

TÜRK- İSVİÇRE HUKUKUNDA YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNE İLİŞKİN BAŞLICA SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*The Essential Problems and Solution Suggestions on the Builder's
Lien in Turkish-Swiss Law*

Tuğçe ORAL*

ÖZ

Makalede, öncelikle, yapı alacaklısı ipoteği kavramı ve bunun tescilini isteme hakkının hukuki niteliği üzerinde durulmuştur. Ardından, özellikle İsviçre'de 1.1.2012'de yürürlüğe konulan ZGB hükümlerindeki değişiklikler ve Almanya'da 1.1.2018 tarihinde BGB'de yürürlüğe konulan değişiklikler göz önüne alınmak suretiyle yapı alacaklısı kavramı incelenmiştir. Yapı alacaklısı kavramının yanında, yapı alacaklısı ipoteğinin muhatabının kim olduğu da irdelenmiştir. Bunun yanında, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin talep edilebilmesi için gereken şartlar ele alınmıştır. Son olarak, yapı alacaklısı ipoteğinin diğer sınırlı aynı haklar karşısındaki sırası ve taşınmaz üzerinde kurulmuş olan diğer rehin haklarına nazaran önceliği üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: yapı alacaklısı, kanuni ipotek hakkı, yapı alacağı, yapı alacaklısı ipoteği

ABSTRACT

In this study, I begin by dealing with the term of builder's lien and the legal character of the right of application for registration of this lien. Secondly, I analyzed the term of builder having regard to the amendments to the Swiss

Makalenin Geliş Tarihi: 05.09.2019 **Makalenin Kabul Tarihi:** 23.10.2019

* Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.
E-Posta: tugce.oral@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9855-2329

Civil Code, which were put into force on 1.1.2012 and German Civil Code, which were put into force on 1.1.2018. In addition to the builder's lien, the addressee of the builder's lien was also dealt in the article. Fourthly, and on the basis of the conclusions reached under the previous sections, I listed the conditions of this type of lien. Finally, I discussed the rank and privileges of this lien compared to the other limited real rights.

Keywords: *Builder, Builder's lien, lien*

GİRİŞ

İnşaat sektörü, hem ülkemizde hem de dünyada göz ardı edilemez bir öneme sahip olup ülkelerin ekonomik planlarını dahi etkilemektedir. Bu sektördeki canlılığın devamı, devletlerin politikaları doğrultusunda kanunkoyucu tarafından alınan birtakım önlemlerle sağlanabilir. Yapı alacaklısı ipoteği de bu önlemlerin başında gelmektedir.

Üst arza tabidir ilkesi doğrultusunda taşınmazın üzerine inşa edilen her unsur taşınmazın bütünleyici parçası haline gelmektedir. Dolayısıyla, yapı alacaklılarının inşa esnasında kullandıkları malzeme ve emek, doğrudan doğruya taşınmazın bir parçası haline gelip değerini arttırmaktadır. Buna karşılık, uygulamada yapının inşasına malzeme ve/veya emeğiyle katkıda bulunan kişiler, alacaklarına yapının tamamlanmasından sonra kavuşmaktadırlar. Bu sebeple de sözü geçen kişilerin alacaklarını koruma imkanları kalmamaktadır. Yapı alacaklısı ipoteği de uygulamada ortaya çıkan sorunların önlenmesi amacıyla gündeme gelmiş olup, kuruma TMK m. 893 vd. hükümlerinde yer verilmiştir.

Yapı alacaklısı ipoteği doktrinde birçok kez inceleme konusu yapılmasına karşın, hala konunun barındırdığı sorunlar üzerinde tartışmalar devam etmekte ve bu kadar önemli bir konuda doktrinde de uygulamada da tam anlamıyla bir görüş birliği sağlanamamaktadır. Bahse konu durum, yalnızca Türkiye'de değil, İsviçre'de de benzerdir. Nitekim, İsviçre'de 1.1.2012 tarihinde yürürlüğe konulan ZGB hükümleri ile yapı alacaklısı ipoteği hususunda yapılan değişiklikler dahi tartışmaları bitirmeye yetmemiştir. Bilakis bu hükümlerin doktrin ve uygulamadaki tartışmaları arttırdığı gözlemlenmektedir.

Özellikle ülkemizde en önemli yatırım araçlarından biri olan taşınmazlara değer katan yapılara emek veya emek ve malzeme ile katkıda

bulunan kimselerin, bilhassa kriz dönemlerinde alacaklarına kavuşma imkanları, şahsi teminatlardan çok aynı teminatlar vasıtasıyla gerçekleştirilebilmektedir. Ancak uygulamada kural olarak kimse henüz taşınmazına değer katılmadan, başka bir ifadeyle alacağına kavuşmadan aynı teminat vermeyeceğinden; kanuni ipotek vasıtasıyla taşınmaza değer katan kimselerin alacağına kavuşamama korkusuyla karşı karşıya kalmaksızın edimlerini ifa etmeleri sağlanmaya çalışılmıştır. Uygulamada kullanılması bu denli faydalı olan bu kurum hakkındaki tartışmaların mümkün olduğunca çözüme ulaştırılması kanımızca kurumun daha çok değerlendirilmesine katkıda bulunacaktır.

I. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİ KAVRAMI VE BUNUN TESCİLİNİ İSTEME HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Yapı Alacaklısı İpoteği Kavramı

Taşınmazlar üzerinde kurulan her aynı hak gibi, ipotek hakkının da kurulması, geçerli bir hukuki sebebe, tescil talebine ve kural olarak tescile bağlıdır. Söz konusu hukuki sebep uygulamada çoğunlukla bir taşınmaz rehni sözleşmesi olmakla birlikte; bazı durumlarda Kanunda açıkça belirtilen haller, hukuki sebebi oluşturmaktadır. Kanunda belirtilen bu haller, kanuni ipotek haklarını teşkil etmektedir. Yapı alacaklısı ipoteği de, tescile tâbi kanuni ipotek haklarından biridir.

Yapı alacaklısı ipoteği, TMK m. 893/1'in üçüncü bendinde hüküm altına alınmıştır. Hükme göre, "*Aşağıdaki alacaklılar, kanunî ipotek hakkının tescilini isteyebilirler: ...*

3. Bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkârlar."

Kanuni ipotek haklarının içinde yapı alacaklısı ipoteğinin en önemli ve en sık kullanılan ipotek hakkı olduğu kuşkusuzdur¹. Bunun en önemli sebebi de taşınmazların hayati öneme sahip olacak derecede yüksek bedeli haiz

¹ SCHMID, Jörg/HÜRLIMANN-KAUP, Bettina, Sachenrecht, 3. Auflage, Zürich, 2009, Rn. 1664, 1694.

olmalarındır². Zira, taşınmazlar, tarihte insanlar mağara ve çadırları terk ettiklerinden beri, sosyal, ekonomik ve özel yaşamın temeli olmuşlardır³.

Yapı alacaklısı ipoteğinin tanımına geçilmeden önce önemle belirtilmelidir ki, bu kavram için doktrinde, yapı ipoteği⁴, yapı alacaklısı ipoteği⁵, inşaatçı ipoteği⁶ ya da inşaatçıların kanuni ipotek hakkı terimleri de kullanılmaktadır.

Öncelikle, temel özellikleri itibarıyla yapı alacaklısı ipoteği, tescile tâbi kanuni ipotek hakkı olup, sınırlı aynı hak niteliği taşır⁷.

