

İNŞAATÇI İPOTEĞİNİN TESCİLİNİ İSTEME HAKKININ MAHİYETİ

Prof. Dr. Selâhattin Sulhi TEKİNAY

Bu makalede incelemek istediğimiz konu, müteahhit ve işçilere, alacakları ile ilgili olarak tanınan kanunî ipoteğin tescilini talep hakkının, gayrimenkuldeki mülkiyet değişikliğinden etkilenip etkilenmeyeceği meselesinden ibarettir. Daha kısa bir söyleyişle, acaba, inşaatçı ipoteğinin tescilini istemek hakkı, gayrimenkulün sonraki maliklerine karşı da ileri sürülebilir mi?

Bu meselenin çözülmesi, doğrudan doğruya sözü edilen talep hakkının hukukî mahiyetinin tayinine bağlı bulunduğundan makalemizin başlığını «İnşaatçı ipoteğinin tescilini isteme hakkının mahiyeti» tarzında ifade etmeyi uygun bulduk.

Medenî Kanununun 807/3 cü maddesi inşaat işlerinde çalışan müteahhitlerle işçilere, inşaatla ilgili alacaklarından dolayı kanunî bir ipoteğin tescilini istemek hakkını vermektedir. Sözü edilen ipotek, uygulamalarda çok defa «inşaatçı ipoteği» adıyla anılır. İnşaatçı ipoteğinin kurulması için tarafların resmî bir ipotek senedi düzenlemelerine, diğer söyleyişle, ipoteğin tesciline yönelen bir hukukî işlem yapmalarına lüzum yoktur; böyle bir hukukî işlem yapılmış olmasa bile, kanun hükmü icabı, inşaatçı kendi lehine bir ipoteğin tescilini talep edebilir. Zaten «kanunî ipotek sözünün anlamı da bundan ibarettir.

Herşeyden evvel burada bir talep hakkının değil, yenilik doğuran bir hakkın bahis konusu olduğunu ileri süren Von Tuhr'un noktai nazarına kısaca temas edelim. Von Tuhr'a göre, Medenî Kanununun 807.ci maddesinin Almanca metni, bazı alacaklıların borçluya ait

gayrimenkul üzerinde bir rehin hakkı iktisap etme yetkisine — yanlış olarak — «talep» demektir. Von Tuhr'a göre, alacaklı borçludan bir rehin tesisini talep etmeye mecbur bulursa idi, o zaman bir müta-lebe mevcut olurdu. Fakat alacaklı, borçlunun iştiraki olmaksızın bir rehin elde edebileceğinden, bu yetki, kurucu yenilik doğuran haklardandır¹. Müellif eserinin diğer bir yerinde, bu görüşünü teyid ederek, 807.ci maddenin teminat isteme hakkını değil, yenilik doğuran bir hak sağladığını ve bunun kullanılması ile alacaklının doğrudan doğruya bir teminat elde ettiğini kaydetmektedir².

Oysa Medenî Kanununun 807.ci maddesinin metninden veya amacından, alacaklının sadece bir irade beyanında bulunmakla kanunî bir ipotek hakkını elde etmiş olacağı neticesinin çıkartılması mümkün görünmemektedir. Zaten aşağıda göreceğimiz gibi, bu görüş, İsviçre doktrinde ve Federal Mahkeme içtihatlarında pek taraftar bulamamıştır. Bu sebeple biz aşağıda, kanunî ipoteğin tesciline matuf bir «talep hakkının» varlığını kabul ederek açıklamalarımıza devam edeceğiz.

Acaba, inşaatçı alacağı sebebiyle, kanunî ipoteğin tesciliğini talep hakkını yalnız kendisiyle akit yapan kimseye karşı mı ileri sürmelidir? Yoksa bu hak başkalarına karşı da dermeyan edilebilir mi?

Meselenin çözülmesi, bu soruya verilecek cevaba bağlı görülmektedir. Gerçekten inşaatçı (C) kanunî ipoteğin tescilini, sadece kendi âkidi olan (A) dan istiyebilecekse, gayrimenkulün (B) ye temlik edilmesi karşısında artık (B) den böyle bir talepte bulunmak mümkün olmaz.

