

YAPI ALACAKLILARININ KANUNİ İPOTEK HAKKI

(Lien of The Contruction Creditors)

Av. Hümeyra KAÇARAN*

ÖZET

İnşaat sektörünün ülkemizde gittikçe geliştiği ve ekonomiye büyük katkılar sağladığı bilinen bir gerçektir. Çalışma konumuz olan yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkı da tam olarak bu sektörü ilgilendirmektedir. Zira özellikle ekonomik kriz dönemlerinde taşınmazda malzeme vererek veya vermeden emek sarf etmelerine ve taşınmazda değer artışına sebep olmalarına rağmen, alacaklarını elde etmekte güçlük çeken birçok yapı alacaklısının mevcut olduğu bilinmektedir. İşte bu şekilde malzeme vererek veya vermeden emek sarf eden ve taşınmazda bir değer artışı meydana getiren yapı alacaklılarını kanunumuz arsa sahibine karşı bir ipotek hakkı ile korumak ihtiyacını duymuştur. Buna yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkı adı verilmektedir. Kanunun koyucunun mevcut düzenlemesine rağmen, uygulamada yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkından yeterince faydalanılmadığı görülmektedir. Dahası ne doktrinde ne de Yargısal İçtihatlarda bu konu üzerinde yeterince durulmamıştır. Tüm bu nedenler bizi yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkı konusunu incelemeye sevketmiştir. 2001 yılında yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu çerçevesinde derinlemesine bir inceleme yaparak, uygulamaya yönelik bir çalışma hazırlamayı amaçlamaktayız.

Anahtar kelimeler: Yapı alacaklısı, kanuni ipotek hakkı, inşaat, eser sözleşmesi.

Abstract

The fact that the construction market is a developing market in Turkey and therefore has a major contribution to the economy is fairly accepted. The construction creditors lien which constitutes the main subject of this thesis is directly related to the construction market. Thus there are many construction creditors who contribute to the buildings by either or not providing equipment or labor and improving the value of the building, then have difficulties in collecting their claims. The construction creditors who have contributed to the building by providing equipment or supplying labor are protected by the law under an encumbrance right which is called the construction creditors lien. Despite the existing regulation, in practice the construction creditors can not benefit from the encumbrance rights satisfactorily. Moreover, neither the doctrine nor the precedents have satisfactorily referred to the construction creditors lien. There-

* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi.

fore the foregoing has forced us to examine the construction creditors lien. This thesis aims to make an in depth examination in line with the Turkish Civil Code which has entered into force in 2001 and provide a guide to the implementation of such encumbrance right.

Keywords: Contruction creditors, the right to legal lien, building, contractor agreement.

I. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN TÜRK MEDENİ KANUNUNDAKİ YERİ

Türk Medeni Kanunu'nun "taşınmaz rehninin türleri" kenar başlığını taşıyan 850. maddesi; "*Taşınmaz rehni, ancak ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde kurulabilir.*" hükmünü ihtiva etmektedir. Bu hüküm, TMK.nun taşınmaz rehinlerinde "sınırlı sayı prensibi"ni benimsediğini açıkça ortaya koymaktadır¹. Kanunda bu üç tür rehin dışında taşınmaz rehni yaratılması yasaklanmıştır.

Belirtmeliyiz ki, ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi şeklinde tesis edilebilen taşınmaz rehni başlıca iki amaca hizmet eder: Bunlardan ilki, bir alacağın teminat altına alınması, diğeri ise taşınmazın değerinin tedavülünün sağlanmasıdır².

Bunlardan ipotekli borç senedi ve irat senedi, nama ve hamiline yazılı olarak tanzim edilebilen kıymetli evrak niteliğinde senetler olup, üzerinde rehin kurulan taşınmazın değerinin tedavülünü amaçlamaktadırlar. İpotek ise, taşınmaz rehninin yalnız birinci amacına, yani alacağın teminat altına alınmasına hizmet etmektedir. İpoteğin taşınmazın değerinin tedavülünü sağlamak gibi bir görevi yoktur³.

İpotek, amacı sadece bir alacağı teminat altına almak olan ve alacak ödenmediği takdirde sahibine taşınmazı sattırarak bedelinden alacağını elde etme yetkisi veren taşınmaz rehnidir⁴. İpoteğin kurulabilmesi için mutlaka teminatını oluşturacağı bir alacağın bulunması gerekmektedir. Zira ipotek, bu alacağı, -taşınmaz üzerinde tesis edilen ve gerektiğinde nakde çevrilerek alacağın tahsilini temin eden- fer'i bir aynı

¹ HELVACI, İlhan; Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 3; AYBAY, Aydın/ HATEMİ, Hüseyin; Eşya Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, s. 271.

² HELVACI, s. 3; REİSOĞLU, Safa; Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı, Ankara: Sevinç Matbaası, 1961, s. 10.

³ OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 18. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2015, s. 954; AYAN, Mehmet; Eşya Hukuku III, Sınırlı Aynı Haklar, 7. Baskı, Konya: Mimoza Yayınevi, 2015, s. 222; HELVACI, s. 3; AYBAY/HATEMİ, s. 272 ve 281; REİSOĞLU, s. 10; SÜMER, Binnur; "*Müteahhit ve Diğer Çalışanların Kanunî İpotek Hakkı*", Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya 1995, s. 601.

⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 954; AYAN, s. 221; BIÇAKÇI, Levent; "Yapı Alacaklısı İpoteği", Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İHFD), C: CLV-XLVII, S:1-4, İstanbul 1982, s. 539.

hakla garanti etmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere ipotek, alacağa bağlı fer'i bir sınırlı aynı haktır.

TMK, taşınmaz rehinlerinden ipoteği düzenlerken iradi (akdi) ipotek (TMK.m.881-891) ve kanuni ipotek ayırımını benimsemiştir. İradi ipoteklerde, ipotek hakkının kaynağını taşınmazın maliki ile alacaklı arasında yapılan ipotek sözleşmesi oluşturmaktadır ve hakkın doğumu için tapu kütüğüne tescil edilmesi şarttır⁵.

Kanuni ipotekler ise, kendi aralarında “tescile tabi olmayan kanuni ipotekler (TMK.m.892)” ve “tescile tabi kanuni ipotekler (TMK.m.893)” olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Bazı yazarlar ise bu ayırımı, “doğrudan doğruya kanuni ipotek” ve “dolayısıyla kanuni ipotek” şeklinde yapmaktadır. Örneğin Reisoğlu'na göre, alacaklı, tescile gerek olmaksızın, taşınmaz üzerinde bir ipotek hakkına kanun gereğince sahipse “doğrudan doğruya kanuni ipotek”, kanun alacaklıya yalnızca tescili talep etmek için bir şahsi hak bahşediyor ve ipotek hakkı bir aynı hak olarak tapu siciline tescil edilmek suretiyle doğacak ise “dolayısıyla kanuni ipotek” söz konusudur⁶.

Sonuç olarak, tescile tabi olmayan kanuni ipoteklerde, ipotek hakkı kaynağını kanundan almaktadır ve alacaklının ipotek hakkını kazanabilmesi için tapu siciline tescile gerek yoktur. Ancak istenirse tapu siciline tescil edilmelerinde herhangi bir engel yoktur. Bu durumda yapılan tescil tamamen açıklayıcı bir görevi yerine getirecektir. Tescile tabi kanuni ipoteklerde de ipotek hakkının kaynağı kanundur, ne var ki bu tarz bir ipotek hakkının kazanılması için tapu kütüğüne tescil şarttır.

İşte çalışmamızın konusunu oluşturan ve TMK.nun 893/3. maddesinde düzenlenen “yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkı” da, tescile tabi (dolayısıyla) kanuni ipotek haklarından. Zira yapı alacaklısı ipoteği tesis edilebilmesi için, tapu siciline tescil şarttır⁷. Belirtmeliyiz ki, işbu kanuni ipotek hakkı, hem TMK.nun 850 ve müteakip maddelerinde yer alan taşınmaz rehininin genel hükümlerine hem de ipoteğe ilişkin hükümlere tabidir.

⁵ HELVACI, s. 4.

⁶ REİSOĞLU, s. 11; GÜRSOY, K. Tahir/EREN, Faruk/CANSEL, Erol; Türk Eşya Hukuku (Zilyetlik, Tapu Sicili/Mülkiyet/Sınırlı Aynı Haklar), Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 1045 vd.; EREL, N. Şafak; Eşyaya Bağlı Borç, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1982, s. 221; AYBAY/HATEMİ, s. 284-285; Tersane sahiplerinin gemi veya üzerindeki kanunî rehin hakları da aynı niteliktedir. Bkz. AKINCI, Sami; Türk Hukukunda Gemi İpoteki, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1958, s. 207; CAN, Mertol: Deniz Ticareti Hukuku, C. I, (Giriş - Gemi - Deniz Hukuku Kişileri), (TTK. 816 - 1015).

⁷ BAYGIN, Cem; Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul: Beta Yayınları, 1999, s. 219.

II. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNE KONU OLABİLECEK TAŞINMAZLAR

A. Genel

TMK.nun 853. maddesi; “*Rehin hakkı, ancak tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde kurulabilir.*”⁸ şeklinde düzenlenmiştir. Hemen belirtmeliyiz ki, bu hüküm genel nitelikte bir kuralı ihtiva etmektedir. Dolayısıyla diğer taşınmaz rehinlerinde olduğu gibi yapı alacaklısı ipoteğinde de uygulama alanı bulacaktır. O halde, yapı alacaklısı ipoteği ancak tapu siciline kayıtlı taşınmazlar üzerinde tesis edilebilecektir. Üzerinde yapı alacaklısı ipoteği tesis edilecek olan taşınmaz henüz tapu siciline kayıtlı değilse, öncelikle taşınmazın tapu siciline kaydının gerçekleştirilmesi gerekecektir⁹.

Tapu sicili işlemlerinden birincisini oluşturan kayıt, taşınmazların tapu kütüğünün bağımsız bir sayfasına yazılması işlemidir. Başka bir ifadeyle her taşınmaza diğerlerinden bağımsız bir tapu kütüğü sayfası tahsis edilmesine kayıt adı verilir.

Kayıt; özü (yapısı) bakımından taşınmaz olan nesnelere, eşya hukuku anlamında da taşınmaz niteliği kazandırır. Zira ancak tapu siciline kaydedildikten sonra bir taşınmaz üzerinde tasarruf işlemi gerçekleştirilebilecektir. Kural olarak, tapu siciline kaydedilmedikleri sürece taşınmazlar üzerinde aynı hak kurulması ya da devri mümkün değildir.

Kayıt diğer tapu sicili işlemleri açısından da ön şart niteliğindedir. Tescil, terkin, şerh, beyan ve tashih hep tapu siciline kaydedilmiş bir taşınmaza ilişkin olarak gerçekleştirilebilecek işlemlerdir. Tapusuz taşınmazlarda bu tür işlemler yapılamaz. Bütün bunlar göstermektedir ki, tapusuz bir taşınmaz üzerinde yapı alacaklısı ipoteği de tesis edilemez.

B. Tapu Siciline Kaydedilebilecek Taşınmazlar

TMK.nun “kaydedilecek taşınmazlar” başlıklı 998. maddesi; “*Tapu siciline taşınmaz olarak şunlar kaydedilir:*

1. *Arazi,*
2. *Taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar,*
3. *Kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler.*

Arazinin tapu siciline kaydı, özel kanun hükümlerine tabidir.

⁸ Eski Medeni Kanun’un 768. maddesi ise; “*Bir gayrimenkulun rehni, ancak tapuda müseccel olmasına bağlıdır.*” şeklinde düzenlenmiş idi. Görüldüğü üzere her iki madde metni tamamen birbirine paraleldir.

⁹ HELVACI, s.31.

Bağımsız ve sürekli hakların kaydedilmesi için gerekli koşullar ve usul tüzükle belirlenir. Süreklilik koşulunun gerçekleşmesi için hakkın süresiz veya en az otuz yıl süreli olması gerekir.

Kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerin taşınmaz olarak kaydı, özel kanun hükümlerine tabidir.¹⁰ “hükümünü ihtiva etmektedir.

Yine Tapu Sicili Tüzüğü'nün 8. maddesinde ve 634 sayılı s.lı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 13. maddesinde de benzer düzenlemelere yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, kanunumuz tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilecek şeyleri; “arazi”, “taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar” ile “kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler” olarak sıralamıştır. O halde ipoteye konu olabilecek taşınmaz malvarlığı değerleri de bunlardır.

Bu noktada ifade etmeliyiz ki, 4721 s.lı kanun ile tapu siciline taşınmaz olarak kaydı gerekenler bakımından getirilen önemli bir değişiklik, bağımsız ve sürekli haklar için kabul edilen hükümlerdir. Gerçekten de TMK.m.998/2 hükmüne göre, taşınmazlar üzerinde kurulmuş olan bir kısım irtifak haklarını ifade eden bağımsız ve sürekli hakların tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydı için, “bağımsız ve sürekli bir hak” niteliğine sahip olmalarının yanı sıra, süresiz veya en az otuz yıl süreli olmaları gerekmektedir. Zira ancak; süresiz veya en az otuz yıl süreli olan ve tasarrufları kısıtla-

¹⁰ Eski Medeni Kanun'un 911. maddesinde ise; “*Aşağıdakiler tapu siciline gayrimenkul olarak kaydedilir: 1- Arazi, 2- Gayrimenkul üzerinde müstakil ve daimi olmak üzere müesses haklar, 3-Madenler. -Müstakil ve daimi hakların nasıl kaydolunacağı nizamnamei mahsus ile muhayyerdir.*” denilmekte idi. Yeni Medeni Kanunumuzun 998. maddesinde madenlere yer verilmemiştir. Bunun sebebi, madenlerin 6309 sayılı yasa ile özel mülkiyet konusu olmaktan çıkartılmış ve Medeni Kanun dışında ayrı bir rejime tabi tutulmuş olmasıdır (Bu yönde bkz. Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Ankara: 2002, s. 602). 6309 sayılı yasayı yürürlükten kaldıran 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 4. maddesine göre ise, madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde buldukları arzın mülkiyetine tabi değildirler. Bu hüküm, madenler üzerinde Medeni Kanunumuzun anladığı manada bir taşınmaz rehni kurulmasının mümkün olmadığını düşündürmekte ise de, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 42 ve devamındaki maddelerinde “maden ipotegi” terimine yer verilmiş olması bu düşünceyi bertaraf etmektedir. Şöyle ki; 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 42. maddesi; “*Maden ön işletme ve işletme ruhsat sahibinin maden için yaptığı borcunu veya ileride bu maksatla borçlanmasının temini için maden üzerinde bir veya müteaddit derece ve sırada ipotek tesis olunabilir*” hükmünü ihtiva etmektedir. 43. madde ise; “*İpotegin vadesi sonunda veya alacağın muacceliyet kesbetmiş olması halinde alacaklı alacağının tahsili için ipotegin taalluk ettiği maden ön işletme ve işletme ruhsatını genel hükümler dairesinde sattırabilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Dahası Maden Kanunu'nun 45. maddesinde Medeni Kanunumuzun ipoteye ilişkin hükümlerinin maden ipotekleri için de uygulama alanı bulacağından söz edilmiştir. Tüm bu hükümler bir arada incelendiğinde, madenler üzerinde “malzeme vererek veya vermeden emek sarf eden” yapı alacaklılarının, alacaklarını elde edememeleri halinde üzerine ipotek koydukları madenin ön işletme ve işletme ruhsatını genel hükümler dairesinde satılabileceklerini ortaya koymaktadır. Madenlerin devletin hüküm ve tasarrufu altına olmasının bu sonuca herhangi bir etkisi yoktur. Zira ipotegin paraya çevrilmesi aşamasında madenin mülkiyeti değil, işletme ruhsatı el değiştirilmektedir.

mayan veya izne tabi kılınmayan bağımsız ve sürekli irtifak hakları, tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak kaydedilebilecektir¹¹.