Taşınmazın üzerine bağımsız olarak inşa edilen her unsur taşınmazın bütünüleyici parçası haline geldiğinden⁸; yapı alacaklılarının inşa esnasında kullandıkları malzemelerin karşılığını veya yapının inşasına emeği ile katkı sağlayanların alacaklarını koruma imkanları kalmamaktadır⁹. Bu kişilerin

² **BREITSCHMID**, Peter/**JUNGO**, Alexandra/**SCHUMACHER**, Rainer, Handkommentar zum Privatrecht, 3. Auflage, Zürich, Basel, Genf, 2016, Art. 237 Rn. 8 (BREITSCHMID/JUNGO/YAZAR); **KOSTKIEWICZ**, Jolanta Kren/**WOLF**, Stephan/**AMSTUTZ**, Marc/**FANKHAUSER**, Roland, **FREY**, Gerhard, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch – OFK – Orell Füssli Kommentar, 3., überarbeitete Auflage, Zürich, 2016, Art. 837 Rn.13 (KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/YAZAR).

³ **SCHUMACHER**, Rainer, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematischer Aufbau, 3. Auflage, Zürich, Basel, Genf, 2008, Rn. 223.

⁴ **UYUMAZ**, Alper, “Yapı (İnşaatçı) İpoteği”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, C. XII, S. 1-2, Y. 2008, s. 226 vd.; **AKCAN**, Cansın, “Yapı İpoteği”, Ankara Barosu Dergisi, 2018/2, s. 69 vd.

⁵ **OĞUZ**, Cemal, “Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, Y. 2009, S. 1-2, s. 61 vd.; **SİRMEN**, Lale, Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2018, s. 643 vd.; **BAYSAL**, Başak, “Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara, 2006, s. 149 vd.; **ÇABRİ**, Sezer, “Yapı Alacaklısı İpoteğinin Önceliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 9, Özel Sayı, 2017, s. 377 vd.; **KAÇARAN**, Hümeysra, “Yapı Alacaklılarının Kanuni İpotek Hakkı”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk fakültesi Hukuk Araştırmaları dergisi, Y. 2016, s. 22, C. 3, s. 1364 vd.

⁶ **AKIN**, Levent, “İnşaatçı ipoteği”, Ankara Barosu Dergisi, S. 5, 1991, s. 751 vd.; **AVCI**, Ali/**KÖKSAL ORUÇ**, Buket, “İnşaatçı İpoteği (Yapı Alacaklısı İpoteği)”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Y. 1, S. 2, 2014-2, s. 94 vd.; **ATAMER**, Kerim, “İnşaatçı İpoteğiyle Karşılaştırmalı Olarak Tersane Sahibinin Kanuni İpotek Hakkı”, Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı, Ankara, 2016, s. 561 vd.

⁷ Yapı alacaklısı ipoteğinin temel özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **SCHUMACHER**, Rn. 1-16.

⁸ **REİSOĞLU**, Safa, Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhitlerin ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı, Ankara 1961, s. 30; **KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/FREY**, Art. 837 Rn. 14.

⁹ BGE 72 II 347, 349-350; BGE 97 II 212, 214-215; BGE 95 II 87, 90; BGE 103 II 33, 35.

mağduriyetlerinin önlenmesi amacıyla¹⁰, yapı alacaklısı ipoteği kurumuna ihtiyaç gündeme gelmiş¹¹ ve kanunkoyucu da yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilmesi ile yapı alacaklılarını taşınmaz maliki, taşınmaz malikinin alacaklıları ve sıra bakımından yapı alacaklısı ipoteğinden sonra gelen ipotekli alacaklılara karşı korumuştur¹². Başka bir ifade ile, yapı alacaklısı ipoteğinin *ratio legis*inin, taşınmazda meydana gelen değer artışının, ilk olarak, bu değer artışına emeği veya malzemesiyle katkıda bulunan kimselerin taleplerine özgülenmesi olduğu söylenebilir¹³.

Her ne kadar yapı alacaklısı ipoteği ile yapı alacaklılarının korunması amaçlanmışsa da, söz konusu kurum kullanılsa dahi, bu kişilerin her zaman alacaklarına ulaşmama ihtimalleri mevcuttur. Zira, kötüniyetli malikin, inşaat başlamadan önce taşınmaz üzerinde muvazaalı ipotek kurması durumunda, diğer ipoteklere nazaran öncelik taşımayan yapı alacaklısı ipoteğinin amacını yerine getirmeyeceği açıktır¹⁴. Bu tehlikeyi öngören kanunkoyucu, TMK m. 897/1'de bulunan “*Satış bedeli zanaatkârlar ve yüklenicilerin alacaklarının tamamını karşılamadığı takdirde kalan kısım, ipotek hakkı elde eden önceki sıradaki alacaklıların payına düşen satış bedelinden arsa değeri çıkarıldıktan sonra artan para ile karşılanır.*” hükmüyle yapı alacaklılarının emekleri veya yatırımları ile taşınmazın bedeline yapmış oldukları katkı üzerinde onlara öncelik hakkı tanımıştır.

¹⁰ HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas/THURNHERR, Christoph, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 5. Auflage, Basel, 2015, Art. 839/840 Rn. 1 (HONSELL/VOGT/GEISER/YAZAR); AKIN, s. 751; UYUMAZ, s. 227; AVCI/KÖKSAL ORUÇ, s. 94.

¹¹ CAN, Mertol, “Yeni Medeni Kanun’un İnşaatçı (Yapı)İpoteği Hakkındaki Hükümleri ile İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapılıp Yapılmadığı Meselesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 1-2, y. 2004, S. 49-56, s. 52 http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/8_4.pdf (son erişim tarihi: 08.04.2019).

¹² HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 1.

¹³ BRITSCHGI, Andre, Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, Luzerner Diss., Zürich, Basel, Genf, 2008, s. 10.

¹⁴ ŞENER, Yavuz Selim, Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, 2. Baskı, İstanbul 2006, s. 37; KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Baskı, İstanbul, 1982-1983, s. 309; AKİPEK, Jale G., Türk Eşya Hukuku, Cilt III, Ankara 1974, s. 239 <http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/jale-akipek/turk-esya-hukuku-mahdut-ayni-haklar/kitabın-tamamı.pdf> (son erişim tarihi: 08.04.2019); BIÇAKÇI, Levent, “Yapı Alacaklısı İpoteği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan, 1982, C. 45, S. 1-4, s. 537; HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 1; REİSOĞLU, s. 4 vd.

Yapı alacaklısı ipoteği, Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeye benzer olarak, İsviçre Medeni Kanunu (ZGB)'nin 837 vd. maddelerinde hükme bağlanmıştır. Alman hukukunda ise Alman Medeni Kanunu (BGB)'nda yapılan revizyonun ardından, önceden 648 ve 648a maddelerinde düzenlenen yapı alacaklısı ipoteği, 650d ve 650e maddelerinde düzenlenmiştir. Avusturya hukukunda Avusturya Medeni Kanunu (ABGB)'nin 1170 b maddesinde yer bulan yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin düzenleme, Alman hukukunda yapılan düzenlemeye daha yakındır.