Yok eğer, inşaatçı ipoteğinin tescili talebine başkaları da muhatap olabilirse, meselemizin çözüm tarzı değişik olabilir.

Doktrinde ve uygulamalarda inşaatçıya tanınan, kanunî ipoteğin tescilini istemek hakkının hukukî mahiyeti çok tartışılmış bir konudur. Bu hususta belli başlı üç görüş mevcuttur.

Bunlardan birincisine göre, inşaatçı ipoteğinin tescilini talep hakkı, tamamen şahsî nitelikte bir haktır; ve her şahsî hak gibi, sadece belli bir borçluya karşı ileri sürülebilir. Bu fikrin belli başlı savun-

1) Von Tuhr, Cevad Edege çevirisi, s. 21.

2) Von Tuhr, s. 136, dip notu: 1, a.

cuları İsviçrede Ostertag³ ile Wieland⁴ bizde Reisoğlu⁵ dur. Federal Mahkeme de son zamanlara kadar bu görüşü benimsemiştir⁶. Federal Mahkemenin, bu eski içtihadı, esas itibariyle şu düşünceye dayanıyordu: İsviçre Medeni Kanununun 837/I, Bend: 3 hükmü inşaatçıya, tapuda tescile hacet kalmaksızın mevcut bir rehin hakkı değil, sadece böyle bir rehin hakkının tesciline yönelen bir talep sağlar. Bu talep, tamamen şahsî mahiyettedir; ve gayrimenkul malikinin iflâsı halinde ya da gayrimenkulü iktisap eden üçüncü bir şahsa karşı dermeyan edilemeyeceği gibi, inşaat alacağının borçlusu olmayan gayrimenkul malikine karşı da ileri sürülemez.

İkinci görüş : İnşaatçının talebinde aynı bir nitelik bulunduğunu kabul eder. Buna göre, inşaatçı, kanunî ipoteğin tescilini istemek hakkını sonraki maliklere karşı da ileri sürebilir. Özellikle Leemann⁷ Hubert⁸ ve Homberger⁹ taraflarından savunulan bu fikir, bir taraftan İsviçre Medenî Kanununun hazırlanış safhasındaki düşüncelere¹⁰ diğer taraftan da Medeni Kanunun 807/3 m.nin metnine ve ruhuna dayanmaktadır. Meselâ, Leemann, bu maddede belli bir borçludan değil, kanunî ipotek hakkının objesi olan gayrimenkulden bahsedilmiş olmasına dikkati çekmiş¹¹ Homberger «kanun, inşaatçı çalışanları rehni talep hakkı ile himaye etmek istediğine göre, bilhassa iflas ve âni temlikler gibi en tehlikeli hallerde bunu reddederse.. bu himayeyi noksan bir şekilde temin etmiş olur.» demiştir¹².

Üçüncü fikir, İsviçrede gittikçe gelişen ve kuvvet bulan eşyaya bağlı borç (realobligation = obligation propter rem) teorisinin ta-

3) Ostertag, Sachenrecht, III Abteilung, 2. Auflage, Bern 1917, Art. 961, no. 4, s. 207.

4) Wieland, Kanunu Medenîde Aynı Haklar, (Karafaki çevirisi), Kısım II, Ankara, 1946, m. 837, no. 1, s. 668.

5) Safa Reisoğlu, Türk ve İsviçre Hukukunda müteahhit ve işçilerin kanunî ipotek hakkı, Ankara 1961, s. 72 ve dev.

6) BGE 40 II 452 = JdT 1915 I 296 = BGE 73 I 278 = JdT 1948 I 268; BGE 81 II 279 = JdT 1956 I 125

7) Leemann, Sachenrecht, II Abteilung, Bern 1925, Art. 837, no. 25, s. 909.

8) Hubert, Zum schweizerischen Sachenrecht, Bern 1914, s. 62.