Öte yandan, 743 s.lı eski Medeni Kanun'un 911. maddesinde sözü edilmeyen “kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler”in, 4721 s.lı TMK.da açıkça zikredildiği görülmektedir¹². “Kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerin taşınmaz olarak kaydı, özel kanun hükümlerine tabidir” hükmünde geçen “özel kanun” ibaresinden, 3402 s.lı Kadastro Kanunu’nu anlamak gerekir¹³.

Son olarak belirtmeliyiz ki, kanunun açıkça öngördüğü haller dışındaki bir hususun tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmesi mümkün değildir. Yani bu konuda bir sınırlayıcılık vardır. Aynı şekilde özel mülkiyete elverişli olmayan “kamu malı¹⁴” niteliğindeki taşınmazlar da tapu kütüğüne kaydedilmezler¹⁵. Zira TMK.nun 999. maddesinin 1. Fıkrasında açıkça; “*Özel mülkiyete tabi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir aynı hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunmaz.*” denilmektedir. Bu husus Tapu

¹¹ **KILIÇ**, Mehmet; “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Tapu Sicili Hukukunda Getirdiği Yenilikler”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 623.

¹² İsviçre Medeni Kanunu’nda (ZGB) tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilecek şeylerin düzenlendiği 943. maddesinde daha sonradan yapılan değişiklik Türk hukukuna alınmadığından, TST.m. 11’de kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğüne kaydedileceği düzenlemesine yer verilmiş idi. İşte TST.m.11’de yer alan bu hüküm nedeniyle, yeni Medeni Kanunda kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerin diğer taşınmazların tabi olduğu esaslarda, ayrı bir kütüğe kaydedilmesi benimsenmiştir (**KILIÇ**, s. 623).

¹³ **KILIÇ**, s. 622.

¹⁴ “Kamu malları” 3402 sayılı KK.nun 16. maddesinde; “*Kamunun ortak kullanımına veya bir kamu hizmetinin görülmesine ayrılan yerlerle Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sınırsız yerlerden; -A) Kamu hizmetinde kullanılan, bütçelerinden ayrılan ödenek veya yardımlarla yapılan resmi bina ve tesisler, (Hükümet, belediye, karakol, okul binaları, köy odası, hastane veya diğer sağlık tesisleri, kütüphane, kitaplık, namazgah, cami, genel mezarlık, çeşme, kuyular, yunak ile kapanmış olan yollar, meydanlar, pazar yerleri, parklar ve bahçeler ve boşluklar ve benzeri hizmet malları) kayıt, belge veya özel kanunlarına göre Hazine, kamu kurum ve kurumları, il, belediye, köy veya mahalli idare birlikleri tüzelkişiliği, adlarına tespit olunur. -B) Mera, yaylak, kışlak, otlak, harman ve panayır yerleri gibi paralı parasız kamunun yararlanmasına tahsis edildiği veya kamunun kadimden beri yararlandığı belgeler veya birlikişi veya tanık beyanı ile ispat edilen (orta malı) taşınmaz mallar sınırlandırılır, parsel numarası verilerek yüzölçümü hesaplanır ve bu gibi taşınmaz mallar özel siciline yazılır. -Bu sınırlandırma, tescil mahiyetinde olmadığı gibi bu suretle belirlenen taşınmaz mallar, özel kanunlarında yazılı hükümler saklı kalmak kaydıyla özel mülkiyete konu teşkil etmezler. -Yol, meydan, köprü gibi (orta malları) ise haritasında gösterilmekle yetinilir. -C) Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalar, tepeler, dağlar (bunlardan çıkan kaynaklar) gibi, tarıma elverişli olmayan sınırsız yerler ile deniz, göl, nehir gibi genel sular tescil ve sınırlandırmaya tabi değildir, eserler saklıdır. -D) Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ormanlar, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde, özel kanunları hükümlerine tabidir.*” şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁵ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s 188 vd.; **KAPLAN**, İbrahim; “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1996, s. 163.

Sicili Tüzüğü'nün 8. maddesinin 2. fıkrasında da aynı şekilde ifade edilmiştir. Bunlar kendi özel sicillerine (kamu orta malları siciline) yazılırlar. Bu nedenle kamuya ait taşınmazlarda tescil imkânı olmadığı için, bu taşınmazlar üzerinde yapı alacaklısı ipoteği kurulamaz. Ancak devletin özel malları ve devletten gayri kişilerin özel malları üzerinde ipotek tesis edilebilir¹⁶.

III. Yapı Alacaklısı ve Yapı Alacağı Kavramları

A. Yapı Alacaklısı

TMK.nun 893/3. maddesine 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 zanaatkarlar” yapı ipoteği sahibi kişilerdir. İşbu kanun maddesine tekabül eden Eski Medenî Kanun’un 807/3. maddesinde ise, “Bir gayrimenkul üzerindeki inşaat yahut ameliyatta malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış olmaları hasebiyle malik veya müteahhit zimmetinde tabakkuk eden alacakları için o gayrimenkul üzerinde bu müteahhit ve işçiler kendi adlarına kanunî ipoteğin tescilini talep edebilirler.” denilmekteydi. Anılan hüküm lâfzen büyük ölçüde Eski Medenî Kanun’un 807/3. maddesine benzemekteyse de, iki hüküm arasında bazı farklılıklar mevcuttur. Şöyle ki;

Yeni kanunda ipoteğin kendi adına tescilini talep edebilecek kişiler ifade edilirken “bu müteahhit” yerine “alt yüklenici”; “işçiler” yerine de “zanaatkarlar” deyimine yer verilmiştir. Buna göre, TMK.nun 893’üncü maddesinin lâfzı ile bağlı kalındığında, ipoteğin tescilini talep edebilecek olan kişiler, malik veya yükleniciden alacaklı olan «alt yüklenici» ile «zanaatkârlar»dan ibarettir.

Belirtmeliyiz ki, kanun metninde her ne kadar “yüklenici” ler yapı alacaklıları arasında zikredilmemekte ise de, yüklenicilerin de (özellikle malik ile akdettikleri eser sözleşmesine dayanarak eserin tümünün veya bir bölümünün yapılmasını üstlenen kişi olarak) yapı ipoteği alacaklısı sıfatını kazanacaklarına şüphe yoktur¹⁷. Zira malikten alacaklı olmayan alt yükleniciye tanınan bir haktan malikten alacaklı olan yüklenicilerin öncelikle istifade edeceklerinin kabul edilmesi gerektiği açıktır. Diğer yandan, arkadan gelen maddelerde (TMK 895/1; 897) kanun koyucunun asıl yük-

¹⁶ Yalçınduran, “kamuya ait taşınmazlar üzerinde yapı alacaklısı ipoteği kurulamamasının sakıncalarını ortadan kaldırmak için devletin bu taşınmazlar yerine alacağı güvence altına almak için diğer teminatları önerme yükümlülüğü altında bulunması şeklinde bir düzenleme yapılması gerektiği” görüşündedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. **YALÇINDURAN**, Türker; Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000, s. 210).

¹⁷ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 976; **ALTAY**, Sümer/**ESKİOCAK**, Ali; Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s. 282; **BAYSAL**, Başak; “Yapı Alacaklısı İpotegine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar”, Prof. Dr. Özer Selici’ye Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 156 vd.

lenici-alt yüklenici ayırımı yapmadan doğrudan doğruya yükleniciden bahsetmesi de, bu hususu teyit etmektedir¹⁸ Kaldı ki “alt” kelimesi kanun metnine sonradan bir komisyon hatası olarak girmiştir¹⁹. Yoksa kanun koyucunun amacı, yüklenicileri yapı alacaklısı ipoteğinden mahrum bırakmak değildir.

Bütün bu açıklamalarımız ışığında yapı alacaklıları olarak belirttiğimiz “yüklenici”, “alt yüklenici” ve “zanaatkâr” kavramlarına açıklık getireceğiz.

1. Yüklenici

Yüklenici, eser sözleşmesine bağlı olarak çalışan ve bir eser meydana getirip²⁰ teslim etmeyi borçlanan herhangi bir kişidir²¹. Uygulamada “yüklenici”yi ifade etmek için, “ısmarlayan”, “müteahhit” gibi sözcüklerin kullanıldığı görülmektedir. Ancak Kanun lafzında “yüklenici” sözcüğü kullanıldığından, biz de açıklamalarımızda “yüklenici” sözcüğünü kullanmayı uygun görüyoruz.

Yukarıda yaptığımız tanım dışında doktrinde yapılan tanımlardan AKKANAT’ın tanımına göre ise yüklenici, “bir inşaat sözleşmesi çerçevesinde iş sahibi ile doğrudan akdî ilişki içerisine girerek, bu yapı eserine ait projenin tamamının veya bir kısmının meydana getirilmesini borçlanmış bulunan ve bu borcunun tamamının veya bir kısmının kendi gözetim ve denetimi altında meydana getirilmesi amacıyla başka yüklenicileri kendi nam ve hesabına yaptığı sözleşmelerle görevlendirmekte olan kişidir”²². Örnek olarak, inşaattaki marangozluk işlerini taahhüt eden marangoz, bir eser sözleşmesi gereğince sıva işlerini üzerine alan sıvacı böyledir.

¹⁸ CAN, Mertol; “Yeni Medeni Kanun’un İnşaatçı (Yapı) İpoteği Hakkındaki Hükümleri İle İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapılıp Yapılmadığı Meselesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.1- 2, Haziran-Aralık 2004, s. 51.

¹⁹ Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu’nda, Tasarı’nın 893 üncü maddesinin (3) numaralı bendinde geçen “yüklenici” kelimesinin başına açıklık getirmek üzere “alt” kelimesi ilave edilmiştir. (Bkz. YAVUZ, Cevdet; Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat, 12. Bası (Hazırlayanlar: YAVUZ, Cevdet/ERLÜLE, Fulya/SAĞLAM, İpek), İstanbul: Beta Yayınları, 2014, s. 917).

²⁰ Borçlar Kanunu’nun 355. maddesinde “eser sözleşmesi”nin “bir eser meydana getirme unsuru”nu ifade etmek için “bir şeyi imal etme”den söz edilmiştir. Bilindiği gibi eser sözleşmesi, bir iş görme borcu doğuran sözleşme olmakla birlikte; bu sözleşmenin konusu açısından önemli olan, çalışmanın kendisinden çok bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabil sonuçtur. Bu gün artık söz konusu sonucun mutlaka maddi bir şeyden kendisini göstermesi gerekmediği görüşü baskın bulunmaktadır. Bu sebeple kanuni tanımdaki “şey” kelimesi yerine, mehz kanuna uygun olarak “eser” teriminin kullanılması yerinde olacaktır. Dolayısıyla eser sözleşmesinin bu unsurunu kanuni tanımdaki gibi “bir şey imal etme” değil, “bir eser meydana getirme” şeklinde ifade etmek daha uygundur.

²¹ YAVUZ, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı (Hazırlayanlar: YAVUZ, Cevdet/ÖZEN, Burak/ACAR, Faruk), İstanbul: Beta Yayınları, 2014, s. 986; AYAN, s. 234; ALTAY/ESKİOCAK, s. 282.

²² AKKANAT, Halil; Taşeronluk Sözleşmesi, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000, s. 7.

Belirtmeliyiz ki, mimarlar ve mühendisler bu kavram içine girmezler. Zira sadece yapının projesini çizen ya da planını yapan mimar ya da mühendisle yapılan sözleşme genel olarak vekâlet²³ veya hizmet sözleşmesi²⁴ olarak nitelendirilmektedir. Ne var ki, mimarların mesleki faaliyetlerinden doğan alacakları için, kanuni ipotek hakkından faydalanamamaları yalnızca malikle yaptıkları sözleşmenin, genel olarak, vekâlet veya hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin sonucu değildir. Aradaki hukuki ilişkinin eser sözleşmesi olarak nitelendirildiği durumlarda²⁵ dahi, doktrin ve mahkeme içtihatları, mimarların plan çizmek ve benzeri çalışmalarını, inşaatla bir bütün teşkil etmediği, hemen bir değer fazlası meydana getirmediği ve nihayet bu kişilerin kredi verme mecburiyetleri bulunmadığı gerekçesiyle yapı alacaklısı ipoteginin koruma sahasının dışında bırakmışlardır. Gerçekten de bunların yapı için yaptıkları iş, yüklenici ve zanaatkarlar gibi bir emek gücünü gerektirmez ve bedenen inşaata bağlı değildir. Sosyal durumları gereği de mühendis ve mimarların bu maddeler ile yapı sahibine karşı korunmaları gerekmez²⁶.

Yine satış sözleşmesi dolayısıyla inşaata yalnızca malzeme temin edenler de, malzeme imal etmiş olsalar dahi, bu yüzden malik veya yüklenici zimmetinde alacaklı değildirler²⁷. Çünkü onlar faaliyetlerini satım sözleşmesi gereğince yerine getirirler ve kredi ile çalışmak zorunlulukları bulunmamaktadır. Eğer malın bedeli ödenmezse

²³ **TANDOĞAN**, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 19.

²⁴ **UYAN, belirli veya belirsiz bir süre için işverene bağımlı olarak mimari proje düzenleme faaliyetinde bulunan işçi-mimar ile işveren arasındaki hukuki ilişkinin bir hizmet sözleşmesi olduğu görüşündedir (UYAN, Gökürk; İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, İstanbul: Beta Yayınları, 2006, s. 45).**

²⁵ Yargıtay 10. HD. 22.11.1976 t., 1975/4776E. ve 1976/1102K. s.lı kararında; bir yapının projesini çizen ve sonra bunun uygulanmasını denetleyen mimarla yapılan sözleşmenin, eser ve hizmet sözleşmelerinden oluşan birleşik bir sözleşme niteliğinde olduğuna hükmetmiştir. Anılan kararda, proje düzenleme hizmetlerinin eser sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması gerektiğini belirtmiştir (**UYAN**, s.86). Aynı görüş için bkz. **YAVUZ**, s. 988. Dayınlı ise konuyu Müşavir Mühendislik Sözleşmeleri bakımından incelediği eserinde, “sözleşmenin hukuki anlamda nitelendirilebilmesi için, her şeyden önce tarafların iradelerinin araştırılması gerektiğini belirtmektedir. Eğer taraflar arasındaki sözleşmede sonuç elde etme kararlaştırılmış ise, kural olarak eser sözleşmesi, aksi halde vekâlet sözleşmesinin kuralları uygulanmalıdır. Taraf iradelerinin tayin edilemediği hallerde ise, sonucun tesadufi bir şekilde elde edildiğini ve bu sonuca borçlunun kendisinden beklenen özen borcunu yerine getirmesi sebebiyle varılabileceğini kabul etmek gerekir. Bu sözleşmeye vekâlet akdine ilişkin hükümler uygulanır.” demiştir (**DAYINLARLI**, Kemal; İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi, Ankara: Dayınlı Hukuk Yayınları, 1998, s. 20).

