Hukuku”, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.

KLETECKA, Andreas / **SCHAUER**, Martin, ABGB-ON, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, (**HÖRKER**, Denise), Wien, 2010.

KORKUSUZ, Refik / **ERGÜN**, Ömer: “Hukuksal Boyutları ile Eski ve Yeni Vakıflar Kanunu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2012-2013, C. 12-13.

KÖPRÜLÜ, Bülent / **KANETİ**, Selim: “Kat Mülkiyetinde Ortak Giderlerin Teminatı Olarak Kanuni Rehin Hakkı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı*, Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul, 1973 (*Kat Mülkiyeti*).

KÖPRÜLÜ, Bülent / **KANETİ**, Selim: “Sınırlı Ayni Haklar”, İstanbul, 1983.

KUNTALP, Erden: “Anapara ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayırımı”, Ankara, 1989.

KURT, Fatma: “Yapı Alacaklısının Kanuni İpotek Hakkı (Mehaz Kanundaki Gelişmeler)”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*. Y. 2011, C. 7, S. 87-88, s. 202-246.

KURU, Baki: “İcra ve İflas Hukuku”, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara, 2013;

KUTLU DOĞAR, Nurgül: “Kat Maliklerinin Kanuni İpotek Hakkı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2022, S. 2022/1, s. 51-70.

LEE, R. Warden: “The Elements of Roman Law”, Londra, 1949.

LEEMANN, Hans: “Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch”, IV. Band, Sachenrecht II. Abteilung, Art. 730-918. Bern, 1925.

LEEMANN, Hans: “Die Rechtliche Natur und Tragweite des gesetzlichen Grundpfandansprüche nach Art. 837 ff. ZGB” *Schweizerische Juristen Zeitung*, C. IX, Bern, 1925. (*Natur*)

LİVER, Peter: “Die Begründung des Bauhandwerkerpfandrechts” *Zeitschrift des Bernisches Juristenvereins*, 1962.

MARDİN, Ebül’ula: “Medeni Hukuk Dersleri”, C. 7, İstanbul, 1935.

MÜHL, Dorothee / **PETEREİT**, Wolfgang: “Recht der Kreditsicherheiten in europäischen ländern” Teil V: Schweiz, (*Herausgeber: Hadding, Walter / Schneider, Uwe*), Berlin, 1983.

NOMER, Haluk Nami / **ERGÜNE**, Mehmet Serkan: “Eşya Hukuku”, On İki Levha Yayınları, 10. Baskı, İstanbul, 2023.

OĞUZ, Cemal: “Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, Y. 2009, S. 1-2, s. 61-76.

OĞUZMAN, Kemal / **ÖZ**, Turgut: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2”, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2023.

OĞUZMAN, Kemal / **SELİÇİ**, Özer / **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe: “Eşya Hukuku”, 25. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.

OĞUZMAN, Kemal: “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 31, S. 1-4, s. 209-219. İstanbul 1965.

OĞUZOĞLU, Hüseyin Cahit: “Ayni Haklar (Ders Takrirleri), Ankara, 1942.

OLGAÇ, Furkan: “İpotekte Sıra Sistemi ve Boş Dereceye İlerleme”, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

ORAL, Tuğçe: “Türk-İsviçre Hukukunda Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2019, C. 68, S. 3, s. 665-706.

ÖZ, Turgut: “İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat”, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

ÖZBİLEN, Arif Barış: “Üst Hakkı İradı ve Bu İradın Ödenmesine İlişkin Alacağın Güvencesi Olarak Kanunî İpotek Hakkı”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2016, S. 126, s. 263-310. Ankara, 2016.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “Eser Sözleşmesi”, (Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 491-656, *Editör: Turgut Öz*), 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu”, 1. Baskı, İstanbul, 2018. (*Ücret*)

ÖZER, Tolga: “Eser Sözleşmelerinde Götürü Bedel ve Bu Bedelin Uyarlanması”, *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2019, C. 1, S. 2, s. 185-212.

ÖZSUNAR, Erdal: “Roma Hukukunda Rehin Hakkı (Pignus Hypotheca)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, s. 137-164. İzmir, 2005.