B. Yapı Alacaklısı İpoteğinin Tescilini İsteme Hakkının Hukuki Niteliği

Yapı alacaklısı ipoteğinin hukuki sebebinin Kanundan doğması nedeniyle resmi senede ihtiyaç duyulmamasına karşın, bu ipotek türü, tescile tâbi kanuni ipoteklerdendir. Ancak, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin istenmesi hakkının hukuki niteliği konusunda, öğretilerde temel olarak dört görüş mevcuttur. İlk görüş, tescili talep hakkını yenilik doğuran hak olarak sınıflandırırken, ikinci görüş bu hakkı şahsi hak olarak nitelendirmektedir. Üçüncü görüşe göre belirtilen hak, bir ayni haktır. Nihayet son görüşe göre yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme hakkının hukuki niteliği eşyaya bağlı borçtur.

1. Şahsi Hak Görüşü

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme hakkının hukuki niteliği konusundaki ilk görüş, bu hakkın şahsi hak olduğudur¹⁵. Bu görüş savunucularına göre, yapı alacaklısı ipoteğinin kurulmasına sebep olan alacağın doğumu yapı alacaklısıyla yapının inşasına ilişkin sözleşme yapan kimseden kaynaklanmaktadır¹⁶. Ayrıca, Kanunda düzenlenmiş olan bu hak, sahibine yalnızca bu hakkın tescil edilmesini talep etme yetkisini vermektedir. Nasıl ki sözleşmeden kaynaklanan ipoteğin tescilini talep yetkisi şahsi

¹⁵ SAYMEN, Ferit Hakkı/ELBİR, Halid Kemal, Türk Eşya Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1983, s. 591; GÜRSOY, Kemal Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, 1984, s. 1049 (Önemle altı çizilmelidir ki, yazarlar yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep hakkının şahsi hak niteliği taşımakla beraber, talebin tapu memuruna yöneltilmesi sebebiyle aynı zamanda yenilik doğuran hak olduğunu belirtmektedirler.); KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Baskı, İstanbul, 1982-1983, s. 315; REİSOĞLU, s. 72.

¹⁶ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1049.

nitelikte bir haksa, kanundan kaynaklanmakta olan yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep hakkı da şahsi hak niteliği taşımaktadır¹⁷. Bu sebeple tamamen şahsi nitelik taşıyan bu hak, taşınmazı elde eden üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir¹⁸. İsviçre Federal Mahkemesi de yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep hakkının hukuki niteliğini tartıştığı 1915 tarihli ilk kararında söz konusu hakkın şahsi nitelikte olduğunu vurgulamıştır¹⁹.

Kanımızca bu görüş çeşitli açılardan eleştirilebilir. Öncelikle, bir alacağın ipotekle teminat altına alınması halinde, ipoteğin doğumu ve varlığı, altındaki hukuki sebebin geçerli olmasına bağlı olmakla birlikte, ipoteğin kurulacağı taşınmazın malikinin mutlaka ipoteğin altında yatan hukuki sebebin tarafı olması gerekmemektedir. Başka bir ifade ile, taşınmazı üzerine ipotek konulmak suretiyle teminat altına alınan alacağın doğum sebebi mutlaka ipotekli taşınmazın maliki olmak zorunda değildir. Ayrıca, her ne kadar rehin sözleşmesinden kaynaklanan ipoteğin tescilini talep yetkisi şahsi nitelikteyse de, aynı tutumun kanuni ipotekte de benimsenmesi Kanunun amacıyla çelişmektedir. Zira, belirtilen görüşün benimsenmesi halinde, yalnızca taşınmaz malikiyle sözleşme yapan asıl yüklenici bu hakka sahip olabilir; ancak diğer yapı alacaklılarının kanuni hakları ellerinden alınmış olur.

2. Ayni Hak Görüşü

Şahsi hak görüşüne karşı geliştirilen görüşe göre, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep hakkı, bir ayni haktır²⁰. Zira, bu hakkın temelini aldığı Kanun hükmü olan TMK m. 893 (İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) m. 837)'te, Alman Medeni Kanunu (BGB) m. 648'in aksine ipoteğin kimin

¹⁷ **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 315.

¹⁸ **KÖPRÜLÜ**, Bülent/**KANETİ**, Selim, "Kat Mülkiyetinde Ortak Giderlerin Teminatı Olarak Kanuni Rehin Hakkı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul 1973, s. 320 (**KÖPRÜLÜ/KANETİ**, Kat Mülkiyeti); **REİSOĞLU**, s. 72 vd.

¹⁹ BGE 40 II 452, 453, 359.

²⁰ **LEEMANN**, Hans, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Sachenrecht, II. Abteilung, Art. 730-918 ZGB, Bern, 1925, Art. 837 Rn. 25; **HOMBERGER**, Arthur, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, III. Abteilung, Besitz und Grundbuch, Art. 919-977, Zürich, 1938, Art. 961 Rn. 36-37; **HUBER**, Eugen, Zum schweizerischen Sachenrecht, Bern 1914, s. 62; **DAVRAN**, Bülent, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul, 1972, s. 54.

arazisi üzerinde tesis edilmesi gerektiği belirtilmemiştir ve dolayısıyla madde içeriğinde bir borçlu da yaratılmamıştır²¹. Türk-İsviçre Medeni Kanunlarında bu hak düzenlenirken, yalnızca hakkın objesine yer verilmiştir, ki bu obje de üzerine yapı yapılan taşınmazdır.

3. Eşyaya Bağlı Borç Görüşü

Bizim de katıldığımız üçüncü görüş savunucularına göre²² ise, bu hakkın hukuki niteliği eşyaya bağlı borçtur. Esasen, kanuni ipoteklerden biri olan yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin talebi şahsi nitelik taşıyan bir haktır²³ ve yalnızca üzerine yapı yapılan taşınmazın malikine karşı ileri sürülebilir. Ancak, malikin değişmesi durumunda bu hakkın yeni malike karşı ileri sürülememesi, adalet duygusuyla bağdaşmaz. Zira, yapı sonucunda taşınmazın bedelinde meydana gelen artış, taşınmazın yeni malikinin taşınmazında meydana gelmektedir ve bu ipotek türü de belirtilen bedel artışı

²¹ LEEMANN'a göre, Alman Medeni Kanunu (BGB) m. 648'de "*an dem Baugrundstück des Bestellers*" (*inşaat yaptırmanın inşaat arazisinin üzerine*) terimi yer almakta olup, Kanun'da inşaat yaptırmanın açıkça borçlu olduğuna işaret edilmiştir. Bkz. LEEMANN, Art. 827 Rn. 25.

²² MÜHL, Dorothee/PETEREIT, Wolfgang, *Recht der Kreditsicherheiten in europaischen Laendern, Teil V: Schweiz* (Hrsg: HADDING, Walter/SCHNEIDER, Uwe H.), Berlin, 1983, s. 286; LIVER, Peter, *Die Begründung des Bauhandwerkerpfandrechts*, ZBJV, 1967, s. 209 vd.; THURNHERR, Christoph, "Das Bauhandwerkerpfandrecht – eine aktuelle Übersicht unter Berücksichtigung der Baukreditüberwachungspraxis der Banken", ZBJV, C. 142, s. 912; ZOBL, Dieter, "Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda", ZSR 1982/II, s. 76 vd.; ERTAŞ, Şeref, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine göre Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Ankara 2006, s. 535 vd.; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, "İnşaatçı İpoteğinin Tescilini İsteme Hakkının Mahiyeti", *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1969, C. 4, s. 137; SCHUMACHER, Rn. 143; BREITSCHMID/RUMO-JUNGO/SCHUMACHER, Art. 837 Rn. 3; KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/FREY, Art. 837 Rn. 2; BRITSCHGI, s. 17 vd.; BIÇAKÇI, s. 551 vd.; AKIN, s. 755-756.