²⁶ **REİSOĞLU**, s. 42; **ÖĞÜTÇÜ**, Tahir A./**DOĞRUSÖZ**, Edip M.; Rehin Hukuku, Ankara: Ulucan Matbaası, 1982, s. 208; **KARAHACIOĞLU**, Ali H./**DOĞRUSÖZ**, Edip M./**ALTIN**, Mehmet; Türk Hukukunda Rehin, Ankara: Üçbilek Matbaası, 1996, s. 166; **BIÇAKÇI**, s. 540-541; **SÜMER**, s. 606; **AYAN**, s.234; **ALTAY/ESKİÖCAK**, s. 284; **DUMAN**, İ. Hasan; Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku, 2. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008, s. 749.

²⁷ **REİSOĞLU**, s. 42; **BIÇAKÇI**, s.541; **SÜMER**, s.606; **AYAN**, s.234; **KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN**, s.166.

veya bir teminat gösterilmez ise onlar da malı teslimden kaçınabilirler. Kaldı ki bu kişiler, inşaata yalnızca malzeme temin etmektedirler, yoksa inşaatın yapımında herhangi bir emek sarf etmeleri söz konusu değildir. Oysa alacak hakkının doğumunu sağlayan faaliyet, yapının inşasına emeği ile veya hem emeği hem de malzemesi ile katkıda bulunma veya bunu sağlamadır. Sadece malzeme tedariki kanuni ipotek hakkının oluşumunu sağlamaz²⁸ (olsa olsa adi bir alacağı oluşturur). Nitekim Kanun'da da "malzeme vererek veya vermeden emek sarf etmiş olmak" ibaresi yer almaktadır. Dolayısıyla inşaata yalnızca malzeme temin edenlerin yapı alacaklılarına tanınan kanuni ipotek hakkından faydalanabilmeleri mümkün değildir²⁹.

Tüm bu açıklamalarımız, yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkından söz edilebilmesi için, alacak hakkını doğuran sözleşmenin mutlaka eser sözleşmesi niteliğinde olması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Kanaatimiz bu şekilde olmakla beraber, doktrinde alacak hakkını doğuran sözleşmenin mutlaka eser sözleşmesi niteliğinde olması gerektiğini ifade eden yazarlar da mevcuttur³⁰. Örneğin REİSOĞLU; "...malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış olmaları hasebiyle" ibaresinden hareketle, hukukî mahiyeti itibarıyla eser sözleşmesi niteliğinde olmayan, konusu bir işin görülmesinden ibaret diğer akitlerden doğan alacakların da ipoteğin tescilini talep hakkı verebileceğine işaret etmektedir³¹.

ACAR ise konuya ilişkin görüşünü; "Ne yasanın metni ne de rehin hakkının kuruluş amacı yasal rehin hakkının sadece eser sözleşmesine dayanacağı şeklinde bir sınırlamaya müsaittir. Yasa (MK.m.893/b.3), 'malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya (...) alacaklı olan' kimselerden söz etmekte ise de, bu ifade tarzı malike karşı yapı alacaklılığını sağlayan ilişkinin (veya sözleşmenin) eser sözleşmesi olması gerektiği yönünde açık bir sınırlamayı ortaya koymamaktadır. Yasadaki 'müteahhit' ifadesi de dar ve teknik anlamda kullanılmamış, günlük anlamda kullanılmıştır. Bu kavramdan hareketle eser sözleşmesinin zorunluluğu çıkarılamaz." şeklinde ifade etmiştir³².

ACAR' ın bu görüşünü, "Yasal rehlin amacı ve yapısı, emek ve malzemesi ile yapının inşası ve bu yolla arazinin değerlendirilmesini sağlayan yapı alacaklılarını korumaktır. Bu yön yasal rehlin özünü oluşturur. O halde, eser sözleşmesi olmasa bile, emek ve malzemesi ile bir yapının, bu inşasını gerçekleştiren ve böylece arazinin de-

²⁸ BAYSAL, s. 156; DUMAN, s.749.

²⁹ REİSOĞLU, s. 42; BIÇAKÇI, s.541; SÜMER, s.606. Aynı doğrultuda görüş için bkz. KARAHASAN, M. Reşit; *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, Genişletilerek Yenilenmiş Bası, İstanbul: Arıkan Basımevi, 2007, s. 253.*

³⁰ ACAR, Faruk; *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2008, s.360; BIÇAKÇI, s.542; DUMAN, s.749.

³¹ REİSOĞLU, s. 30.

³² ACAR, s. 360 vd.

ğrlenmesini sağlayan şahıs, yapı alacaklısı olmalı, bu kimse lehine yasal rehinden söz edilebilmelidir.” şeklindeki ifadeleri ile desteklediği görülmektedir³³.

Gerçekten de yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin kanun metninde bu tür bir alacağın mutlaka eser sözleşmesinden kaynaklanması, yapı alacaklısı ipoteğinden yararlanacakların belirlenmesinde, eser sözleşmesinin varlığının aranması bir şart olarak öngörülmuş değildir. Ne var ki, yeni Medeni Kanun’un gerekçesinde önemli bir husus kaleme alınmıştır. Kanun koyucu eski Medeni Kanun maddesinde yer alan “işçi” sözcüğü yerine “zanaatkâr” sözcüğünün seçilmesinin bilinçli olduğunu kaleme almış, bununla ipotek isteyebilecek kişilerin, işçiler gibi hizmet sözleşmesi ile değil, eser sözleşmesi ile çalışan kişiler olması gerektiği vurgulanmıştır³⁴. Bu husus, yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkından söz edilebilmesi için, alacak hakkını doğuran sözleşmenin mutlaka eser sözleşmesi niteliğinde olması gerektiği şeklindeki görüşümüze güçlendirmektedir.

Son olarak belirtmeliyiz ki, TMK. inşaat kredisi verenlere de yapı alacağından kaynaklanan bir kanuni ipotek hakkı tanımamıştır. Zira yapı alacaklıları içinde en müsait durumda olanlar kredi açanlar yani bankalardır. Verdikleri para için yeterince teminat sağlanmadıkça, inşaatı finanse etmek mecburiyetleri de yoktur³⁵. Kaldı ki, basiretli bir tacir gibi davranmak yerine yeterince teminat sağlamayıp alacağını tehlikeye sokan Bankaları kanuni bir ipotek hakkı ile korumak da anlamsız olacaktır.

2. Alt Yüklenici

Yapı alacaklısı kavramından sadece taşınmaz maliki ile bir sözleşme ilişkisi içinde olan yükleniciler anlaşılmalıdır. İnşaatın bir kısmını ya da belirli bir kısmını yapmayı taahhüt eden kişiler, yapmayı yükledikleri işten bazılarının yapılmasını başkasına bırakabilirler. Bu suretle, inşaat işlerinin bir kısmının yapılmasını yükleniciye karşı bir eser sözleşmesi gereğince taahhüt eden alt yükleniciler de TMK.m.893/3’e göre kanuni ipotek hakkından yararlanırlar³⁶.

Yükleniciye, kişisel özelliklerinin önem taşımadığı durumlarda³⁷ aldığı işi başkalarına da yaptırabilme imkânı sağlayan Türk Borçlar Kanunu m.471/3 hükmünün bir sonucu olarak ortaya çıkan alt yüklenicilik sözleşmesinin taraflarından biri olan alt yüklenici kavramı, doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır.

³³ ACAR, s. 361 vd.

³⁴ BAYSAL, s. 164.

³⁵ REİSOĞLU, s. 43; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 166; SÜMER, s. 606.

³⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 976; BIÇAKÇI, s. 541; SÜMER, s. 605.

³⁷ İşin niteliği değerlendirilirken yüklenicinin ifa edeceği edim dikkate alınır. Buna karşılık, yüklenicinin ödeme gücü ve malik ile yüklenici arasındaki şahsi ilişki önem taşımaz (GÖKYAYLA, Emre; Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 150).

AKKANAT'a göre alt yüklenici, "asıl yüklenici ile yapmış bulunduğu sözleşme gereğince, asıl yüklenicinin iş sahibine karşı meydana getirmek üzere borçlanmış bulunduğu yapı eserinin bir kısmını veya tamamını kendi sorumluluğu altında meydana getirmeyi, asıl yükleniciye karşı borçlanmış bulunan" yüklenicidir³⁸.

TANDOĞAN'a göre alt yüklenici, "asıl yüklenicinin eseri meydana getirme borcunun ifasını kendi adına ve hesabına yaptığı bir eser sözleşmesiyle ona bıraktığı, kendi hesabına çalışan bir yardımcı kişidir"³⁹.

TMK.nun 893/3. maddesinde geçen alt yüklenici ise, iş sahibi mevkiindeki malik ile eser sözleşmesi yapmış bulunan yükleniciye (asıl yüklenici/genel yüklenici/ilk yüklenici) o işin yapılmasını ayrı bir eser sözleşmesi ile taahhüt eden yükleniciyi ifade etmektedir. Örneğin bir inşaat yüklenicisinin, yapımını üstlendiği inşaatın, elektrik, su, ahşap doğrama, boyama işlerini başka kişilere vermesi halinde, inşaat yüklenicisi asıl yüklenici, diğer işlerin yapımını üstlenen kişiler ise, alt yüklenici durumundadırlar.

Tüm bu tanımlarda da görüldüğü üzere alt yüklenicilik kavramının açıklanmasında, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında akdedilmiş olan eser sözleşmesine dayanılmaktadır. Bu eser sözleşmesi ise, asıl yüklenici ile iş sahibi arasında önceden akdedilmiş olan bir eser sözleşmesinden kaynağını almaktadır. Yapılan tanımlarda görülen diğer bir ortak nokta ise; alt yüklenicinin kendi hesabına çalışan bağımsız bir yardımcı kişi olmasıdır⁴⁰.

TBK.m.471/3 hükmü gereğince asıl yüklenicinin işi alt yükleniciye yaptırabilmesi, işin niteliğine ve/veya iş sahibi ile asıl yüklenici arasında yapılan anlaşmaya ilişkin bir husustur. Gerekli koşullar oluştuğunda alt yükleniciler, çoğunlukla kendi alanlarında uzman olmaları ve sözleşmeyi kendi ad ve hesaplarına yapmaları nedeniyle asıl yüklenicilerin emri altına giren kişiler değillerdir. Yani, alt yükleniciler asıl yüklenicilerin emri ve gözetimi altında değillerdir ve asıl yüklenicilerle aralarında herhangi bir bağımlılık ilişkisi söz konusu değildir⁴¹.

Zaten gerek TBK.m.471/3, gerek asıl iş sahibi ile arasındaki anlaşmalara bağlı olarak aldığı işi alt yüklenicilere bırakabilme imkânına sahip olan asıl yüklenicinin, hem konusunda uzman olan hem de kendisi gibi yüklenici olan alt yükleniciyi emri altına alması ve kişisel gözetim, denetim ve yönetimine tâbi tutması işin mahiyetine ters düşer. Ancak, alt yüklenicinin bağımsızlığını da başıboşluk ve/veya keyfi davra-

³⁸ AKKANAT, s. 10.

³⁹ TANDOĞAN, s. 77; Aynı doğrultuda bir tanım için bkz. YAVUZ, s. 1010.

⁴⁰ ERİŞEN, Muhammet; Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s. 12.

⁴¹ ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s.372 vd.; BAYGIN, s. 22; TANDOĞAN, s. 77; YALÇINDURAN, s.208. ERİŞEN, s. 13; BAYSAL, s. 158.

nabilme şeklinde anlamamak gerekir. Alt yüklenici aldığı iş üzerinde uzmanlığının gerektirdiği özeni göstermek zorundadır.

Alt yüklenici konumundaki kişi ile çoğu zaman aynı zamanda malik olan iş sahibi arasında bir sözleşmesel ilişki yoktur⁴². Alt yüklenicinin sözleşmesel sorumluluğu da sadece kendisinin eser sözleşmesi yaptığı kişiye karşıdır. Bu yüzden, malikin kendisinin eser sözleşmesi yaptığı kişinin ifa yardımcısı konumundaki alt yükleniciye karşı sözleşmesel sorumluluk hükümlerine dayanarak başvurması kabil değildir. Keza, alt yüklenicinin de gördüğü inşaat işleri dolayısıyla taşınmazın malikine karşı ileri sürebileceği eser sözleşmesinden doğan bir alacağı mevcut değildir. Alt yüklenici, eser sözleşmesinden doğan alacaklarını, aslında sadece asıl yüklenici konumundaki kişiye karşı ileri sürebilir⁴³. Bunun sonucu olarak da, malik genel yükleniciye karşı sahip olduğu alacağını, alt yüklenicinin alacağı ile takas edemez⁴⁴.

Ne var ki, malikin menfaatleri icabı görülen işlerden doğan alacakları dolayısıyla alt yüklenici konumundaki kişilerin alacaklarının da yapı alacaklısı ipoteğinin bahsettiği teminattan istifade etmesi gerektiğine ilişkin düşünceler, eski kanunda geçen “bu müteahhit” ibaresinin; “malikten alacaklı olan yüklenici” dışında “altyüklenicileri” de kapsayacak şekilde yorumlanması sonucunu doğurmuştur⁴⁵. Yeni Kanunda ise, tereddütleri tamamen bertaraf edecek surette alt yüklenicilerin bu yetkiyi haiz olacağı açıkça öngörülmüştür. Bu durumda malik, inşaat dolayısıyla asıl yükleniciye olan borcunu tamamen ödemiş olsa dahi, bu yükleniciden alacağını alamamış olan alt yüklenici, kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilir. Zira alt yükleniciye kanun tarafından tanınmış olan bu ipoteğin tescilini talep hakkı, asıl yüklenicinin sahip olduğu ipoteğin tescilini talep etme hakkından ayrı ve bağımsız bir haktır⁴⁶. Kaldı ki, kanuni ipotek hakkının dayanağı, malik ile yapılan sözleşme değil, yapı için meydana getirilen edimlerdir⁴⁷.

Taşınmaz malikinin alt yüklenicilik sözleşmesinden (veya sözleşmelerinden) ha-

⁴² Alt yüklenici mevkiindeki kişi, yine malik ile arasındaki herhangi bir akdi ilişki bulunmayan diğer bir alt yükleniciden işlerin icrasını üstlenen bir kişi de olabilir. **EREN**, Fikret: “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici- İşletmecisi Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18-29 Mart 1996), B.2, Ankara 2001/XI, s.66.

⁴³ **EREN**, s. 66 vd.

⁴⁴ **BIÇAKÇI**, s. 542; **SÜMER**, s. 604.

⁴⁵ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, gayrimenkul malikinin inşaat işlerinin yapılmasına sebep olmasını aramaktadır. Yazarlara göre, eğer malikin yapılan inşaat işlerine muvafakati yoksa ipoteğin tescilini talep etmek kabil değildir. Bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 978 vd.

⁴⁶ **AKKANAT**, s. 284; **SÜMER**, s. 605-606; **BAYSAL**, s. 158.

⁴⁷ **REİSOĞLU**, s. 38-39; **BIÇAKÇI**, s. 541; **KÖPRÜLÜ**, Bülent/**KANETİ**, Selim; Sınırlı Ayni Haklar, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, İstanbul: İÜHF. Matbaası, 1982-1983, s. 311-312; **YALÇINDURAN**, s. 208; **KARAHAN**, s. 253.

berdar olmaması durumu değiştirmez, alt yüklenicinin ihbar yükümlülüğü de yoktur. Hatta taşınmaz maliki ile asıl yüklenici arasındaki eser sözleşmesinde alt yüklenici kullanılmayacağı açıkça öngörülmüş olduğu ve asıl yüklenicinin bu hükme aykırı olarak alt yüklenicilik sözleşmesi akdettiği durumlarda bile, alt yüklenicinin kanuni ipoteğin tescilini talep hakkı mevcuttur⁴⁸.