PERREN, Ruben: “Der Vorrechtsanspruch des Bauhandwerkers i.S.v. Art. 841 ZGB”,
Aktuelle Juristische Praxis, C. 15, S. 6, s. 702-710, 2006.

PFÄFLI, Roland/**BYLAND**, Daniela: “Aktuelles zum Bauhandwerkerpfandrecht”, 21
November 2011. (Çeviren: *Fahri Erdem Kaşak: İnşaatçı İpoteğine İlişkin Güncel
Gelişmeler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, C. XVI, S. 2, s. 231-
235*).

PLANIOL, Marcel / **RIPERT**, Georges: “Traité Élémentaire de Droit Civil”, C. II, N.
4120. Paris, 1952.

POSTACIOĞLU, İlhan/**ALTAY**, Sümer: “İcra Hukuku Esasları” 5. Baskı, İstanbul,
2010.

REGAMEY, Charles: “La Protection des Créances des Constructeurs dans L’industrie
du Batiment”, Lausanne, 1904.

REİSOĞLU, Safa: “Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek
Hakkı”, Ankara, 1961.

SAĞLIK, Fatih: “Yapı Alacaklısı İpoteği”, s. 233-256, (İnşaat Hukuku, *Editör: Vehbi
Umut Erkan*), Ankara, 2021.

SAYMEN, Ferit / **ELBİR**, Halid: “Türk Eşya Hukuku Dersleri”, İstanbul, 1963.

SARI, Mehmet: “İmar Uygulamalarında Bedele Dönüştürmeler”, *Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2006.

SCHEIDEGGER, Otto: “Das Baugläubigerpfandrecht in schweizerischen ZGB”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Neue Folge*, Band. 32, 1913.

SCHMID, Jörg / **HÜRLIMANN-KAUP**, Bettina: “Sachenrecht”, IV. Auflage. Zürich, 2012.

SCHMID, Jörg: “Fragen zur eigennützigter Geschäftsführung ohne Auftrag”, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, Bd. 131, s. 261-280. Bern, 1995.

SCHMID, Jörg: “Neuerungen bei den Grundpfandrechten”, s. 24-25. Neuerungen im Immobiliarsachenrecht, (*Herausgeber: Wolf, Stephan*), *Band 12 des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern*, Bern 2011.

SCHULZ, Fritz: “Classical Roman Law”, Oxford, 1969.

SCHUMACHER, Rainer: “Das Bauhandwerkerpfandrecht”, 3. Auflage, Genf, 2008.

SCHUMACHER, Rainer / **REY**, Pascal: “Das Bauhandwerkerpfandrecht: System und Anwendung”, N. 12. IV. Auflage, Genf, 2022.

SEROZAN, Rona: “Taşınmaz Rehni”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Y. 2006, C. 64, S. 2, s. 301-324.

SIMOND, Fred: “L’hypothèque Legale de l’entrepreneur en Droit Suisse”, s. 11.
Lausanne-Genève, 1924.

SİRMEN, Lale: “Eşya Hukuku”, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

SMITH, Thomas Warner: “Mechanic's Lien Priority Rights for Design Professionals”,
Washington and Lee Law Review, Y. 1989, C. 46, S. 4, Article 9, s. 1035-1065.

SÜMER, Binnur: “Müteahhit ve Diğer Çalışanların Kanuni İpotek Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1995, Prof. Dr. Halil CİN’e Selçuk Üniversitesi’nde 10. Yıl Hizmet Armağanı, s. 601-615.

SÜRAL, Nurhan: “Müteahhit ve İşçilerin Yasal İpotek Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*,
Y. 1980, S. 6, s. 690-703.

ŞENER, Yavuz Selim: “Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması”, 3. Baskı, Adalet
Yayınevi, Ankara, 2010.

TANDOĞAN, Haluk: “Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk İsviçre Hukuku
Bakımından Vekâletsiz İş Görme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, No:
105, 1957.

TANDOĞAN, Haluk: “Vekâletsiz İş Görenin Ücret Talebi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi*, C. 12, Y. 1955, s. 384-391.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla: “Eşya Hukuku”, C. I, İstanbul, 1989.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: “Eşya Hukuku”, İstanbul, 1978. (*Eşya*)

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: “İnşaatçı İpoteğinin Tescilini İsteme Hakkının Mahiyeti”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 4, s. 133-139, İstanbul, 1969. (*Mahiyet*)

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: “Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, II/3”, İstanbul, 1994.