²³ KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/FREY, Art. 837 Rn. 2. Önemle belirtilmelidir ki, doktrinde kanuni ipoteklerin tescilini isteme hakkının hukuki niteliğinin eşyaya bağlı borç olduğu görüşünün aynı hak görüşünün uzantısı olduğu da ileri sürülmüştür. Bkz. BIÇAKÇI, s. 549; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3474. Ancak bu görüşe katılmak, eşyaya bağlı borcun niteliği sebebiyle mümkün değildir. Zira, eşyaya bağlı borç, bir kimseyi, yalnızca bir eşyaya malik olması sebebiyle, şahsi hak niteliği taşıyan bir alacak hakkının borçlusu konumuna getirmektedir. Ancak, şahsi hakkı aynı hakka dönüştürmez, o hakkı mutluk hak haline getirmez. Yalnızca borç ilişkisinin karşı tarafına öne sürülebilecek şahsi hakkın, bir eşyanın yeni malikine de ileri sürülebilmesini sağlar; ancak aynı hakkın sahip olduğu herkese karşı ileri sürülebilme özelliğini bahşetmez. Bu sebeple, eşyaya bağlı borç görüşünün aynı hak görüşünün uzantısı olduğunun kabulü olanaklı görünmemektedir.

münasebetiyle hak sahibine tanınmıştır²⁴. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de 1966 yılında verdiği bir kararla önceden benimsediği şahsi hak görüşünü değiştirmiş ve belirtilen hakkın bir eşyaya bağlı borç olduğuna ilişkin karar vermiştir²⁵.

4. Yenilik Doğuran Hak Görüşü

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep etme hakkının hukuki niteliği konusundaki son görüş, bunun yenilik doğuran bir hak olduğudur²⁶. Bu hak, tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılabilir. Bu görüş savunucularına göre, yapı alacaklısı, söz konusu hakkını yapı devam ettiği sürece kullanabilecektir; zira yapı alacaklısı ipoteğinin temel amacı malikin değer kazanan taşınmaz ile, yapı alacaklısının alacağına kavuşamama ihtimali arasında denge kurmaktır. Bu sebeple, yenilik doğuran hak için hak düşürücü süre teşkil eden 3 aylık süre içinde taşınmaz el değiştirmemişse ipoteğin tescili tapu memurundan istenebilir²⁷.

II. YAPI ALACAKLISI KAVRAMI

A. Genel Olarak

Yapı alacaklısı ipoteği, tescile tâbi kanuni ipoteklerden olup, bunun tescilini talep edebilecek yapı alacaklılarının kimlerden oluştuğu kanunda hükme bağlanmıştır.

Yapı alacaklısı, TMK m. 893/1'in üçüncü bendinde, "*Bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkârlar*" şeklinde düzenlenmiş olup, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 807/1'in üçüncü bendinde "*Bir gayrimenkul üzerindeki inşaat yahut ameliyatta malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış olmaları hasebiyle malik veya müteahhit*

²⁴ MÜHL/PETEREIT, s. 286.

²⁵ BGE 92 II 227, 229; İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu görüşü benimsediği diğer kararları için bkz. BGE 125 III 248, 249; BGE 95 II 221, 228.

²⁶ HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, Eşya Hukuku, 1991, s. 740; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3476.

²⁷ Von TUHR, Andreas/SIEGWART, Alfred, Obligationenrecht, Obligationenrecht, Zürich 1942, § 3, II, 1; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3476.

zimmesinde tahakkuk eden alacakları için o gayrimenkul üzerinde bu müteahhit ve işçiler kendi adlarına kanunî ipoteğin tescilini talep edebilirler.” biçiminde açıklanan kavramdan farklı şekilde tanımlanmıştır. Zira, yeni tanımda, “müteahhit” yerine “alt yüklenici”; “işçi” yerine ise “zanaatkar” terimleri kullanılmıştır. Kanunun lafzına bağlı kalınması durumunda, alt yüklenici ve zanaatkarlar dışında emeği veya sağladığı malzeme ile yapıya destek veren kimselerin lehine kanuni ipotek kurulması mümkün değildir²⁸.

B. Yükleniciler

a. Genel Olarak

Yüklenici, eser sözleşmesinde²⁹ inşaat işinin tamamını veya bir kısmını üzerine alan kişidir³⁰. Bu kişi, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir³¹.

Yapı alacaklısı ipoteğinin konusunu oluşturan inşaat işlerinin genellikle yüklenici tarafından tek başına yapılması mümkün olmamaktadır. Bu sebeple, yapı eserinin oluşturulmasında kural olarak birden fazla yapı alacaklısı bulunmaktadır³². Yüklenicinin yapmayı üstlendiği işlerden bazılarını alt yüklenicilere bırakabilmesi gibi, birkaç yüklenicinin bir araya gelip adi şirket niteliği taşıyan konsorsiyum ya da tüzel kişiliği olan bir ortak girişim kurması da olasıdır³³. Bu noktada, yüklenicinin ticaret siciline kayıtlı olması önem taşımamaktadır; önemli olan husus, bağımsız olarak ve kendi hesabına hareket ediyor olmasıdır³⁴.

Birden fazla yüklenicinin bulunması halinde yükleniciler, aralarındaki veya taşınmaz malikiyle kurdukları ilişkiye göre doktrinde genel yüklenici,

²⁸ CAN, 54.

²⁹ TUOR/SCHNYDER/JAEGGI, s. 656; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 310; SİRMEN, s. 644; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3488; Karşıt görüş için bkz. REİSOĞLU, s. 30.

³⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3488; SİRMEN, s. 644.

³¹ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 3; BREITSCHMID/RUMO-JUNGO/SCHUMACHER, Art. 837 Rn. 21; ZOBL, s. 80.

³² BRITSCGI, s. 41.

³³ BREITSCHMID/RUMO-JUNGO/SCHUMACHER, Art. 837 Rn. 20; SCHUMACHER, Rn. 510.

³⁴ BREITSCHMID/RUMO-JUNGO/SCHUMACHER, Art. 837 Rn. 20; SCHUMACHER, Rn. 510; KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/FREY, Art. 837 Rn. 16.

tam yüklenici, kısmi yüklenici ve alt yüklenici şeklinde gruplandırılmışlardır³⁵ ve yapı alacaklısı ipoteğinin tescili talep bakımından bunlar arasında fark bulunmamaktadır³⁶.

Klasik ve geleneksel anlamda yapı inşasında, taşınmaz maliki, her yükleniciyle yapının her kısmı için ayrı bir sözleşme yapar³⁷ ve bunların arasındaki koordinasyonu kendisi sağlar³⁸. Bu durumda, her bir yüklenici, kısmi yüklenici sıfatını taşır ve bağımsız olarak yapının bir kısmının meydana getirilmesinden sorumlu olur³⁹.