İsviçre Federal Mahkemesinin kararına konu olmuş bir olayda⁴⁹, taşınmaz maliki asıl yükleniciye olan borcunu ödemiştir, ancak asıl yüklenicinin alt yükleniciye borcunu ödememesinden dolayı alt yüklenici taşınmaz üzerinde kanuni ipotek hakkının tescilini talep etmiş ve mahkeme bu talebi yerinde bularak kabul etmiştir. Federal Mahkemenin bu kararının gerekçesi şu şekildedir: “*Alt müteahhidin kanuni ipoteğin tescilini talep hakkı, ayrı ve genel müteahhidin kanuni ipotek hakkından bağımsız bir haktır. Bunun sonucu olarak genel müteahhit lehine bir kanuni ipotek tesisi, alt müteahhidin lehine bir kanuni ipotek tesisini engellemeyecektir. Malik genel müteahhide ödemedede bulunmuşsa, sadece genel müteahhidin kanuni ipoteğin tescilini talep hakkı söner. Alt müteahhit bağımsız hakkını, sadece ve sadece kendisine ödeme yapıldığı durumlarda kaybeder (...), malikin genel müteahhide ödemedede bulunmuş olması alt müteahhidin kanuni ipotek hakkını malike karşı ileri sürmesine engel teşkil etmez*”. Bu karar ilk bakışta tepki doğuracak nitelikte olsa da kanun metni bu yoruma müsaittir, hatta aksine bir yorumda bulunmak oldukça zordur.

Öte yandan alt yüklenicilik kavramı ile eşanlamlı olarak doktrinde “alt işveren⁵⁰”, “taşeron⁵¹” ve “ikame edilen şahıs⁵²” kavramları da kullanılmaktadır. Nitekim 4857 s.lı İş Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi; “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.*” şeklinde tanımlanmıştır.

İşbu maddenin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, İş Kanunu anlamında, bir kişinin alt işveren olarak nitelendirilebilmesi için, bu kişinin işçi çalıştırıyor olması ve işçilerini de münhasıran bu işyerinde çalıştırması gerekir. Bu durum göstermek-

⁴⁸ BAYSAL, s.158.

⁴⁹ ATF 95 II 87, RNFR 1970 (51) s.182, JdT 1970 I 158 (BAYSAL, s.158).

⁵⁰ ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat; *İş Hukuku Dersleri, İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s. 53; CANBOLAT, Talat; “Alt İşveren Kavramı ve Uygulama Sorunları”, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 1997, s. 14.*

⁵¹ AKKANAT, s. 8; EREN, İnşaat, s. 65.

⁵² KILIÇOĞLU, Ahmet; Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD, C. 32, S. 1-4, 1975, s. 194.

tedir ki, alt yüklenici ile alt işveren kavramları, her zaman çakışmayabilir. Zira bir kişinin asıl yükleniciden eser sözleşmesi ile iş alması ve bu işi işçi çalıştırmadan bizzat yapması halinde, söz konusu kişi alt yüklenicidir; ancak İş Kanunu anlamında alt işveren değildir. Yine, asıl yükleniciden iş alan, ancak işçilerini çeşitli işverenlere ait iş yerlerinde çalıştıran kişiler de, alt yüklenici olmalarına rağmen, alt işveren değildirler. Ne var ki, yapı alacaklısı olabilmek için, alt yüklenici olmak yeterlidir. Kanunumuz yapı alacaklısı sıfatına sahip olabilmek için ayrıca İş Kanunu anlamında alt işveren sıfatına sahip olmayı gerekli görmemiştir.

3. Zanaatkârlar

TMK.nun 893/3. maddesine göre, kanuni ipoteğin kendi adına tescilini talep edebilecek kişilerden bir diğeri de, malikten veya yükleniciden alacaklı olan zanaatkârlardır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, yeni kanunda eski kanundan farklı olarak “işçi” terimi yerine “zanaatkâr” terimi tercih edilmiştir⁵³. Ancak, bu terim farklılığının çok esaslı bir değişiklik getirdiğinden bahsetmek mümkün değildir. Zira eski Medeni Kanun’da yer alan işçi kelimesinden, hizmet sözleşmesi ile çalışmayı taahhüt edenlerin değil; bir eser sözleşmesi ile inşaatlardaki elektrik ve su tesisatının döşenmesi, kapı ve pencerelerin takılması gibi belli işlerin bağımsız olarak görülmesini taahhüt edenlerin (zanaatkârların) anlaşılması gerektiği hukukumuzda genel olarak kabul edilmekteydi⁵⁴. Bu gibi kimseler yaptıkları eser sözleşmesinden dolayı, alacaklarını, ancak kendi edimleri ifa ettikten sonra talep etmek imkânına sahiptirler. Yani bir nevi emekleri ve malzemeleri karşılığında kredi vermektedirler. İşte kanun koyucunun da amacı bu gibi kimselerin ortaya çıkardıkları değerler nedeniyle oluşan alacaklarını alamamalarını önlemektir⁵⁵.

⁵³ Zira 4857 s.lı İş Kanunu’nun 32. maddesi gereğince işçilerin alacakları kısa sürede (günlük, haftalık ya da aylık olarak) muaccel olmaktadır. İşçiler ücretleri almak için inşaatın bitmesini beklemek durumunda değildirler. Kaldı ki, işçilerin ücretleri İcra ve İflas Kanunu’nun 140 ve 206. maddeleri gereğince imtiyazlı alacaklardır. Haciz veya işverenin iflası durumunda, diğer alacaklılara nazaran birinci sırayı işgal edeceklerdir. Bütün bunlar yapı alacaklısı olarak inşaatın yapılmasında hizmet sözleşmesi ile fiilen çalışan işçilerin değil, “zanaatkarlar”ın kabul edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır (OĞUZMAN/SELİÇİ./OKTAY-ÖZDEMİR, s.976). Aynı görüş için bkz. SÜMER, s. 603-604; AKKANAT, s. 283; BIÇAKÇI, s. 539-540; AYAN, s. 233 vd.; ALTAY/ESKİOCAK, s. 284; BAYGIN, s. 220. Nitekim yeni Medeni Kanun’un 893. maddesinin gerekçesinde de “... 3 üncü bentte “müteahhit” sözcüğü yerine “yüklenici”, “işçi” yerine de bilinçli olarak kaynak Kanunda olduğu gibi “zanaatkarlar” kelimesi kullanılmıştır. Bununla ipotek isteyebilecek kişilerin, işçiler gibi hizmet akdi ile değil, eser sözleşmesi ile çalışan kişiler olması gerektiği anlatılmak istenmiştir” demek suretiyle, “işçi” terimi yerine “zanaatkar” teriminin bilinçli olarak tercih edildiği açıkça belirtilmiştir. Bkz. Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, s. 585 vd.

⁵⁴ GÜRSOY/EREN/CANSEL; s. 1054 vd.; AYAN, s. 233 vd.; ALTAY/ESKİOCAK, s. 282.

⁵⁵ BIÇAKÇI, s. 540; OĞUZMAN/SELİÇİ./OKTAY-ÖZDEMİR, s. 976.

Zanaatkârların mutlaka doğrudan doğruya taşınmaz maliki ile eser sözleşmesi ilişkisi içinde bulunmaları gerekmez. Asıl yükleniciye karşı inşaat işlerini eser sözleşmesi gereğince yerine getiren zanaatkârlar da inşaat alacaklısıdır. Bunların kanuni ipotek kurulmasına ilişkin hakları asıl yüklenicinininkinden bağımsızdır. Asıl yüklenici yapı alacağı için bir ipotek kurdurmuş olsa bile, zanaatkâr kendi yapı alacağı için taşınmaz üzerinde ayrı bir ipotek kurdurabilir⁵⁶. Bununla beraber, ipoteğin tescilini talep edebilecek olan zanaatkârların, yine kanunun lâfzına bağlı kalınarak sadece malikten veya yükleniciden alacaklı olan zanaatkârlarla sınırlandırılmaması, bu kavrama ayrıca alt yükleniciden alacaklı olan zanaatkârların da dâhil olduğunu kabul etmek gerekir. Aksinin kabulü, muhtemelen Kanun'un ruhu ile bağdaşmayacak bir eşitsizlik yaratır⁵⁷.

B. Yapı Alacağı

Yapı alacağı, eser sözleşmesi gereğince, “bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden” emek sarf etmeleri sebebiyle, yüklenici ve zanaatkârlar için doğan alacaktır⁵⁸.

Yapı kapsamına ev, apartman vb. gibi yapılar girdiği gibi, yapıya ilişkin ameliyeler de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Örneğin, yolun kaldırılmalarının yapılması, taşınmazın çevresine duvar çekilmesi, kanal açma, köprü yapma, tünel, viyadük inşası yapı kavramına giren işlerdir⁵⁹. Menkul inşaat ise, TMK. nun 893/3. maddesi kapsamında yapı sayılmaz⁶⁰.

Yapı alacağının konusunu, malzeme ve emek veya sadece emek ile taşınmaz üzerinde meydana gelen yapıya ait değişiklikler oluşturmaktadır⁶¹. O halde yapı alacaklısının bu kanuni haktan yararlanması için, yapıda emek harcamış olması şarttır. Bu emek malzeme verme ile birleşebileceği gibi, herhangi bir malzeme katkısı olmadan da olabilir⁶². Ne var ki, emek veya emek ve malzemenin somut olarak inşaatta bir değer artışı meydana getirmiş olması gerekir⁶³.

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, yapıya yalnız malzeme vererek (örneğin tuğla satımı) katkıda bulunanlar inceleme konumuz olan kanuni ipotek hakkından yararlanamazlar. Çünkü yalnız malzeme tedarik etmek somut olarak inşaatta bir de-

⁵⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 977; BAYGIN, s. 220.

⁵⁷ CAN, s. 55.

⁵⁸ REİSOĞLU, s. 50; SÜMER, s. 607.

⁵⁹ ALTAY/ESKİOCAK, s. 284.

⁶⁰ AYAN, s. 235.

⁶¹ YALÇINDURAN, s. 209.

⁶² BIÇAKÇI, s. 542.

⁶³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 977.

ğer artışı meydana getirmez. Ne var ki, doktrinde sırf o inşaat için imal edilen bir malzemenin verilmesinin yapı alacağını sağlayacağı belirtilmektedir⁶⁴. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi yapıya taze beton yollayan malzeme sahibinin yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkına sahip olacağını belirtmiştir. Aslında bu kişi sadece malzemeyi inşaata getirmekle yetinmiş ve inşaata fiilen katkıda bulunmamıştır, ancak ısmarlanan malzeme sırf o inşaat için imal edilmiştir. Bu imalatın makine ile ve çok basit bir şekilde gerçekleştirilmiş olması ve başkaca inşaatlarda da kullanılabilmesi bu olguyu değiştirmez. Zaten bu beton derhal kullanılmazsa, sertleşir ve kullanılmaz hale gelir. Bunun hazır tutulması, yapı işinin bir parçası olarak nitelendirilebilir⁶⁵.

Bundan başka, malzemenin verilmesinin yanı sıra montajının yapılması da söz konusu ise, bundan doğan alacak da kanuni rehin hakkıyla güvence altına alınabilir. Örneğin, bir asansörün satışıyla birlikte yapıya monte edilmesi de öngörülmüş ise, bundan doğan alacak yapı alacaklısı ipoteginden yararlanır⁶⁶.

C. Yapı Alacağının Kapsamı

Kural olarak, kanuni ipotek hakkı ile teminat altına alınan alacak miktarının tapu kütüğünde gösterilmesi gerekir. Bu sebeple inşaat alacağının kapsamı belli olmalıdır⁶⁷. Asıl yüklenici ve diğer çalışanlar için bu alacağın miktarı TBK.m.480 hükmüne göre “götürü olarak” veya TBK.m.481 hükmüne göre “yaklaşık olarak” belirlenir. Ancak malik ile doğrudan doğruya bir eser sözleşmesinin tarafı olmayan alt yüklenicilerin, yapı alacaklarının kapsamı doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁶⁸, bu miktar inşaat sahibinin asıl yüklenici ile kararlaştırdığı miktarı geçemez. Zira kanunun amacı iyiniyet sahibi taşınmaz malikini miktarı belirli olmayan alacaklarla karşı karşıya bırakmak pahasına alt yükleniciyi korumak değil, sadece malikin inşaat karşılığı ödemeyi taahhüt ettiği parayı belli bir usulle alt yüklenicilerin de hakkını koruyarak paylaşmaktır⁶⁹. Ancak REİSOĞLU ve ERTAŞ bu imkânı sadece iyiniyetli taşınmaz maliklerine tanımaktadırlar. Zira alt yüklenicilere fazla para ödememek için eser sözleşmesinde inşaat işinin bedelini düşük gösteren taşınmaz maliki, TMK.m.2'ye aykırı davranmıştır, hakkını kötüye kullandığı için artık hukuki himaye görmeyecektir⁷⁰.

⁶⁴ YALÇINDURAN, s. 209; BIÇAKÇI, s. 543; ALTAY/ESKİOCAK, s. 284.

⁶⁵ BIÇAKÇI, s. 543; ALTAY/ESKİOCAK, s. 284; BAYSAL, s. 165, KARAHASAN, s. 254. ALTAY/ESKİOCAK, s. 284.

⁶⁶ ALTAY/ESKİOCAK, s.284.

⁶⁷ SÜMER, s.607.

⁶⁸ REİSOĞLU, s. 38; SÜMER, s. 607; DUMAN, s. 749.

⁶⁹ REİSOĞLU, s. 50; SÜMER, s. 607; BIÇAKÇI, s. 544; YALÇINDURAN, s. 209.

⁷⁰ REİSOĞLU, s. 37.

Diğer görüşe göre ise⁷¹, alt yüklenicilerin her biri yapmış oldukları işten dolayı doğan alacakları için kanuni ipotek hakkından yararlanabileceklerdir ve bu asıl yüklenicinin alacak hakkı ile sınırlı olmayacaktır⁷². Öyle ki, malikin asıl yükleniciye olan borcunu ödemesi halinde bile, alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkı devam edecektir. Öyleyse alt yüklenicinin yapı alacağının bağımsızlığı neticesi olarak, kendi alacak miktarının asıl yüklenicinin alacağı ile sınırlı olmadığını kabul etmek gerekir. Aksine bir çözüm zaten yapıya katkıda bulunan kişinin, katkıda bulunduğu değer in güven altına alınmaması sonucunu doğurur ki, bu tamamen maddenin amacına ters düşer⁷³. Kanaatimizce de, TMK.nun 893/3 hükmü karşısında ipoteğe konu olan alacağın kapsamı alt yüklenicinin alacağına göre belirlenmelidir. Aksi görüşün kabul edilmesi, kanunun açık ifadesi ile çelişki teşkil edecektir.

Ne var ki, bu halde de taşınmaz maliki inşaatın meydana getirilmesinde alt yüklenici kullanılması durumunda, inşaat bedelini iki ve hatta bazen üç defa ödemek tehlikesi ile karşı karşıya kalabilecektir. Hem asıl yüklenici hem de alt yüklenici(ler) birbirilerinden bağımsız olarak bu ipotek hakkının tescilini talep etme imkânına sahip olabildiklerinden, inşaatın yapımına katılmış bulunan yüklenicilerin tamamının alacağını elde edememiş olması ihtimalinde, asıl yüklenicinin alacağının kapsamına alt yüklenicilerin alacakları da dâhil olmasına rağmen, aynı edim için birden fazla ipotek hakkının tescil edilmesi gündeme gelebilecektir⁷⁴.