TERCIER, Pierre / **PICHONNAZ**, Pascal / **DEVELİOĞLU**, Murat: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, İstanbul, 2016.

THURNHERR, Christoph: “Das Bauhandwerkerpfandrecht – eine aktuelle Übersicht unter Berücksichtigung der Baukreditüberwachungspraxis der Banken”, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, C. 142, s. 909 vd.

THURNHERR, Christopher: “Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II”, 7. Auflage, (*Herausgeber: Geiser, Thomas / Wolf, Stephan*), Basel, 2019.

TİLE, Latif: “Türk Hukukunda Joint Venture Kavramı”, *International Journal of Education Technology and Scientific Researches*, , C. 3, S. 5, s. 17-27, Y. 2018.

TUNÇOMAĞ, Kenan: “Ölünceye Kadar Bakma Akdi”, Ankara, 1959.

UMUR, Ziya: “Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar)”, İstanbul, 1985.

UYUMAZ, Alper: “Yapı (İnşaatçı) İpoteği”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C. XII, S. 1-2, s. 225-258.

UZUN-ŞENOL, Pınar: “Vekâletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu”. *FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, Y. 2014, S. 3, s. 293-309.

ÜNAL, Mehmet: “Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı”, Ankara, 1988.

ÜNVER, Eralp: “Yapı Alacaklısı İpoteği”, (İpotek ile İlgili Makaleler, *Yayına Hazırlayanlar: Saibe Oktay-Özdemir, Batuhan Akkuş*), s. 317-374, İstanbul 2021.

WIELAND, Carl: “Kanunu Medenide Ayni Haklar, C. I-II” (Çeviren: *İsmail Hakkı Karafakı*), Ankara, 1949.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet / **ESMER**, Galip: “Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı”, İstanbul, 1956.

von TUHR, Andreas: “Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C. I-II” (Çeviren: *Cevat Edege*), Ankara, 1983.

YAKŞI, Gülşah: “Tersane Sahibinin Kanuni İpotek Hakkı”. İstanbul, 2020.

YALÇINDURAN, Türker: “Ana Para ve Üst Sınır İpoteği Arasındaki Farklılıklar”, s. 675. *Ergun Özsunay’a Armağan*, İstanbul, 2004.

YENİCE-CEYLAN, Özge: “Yapı İpoteği”, On İki Levha Yayınları, Ankara, 2022.

YÜCER AKTÜRK, İpek: “Üst Hakkı Sözleşmesi”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

ZEVKLİLER, Aydın / **GÖKYAYLA**, Emre: “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri”, Ankara, 2019.

ZOBL, Dieter: “Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1982/II, NF 101.

ZOGG, Samuel: “Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II”, 7. Auflage, (*Herausgeber: Geiser, Thomas / Wolf, Stephan*), Basel, 2023.

İnternet Kaynakları

<https://mechanicslien.com/wp-content/uploads/2018/07/State-of-Maryland-First-Lien-Act-1791-HAE1436x920AE.doc-00125435x920AE.pdf>

<https://msa.maryland.gov/megafile/msa/speccol/sc2900/sc2908/000001/000204/html/index.html>

https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/97045_01

<https://hallelis.co.uk/lien/>

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=VjXlylh324QoodJCEYvyLw&no=4cDqF4WjMGN0HWgGz7bTVg>

https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/users/user91/DOKUMANLAR/TEZLER/TAPU/Han de_DEREK%C3%96Y_11914258708.pdf

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://www.bger.ch/de/index.htm>

https://sjwz.ch/wp-content/uploads/2018/04/Tagungsunterlagen-Neuerungen-im-Immobiliarsachenrecht_24.01.2012.pdf

https://www.ebt-law.ch/media/thurnherr_bauhandwerkerpfandrecht_zbjv_2006.pdf

<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/11732/Vekaletsiz%20%C4%B0%C5%9F%20G%C3%B6rme.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

[https://content.next.westlaw.com/Document/Iefe14c62727911da9cd2d0bb1ab9e23e/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://content.next.westlaw.com/Document/Iefe14c62727911da9cd2d0bb1ab9e23e/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default))