Günümüzde, taşınmaz malikinin her yükleniciyle ayrı ayrı sözleşme yapması yerine tek bir yükleniciyle sözleşme yapması daha yaygındır. Bu halde, genel yüklenici adını alan yüklenici, tüm inşaa işini üstlenmekte⁴⁰; ancak genellikle işin bir kısmını şahsen ifa edip, kalan kısımlarını ise alt yüklenicilere devretmektedir⁴¹. Bu durumda, işin koordinasyonu da genel yükleniciye aittir⁴².

Genel yüklenicinin, aynı zamanda inşaa projesini de üstlenmesi halinde, yüklenici, tam yüklenici sıfatını haiz olur⁴³. Bu halde yüklenici, inşaa işi yürütme planlaması, ihale yönetimi ve iş dağıtımını gibi fikri edimleri de üstlenir⁴⁴. Ancak bu edimlerin, yüklenicinin üstlendiği asli edimlerle fonksiyonel anlamda birlikteliği söz konusudur⁴⁵. Bu sebeple de tam yüklenici

³⁵ **BRITSCHGI**, s. 41; **HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR**, Art. 839/840 Rn. 3; **KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/FREY**, Art. 837 Rn. 16; **KAŞAK**, s. 108 vd.

³⁶ **KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/FREY**, Art. 837 Rn. 16.

³⁷ **GAUCH**, Peter, "Einige Fragen zum Bauvertrag", Schweizerische Bauzeitung, 94 (1976), Heft 16, s. 154 <https://www.e-periodica.ch/cntmng?pid=sbz-002:1976:94::227> (son erişim tarihi: 13.6.2019) (**GAUCH**, Bauvertrag); **BRITSCHGI**, s. 41.

³⁸ **BRITSCHGI**, s. 41.

³⁹ **BRITSCHGI**, s. 41.

⁴⁰ **SCHUMACHER**, Rn. 339; **GAUCH**, Bauvertrag, s. 194; **BRITSCHGI**, s. 42.

⁴¹ **BRITSCHGI**, s. 41

⁴² **SCHUMACHER**, Rn. 340; **BRITSCHGI**, s. 42

⁴³ **KRAUSKOPF**, Frederik, "Die Kündigung von Bauverträgen und die Folgen", BRT 2007, s. 32 dn. 7 https://commonweb.unifr.ch/_Law/LawDean/Gestens/BaurechtArchives/3_Scans/2007_d/F_Krauskopf.pdf (son erişim tarihi: 24.6.2019); **HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR**, Art. 839/840 Rn. 3; **SCHUMACHER**, Rn. 336; **GAUCH**, Bauvertrag, s. 194; **BRITSCHGI**, s. 42; **ZOBL**, s. 93.

⁴⁴ **SCHUMACHER**, Rn. 336.

⁴⁵ **SCHUMACHER**, Rn. 336.

ile taşınmaz maliki arasındaki sözleşme, karma sözleşme değil, eser sözleşmesi niteliği taşır⁴⁶.

Önemle belirtilmelidir ki, TMK'da yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme hakkı, alt yükleniciye verilmiş; ancak kanunkoyucunun hatası sonucu genel yükleniciye açıkça verilmemiştir. Ancak, doktrin, alt yükleniciye tanınmış haktan, genel yüklenicilerin evleviyetle yararlanabileceği konusunda görüş birliği içindedir⁴⁷.

b. Alt Yüklenici

Alt yüklenici, iş sahibiyle sözleşme ilişkisi içinde bulunan genel, tam veya kısmi yükleniciyle⁴⁸ sözleşme yaparak, bu yüklenicinin özel uzmanlık gerektiren inşaat işlerinin yapımını kendisine bıraktığı ve faaliyetlerini bağımsız olarak yürüten kişidir⁴⁹.

Alt yüklenicilik müessesesinde iş sahibiyle alt yüklenici arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır; alt yüklenicinin iş sahibi genel, tam veya kısmi yüklenicidir⁵⁰. Dolayısıyla, alt yüklenicinin bir işi yapma ve teslim etme borcunu, genel yükleniciye ifa etmesi gerekmektedir⁵¹. İş sahibinin de alt yükleniciden işin yapılmasını talep etme imkanı bulunmamaktadır⁵². Bir başka ifadeyle, bu noktada altı çizilmesi gereken husus, alt yüklenicinin, genel, tam veya kısmi yüklenicinin; genel yüklenicinin de iş sahibinin alacaklısı olduğu gerçeğidir. Ancak, bağımsız nitelik taşıyan⁵³ bu iki alacağın karşılığı edim, bir taşınmaz üzerinde ifa edildiğinden, alacaklılar bu alacaklar için aynı taşınmaz üzerinde iki farklı ipotek hakkına sahip olurlar⁵⁴. Dolayısıyla, alt yüklenici, alacağını taşınmaz malikinden talep edememekle

⁴⁶ PEDRAZZINI, Mario, Der Werkvertrag, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, 7. Band, 1. Halbband, Basel und Stuttgart, 1977, s. 508-509; MOSIMANN, Rudolf, Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 396, Diss., Zürich, 1972, s. 82 vd.

⁴⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3486; CAN, s. 54, 59; UYUMAZ, s. 237; SİRMEN, s. 643-644; ŞENER, s. 38; BAYSAL, s. 157.

⁴⁸ GAUCH, s. 155.

⁴⁹ GAUCH, s. 154, 169; GAUCH, Werkvertrag, s. 184; BRITSCHGI, s. 42; KAŞAK, s. 111; AKCAN, s. 79; BAYSAL, s. 157

⁵⁰ Önemle belirtilmelidir ki, alt yüklenicinin de bazı uzmanlık gerektiren işleri alt-alt yükleniciye devretmesi mümkündür. Bkz. BRITSCHGI, s. 42.

⁵¹ BRITSCHGI, s. 42; GAUCH, s. 155; KAŞAK, s. 112.

⁵² GAUCH, s. 169.

⁵³ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn 3.

⁵⁴ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rn. 1714.

birlikte, alacağının teminatı için taşınmaz üzerinde yapı alacaklısı ipoteği tesis edilmesini talep edebilir⁵⁵. Zira, her ne kadar alt yüklenici ile iş sahibi arasında sözleşmesel bir bağ bulunmasa da, yapı alacaklısı ipoteğinin sözleşmeye değil, Kanun'a dayanması ve yapı alacaklısının yapı için emek veya emek ve malzeme ortaya koyması⁵⁶, kendisinin bağımsız bir ipotek hakkını haiz olmasına yol açar.

Alt yüklenicinin yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep etme hakkının doğması için, yapı üzerinde emek veya emek ve malzeme ortaya koyması yeterlidir. Yüklenicinin taşınmaz malikine işi alt yükleniciye devrettiği konusunda bilgi verip vermemesi⁵⁷ veya malikin işin alt yükleniciye devredilmesi hususunda izni olup olmaması⁵⁸ önem taşımamaktadır. Hatta, genel yüklenici ile taşınmaz maliki arasındaki sözleşmede işin alt yükleniciye devredilmesi yasaklansa ve buna rağmen iş alt yükleniciye devredilse dahi, alt yüklenici yapı alacaklısı ipoteği tesis edilmesini talep edebilir⁵⁹.