İki defa ödeme yapma tehlikesi, taşınmaz malikinin asıl yükleniciye olan borcunu ödemiş fakat asıl yüklenicinin alt yüklenicilere ödeme yapmamış olması ihtimalinde de ortaya çıkmaktadır. Gerçi bu durumlarda taşınmaz maliki alt yüklenicilere yapacağı ödemelerle ilgili olarak asıl yükleniciye rücu etme imkânına sahiptir; fakat asıl yüklenicinin ödeme güçlüğü içerisinde olduğu durumlarda böyle bir imkân a sahip olması onun açısından ekonomik bir değer ifade etmeyecektir⁷⁵.

Malikin bu şekilde iki defa ödeme yapması tehlikesine karşı eser sözleşmesinde daha dikkatli olması için kendisine üç imkân tanınmıştır: Malik, eser sözleşmesine, alt yüklenicilerin bedellerini kendisinin ödeyeceğini veya bu ödemeyi üçüncü bir kişinin (örneğin bankaların) yapacağını yahut sözleşmenin hüküm doğurması için asıl

⁷¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 977. Bu görüşü savunanlar, "alt yüklenicilerin alacaklı olduğu miktarın inşaat sahibinin asıl yüklenici ile kararlaştırıldığı miktarı geçemeyeceği" şeklindeki görüşün yerinde olmadığını, zira bu görüşün inşaat sahibinin asıl yükleniciye olan borcunu yerine getirmiş olması halinde, alt yükleniciye kanuni ipotek hakkı tanınması fikri ile bağdaştırılamayacağını iddia etmektedirler.

⁷² SÜMER, s. 607.

⁷³ BIÇAKÇI, s. 544.

⁷⁴ AKKANAT, s. 292; BAYSAL, s. 159-160.

⁷⁵ AKKANAT, s. 292.

yüklenicinin alt yükleniciye olan borcunu ödemiş olması kaydını koyabilir⁷⁶. Ancak İsviçre’de hâkim görüş malikin iki defa ödeme yapma riskine karşı korunabilmesi için yeni bir kanuni düzenlemenin gerekli olduğu şeklindedir⁷⁷.

Yapı işlerinin taşınmaz malikin haberi olmadan üçüncü bir kişi tarafından (örneğin, kiracı tarafından) yaptırılmış olması halinde ise, üçüncü kişi ile eser sözleşmesi kurmuş olan yüklenici ve zanaatkârların yapı alacaklarından dolayı kanuni ipotek haklarının olup olmaması hususu da doktrinde tartışmalıdır. Baskın görüşe göre, taşınmaz malikin yapı işlerini yaptırmak için herhangi bir sözleşme ilişkisine girmediği, herhangi bir yetki vermediği, yapılan işleri önceden veya sonradan bir davranışın bulunmadığı, başka bir deyişle yapı işlerinin malikin iradesine veya başkaca davranışlarına bağlanamayacağı durumlarda, diğer objektif şartlar bulunsa bile, yapı alacaklarının kanuni ipotek hakları yoktur⁷⁸.

Yapı alacaklısı ipoteğinin oluşması için, malik ile aralarında bir eser sözleşmesinin olmasının şart olmadığı, önemli olanın taşınmaz üzerindeki değer artışı olduğu görüşünde olan yazarlar ise⁷⁹, taşınmaz üzerindeki yapı yetkisiz bir kişi tarafından yaptırılmış olsa bile, yapı alacaklılarının hiç olmazsa TMK.m.723 kapsamındaki tazminat alacaklarını güvence altına almak bakımından, kanuni ipotek haklarının varlığını kabul etmek gerektiği görüşündedirler⁸⁰.

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar, yapının tamamlanmış ve alacak hakkının doğmuş olması hallerine ilişkindir. İnşaat bitmeden evvel, malikin TBK.m.484 çerçevesinde tam tazminat ödemek suretiyle mukaveleyi feshetmesi ya da inşaatın malikin kusuru nedeniyle tamamlanamaması halinde ise, yapı alacaklılarının “bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden” emek sarf ettikleri işlere tekabül etmeyen kısım için, kanuni ipotek haklarından faydalanabilmeleri mümkün değildir.

REİSOĞLU bu konuda, TMK.nun 807/3. maddesinin “bir taşınmaz üzerinde

⁷⁶ **BIÇAKÇI**, s. 544. **AKKANAT** ise, taşınmaz malikin iki defa ödeme yapma riskinin ortadan kaldırılabilmesi için, sadece taşınmaz maliki ile doğrudan akdi ilişki için bulunan yapı alacaklılarına ipotek hakkının tescilini talep hakkı verilmesi, alt yüklenicilerin ise asil yüklenicinin taşınmaz malikine karşı sahip olduğu alacak hakkı üzerine kanuni bir rehin hakkı tanınmak suretiyle korunması gerektiği görüşündedir. Bkz. **AKKANAT**, s. 304. **BAYSAL**, s. 161.

⁷⁷ **BAYSAL**, s. 161.

⁷⁸ **REİSOĞLU**, s. 45; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 978; **BAYSAL**, s. 167.

⁷⁹ **BIÇAKÇI**, s. 542; **ACAR**, s. 360. İsviçre Federal Mahkemesi’nin son içtihatları da (BGE 95 II 221= JdT 1970 I 143) bu yöndedir (**OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 979). Ancak İsviçre Medeni Kanunu m. 837’de yapılan değişiklikle, taşınmazda kiracı, hizmetli veya başka bir hakka sahip olanların yaptırdığı inşaat nedeniyle inşaatçı ipoteğinin kurulması, malikin yapılan inşaat işine izin vermesi şartıyla mümkün kılınmıştır (**OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 979).

⁸⁰ **BIÇAKÇI**, s. 545; **YALÇINDURAN**, s. 209-210.

yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden” emek sarf edilen işlere ilişkin olduğu, kanunumuzun alacağın ipotekle teminat altına alınmasını emek sarf edilen işin taşınmazın değerini doğrudan doğruya artırması şartına bağlı kıldığı, temeli eser sözleşmesine dayansa bile, doğrudan doğruya taşınmazın değerinin artmasına tesir etmeyen tazminat alacakları için yapı alacaklısı ipoteğinin tesis edilemeyeceği görüşündedir⁸¹. Biz de bu görüşe aynen katılmaktayız.

IV. Yapı Alacaklılarının Kanundan Doğan İpotek Hakkının Tescili

A. Tescilin Şartları

TMK.nun 895. maddesi, inşaatçı ipoteğinin tescilini sırasıyla “belirli bir süre içinde yapılması”, “alacağın tanınmış olması” ve “alacaklıya başkaca teminat verilmemiş olması” şartlarına bağlamaktadır. Aşağıda bu şartların her birini ayrı ayrı inceleyeceğiz.

1. Tescili Talep Hakkının Tabi Olduğu Süre

TMK.nun 895. maddesi; “Zanaatkarların ve yüklenicilerin kanuni ipotek hakları, çalışmayı veya malzeme vermeyi yükledikleri andan başlayarak tapu kütüğüne tescil olunabilir.” hükmünü ihtiva etmektedir. İşbu maddenin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, yüklenici ve zanaatkarların kanuni ipotek haklarını tapu siciline kaydet-tirebilmeleri için, eser sözleşmesinin kurulmuş olması yeterlidir. İşe başlamış olmak şart değildir⁸². Zira kanun koyucu işe eylemli olarak başlamayı aramamaktadır. Belirtmeliyiz ki, kanun koyucu bu hükümle yapı alacaklılarını korumayı amaçlamıştır.

Yapı alacaklıları tapu kütüğünde, tescil tarihine göre derece aldıklarından, işin yapım süresi boyunca kurulacak diğer rehinli alacaklardan etkilenmeyeceklerdir⁸³. Ancak bu hakkın en geç işlerin bitirilmesinden itibaren üç ay içinde kullanılması şarttır⁸⁴. Bu husus TMK.nun 895/2. maddesinde; “Tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması gerekir.” şeklinde ifade edilmiştir⁸⁵.

⁸¹ REİSOĞLU, s. 52-53.

⁸² REİSOĞLU, s.83; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.981; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s.168; ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 210; AYAN, s. 237; SÜMER, s. 610; ALTAY/ESKİOCAK, s. 286; YALÇINDURAN, s. 211.

⁸³ REİSOĞLU, s. 84; BIÇAKÇI, s. 553; YALÇINDURAN, s. 211.

⁸⁴ AKKANAT, s. 286; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 980; KAPLAN, s. 163; BAYGIN, s. 221; BAYSAL, s. 171, KARAHASAN, s. 254; AYBAY/HATEMİ, s. 285.

⁸⁵ Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesi de 18.2.2008 tarihli, 2006/6606 Esas ve 2008/960 Karar sayılı kararında; “...Dava, eser sözleşmesine dayalı alacağın tespitiyle, kanuni ipotek tesisi ve ilgili tapulara tescili istemiyle açılmıştır. -Davalı, husumet yöneltilemeyeceği gibi hak düşürücü sürenin geçtiğini, tescil koşullarının oluşmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur. -Mahkemece, davanın kısmen kabulüyle, davacının dava dışı Ortaks-Orkide Yatırım ve İnş. San. ve Tic. A.Ş. den

Yine yapı alacaklısının rehin tescili ile ilgili talebini bu üç aylık süre içerisinde tapu memuruna yöneltmesi yeterli olmayıp; aynı zamanda bu süre içerisinde tescilin de gerçekleştirilmiş olması zorunludur. Üç aylık bu süre hukuki emniyetin temini amacıyla getirilmiş olup, kanuni rehin hakkının malik lehine bir ölçüde yumuşatılmasına da etkili olmaktadır⁸⁶.

Ne var ki uygulamada herhangi bir dava açıldıktan sonra ön inceleme duruşmasının bile en erken 5-6 ay sonra yapılabildiği bilinen bir gerçektir. Bu durumda, alacağın gerçek miktarının tespitinin, kanuni ipoteğin tescili için öngörülen 3 aylık hak düşürücü süre içerisinde yapılamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Malik lehine öngörülen bu yumuşama, yapı alacaklısı ipoteğinin uygulanabilirliği imkânını tamamen ortadan kaldırdığından, doktrinde ve Yargıtay Kararlarında, davanın uzaması halinde, yapı alacaklısının kanuni ipoteğinin tesciline ilişkin 3 aylık hak düşürücü süreyi kaçırmaması ve hak kaybına uğraması ihtimali göz önünde bulundurularak, yapı alacaklısının mahkemeden TMK.m.1011 uyarınca geçici tescil şerhi verilmesini talep edebileceği kabul edilmiş ve uygulama bu yönde şekillenmiştir⁸⁷. Geçici tescil, mahkemeden kesin tescilde olduğu gibi, işe başlandığı günden itibaren istenebilir. İşin bitmiş sayıldığı günü takip eden üç ay içinde geçici tescilin talep edilmiş olması icap eder.

Geçici tescil talebinden maksat, süratli bir müdahale ile yüklenici ve zanaatkarlara sağlanan kanuni himayenin ortadan kalkmasına mani olmak olduğuna göre,

195.000,00 YTL alacağının bulunduğu tespitine, bu bedeli karşılamak üzere Türk Medeni Kanunu'nun 893/3. maddesinde davalı adına kayıtlı bağımsız bölümler üzerine davacı lehine kanuni ipotek hakkının tapuya tesciline karar verilmiş, karar taraflar vekillerince tenyiz edilmiştir. Davaya konu alacak, davalının inşaatlarının yapımını yükümlenen dava dışı Orteks-Orkide Ltd. Şti. ile davacı arasında imzalanan 22.07.2003 günlü 7625 adet kapı kanadı imali ve montajı sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Kısaca, davacı alt yüklenicidir. -Türk Medeni Kanunu'nun 893/3. maddesi hükmüne, bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yükleniciler kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilir. Aynı Yasa'nın 895. maddesi hükmüne de, tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması ve tescilin yapılabilmesi için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması şarttır. .Somut olaya gelince, alt yüklenici davacının alacak miktarı hususunda taraflar uyuşmadıkları gibi mahkemece de karara bağlanmış değildir. Kısaca alacağın miktarı tartışmalıdır. Alacağın dayanağı imalat 22.01.2004 tarihinde teslim edildiğine göre bu tarihten itibaren üç aylık süre içinde geçici tescil istenildiği iddia olunmadığından işbu davada üç aylık süre de açılmadığından dinlenebilme koşullarının gerçekleştiğinden söz edilemez. Bu halde açıklanan tüm bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken hukuki yorumlamada yanlışya düşülerek kabul edilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” demek suretiyle aynı hususa değinmiştir (www.kazanci.com, 15.09.2015).

⁸⁶ AKKANAT, s. 286.

⁸⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 981; BAYSAL, s. 173; KOSTAKOĞLU, Cengiz; İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 9. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s. 927.

hakim, 3 aylık hak düşürücü sürenin geçtiğini gösteren delil ve emareler olmadıkça, alacağın esas ile ilgili derinlemesine bir inceleme yapmadan geçici tescile derhal hükmetmelidir.

Bu üç aylık hak düşürücü sürenin işlerin bitmiş sayıldığı gün başlayacağını belirtmiş idik. İşin bitip bitmediği hususu eser sözleşmesinde yer alan işin bitirilme tarihine bakarak belirlenmez. Diğer bir ifadeyle eser sözleşmesi yönünden işin daha önceki bir tarihte bitirilmesi gerekse bile, bu tarih esas alınmaz. Yine malikin binada oturmaya başlaması da işin bittiği anlamına gelmez. Çünkü malikin bitmemiş bir evde oturması da mümkündür⁸⁸. Yüklenicinin fatura göndermiş olması da, zaruri olarak, işin tamamlandığının delili sayılamaz⁸⁹.

İşin bitmiş sayılması için, yapı alacaklısının borç altına girdiği eser sözleşmesinin konusuna giren bütün işlerin yapılması, tamamlanması gerekir⁹⁰. Belirtmeliyiz ki, borç altına girdiği eser sözleşmesinin konusuna giren bütün işleri tamamlamayan yapı alacaklısı tescil talebinde bulunamaz. Nitekim Yargıtay 15. HD. de 16.6.2005 t.li, 2004/6312 E. ve 2005/3626 K. sayılı kararında; *"...Davacı yüklenici her ne kadar dava dilekçesinde sözleşmeye aykırı olarak ve kötüniyetle davalılar tarafından kurulan kat irtifakının da iptalini istemiş ise de 2.3.2003 tarihli oturumda alınan imzalı beyanı ile davadaki asıl taleplerinin tapunun iptali ile kooperatif adına tesciline ilişkin olduğunu açıklamış bulunmalarına, inşaat sözleşmeye uygun olarak ikmal edilmediğinden sözleşme hükmü gereği davacının dava tarihi itibarıyla tescil talebinde bulunmaya hakkı olmadığından anlaşılmasına, şartları oluştuğunda tescil talebi ile ilgili dava açıldığında bağımsız bölümlerin sözleşmeye uygun olarak paylaşımının yapılacağına ve ayrıca kurulan kat irtifakına yönelik itirazın tescil için açılacak dava ile birlikte adli yargı yerinde çözüleceğinin de tabii bulunmasına, TMK.nun 895. maddesi uyarınca koşulları oluşmadığından davacının kanuni ipotek tesisi ile ilgili talebinin reddedilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre...hükümün değişik bu gerekçe ile ONANMASINA ...karar verildi."* demek suretiyle aynı hususa değinmiştir⁹¹.