9) Homberger, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Suat Bertan çevirisi, Ankara 1950, m. 961, no. 36, ve dev. s. 302 ve dev.

10) İsviçre Medenî Kanununun Gerekçeleri lâyihasında şu cümle yer alıyor: Wer einen Neubau erwirbt, weiss, dass er nach drei Monate nach der Vollendung des Werkes solche Eintragungen gewärtigen muss (Yeni bir bina iktisap eden kimse inşaatın tamamlanmasından sonra üç ay içinde bu türlü tescilleri beklemesi gerektiğini bilir). Bak. Erläuterungen, 2. ci bası, s. 280-281.

11) Yukarıda (2) no. lu dip notuna bak.

12) Yukarıda (7) no. lu dip notuna bak.

raftarlarına aittir. Buna göre kanunî ipoteğin tescilini talep hakkı esasında şahsî niteliktedir; bu hakkın muhatabı halen malik olan kimsedir. Çünkü sözü edilen hk, bir gayrimenkule bağlı olarak doğmuştur; gayrimenkuldeki inşa faaliyetleridir ki bu hakka vücut vermiştir. Kanunda, bir borç münasebetinin borçlusu — çok defa da alacaklısı — bir şey üzerindeki aynî hak ya da zilyedlik durumuna göre tayin edildiği zaman, eşyaya bağlı borçtan bahsedilir. 807/3 cü maddenin metni de burada böyle bir borcun bulunduğunu ifadeye elverişlidir. Guhl ile başlayan ve en kduretli temsilcisini Peter Liver'in¹³ şahsında bulan bu akımın etkisi altında Federal Mahkeme, yukarıda özetlenen eski içtihadını terk etmiş bulunmaktadır. Federal Mahkemenin 24 Kasım 1966 tarihli yeni kararında şöyle denmektedir: «...daha yeni müelliflere göre kanunumuzun sisteminde, bir borç münasebetinin borçlusu — ve keza çoğu zaman alacaklısı — bir şey üzerindeki aynî hak durumuna veya zilyetliğe göre tayin olunduğu her yerde, eşyaya bağlı bir borç söz konusudur...» Bundan çıkan sonuç şudur ki, müteahhidin kanunî bir ipotek hakkını tescil ettirmeye mâtuf talebi, inşaat ve diğer tesislerin vücuda getirilmesi için kendisine malzeme ve emek sağlanmış olan gayrimenkulün bu günkü malikine karşı dermeyan edilir¹⁴.

Bu son noktai nazar esas alınırca, (C), nin, açtığı davada başarı sağlaması mümkün olabilir. Ne var ki, eşyaya bağlı borç teorisinin olayımıza uygulanış imkânının esasını daha yakından incelemek gerekir. Önce şunu belirtelim ki, eşyaya bağlı borçlar da tıpkı aynî haklar gibi «sınırlı sayı = numerus clausus» prensibine tâbidirler. Diğer söyleyişle, bunlar kanundan açıklananlardan ibarettir. İşte meselâ, Medenî Kanununun 626 cı maddesine göre müşterek mülkiyette paydaşların masraflara katılma borcu; Medenî Kanununun 646 cı maddesine göre, gayrimenkul malikinin, komşusunun talebi üzerine, arazinin sınırını tayine yardımla yükümlü olması; Medenî Kanununun 666 cı maddesine göre, bir gayrimenkul sahibinin, üst taraftaki gayri-

13) Peter Liver'in özellikle şu etüdünde Federal Mahkemenin eski içtihadı eleştirilmiştir: Die Begründung des Bauhandwerkerpfandrechts Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 1962, s. 209 ve dev. Bazan küçük farklarla aynı görüşte olan şu hukukçuları da anmak gerekir: Guhl, persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung, Festgabe der jur. Fakultät Bern für das schweizerische Bundesgericht, Bern 1924, s. 156; Meier/Hayoz, Berner Kommentar, Das Sachenrecht, 4. Aufl. Bern, 1966, Systematischer teil, no. 157 a, s. 83;— Jost, Die Realobligation als Rechtsinstitut, Bern 1956, s. 81-82. Deschenaux, Obligations propter rem, Festgabe für Max Gutzwiller, Basel 1959, s. 711 ve dev. (Özellikle s. 725).