Alt yüklenici ve genel yüklenicilerin alacakları ve yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep etme hakları bağımsız olduğundan, yapının inşa edildiği taşınmaz üzerinde hem genel yüklenici hem de alt yüklenici lehine yapı alacaklısı ipoteği kurulması mümkündür. Ancak, taşınmaz üzerinde inşa edilen yapının bir tane olduğu gerçeği göz önünde bulundurulduğunda; ifa edilen bir edim için, söz konusu taşınmaz üzerinde birden fazla kişi lehine ipotek hakkı kurulması, malikin bir edim için iki kere ödeme yapma riskini beraberinde getirmektedir (*Doppelzahlungsrisko*)⁶⁰. Zira, malikin genel yükleniciye ödeme yapması, alt yüklenicinin genel yüklenici tarafından tatmin edilmemesi durumunda, alt yüklenici lehine kurulan yapı alacaklısı ipoteğinin terkin edilmesi için yeterli olmayacaktır. Hatta bazı hallerde, işin alt-alt yükleniciye devredilebildiği ya da onun da başkasına devretme imkanının olduğu dikkate alındığında, aynı edim için üç veya daha fazla kere ödeme yapılma ihtimali de doğmaktadır.

⁵⁵ SCHUMACHER, Rn. 238.

⁵⁶ REİSOĞLU, s. 38-39; BIÇAKÇI, s. 541.

⁵⁷ KAŞAK, s. 113.

⁵⁸ BRITSCHGI, s. 42-43.

⁵⁹ BGE 72 II 347, 350.

⁶⁰ BRITSCHGI, s. 43-44; KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/FREY, Art. 837 Rn. 22; SCHUMACHER, Rn. 238 vd.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rn. 1715; HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 10; THURNHERR, s. 925; ZOBL, s. 100; KAŞAK, s. 117; BAYSAL, s. 160.

Malikin bir edim için birden fazla kere ödeme yapma riski, İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikler esnasında da öngörülmüştür⁶¹. Bu esnada, taşınmaz malikinin hem asıl yükleniciye hem de alt yükleniciye ödeme yapmasının engellenmesi için⁶², alt yüklenicilerin yapı alacaklısı olmamaları gerektiği öne sürülmüştür. İsviçre Hükümetinin Kanun revizyonuna ilişkin ön tasarısında alt yüklenicilerin yapı alacaklısı olmayacakları öngörülmüş ve bu hak yalnızca asıl yükleniciye verilmiştir⁶³. Ancak, ön tasarıdaki bu hüküm, değişikliğe yansımamıştır. İsviçre'de, asıl yüklenicinin yanı sıra alt yüklenicinin de yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep etmesi hala mümkündür. Avusturya hukukunda da ABGB m. 1170b çerçevesindeki yüklenicinin kapsamına alt yüklenici girer ve alt yüklenicilerin de yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep hakları bulunmaktadır⁶⁴. Alman hukukunda ise, alt yüklenici diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak, yapı alacaklısı olamaz⁶⁵. Zira bu hukuk sisteminde, BGB m. 650e/1'de yapı alacaklısı ipoteğinin “*yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan alacakları için iş sahibinin taşınmazı üzerinde kurulabileceği*” açıkça hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla Alman hukukunda taşınmaz malikinin birden fazla kere ödeme yapma riski bulunmamaktadır.

⁶¹ **SCHMID**, Jürg, “Neuerungen bei den Grundpfandrechten”, Revision der Immobiliarsachenrechts (Hrsg. WOLF, Stephan), Band 12 des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern, Bern 2011, s. 24-25 https://sjwz.ch/wp-content/uploads/2018/04/Tagungsunterlagen-Neuerungen-im-Immobiliarsachenrecht_24.01.2012.pdf (son erişim tarihi: 12.06.2019); **BRITSCHGLI**, s. 44.

⁶² **PFAEFLI**, Roland/**BYLAND**, Daniela, Aktuelles zum Bauhandwerkerpfandrecht, 21.11.2011 jusletter.weblaw.ch/article/de/_9758 (son erişim tarihi: 20.03.2019); **LABRUZZO**, Dominique Calco, Neue Bestimmungen im Bauhandwerkerpfandrecht, http://www.artlaw-calco.com/wp-content/uploads/Screen_SHZ04_20122.pdf (son erişim tarihi: 20.04.2019); **SEMELA**, Stefan, Bauhandwerkerpfandrecht,-Bauunternehmen aufgepasst!, 9 Januar 2012, http://www.geissmannlegal.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/PDF/Publikationen/Aktuelle_Rechtsfragen/Se_Beitrag_vom_09.01.2012.pdf (son erişim tarihi: 20.04.2019); **SCHMID**, s. 25.

⁶³ **SCHMID**, s. 25.

⁶⁴ **KLETECKA**, Andreas/**SCHAUER**, Martin/**HÖRKER**, ABGB-ON - Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Art. 1170 b Rn. 10, Wien, 2010 (KLETECKA/SCHAUER/YAZAR).

⁶⁵ **HENSSELER**, Martin, **BUSCHE**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5/1, Schuldrecht – Besonderer Teil III/1, 7. Auflage, München, 2018, Art. 650e Rn. 11 (MünchKomm/YAZAR).

Taşınmaz maliklerinin karşılaştıkları bu risk, uygulamada “taşınmaz maliki için aşırı hassas”⁶⁶, hatta “şok edici”⁶⁷ olarak değerlendirilmiştir. Bu sebeple de bu riskin aşılması için doktrin ve uygulamada bazı çözüm önerileri getirilmiştir. Bu önerilerin çeşitli gruplar altında toplanması mümkündür. Öncelikle, hem doktrinde hem de uygulamada taşınmaz maliki ile genel yüklenici arasında yapılan sözleşmeye önleyici bazı hükümlerin eklenebileceği belirtilmiştir. Bu konudaki ilk öneri, taşınmaz malikinin genel yüklenicisiyle yaptığı sözleşmeye, alt yüklenicilerin yapı alacaklısı ipoteği kurdurması durumunda genel yüklenicinin teminat yükümlülüğünün bulunduğuna ilişkin hükümlerin koyulması olmuştur⁶⁸. Ancak, böyle bir teminatın koruma sınırının, genel yüklenicinin ödeme imkanı olduğu unutulmamalıdır⁶⁹. Bu sebeple, taşınmaz maliki için daha güvenilir bir çözümün genel yüklenici tarafından sunulacak bir banka garantisi olduğu ifade edilmiştir; zira bu durumda alt yükleniciler tarafından yapı alacaklısı ipoteğinin tesis ettirilmesi halinde, bu ipoteğin terkin ettirilmesi bankanın yükümlülüğü altında olacaktır⁷⁰. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, sözleşmeye, alt yükleniciler tarafından tescil edilmiş olan yapı alacaklısı ipoteklerinin tamamının terkinin sağlanana ve bir daha yapı alacaklısı ipoteği tesis edilme imkanı kalmayana dek ödeme yapılmayacağına ilişkin hüküm konulması da taşınmaz maliki için iyi bir koruma sağlayacaktır⁷¹. Ancak pratikte böyle bir hükmün sözleşmeye konulabilmesi imkanı, oldukça tartışmalıdır⁷². Doktrinde ileri sürülen bir diğer çözüm yolu, ödemenin doğrudan alt yüklenicilere yapılmasıdır⁷³. Ancak kanımızca böyle bir durumda genel yüklenici ile yapılmış olan sözleşme ihlal edilmiş olacaktır, zira alt yüklenicilere ödenen miktarın asıl yükleniciye sözleşme gereği ödenecek meblağdan düşülmesi, sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca taşınmaz malikinin rızası alınmadan ya da hilafına da işin alt yükleniciye devredilmesi durumunda yapı alacaklısı ipoteğinin tesisinin mümkün olduğu göz önüne alındığında, malikin her zaman alt yüklenicinin varlığından

⁶⁶ BGE 95 II 87, 92 “*conséquences extrêmement regourees pour le propriétaire*”.