Ne var ki, sonradan istenen ek çalışmalarla, yüklenicinin kasten yapmadığı bazı önemsiz işlerin yapılmamış olması işin bitmemiş sayılmasını gerektirmez; meğerki bu işler inşaatın tamamlanmış sayılabilmesi için vazgeçilmez bir fonksiyona sahip olsun⁹². Bu bağlamda, yapı alacaklısının bilerek sona bıraktığı ufak tefek eksiklikler, toparlama ve düzeltme işlemleri vb. işin tamamlanmadığı anlamına gelmez. Aksi halde sürenin tespiti, tek taraflı yapı alacaklısının iradesine kalmış olur. Bu konuda

⁸⁸ REİSOĞLU, s. 86-87; BIÇAKÇI, s.553; YALÇINDURAN, s. 211.

⁸⁹ REİSOĞLU, s. 87.

⁹⁰ BIÇAKÇI, s. 553.

⁹¹ www.kazanci.com, 15.09.2015.

⁹² ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 210; YALÇINDURAN, s. 211; AKKANAT, s. 286; BAYSAL, s. 171.

objektif ölçülere dayanarak TMK.nun 895. maddesinin konuluş amacına uygun karar vermek gerekir⁹³.

Eser sözleşmesi gereğince işler tamamlanmamış olduğu halde, yüklenicinin çalışmayı bırakmış olması, “işin bitmiş sayılması” olarak yorumlanamaz. Bu takdirde yüklenici, işi bitirmemek suretiyle üç aylık müddetin geçmesi imkânını her ne kadar elinde bulundurursa da, inşaat sahibi, temerrüt hükümlerinden istifade ederek, kötüniyetle yaratılmak istenen bu duruma son verebilir. Örneğin malik, TBK.m.123 vd. hükümlerinden faydalanarak yükleniciyi temerrüde düşürdüktan sonra, -temerrüde düşen borçlu kendisine verilen süre içinde borcunu ifa etmemişse veya yükleniciye süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise-, TBK.m.125/2 hükmü gereğince borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini yükleniciye hemen bildirebilir. Bu tarihten itibaren iş son bulmuş sayılır ve üç aylık süre de işlemeye başlar⁹⁴.

Aynı şekilde, sözleşmenin, işin bitmesinden evvel inşaat sahibi tarafından feshi halinde de (TBK.m.484), üç aylık müddet yüklenicinin fiilen çalıştığı son günden itibaren değil, fakat sözleşmenin feshi tarihinden başlar. Aksi takdirde, mesela hava şartları veya grev yüzünden yüklenicinin üç ay çalışmaması halinde, inşaat sahibi, TBK.m.484 gereğince tek taraflı iradesiyle sözleşmeyi feshederek yüklenicinin kanuni ipotek hakkını tescil ettirmesini önleyebilir⁹⁵.

Öte yandan kanun metninin içeriğinden, üç aylık tescili talep süresinin her yapı alacaklısının kendi üstlendiği yapı işinin tamamlanmasından itibaren başlayacağı anlaşılmalıdır. Yani işin bitimi her yapı alacaklısı yönünden, işi bitirdiği tarih dikkate alınarak ayrı ayrı belirlenmelidir⁹⁶. Örneğin, doğrama işinin yapımını yüklenen kimse için, üç aylık süre kendisine düşen bu işi bitirdiği günden itibaren başlar⁹⁷. Yani yapı alacaklısının tescil talebinde bulunabilmesi için, yapı işinin tamamının bitirilmesini beklemesine gerek yoktur. Aksi bir düşüncenin kabul edilmesi halinde, yapının tamamlanmasından evvel, hatta başlangıcında işini bitiren yapı alacaklıları, işleri daha sonra bitenlere nazaran tescil bakımından daha uzun bir zamana sahip olacaklardır. Bu durum ise, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Kanun koyucunun böyle bir neticeyi amaçlamadığı açıktır. Bu nedenle işi biten elektrikçi ya da marangozun eser sözleşmesinin tamamının yerine getirilmesini beklemeksizin kendileri tarafından yapılan işin bitirilmesinden itibaren üç ay içinde tescil isteminde bulunmaları gerekir⁹⁸.

⁹³ ALTAY/ESKİOCAK, s. 286; BAYSAL, s. 171.

⁹⁴ REİSOĞLU, s. 87; BIÇAKÇI, s. 554; YALÇINDURAN, s. 212.

⁹⁵ REİSOĞLU, s. 87; BIÇAKÇI, s. 554; YALÇINDURAN, s. 212.

⁹⁶ AKKANAT, s. 286; BIÇAKÇI, s. 554.

⁹⁷ BIÇAKÇI, s. 554.

⁹⁸ ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 210.

Yapı maliki ile yüklenici arasında aynı yapı ile ilgili birden çok ve bağımsız eser sözleşmesi yapıldığı ve her sözleşme için ayrı ödeme koşulları belirlendiği takdirde, tescil süresi her sözleşme için ayrı ayrı hesaplanır⁹⁹. Bu gibi durumlarda işin tamamlanıp tamamlanmadığı hususu da her sözleşme bakımından ayrı ayrı değerlendirilir. İnşaatın yapılmasında birden fazla alt yüklenici bulunması halinde de aynı hususlar geçerlidir¹⁰⁰.

Öte yandan üç aylık sürenin işlemleri bakımından, her yapı alacaklısının durumu diğerinden bağımsızdır. Yani, bazılarının süreyi geçirmesi, süreyi henüz geçirmemiş olanların tescil talebinde bulunmalarını etkilemez¹⁰¹.

Bu üç aylık süre hak düşürücü süre olduğundan¹⁰² yapı malikinin kabulü ile hatta mahkemece de uzatılamaz. Bu nedenle üçüncü kişilerin hukukunu koruma bakımından malikin kabulü veya mahkeme kararı bulunması halinde dahi tapu sicil memuru böyle bir isteği reddetmek zorundadır. Ayrıca, bu sürenin bazı nedenlerden dolayı durması (BK.m.153) veya kesilmesi (BK.m.154) söz konusu olamaz¹⁰³.

⁹⁹ REİSOĞLU, s. 85; ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 210; YALÇINDURAN, s. 211-212.

¹⁰⁰ YALÇINDURAN, s. 212.

¹⁰¹ SÜMER, s.610; AYAN, s.237.

¹⁰² Nitekim Yarg. HGK. da 16.06.1973t., 1-15E. ve 510K. s.lı kararında; “...Davacı lehine Medeni Kanun’un 807’nci maddesinin 3’ncü fıkrasına göre kanuni ipotek tesisine dair dava, dava dışı İsmail aleyhine 963 yılında açılmıştır. Davacı inşaatı en geç 1958 yılında bitirmiştir. Medeni Kanun’un 921. maddesine dayanarak alacağı için Tapu Siciline geçici bir şerh verilmesi hususunda herhangi bir talebi olmamıştır. Ancak 1963 yılında İ. Aleyhine açtığı davada kanuni ipotek isteğinde bulunmuştur. Davacı ile dava dışı İsmail arasındaki akdi münasebet ne olursa olsun, dava, yapılan inşaat dolayısıyla sarf edilen para için kanuni ipotek tesisine taalluk etmesi sebebiyle evvela bu hakkın mevcut şartlar dahilinde tescilinin mümkün olmadığı, mümkün ise, bu hakkın mevcudiyetinin sonuçlarından davalının sorumluluk derecesinin bu davada her şeyden önce halli gerekeceğinden konu evvela bu yönden incelenmiştir. Medeni Kanun’un 807. maddesinin 3’üncü fıkrasına dayanarak kanuni ipotek hakkının iş yapan veya müteahhit tarafından işin bittiği tarihten itibaren üç ay içerisinde istenmesi gerekir. Aynı Yasa’nın 809. maddesi bunu amirdir. Hak düşürücü bir süre olması sebebiyle bu süre içerisinde sözü geçen hak için istekte bulunulmaz veya aynı Yasa’nın 921. maddesine dayanılarak geçici tescil istenmez ise müteahhit bu süre geçtikten sonra bu hakkını kullanamaz. Dolayısıyla üçüncü kişilere bu hususu dermeyer ederek bir istekte bulunamaz. Yukarıda belirtildiği gibi davacı arsa üzerinde inşaatı 1958 yılında bitirmiştir. Tescil davası 1963 yılında açılmıştır. O halde Medeni Kanun’un 809’uncu maddesi gereğince istek hüküm altına alınmaz ve bu sebepten davacının dayandığı dava dışı İ. Aleyhine aldığı karar bu davada delil kıymetini kaybetmiş olur. O ilam ancak İ.yi bağlayacağından gayrimenkul üzerinde davacı lehine tesis edilen bu ipotek üçüncü şahıs mevkiinde olan davalıya karşı ileri sürülerek rüçhanlı olduğu iddia edilemez. Yukarıda açıklandığı vechile davalı kanuna dayanarak bu şekilde def’ide bulunabileceğinden bu yönden davanın reddine karar verilmesi gerekir. -Bu itibarla açıklanan gerekçeyi de ihtiva eden özel daire bozma kararına uyularak davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne müncer evvelki kararda direnilmesi Usul ve Kanun’a aykırı olduğundan davalının yerinde görülen bozma isteğinin kabulü ile direnme kararının (BOZULMASINA) çoğunlukla karar verildi” demek suretiyle aynı hususa değinmiştir (Bkz. ALTAY/ESKİOCAK, s. 287).

¹⁰³ REİSOĞLU, s. 87; ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 211; BIÇAKÇI, s. 554; YALÇINDURAN, s. 212.

Son olarak belirtmeliyiz ki, sürenin geçmesi ile yapı alacağı değil, yapı alacağının tescilini talep hakkı son bulur¹⁰⁴. Dolayısıyla süreyi geçiren yapı alacaklısı zamanaşım süresi içerisinde genel mahkemelerde dava açmak suretiyle alacağını talep etme hakkına sahiptir.

2. Alacağın Tanınmış Olması

Yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkına esas teşkil eden alacağın malik tarafından tanınmış olması, yani alacağın ihtilafı (çekişmeli) olmaması gerekmektedir. Bu husus TMK.nun 895/3. maddesinde; “*Tescilin yapılması için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması şarttır.*” şeklinde ifade edilmiştir. İşbu maddenin incelenmesinden de anlaşıldığı üzere, tescil için alacağın tanınması iki yolla olur. Bunlar; “alacağın malik tarafından kabul edilmesi” veya “mahkemece hüküm altına alınması”dır. Aşağıda bu şartlardan her biri ayrı ayrı incelenecektir.

a. Alacağın Malik Tarafından Kabul Edilmesi

TMK.m.895’te yer verilen, taşınmaz malikinin alacağı tanınmasından maksat, malikin bir borç ikrarında bulunması değildir. İfade olunmak istenen, taşınmaz üzerinde ipoteğin ne miktar için bir yük teşkil edeceğinin veya yapılan işin değerinin taşınmaz maliki tarafından kabul edilmesidir. Malik bu anlamda yapı alacağını tanımsa, yapı alacaklısı ipoteğinin tescili mümkündür¹⁰⁵.

Kural olarak, kanuni ipotek hakkı ile teminat altına alınan alacak miktarının tapu kütüğünde gösterilmesi gerekir. Bu sebeple yapı alacağının kapsamı belli olmalıdır. Asıl yüklenici ve diğer çalışanlar için, bu alacağın miktarı TBK.m.480 gereğince “götürü bedel” olarak belirlenmiş olabilir veya 481’e göre “belirlenmemiş” olabilir ya da “yaklaşık (takribi) bedel” olarak belirlenmiş olabilir.

Bedelin götürü olarak tespit edildiği durumlarda, alacağın malik tarafından kabulü bir özellik göstermez, kabulün yazılı biçimde olması yeterlidir. Bu konuda esas sorun, yapı alacaklısının bedelinin kesin olarak saptanmadığı durumlarda işin başında ipoteğin tescilinin istemesinde ortaya çıkar. Doktrinde böyle durumlarda, yapı işleri tam olarak bitmeden önce bedeli tam olarak hesaplamaya imkân olmadığından, kesin tescil değil ancak geçici tescil yaptırılabilceği görüşünü savunanlar mevcuttur¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Bu sürenin hesabında, TBK.nun 92 ve 93. maddeleri, TMK.m.5 gereğince uygulanır (Bkz. **RE-İSOĞLU**, s. 87).

¹⁰⁵ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 980; **BAYGIN**, s. 221.

¹⁰⁶ Bkz. **WIELAND** (çev. İ.H. Karafaki), Kanunu Medenide Ayni Haklar, Ankara 1950, s. 684 (**BIÇAKÇI**, s.555); **AKKANAT**, s.287; **UYGUR**, Turgut; Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku

Doğrudan doğruya kendisine eser sözleşmesiyle bağlı bulunan yüklenici ve zanaatkârların alacak miktarlarını kesin ya da yaklaşık olarak tayin etmek malik için mümkündür. Ancak, yapı alacaklısı ipoteği, yalnız malikle eser sözleşmesi imzalayanlara değil, müstakil olarak alt yüklenici ve zanaatkârlara da tanınmıştır. Alt yüklenici ve zanaatkârlar asıl müteahhide bağlı olarak çalıştıklarından, malikin bunların varlığından dahi haberdar olmaması mümkündür. Malikin, onları asıl müteahhide bağlayan eser sözleşmesinin mahiyet ve şartlarını bilmesine ve dolayısıyla yaklaşık olarak dahi alacaklarının miktarını, ipotek haklarına esas teşkil etmek üzere tespit etmesine imkân yoktur¹⁰⁷. Böyle durumlarda da, kesin tescil değil, ancak geçici tescil yaptırılabilirliği ve alt yüklenici ile zanaatkârlara dava açarak alacakların kesin miktarını tespit ettirmek için süre tanınabileceği kabul edilmelidir.

Alt yüklenici ve zanaatkârlar lehine tanınan kanuni ipotek hakkının tescili için, alacağın asıl yüklenici tarafından kabul edilmesinin yeterli olup olmadığı hususunda REİSOĞLU, “alt müteahhit ve zanaatkarlar lehine kanuni ipotek hakkının tescili için, alacağın birinci müteahhit tarafından kabul edilmesinin yeterli olmadığı, zira birinci müteahhidin, kanuni ipotek hakkıyla takyid edilecek gayrimenkul üzerinde hiçbir hakkı olmadığı, oysa gayrimenkule müteallik haklar üzerinde tescil, terkin vs. yoluyla yapılacak her türlü değişikliğin TMK.m.1013-1014 gereğince, prensip itibarıyla gayrimenkul malikinin beyanına bağlı olduğu, dolayısıyla alt yüklenici ve zanaatkarlar lehine yapılacak tescillerde de alacağın malik tarafından kabul edilmesi gerektiği” görüşündedir¹⁰⁸.

Kanaatimizce de, alt yüklenici ve zanaatkârların yapmış olduğu işlerden doğan alacaklarının da malik tarafından tanınmış olması gerekir. Alt yüklenicinin alacağı, malik tarafından kanuni ipotek yoluyla temin edilirse, ipoteğe teşkil etmek üzere tanınan alacağın miktarına itiraz eden asıl yüklenicinin, ipoteğin terkin edilmesini isteme hakkı yoktur. Zira alt yüklenici lehine ipotek tescil edilmesi asıl yükleniciye zarar vermemektedir¹⁰⁹.

Malikin yapı alacaklısının alacağını tanımaktan kaçınması durumunda ise, aşağıda inceleneceği gibi, alacaklının kanuni ipoteğin tescili konusunda hüküm elde etmek için dava açması ve bu arada 3 aylık hak düşümü süresi geçmeden yapı alacağı ipoteğini tapuya tescil ettirmesi zorunluluğu vardır.

Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara: Adalet Matbaacılık, 1993. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR** ise, yapı alacaklılarının mahkeme kararı ile, TST.m.50 hükmüne dayanarak, ipotek hususunda MK.m.1011 uyarınca geçici tescil şerhi verdirtebilecekleri görüşündedir. (**OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 981).

¹⁰⁷ REİSOĞLU, s. 94.

¹⁰⁸ REİSOĞLU, s. 94.

¹⁰⁹ REİSOĞLU, s. 94-95; SÜMER, s. 607- 608.

b. Alacağın Mahkemece Hüküm Altına Alınması

Malikin yapı alacaklısının alacağını tanımaktan kaçınması durumunda, alacaklı kanuni ipoteğin tescili konusunda hüküm elde etmek için hâkime müracaat edebilecektir. Bu durumda mahkeme, alacağın gerçek miktarını hüküm altına alacaktır¹¹⁰.

Yapı alacaklısının, bu konudaki tespit davasının dinlenebilmesi için zorunlu olan menfaat şartının varlığı açık olduğu gibi, TMK.m.895 hükmü de kendisine bu hakkı tanımaktadır.

Açılacak davada, yapı maliki ile birlikte borcun muhatabı olan yüklenici de taraf olarak gösterilmelidir. Zira yapı alacaklısının sözleşmeden kaynaklanan bir alacağı varsa bu alacağın muhatabı ve borçlusu sözleşmenin tarafı olan yüklenicidir. Yapı maliki sözleşmenin tarafı olmadığından, yüklenicinin taraf olarak gösterilmediği davalarda, mahkemece alacağın gerçek miktarının tespit edilebilmesi çoğu kez mümkün olmayacak veya tespit edilen alacak davanın tarafı olmayan yükleniciyi bağlamayacağından Mahkemece tescil kararı verilemeyecektir. Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesi de, 02.11.2012 t.li, 2011/7124 E. ve 2012/6793 K. s.lı kararında¹¹¹; "... *TMK'nın 895/III. maddesinde, 'tescilin yapılması için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması gerekir' düzenlemesine yer verilmiştir. -Somut olayda davacının alacağı, dava dışı yüklenici ile imzaladığı taşeronluk sözleşmesi uyarınca yaptığı imalatlardan kaynaklanmaktadır. Sözleşmeler ancak tarafları arasında hak ve borç doğururlar. Davacının sözleşmeden kaynaklanan bir alacağı varsa bu alacağın muhatabı ve borçlusu sözleşmenin tarafı olan dava dışı yüklenicidir. Davacı, borcun muhatabı olan dava dışı yüklenici aleyhine dava açarak alacağını ilama bağlatmadığı gibi, davacının dava dışı yükleniciden olan alacağı davalı arsa sahiplerince kabul de edilmemiştir. Eldeki davada yüklenici taraf olmadığından bilirkişilerce belirlenen alacağın yükleniciyi bağladığı ve yüklenici yönünden alacağın karara bağlandığı kabul edilemez. Belirlenen alacak, davalı arsa sahiplerince kabul edilmiş de değildir. Bu durumda mahkemece şartları oluşmayan davanın reddi gerekirken, delillerin takdirinde ve yasa hükümlerinin yorumlanmasında hataya düşülerek yazılı şekilde davanın kabulü doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.*" demek suretiyle aynı hususa değinmiştir.

Bu davalar, basit yargılama usulüne tabidir. Uygulamada Yerel Mahkemelerce yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin davaların değişik iş esasına kaydedildiği hususu ile karşılaşılacaktır. Kanaatimizce bu uygulama son derece hatalıdır. Bu husustaki davaların esasa kaydedilerek, basit yargılama usulü ile çözümlenmesi gerekmektedir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi de aynı görüştedir¹¹².

¹¹⁰ REİSOĞLU, s. 96; SÜMER, s. 608; BIÇAKÇI, s.555; YALÇINDURAN, s. 212; AYBAY/HATEMİ, s. 285.

¹¹¹ www.legalbank.com, 20.09.2015.

¹¹² Bkz. Yargıtay 15. HD.nin 29.11.2010 t.li, 2010/5423E. ve 2010/6471K. lı kararı.

Yine uygulamada Mahkemeler tarafından geçici tescilin süresi tayin olunurken, üç ay-beş ay gibi sabit bir zamanla tahdit yerine, mesela “esas davanın (alacak davasının) kesinleşmesinden yirmi gün sonraya kadar” şeklinde hükümler kurulmalıdır. Hükümün bu şekilde kurulmasıyla, kesin tescilin icra olunacağı ana kadar yapı alacaklılarına koruma sağlanacaktır. Zira geçici tescil hakim tarafından tayin edilen sürenin dolmasıyla tapu memuru tarafından re’sen terkin edileceğinden, kesin tescilin icra olunacağı ana kadar yapı alacaklılarına koruma sağlayacak bir geçici tescil süresi belirlenmelidir.

3. Yeterli Teminat Gösterilmemiş Olması

Yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkının tescilinin istenebilmesi için malik tarafından yeterli teminat gösterilmemiş olması gerekmektedir. Bu husus TMK.nun 895/4. maddesinde; “*Malik yeterli güvence gösterirse tescil istenemez.*” denmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir.

Malik tarafından, iddia edilen alacak için yeterli sayılabilecek oranda bir teminat gösterilirse, artık kanuni ipotek hakkının tescili istenemez¹¹³. Kanun koyucu teminat gösterilmesi bakımından yapı alacaklılarına bir talep hakkı tanımamıştır. Alacağın, ipotek tescili veya teminat gösterme yollarından biriyle garanti edildiğinde, seçme hakkı malike aittir. Yüklenici ve zanaatkârlar, ancak, kanuni ipotek hakkının tescilini talep edebilirler. Malikin teminat göstermesini isteyemezler¹¹⁴.

Teminatın ne şekilde olacağı da yasada açıkça belirtilmemiştir. Ancak doktrinde teminatın aynı ya da şahsi teminat olabileceği kabul edilmektedir¹¹⁵. Bu durumda para veya kıymetli evrakın depo edilmesi veya mali durumu iyi olan kişilerin kefil olarak gösterilmesi teminat mahiyetindedir. Buna karşılık ödeme gücü kuvvetli olan başka şahısların bonoda imzaları bulunsa bile, malikin bono vermesi yeterli teminat sayılmaz¹¹⁶.

Teminat miktarının yüklenici ve diğer çalışanların alacağını karşılamaya yetecek miktarda olması gerekir. Teminatın yeterliliği konusunda anlaşma olmazsa bunu hâkim tayin eder¹¹⁷.

İnşaat alacaklısı olan yüklenici ve diğer çalışanların kusuru olmaksızın teminat azalmışsa, üç aylık tescil süresi geçmiş olsa bile, malikten yeniden teminat göstermesi

¹¹³ AYAN, s. 236; YALÇINDURAN, s. 213; KAPLAN, s. 163; AYBAY/HATEMİ, s. 285.

¹¹⁴ REİSOĞLU, s. 99; AKKANAT, s. 287.

¹¹⁵ REİSOĞLU, s. 99; BIÇAKÇI, s. 556; SÜMER, s. 609; AYAN, s. 236; YALÇINDURAN, s. 213; AKKANAT, s. 218.

¹¹⁶ BIÇAKÇI, s. 556.

¹¹⁷ YALÇINDURAN, s. 213; BAYSAL, s. 173.

istenebilir¹¹⁸. Malik teminat göstermek suretiyle, daha önce tescil edilmiş olan kanuni ipoteklerin terkinini de talep edebilir¹¹⁹.

Bizim de kanaatimiz bu şekilde olmakla beraber, doktrinde “üç aylık süre dolduktan sonra, malikten yeniden teminat göstermesinin talep edilemeyeceği” görüşünde olanların da mevcut olduğu görülmektedir. Örneğin, BIÇAKÇI konu hakkındaki görüşünü; “*Yapı alacaklısı tarafından da kabul edilen teminat ileride değerinden düşüp de yeterlilik niteliğini kaybederse, üç aylık sürenin dolmamış olması koşulu ile, yapı alacaklısı yeniden yasal ipotek hakkının tescilini isteyebilir. Örneğin teminat olarak gösterilen hisse senetleri değerden düşmüş veya kefil ödemedi aciz hale gelmiş olabilir. Bu durumda malik isterse ek teminatlar da gösterebilir.*” şeklinde beyan etmiştir¹²⁰. Kanaatimizce, yapı alacaklısı tarafından da kabul edilen teminatın ileride değerinin düşmesi halinde, üç aylık tescili talep süresinin dolmuş olması, yapı alacaklılarının malikten yeniden teminat göstermesini talep etme hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Aksi takdirde malik, teminat yolunu seçmekle, yapı alacaklılarını rehin hakkına nazaran çok daha fazla riskli bir garantiyi kabule zorlamış olur ki, bu sonuç, kanunun teminat gösterme imkânını sağlamakta güttüğü amacı aşar niteliktedir¹²¹.

Öte yandan belirtmeliyiz ki, malik, kanuni ipotek tescil ettirmek hakkına sahip her yapı alacaklısına ayrı ayrı teminat göstermek zorundadır. Dolayısıyla asıl yükleniciye malik tarafından teminat verilmiş olması, alt yüklenicinin bu konudaki hakkını etkilemez¹²².

B. Tescil

Bir rehin hakkının tapu siciline tescili için kural olarak resmi şekilde yapılmış bir rehin sözleşmesi bulunması ve ayrıca taşınmaz malikinin tescil isteğini bildirmesi gerekir (TMK.m.1013)¹²³. Ancak malik, alacaklısı adına tescil yapılmasını istemekten kaçınırsa, o zaman alacaklı Mahkemeden tescile karar verilmesini isteyebilmek yetkisine sahiptir¹²⁴.

Yapı alacaklılarının ipotek hakkında ise bu kural uygulanmaz¹²⁵. Yapı alacaklıları ipoteğinde iktisap nedeni kanundan doğar. Başka bir deyişle, TMK.nun 895.

¹¹⁸ SÜMER, s. 609; YALÇINDURAN, s. 213; AKKANAT, s. 288.

¹¹⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 981, SÜMER, s. 609; YALÇINDURAN, s. 213; AKKANAT, s. 288; BAYGIN, s. 222.

¹²⁰ BIÇAKÇI, s.556.

¹²¹ REİSOĞLU, s. 100.

¹²² REİSOĞLU, s. 101; BIÇAKÇI, s.557; SÜMER, s.609.

¹²³ ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 211; BIÇAKÇI, s. 557; YALÇINDURAN, s. 213.

¹²⁴ BIÇAKÇI, s. 557; YALÇINDURAN, s. 213

¹²⁵ ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 211.

maddesi gereğince yapı alacaklıları, prensip itibariyle eser sözleşmesini imzaladıkları andan işin bitimini takip eden üç aylık müddetin sonuna kadar taşınmaz mal rehni- nin tesisi için bir hukuki sebebe sahiptir. Yapı ipoteginin tescili için resmi bir ipotek sözleşmesi yapılması gerekmez. Kanun hükmü burada resmi rehin sözleşmesi yerine geçmektedir¹²⁶.

Öte yandan yapı alacaklısı ipoteginde tescil isteğini bildiren kişi de taşınma- zın maliki değildir. Yapı ipoteginde tescil beyanının yapı alacaklısı olan yüklenici, alt yüklenici veya zanaatkar tarafından yapılması gerekir. Tescil için malikin rıza- sına ya da tescil isteğini açıklayan beyanına da ihtiyaç yoktur¹²⁷. Bu husus TMK. nun 1013/2. maddesinde ifadesini bulmuştur. Şöyle ki, TMK.nun 1013/2. maddesi; “Edinen kimse, kanun hükmüne, kesinleşmiş mahkeme kararına veya buna eşdeğer bir belgeye dayanıyorsa, bu beyana gerek yoktur.” hükmünü ihtiva etmektedir. Bu fıkradaki “kanun hükmüne” ibaresinin geniş yorumlanması, aynı hakkın tescil ile doğduğu hallere dolayısıyla yapı alacaklısı ipotegine de uygulanması gerekir.

Tescil talebi eser sözleşmesinin akdedilmesinden itibaren her an yapılabilir. Ne var ki, tapu siciline yapılacak her kaydın doğrulanması gerekli olduğundan talepte bulunan yapı ipotegi alacaklısının tescil istemine, yapı sözleşmesini ve yapı malikinin alacağı miktarını kabul eden belgesini ya da alacağı saptayan mahkeme ilamını ek- lemesi gerekir (TMK.m.895).

Bu belgeler tam olmalı, açıkça alacak hakkının tüm kapsamını belirtmelidir. Yani, bu alacağın bir eser sözleşmesinden doğduğu, iş bitmiş ise bunun tarihi, bitme- miş ise devam ettiği belgede açıkça gösterilmelidir. Yoksa sadece bir borç ikrarını gös- teren belge, kanuni ipotek hakkının tescili için yeterli değildir¹²⁸. Tapu memurunun bu belgelerin geçerliliğini re’sen araştırması gerekir¹²⁹.

Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkını tescil ettirmek için tapuya yukarıda belirttiğimiz belgelerle ve tek başına başvurması yeterlidir. Bu başvurma, basılı örnek- lerin yapı alacaklısı tarafından doldurulması ve altının imzalanması ile yapılır.

Tescil edilen yapı alacaklısı ipotegi, tapu memuru tarafından re’sen taşınmazın malikine tebliğ edilir (TMK.m.1019).

¹²⁶ REİSOĞLU, s. 103; ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 211; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ ALTIN, s. 168; BIÇAKÇI, s. 557.

¹²⁷ REİSOĞLU, s.111; ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s.211; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/AL- TIN, s.169; ALTAY/ESKİOCAK, s. 287; YALÇINDURAN, s.214. Bu belgelerin yasal ipotek hakkının kurulması için yeterli olduğu, malikten ayrıca bir irade beyanı istenmesinin ve vermez ise Mahkemeye başvurmanın gereksiz vakit kaybı olacağı ve yapı alacaklısının hakkını zedeleye- ceği kabul edilmektedir (BIÇAKÇI, s.558). BIÇAKÇI, s.558.

¹²⁸ REİSOĞLU, s. 104; BIÇAKÇI, s.557; YALÇINDURAN, s.213.

¹²⁹ REİSOĞLU, s. 104; SÜMER, s.610.

Usulüne uygun bir tescil işleminin yapılmasıyla birlikte ipotek hakkı kurulmuş olur (TMK.m.1022). İşçi ve yüklenici ipoteklerinin tescilinde kütüğün rehin haklarına ait düşünceler kısmında “inşaatçı ipoteği” olduğu belirtilir (TST.m.35).

Yargıtay’ımızın yapı alacaklısı ipoteğinin ancak tescille hüküm ifade edeceğine ilişkin içtihadı şöyledir:

“Medeni Kanun’un 807/3. maddesi her ne kadar (müteahhide kanuni ipotek tescil hakkı) tanınmış ise de hak tesis edilmedikçe o gayrimenkulün diğer akdi ipotek sahiplerinin haklarını kullanmalarına engel olamayacağı gibi onların kullandıkları bu haktan dolayı kanuni ipotek hakkını haiz kişiye satış bedelinden bu paranın tediyesi için bir sebep teşkil etmez”¹³⁰.