<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol34/iss4/3>

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F21-10-2014-5A_812-2014&lang=de&type=show_document&zoom=YES&

<https://www.texasconstructionlawblog.com/2021/01/mechanics-liens-for-design-professionals-a-powerful-payment-collection-tool/>

<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol46/iss4/9/>

<https://www.brouse.com/rec-in-review-design-professionals-will-be-granted-lien-rights-on-commercial-projects-under-senate-bill-49>

https://fullertonlaw.com/50-state-summary-mechanics-lien-law#_Toc10973300

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>

<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>

<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>

<https://www.sjz.ch/de>

<https://www.legalis.ch/de/>

ÖZET

Tescile tabi kanuni bir ipotek hakkı olan yapı alacaklısı ipoteği, yapı alacaklılarına taşınmaz üzerinde yürüttükleri yapı faaliyeti sebebiyle sahip oldukları alacakların güvencesini oluşturması amacıyla 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 893 hükmünde tanınan bir ipotek hakkıdır. Taşınmazdaki yapı faaliyetinde fiziki veya fikri emek sarf edenler ile bu emekle birlikte malzeme harcayanlar, yapı alacaklısı olarak adlandırılır. Yapı alacaklıları, taşınmaz maliki ile herhangi bir sözleşme ilişkisi içine girmeden alacaklarının güvencesini oluşturmak üzere ipotek haklarını kullanabilirler. Yapı alacaklılarının sahip olduğu ipotek hakkı, taşınmaz üzerinde bulunan diğer ipotek haklarına nazaran sıra bakımından herhangi bir önceliğe sahip olmasa da taşınmazda meydana gelen değer artışı, TMK m. 897 hükmü uyarınca öncelikli olarak yapı alacaklılarına tahsis edilir. Bu bakımdan yapı alacaklısı ipoteği, yapı faaliyetinde özellikle emek sarf eden yapı alacaklılarının korunması bakımından önem arz eder.

Bu çalışmada, yapı alacaklısı ipoteği teorik ve uygulama boyutuyla ele alınmış, özellikle ipoteğin hukuki niteliği, benzer kurumlardan farkı, yapı alacağı ve yapı alacaklısı kavramı incelenmiş, ipoteğin tescil edilmesinin şartları ve bundan kaynaklanan sorun ve tartışmalara çözüm önerileri getirilmiştir. Ayrıca özellikle İsviçre ve Alman hukuklarında konunun düzenleniş biçimi ve Türk hukukundaki muhtemel yansımaları da göz önünde tutularak kurumun bilinirliğinin artırılması amaçlanmış ve gelişen inşaat sektöründe tarafların menfaatleri doğrultusunda kurumun geliştirilerek Türk hukuk literatürüne katkı sağlanması hedeflenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İpotek, Yapı, Yapı Faaliyeti, Yapı Alacaklısı, Öncelik.

ABSTRACT

The construction creditor mortgage (builders' lien), which is a legal mortgage right subject to registration, is a mortgage right granted to the construction creditors under Article 893 of the Turkish Civil Code No. 4721 in order to secure the credits they have due to the construction activity carried out on the land. Those who perform physical or intellectual labour in the construction activity on the land and those who spend materials together with this labour are called construction creditors. Construction creditors may use their mortgage rights to secure their credits without entering into any contractual relationship with the landlord. Although the mortgage right of the construction creditors does not have any privilege in terms of order compared to other mortgage rights on the land, the increase in the value of the land is allocated to the construction creditors in accordance with Article 897 of the Turkish Civil Code. In this respect, the construction creditor mortgage is important in terms of the protection of the construction creditors who have especially laboured in the construction activity.

In this study, the theoretical and practical aspects of the construction creditor's mortgage are examined, especially the legal nature of the mortgage, its difference from similar institutions, the concept of construction credits and construction creditors are analysed, the conditions for the registration of the mortgage and solutions to the problems and discussions arising from this issue are proposed. In addition, this study is aimed to increase the awareness of the institution by taking into consideration the way the subject is regulated in Swiss and German law and its possible reflections in Turkish law.

Keywords: Mortgage, Construction, Construction Activity, Construction Creditor, Priority.