14) BGE 92 II 227 = JdT 1957 I 264.

menkulde kendi kendine akan suları kabulle yükümlü bulunması; Medenî Kanununun 698 ci maddesine göre, komşuluk haklarının kullanılması için lüzumlu olan işlerin yapılmasına katılma borcu; gayrimenkul mükellefiyetinde malike yüklenen borç (M. K. m. 754), M. K. nunun 724 ve sonraki maddelerine göre malikle intifa hakkı sahibi arasında vücut bulan çeşitli borçlar, Medenî Kanununun 919 cu maddesine göre şerh edilen şuf'a, iştirak, vefa, kira akitlerinden doğan borçlar hep eşyaya bağlı borçlardır. Mülkiyet hakları kime geçerse, bu anılan borçlar ona düşecektir. İşte şimdi ilmî ve kazaî içtihatlar Medenî Kanununun 807/3 cü maddesinde de bu mahiyeti görmekteyiz.

Kanaatimizce 807/3 cü maddede eşyaya bağlı bir borç halinin düzenlendiği kolaylıkla kabul edilebilir. Zira burada da bir gayrimenkul üzerindeki mülkiyet veya zilyetlikle ilgili bir borç doğmakta ve bu borç münasebetinin borçlusunu gayrimenkul üzerinde mülkiyet sahibi olan kimse olarak tâyin etmek, gerek Kanunumuzun benzer meseleler karşısındaki tutumuna gerekse «inşaatçı ipoteği» müessesesinin amacına uygun bulunmaktadır.

Ne var ki, eşyaya bağlı bir borç münasebetinden alacaklı lehinde doğan talep hakkının, üçüncü şahıslara karşı kullanılmasını mümkün kılan bu görüş, uygulama alanına ihtiyatla intikal ettirilmelidir. Herhalde böyle bir borç münasebetinden doğan hakkın, aynî haklara dahi tanınmayan bir kuvvet kazanması bahis konusu olamaz. Gerçekten tapu sicilindeki yolsuz bir kayda dayanarak, ve iyi niyetle aynî hak iktisap eden üçüncü bir şahsın bu iktisabı, karşısında gerçek malikin mülkiyet hakkı feda edilmekte ve üçüncü şahıs —hatta hükümsüz bir kayda dayanmasına rağmen— himaye edilmektedir. (M. K. 931)

Bir gayrimenkulü iktisap eden kimse, bu gayrimenkulü kendisine temlik eden şahsın, bir müteahhide inşaat borcu bulunduğunu bilmekte ise, o takdirde, bu borçla bağlı olacağı kabul edilebilir; fakat, eğer müktesip, sözü edilen borcun varlığından haberdar değilse, Tapu Sicilindeki yolsuz bir kayda dayanarak aynî hak iktisap eden üçüncü şahıstan daha fena bir muameleye maruz kalması nasıl savunulabilir?

İnşaatçıya borcu olan eski malik lehindeki tapu kaydı, yolsuz olmadığı gibi, inşaatçının iktisap ettiği kanunî ipoteğin tescilini talep hakkı, aynî bir hak da değildir. Buna rağmen, eşyaya bağlı bir borcun sonraki maliklere karşı dermeyeran edilebilme kabiliyetini, aynî haklardan daha kuvvetli bir rejime bağlamak hiçbir şekilde isabetli