⁶⁷ BGE 104 II 348, 354 “*choquant*”.

⁶⁸ THURNHERR, s. 927; ZOBL, s. 102; BGE 95 II 87, 91.

⁶⁹ THURNHERR, s. 927.

⁷⁰ THURNHERR, s. 927.

⁷¹ BAUMANN, Daniel, Der Baukredit, 2. Auflage, Zürich, 1997, s. 297; THURNHERR, s. 927.

⁷² BAUMANN, s. 297.

⁷³ BAUMANN, s. 298.

haberdar olması mümkün olmayabilir. Dolayısıyla bu öneri de maliki her zaman iki kere ödeme yapma yükümlülüğünden kurtaramayacaktır.

Alt yükleniciler tarafından yapı alacaklısı ipoteğinin tesis edilmesinin ardından ise, artık önleyici tedbirler anlamsız kaldığından, doktrin ve uygulamada başka bir takım çözüm önerileri öne sürülmüştür. Bu önerilerden ilki, taşınmaz malikinin genel yükleniciye karşı eser sözleşmesindeki ayıp hükümlerine başvurusudur⁷⁴. Zira, genel yüklenicinin eseri alt yüklenicinin lehine kurulmuş bir ipotek hakkıyla teslim etmesi genel yüklenicinin ayıplı ifası olarak nitelendirilebilir ve bu husus da taşınmaz malikine ya ayıp oranında bedelden indirim isteme ya da ipotekli alacaklı alt yüklenicinin tatmin edilmesinden sonra onun genel yükleniciye karşı sahip olduğu haklara halef olma hakkını verir⁷⁵. Bir diğer görüş, bedelden indirim talep edilebileceğini kabul etmekle birlikte, bunun ayıp sebebiyle değil, eksik ifa sebebiyle öne sürülmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁷⁶. Doktrinde öne sürülen bir görüşe göre, bu konuda en etkili çözüm, taşınmazın inşası esnasında kredi alınması durumunda kredi veren banka tarafından yapılacak denetimdir⁷⁷.

Her ne kadar doktrinde ve uygulamada bu kadar çözüm önerisi sunulmuş olsa da, bu önerilerin taşınmaz malikini tam anlamıyla koruduğunun söylenmesi mümkün değildir⁷⁸. Kanun metni bu haliyle kaldıkça, taşınmaz malikinin iki veya daha fazla kere ödeme yapma riskinden kurtulması olanaksızdır. Kanuni ipotek hakkı, taşınmazı ipotek altına alınacak kimse için adaletsiz sonuçlara yol açmamalıdır. Her ne kadar yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilebilmesi malikin kabulü veya mahkeme kararına bağlıysa da, burada kabul edilecek ya da hükümlerle belirlenecek husus, ipoteğe esas teşkil eden meblağdır. Başka bir ifadeyle, ipotek, taşınmaz malikinin rızası olmasa da tesis edilecektir. Malik meblağı kabul etse de, güvence göstermeksizin

⁷⁴ STEINAUER, Paul Henri, Les droits réels, Tome III, 3. Edition, 2003, N. 2869a; HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 10; BRITSCHGI, s. 45-46; KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/FREY, Art. 837 Rn. 22; THURNHERR, s. 928; BAYSAL, s. 160; BGE 116 II 533, 537-538.

⁷⁵ ZOBL, s. 105; BGE 116 II 533, 537-538.

⁷⁶ SAVIAUX, Nicolas, La double garantie en matière d'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, BR 1999, s. 92. Yazar makalede İsviçre Federal Mahkemesi'nin çeşitli kararlarına atıf yapmış ancak yine de sorunun hala tartışmalı olduğunun altını çizmiştir.

⁷⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. THURNHERR, s. 929 vd.; HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 10.

⁷⁸ THURNHERR, s. 929; HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 10; BRITSCHGI, s. 45; BAYSAL, s. 161.

ipoteğin tescilini engelleme imkanı bulunmamaktadır. Bu sebeple de, malik için bu denli ağır sonuçlar doğurabilecek bir kurumun çok dikkatli ve adaletli şekilde formüle edilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, malikin aynı iş için birden fazla kere ödeme yapmasına yol açabilecek hükmün değiştirilmesi kaçınılmazdır. Kanımızca, bu hükmün yalnızca taşınmaz malikiyle sözleşme ilişkisi içinde bulunan yapı alacaklılarına koruma sağlayacak şekilde formüle edilmesi daha adaletlidir. Her ne kadar yapı alacaklısı ipoteğinin amacı, taşınmaza emek veya emek ve malzeme sağlamak suretiyle taşınmazda meydana getirilen değer artışının koruma altına alınması olsa da, taşınmaz malikiyle sözleşme ilişkisi içinde bulunmayan yapı alacaklılarının alacaklarına kavuşamama risklerini başka teminatlar vasıtasıyla güvence altına almaları daha doğrudur. Zira her sözleşme içinde bazı riskleri barındırır. Taşınmaz malikiyle sözleşme yapmayı, genel yükleniciyle sözleşme ilişkisi içinde bulunan kimsenin de bu sözleşmeyi imzalarken ileride doğabilecek riskleri öngörmesi gerekmektedir. Ancak sadece taşınmazlara özgü olacak şekilde, bir riskin sözleşmenin tarafı dahi olmayan üçüncü bir kişiye yalnızca taşınmaz maliki olması sebebiyle yüklenmesinin kabul edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple kanımızca, *de lege ferenda* bakımından alt yüklenicilerin yapı alacaklısı kapsamından çıkarılması ve yapı alacaklısı kavramının dar yorumlanması hayatidir.

C. Zanaatkarlar

Yüklenici dışında, diğer bir yapı alacaklısı, zanaatkarlardır⁷⁹. Zanaatkarlar, eser sözleşmesine dayanarak bağımsız şekilde yapı işlerini gören boyacı, camcı, çatı aktarıcısı, marangoz, tesisatçı, parkeci gibi kişilerdir⁸⁰.

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilmesini talep etme yetkisine sahip olan zanaatkarların yalnızca malik ile sözleşme bağı bulunan zanaatkarlarla sınırlı olmadığı, aynı zamanda alt yükleniciyle sözleşme ilişkisinde olan zanaatkarların da söz konusu haktan yararlanabileceği haklı olarak

⁷⁹ 743 sayılı Kanun'da zanaatkarlar yerine işçiler terimi kullanılmıştır. Yeni Kanun maddesinde zanaatkarlar kelimesinin kullanılması, kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun metni dikkate alındığında isabetlidir. Zira, "*Handwerker*" veya "*les artisans*" kelimeleri, Türkçe'de işçi değil, zanaatkar terimini karşılamaktadır.

⁸⁰ THURNHERR, s. 913; BRITSCHGI, s. 30; UYUMAZ, s. 238; SİRMEN, s. 644; KAŞAK, s. 105.

savunulmaktadır⁸¹. Bunun yanında, önemle belirtilmelidir ki, yapı alacaklısı ipoteği tesis etme imkanı bulunan zanaatkar, bağımsız olmalıdır. Yükleniciye hizmet sözleşmesiyle bağlı zanaatkarların yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilmesini talep etme hakkı bulunmamaktadır.