SONUÇ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 743 sayılı (mülga) Türk Medeni Kanunu’nu ile genel olarak kıyaslandığında, bazı kurumların günümüz koşullarına daha uygun hale getirildiği, bazılarının ise uygulamanın ihtiyaçlarına cevap vermesi nedeniyle aynen korunduğu görülmektedir. Bu bağlamda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda makalemizin konusunu oluşturan yapı alacaklıları ipoteği yönünden önemli bir değişikliğe gitmeye ihtiyaç duyulmamıştır. Yalnızca yapı alacaklıları ipoteğinden yararlanabilecek kişiler açısından bir değişiklik getirilmiştir ki, esasen bu değişiklik, eski MK döneminde doktrinde bu maddeye verilen anlama da uygun düşmektedir.

Yeni kanunda ipoteğin tescilini talep edebilecek olan kişilerin, “malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici ile zanaatkarlar” olarak ifade edildiği görülmektedir (TMK.m.893/3). Öncelikle belirtmeliyiz ki, kanun metninde her ne kadar yükleniciler yapı alacaklıları arasında zikredilmemekte ise de, yüklenicilerin de yapı ipoteği alacaklısı sıfatını kazanacaklarına şüphe yoktur. Bu husus doktrinde de oybirliği ile kabul edilmektedir. Kaldı ki “alt” kelimesi kanun metnine sonradan bir komisyon hatası olarak girmiştir. Yoksa kanun koyucunun amacı, yüklenicileri yapı alacaklısı ipoteğinden mahrum bırakmak değildir. Malikten alacaklı olmayan alt yüklenicilere tanınan kanuni ipotek hakkından, malikle sözleşme ilişkisi içerisinde olan asıl yüklenicilerin yararlanabileceğine şüphe duymamak gerekir.

Yapı alacaklısı ipoteğinden faydalanabilmek için, “bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarfetmiş olmak” gerekmektedir. O halde yapı alacaklısının bu kanuni haktan yararlanması için, yapıda emek harcamış olması şarttır. Bu emek malzeme verme ile birleşebileceği gibi, herhangi bir malzeme katkısı olmadan da olabilir. Ne var ki, emek veya emek ve malzemenin somut olarak inşaatta bir değer artışı meydana getirmiş olması gerekir. Bu durum

¹³⁰ Yarg. 11. HD.nin, 11.10.1971t., 6201E. ve 4652K. s.lı kararı (ALTAY/ESKİOCAK, s. 288).

bir satış sözleşmesine dayanarak, inşaata yalnızca malzeme temin edenlerin yapı alacaklısı ipoteğinden faydalanamayacakları sonucunu ortaya koymaktadır. Zira bu kimseler taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme temin etmiş olsalar da, herhangi bir emek sarf ettiklerinden bahsedilemeyecektir. Oysa kanun koyucu, malzeme vererek veya vermeden emek sarf etmiş olmayı yapı alacaklısı ipoteğinin tesis edilmesi bakımından esaslı unsur olarak öngörmüştür.

Öte yandan, sadece yapının projesini çizen ya da planını yapan mimar ya da mühendis de yapı alacaklısı ipoteğinden faydalanamayacağı kanaatindeyiz. Zira bunların yapı için yaptıkları iş, yüklenici ve zanaatkarlar gibi bir emek gücünü gerektirmez ve bedenen inşaata bağlı değildir. Kaldı ki, mimar ya da mühendislerin yaptıkları işin inşaatta bir değer artışı meydana getirdiğinden de bahsedilemeyecektir. İnşaatta değer artışı meydana getirmeyen bir işten doğan alacağın yapı alacaklısı ipoteğinden faydalanamayacağı açıktır.

Bununla beraber çoğu zaman, mimar ve mühendisle taşınmaz maliki arasındaki sözleşme bir hizmet ya da vekâlet sözleşmesi niteliğindedir. Oysa ki, ipotek isteyebilecek kişilerin, eser sözleşmesi ile çalışan kişiler olması gerekmektedir. Her ne kadar yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin kanun metninde yapı alacağının mutlaka eser sözleşmesinden kaynaklanması gerektiği belirtilmemiş ise de, kanunun gerekçesinde *“eski Medeni Kanun maddesinde yer alan “işçi” sözcüğü yerine “zanaatkâr” sözcüğünün seçilmesinin bilinçli olduğu”* dile getirilmiştir. Kanaatimizce bununla ipotek isteyebilecek kişilerin, işçiler gibi hizmet sözleşmesi ile değil, eser sözleşmesi ile çalışan kişiler olması gerektiği vurgulanmıştır. Bu husus, yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkından söz edilebilmesi için, alacak hakkını doğuran sözleşmenin mutlaka eser sözleşmesi niteliğinde olması gerektiği şeklindeki görüşümüzü güçlendirmektedir.

Bir diğer tartışılmalı husus da yapı alacağının kapsamıdır. Asıl yüklenici ve diğer çalışanlar için bu alacağın miktarı BK.m.480 hükmüne göre “götürü usulle” veya BK.m.481 hükmüne göre “yaklaşık olarak” belirlenir. Bedelin götürü olarak tespit edildiği durumlarda, yapı alacağının kapsamı baştan belirlenmiş demektir. Bu konuda esas sorun, yapı alacaklısının bedelinin kesin olarak saptanmadığı durumlarda işin başında ipoteğin tescilinin istemesinde ortaya çıkar. Doktrinde böyle durumlarda, yapı işleri tam olarak bitmeden önce bedeli tam olarak hesaplamaya imkân olmadığından, kesin tescil değil ancak geçici tescil yaptırılabilceği görüşü ağırlı olarak savunulmaktadır.

Malik ile doğrudan doğruya bir eser sözleşmesinin tarafı olmayan alt yüklenicilerin yapı alacaklarının kapsamı ise, doktrinde tartışılmalıdır. Asıl yüklenici ve alt yükleniciler yapı alacaklarına birbirinden bağımsız olarak sahiptirler, bu nedenle alacağını tahsil edememiş asıl yüklenici ve alt yükleniciler ayrı ayrı ipotek hakkının tescilini talep edebileceklerdir. Bu durumda aynı edim için birden fazla ipotek hakkının tescili tehlikesi söz konusu olabilir. Ortada malik açısından ise çoğu zaman

tek bir inşaat işi vardır. Böyle bir olasılıkta, alt yüklenicinin yapı alacağının asıl yüklenicinin yapı maliki ile kararlaştırdığı miktarı geçmeyeceği görüşü ağırlıklı olarak savunulmakta ise de, TMK.nun 893/3 hükmü karşısında ipotega konu olan alacağın kapsamının alt yüklenicinin alacağına göre belirlenmesi gerektiği, aksine bir düşüncenin kanunun açık ifadesine aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz.

Ne var ki, böyle bir durumda taşınmaz malikinin inşaat bedelini hem asıl yükleniciye hem de alt yükleniciye ödemek tehlikesi ile karşı karşıya kalabileceği ihtimali ortaya çıkmaktadır. İsviçre’de hâkim görüş bu tehlikenin kanun değişikliği yoluyla giderilebileceği şeklindedir. Türk hukukunda ise, yeni bir Medeni Kanun hazırlanmasına rağmen bu konuda herhangi bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Kanaatimizce bu tehlikenin önüne geçilebilmesi için, kanun metninde bir değişiklik yapılarak sadece taşınmaz maliki ile doğrudan sözleşmesel ilişki için bulunan yapı alacaklılarına ipotek hakkının tescilini talep hakkı verilmesi, alt yüklenicilere ise asıl yüklenicinin taşınmaz malikine karşı sahip olduğu alacak hakkı üzerinde kanuni bir rehin hakkı tanınması yerinde olacaktır.

Kanuna göre yapı alacağı taşınmaz maliki tarafından tanınmamış veya bir mahkeme hükmü ile tespit edilmemiş ise, ipotegin tescili mümkün olmayacaktır. Bu sebeple malikin yapı alacaklısının alacağını tanımaktan kaçınması durumunda, alacaklı kanuni ipotegin tescili konusunda hüküm elde etmek için hâkime müracaat edebilecektir. Bu durumda mahkeme, alacağın gerçek miktarını hüküm altına alacaktır.

Ancak TMK.m.895/3 hükmünde yer alan, *“tescilin yapılabilmesi için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması gerekir.”* şeklindeki ifade ile, yapı alacağının kesin bir şekilde tescil edilebilmesi için gerekli olan koşullar sayılmaktadır. Başka bir deyişle, yapı alacağı “malik tarafından kabul edilmiş” ya da “mahkemece karar bağlanmış” ise, yani alacaklının elinde bir mahkeme ilamı var ise, bu alacağın tapu siciline kesin bir şekilde tescil edilmesi talep edilebilir.

Ne var ki, uygulamada, yapı alacağı malik tarafından genellikle kabul edilmektedir. Hal böyle olunca, yapı alacaklısı alacağının gerçek miktarının mahkemece karara bağlanması ve yapı alacağının kesin bir şekilde tesciline karar verilmesi için yargı yoluna müracaat etmek zorunda kalmaktadır. Yargı kararı ile alacağın gerçek miktarının tespit edilebilmesi ve kesin tescil kararı verilmesi ise, TMK.m.895/2 hükmünde kanuni ipotek hakkının tescili için öngörülen 3 aylık hak düşürücü süre içinde gerçekleştirilememekte ve hak kayıpları söz konusu olmaktadır. Gerçekten de bugün yeni açılan bir davanın ön inceleme duruşması bile en erken 5-6 ay sonra yapılabildiğinden, TMK.nun 895/2 maddesindeki 3 aylık tescil isteme süresi içinde, mahkemedен alacağın varlığı ile ilgili bir ilam getirilemeyeceği açıktır.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, yapı alacaklısının kanuni ipotegin tescili-

ne ilişkin 3 aylık hak düşürücü süreyi kendisinden kaynaklanmayan sebeplerle çıkarılması ve hak kaybına uğraması durumunun adil olmayacağı göz önüne alınarak, yapı alacaklısının 3 aylık yasal süre içinde mahkemeden Tapu Sicili Tüzüğü m.50 ve TMK.m.1011 uyarınca geçici tescil şerhi verilmesini talep edebileceği, dava sonunda alacağının varlığının sabit hale gelmesiyle birlikte bu geçici tescilin mahkemece kesin tescile dönüştürülebileceği kabul edilmiş ve uygulama bu yönde şekillenmiştir. Zaten aksine bir uygulamanın kabul edilmesi halinde, yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin hükümler, 3 aylık kısıtlı süre dolayısıyla hiçbir olayda uygulanamaz ve kadük kalmış olur.

Bu noktada ifade etmeliyiz ki, geçici tescil talebinden maksat, süratli bir müdahale ile yüklenici ve zanaatkarlara sağlanan kanuni himayenin ortadan kalkmasını mani olmaktır. Yerel mahkemece, 3 aylık hak düşürücü sürenin geçtiğini gösteren delil ve emareler olmadıkça, işin esasına ilişkin olarak derinlemesine bir inceleme yapmadan geçici tescile derhal hükmedilir.

KAYNAKÇA

I. ESERLER

- ACAR**, Faruk; *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2008.
- AKINCI**, Sami; *Türk Hukukunda Gemi İpoteği*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1958.
- AKKANAT**, Halil; *Taşeronluk Sözleşmesi*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000.
- ALTAY**, Sümer/**ESKİOCAK**, Ali; *Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- ARAL**, Fahrettin/ **AYRANCI**, Hasan; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- AYAN**, Mehmet; *Eşya Hukuku III, Sınırlı Ayni Haklar*, 7. Baskı, Konya: Mimoza Yayınevi, 2015.
- AYBAY**, Aydın/**HATEMİ** Hüseyin; *Eşya Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- BAYGIN**, Cem; *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükmeler*, İstanbul: Beta Yayınları, 1999.
- ÇELİK**, Nuri/ **CANIKLIOĞLU**, Nurşen/ **CANBOLAT**, Talat; **İş Hukuku Dersleri, İstanbul: Beta Yayınları, 2015.**
- DAYINLARLI**, Kemal; *İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi*, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1998.
- DUMAN**, İ. Hasan; *Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008.
- EREL**, N. Şafak; *Eşyaya Bağlı Borç*, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1982.

- ERİŞEN**, Muhammet; Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- GÖKYAYLA**, Emre; Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- GÜRSOY**, Kemal Tahir/**EREN**, Faruk/**CANSEL**, Erol; Türk Eşya Hukuku (Zilyetlik, Tapu Sicili/Mülkiyet/Sınırlı Aynî Haklar), Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara: AÜHF Yayınları, 1984.
- HELVACI**, İlhan; Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2008.
- KARAHACIOĞLU**, Ali H./**DOĞRUSÖZ**, Edip M./**ALTIN**, Mehmet; Türk Hukukunda Rehin, Ankara: Üçbilek Matbaası, 1996.
- KARAHASAN**, M. Reşit; Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, Genişletilerek Yenilenmiş Bası, İstanbul: Arıkan Basımevi, 2007.
- KOSTAKOĞLU**, Cengiz; İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 9. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2015.
- KÖPRÜLÜ**, Bülent/**KANETİ**, Selim; Sınırlı Ayni Haklar, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, İstanbul: İÜHF Matbaası, 1982-1983.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe; Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 18. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2015.
- ÖĞÜTÇÜ**, Tahir A./**DOĞRUSÖZ**, Edip M.; Rehin Hukuku, Ankara: Ulucan Matbaası, 1982.
- REİSOĞLU**, Safa; Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı, Ankara: Sevinç Matbaası, 1961.
- TANDOĞAN**, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Türk Medeni Kanunu**, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun ve Gerekçeleri, Ankara 2002.
- UYAN**, Göktürk; İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, İstanbul: Beta Yayınları, 2006.
- UYGUR**, Turgut; Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara: Adalet Matbaacılık, 1993.
- YALÇINDURAN**, Türker; Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- YAVUZ**, Cevdet; Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat, 12. Bası (Hazırlayanlar: YAVUZ, Cevdet/ERLÜLE, Fulya/SAĞLAM, İpek), İstanbul: Beta Yayınları, 2014.
- YAVUZ**, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı (Hazırlayanlar: YAVUZ, Cevdet/ÖZEN, Burak/ACAR, Faruk), İstanbul: Beta Yayınları, 2014.
- WIELAND** (çev. İ.H. Karafaki), Kanunu Medenide Ayni Haklar, Ankara 1950.

II. DİĞER KAYNAKLAR

- BAYSAL**, Başak; “Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar”, Prof. Dr. Özer Selçuk’ye Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s.149-178.
- BIÇAKÇI**, Levent; “Yapı Alacaklısı İpoteği”, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:CLV-XLVII, Sayılar:1-4, İstanbul 1982, s. 537-567.
- CAN**, Mertol; “*Yeni Medenî Kanun’un İnşaatçı (Yapı) İpoteği Hakkındaki Hükümleri İle İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapılıp Yapılmadığı Meselesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.1- 2, Haziran-Aralık 2004, s.49-56.
- CANBOLAT**, Talat; “Alt İşveren Kavramı ve Uygulama Sorunları”, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 1997, s.14-30.
- EREN**, Fikret; “*İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları*”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici - İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18 - 29 Mart 1996), B. 2, Ankara 2001/XI, s.59-86.
- KAPLAN**, İbrahim; “*İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları*”, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1996, s.105-172.
- KILIÇ**, Mehmet; “*4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Tapu Sicili Hukukunda Getirdiği Yenilikler*”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 619-639.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet; “*Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu*”, AÜHFD, C. 32, Sa. 1-4, 1975.
- SÜMER**, Binnur; “*Müteahhit ve Diğer Çalışanların Kanuni İpotek Hakkı*”, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya 1995, s.601-619.