sayılamaz. Gerçi, konumuz bakımından eşyaya bağlı borç görüşünü kabul eden ve inşaatçının talep hakkının 3 aylık bir süre içinde sınırlanacağını kabul eden müellifler, İsviçre Medenî Kanununun gerekçeler lâyihasından kuvvet almakta ve «yeni bir bina iktisap eden kimsenin inşaatın tamamlanmasından sonra, 3 ay içinde bu türlü tescilleri beklemesi gerektiğini» bildiğinden bahsetmektedirler. Biz, İsviçrede, yeni bir bina veya kat satın alan herkesin, inşaatın tamamlanmasından itibaren üç ay içinde, evvelki malikin alacaklısı olan inşaatçıların taleplerine muhatap olmayı normal telâkki edip edemeyeceklerini kesinlikle söyleyecek durumda değiliz; fakat Türkiyede, tamamlanmış bir binayı veya katı — üç ay içinde — iktisap eden herhangi bir kimsenin, eski malike ait inşaat borçlarından dolayı takibe maruz kalmayı «beklemesi gerektiği» hakkında iş hayatımızda yaygın genel bir bilgi veya kanaatin mevcut olmadığından eminiz. Böyle bir müktesip, eski malikin inşaat alacaklıları kapısını çaldığı zaman, herhalde böyle bir olayın zaten beklenmesi gerektiğini düşünmeyecek ve kendisine karşı ileri sürülen ipotek tescili talebi, üzerinde tam bir sürpriz etkisi yapacaktır. İyi niyetli yeni malike, kanunî ipotegın tescili talebinin kendisine karşı dermeyan edilmesini beklemek külfetini yüklememiz için hukukî bir gerekçe de gösterilemez. Gerçekten inşaatçının menfaati ile iyi niyetli yeni malikin menfaati karşılaştığı takdirde, iyi niyetli üçüncü şahsı tercih etmek, menfaatler arasındaki uyumsuzluk karşısında tutulması gerekli yol bakımından da uygun görünmektedir. İnşaatçı, eski malikin, gayrimenkulü elinden çıkarması ihtimalini düşünmek ve kanunî ipotek hakkının sür'atle tescili için gereken dikkat ve itinayı göstermeliydi, bunu yapmamışsa, bu hususta ihmalkâr davranmışsa, sonucuna kendisi katlanmak ve herşeyden habersiz olan, haberdar olması için de ciddî sebepler bulunmıyan üçüncü bir şahsa karşı artık herhangi bir talepte bulunamamalıdır.

Kaldı ki Tapu Sicil Nizamnamesinin 23/2 ci maddesine göre, müteahhit ve işçiler, kanunî ipotek haklarının muvakkat tescilinin şerhini daha önce isteyebilirlerdi; inşaatçıların, iyi niyetli yeni malike başvurmaları, bu imkândan da zamanında faydalanmamış olmalarını ifade eder ki, böyle bir durumda artık kimin daha fazla korunmağa lâyık olduğu meselesini çözmekte zannımızca güçlük kalmamaktadır.

Gerçekten yeni malik'in menfaatlerini inşaatçı karşısında feda etmemizi gerektirecek bir hukuk politikasına ilişkin sağlam bir gerekçe gösterilebileceğini sanmıyoruz.

Şu da var ki, kapital sahibi olmıyan kimselerin ve orta sınıfa mensup halkın, mesken sahibi olmalarını sağlamak için alınan sosyal tedbirler, beklenmedik «ipotek tescili» talepleriyle felce uğratılabilirdi. Buna yol açmamak, cevaz vermemek lâzımdır.

S o n u ç :

İnşaatçıya tanınan kanunî ipotek hakkının tescilini talep hakkı, eşyaya bağlı bir borcun konusunu teşkil eder. Sözü edilen talep hakkının mahiyetini bu tarzda tespit eden doktrine ve Federal Mahkemenin son görüşüne katılmak gerekir. Bununla beraber, bir yapının tamamlanmasından itibaren üç ay içinde aynî hak iktisap edeceklerle karşı dahi kanunî ipotek hakkının dermeyan edilebilmesi için, müktesibin — iktisap anında — böyle bir borcun varlığından haber olduğu ispat edilmelidir. İspat yükü, tabiatıyla kanunî ipotek hakkını yeni malike karşı da dermeyan etmek istiyen inşaatçıya düşer.