D. Yapı Alacaklısı İpoteğinin Tescilini talep Etme İmkânı Olmayanlar

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep edebilmek için, TMK m. 893/1/3'e göre, taşınmaz üzerinde "*malzeme vererek veya vermeden emek sarf et*"mek suretiyle bir yapı inşa edilmesine katkıda bulunmuş olması gerekmektedir. Ancak, yapı inşa edilmesi esnasında emekle katkıda bulunulmayıp yalnızca malzemenin sağlanmasından kaynaklanan alacak – özellikle misli malların satımından kaynaklanan alacaklar-, bu ipoteğin tescilinin talep edilmesi için yeterli değildir⁸². Bu sebeple yalnızca satış sözleşmesinden –malzeme satışından- kaynaklanan alacak, yapı alacaklısı ipoteği ile koruma altına alınamaz⁸³. Ancak, malzemelerin yalnızca ipoteğe konu olacak yapı için özel olarak üretilmesi ve yapının unsuru haline gelmesi durumunda, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin talep edilmesi mümkündür⁸⁴. Belirtilen sözleşmenin satış sözleşmesinden üretimdeki emek bakımından farkı vardır⁸⁵.

Yapı alacaklısı ipoteğinden, yalnızca bağımsız olarak çalışan kimselerin yararlanabileceği hususunda bir kuşku bulunmamaktadır⁸⁶. Bu nedenle yüklenici veya zanaatkara hizmet sözleşmesiyle bağımlı olarak çalışan kimselerin de yapı alacaklısı ipoteğinden faydalanma imkanı bulunmamaktadır⁸⁷. Benzer şekilde yükleniciye geçici bir süre için işçi sağlayan gerçek veya tüzel kişiler de yapı alacaklısı ipoteğinden

⁸¹ CAN, s. 55; REİSOĞLU, s. 33; UYUMAZ, s. 238; SİRMEN, s. 644.

⁸² ZOBL, s. 91; BRITSCHGI, s. 34; KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/FREY, Art. 837 Rn. 15; BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 837 Rn. 10a; SCHUMACHER, Rn. 300; KAŞAK, s. 120.

⁸³ BRITSCHGI, s. 34.

⁸⁴ SCHUMACHER, Rn. 301; BRITSCHGI, s. 34.

⁸⁵ SCHUMACHER, Rn. 301; BRITSCHGI, s. 34.

⁸⁶ SCHUMACHER, Rn. 513; BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 837 Rn. 20; BRITSCHGI, s. 37.

⁸⁷ BRITSCHGI, s. 38; BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 837 Rn. 20; SCHUMACHER, Rn. 513; İşçi alacaklarının İİK m. 206 kapsamında imtiyazlı alacaklar olması sebebiyle başkaca korumaya ihtiyaç olmadığına dair bkz. KAŞAK, s. 124-125.

yararlanamaz⁸⁸. Zira bu kişiler, belirli bir işi yapma değil, yalnızca işçileri orada bulundurma yükümlülüğü altına girmiştir⁸⁹.

Yine aynı doğrultuda, TMK m. 893/1/3'ün metni dikkate alındığından, yapı için yalnızca fikri katkıda bulunan kimseler de yapı alacaklısı ipoteği hakkını haiz değildiler⁹⁰. Bu anlamda mimar, mühendis gibi fikri ürün sahibi kimselerin alacakları yapı alacaklısı ipoteği ile koruma altına alınamaz⁹¹. Zira, söz konusu fikri ürünler, yapının bir parçası haline gelememektedir⁹². Ancak, önemle belirtilmelidir ki, 1.1.2012 tarihinde yürürlüğe konulan ZGB hükümlerinin dikkate alınmasıyla, yapıya fikri ürünlerle katkıda bulunmuş kimselerin bu kapsamda korunup korunmayacağı, İsviçre doktrininde tartışmalı hale gelmiştir. Zira, belirtilen değişikliklerde, ZGB m. 837/1/3'ün metnine⁹³, TMK m. 893/1/3'ten farklı olarak, “*yıkım işleri, iskele kurma, inşaat temelinin kazılması veya benzeri işlerde*” hükmü eklenmiştir. Başka bir ifadeyle, İsviçre’de önceden yapı alacaklısı ipoteği yalnızca zanaatkar ya da yüklenicinin yapı veya diğer işler nedeniyle elde ettikleri alacaklar ile sınırlıyken; yeni hükme göre, yapı alacaklısı ipoteği bunlara ilaveten yıkım faaliyetleri, inşaat iskelesi inşası⁹⁴, hafriyat çalışmaları ve benzeri durumlar için de talep edilebilecektir. Bu çerçevede de, İsviçre’de doktrinde yapının

⁸⁸ **BRITSCHGI**, s. 38.

⁸⁹ **BRITSCHGI**, s. 38.

⁹⁰ **SCHUMACHER**, Rn. 307 vd.; **BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER**, Art. 837 Rn. 11; **BRITSCHGI**, s. 36-37; **ZOBL**, s. 89-90.

⁹¹ **SCHUMACHER**, Rn. 307 vd.; **BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER**, Art. 837 Rn. 11; **BRITSCHGI**, s. 37; **ZOBL**, s. 89-90; **KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/FREY**, Art. 837 Rn. 17; **KAŞAK**, s. 122.

⁹² **BRITSCHGI**, s. 37.

⁹³ Madde metni şu şekildedir: “*Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes besteht: ... für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, an diesem Grundstück, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechtigte Person zum Schuldner haben....*”

⁹⁴ Önceden inşaat iskelesi inşasının yapı alacaklısı ipoteğine konu olup olamayacağına ilişkin doktrinle yargı arasında bir anlaşmazlık mevcut olmuştur. Yargı, Kanun revizyonunun yürürlüğe konulmasından kısa süre önce vermiş olduğu bir kararında, iskelenin tek başına bir yapı olmadığı ve başka bir yerde de kullanılmadığı sebebiyle yapı alacaklısı ipoteği kurulması talebini reddetmiştir (BGE 136 III 6). Ancak, doktrinde, iskele kurulmasının yapı alacaklısı ipoteği kurulması talebi için yeterli olduğu savunulmuştur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **SCHUMACHER**, Rn. 321.

inşasındaki etkisine göre birincil ve ikincil edim ayrımı yapılmıştır⁹⁵. Birincil edimlerden anlaşılması gereken, İsviçre’de 31.12.2011’e kadar yapı alacaklısı ipoteğine konu olabilen, taşınmaza dolaysız ve fiziksel olarak etkide bulunmuş malzeme ve emektir⁹⁶. İkincil edimler ise, genellikle yapının inşasından önceki hazırlık aşamasında ifa edilen, taşınmazın üzerinde doğrudan bir etkisi bulunmayan, birincil edimleri destekler nitelikte olan edimlerdir⁹⁷. Bu noktada, tartışılması gereken husus, ikincil nitelik taşıyan edimlerin yapı alacaklısı ipoteğinin konusunu teşkil etmesi için birincil edimlerle ne kadar sıkı bir ilişkisi olması gerektiğidir⁹⁸. Doktrine göre, bu iki edim arasında çok sıkı bir ilişki aranmalıdır. Bu sebeple, ikincil edimlerin yapı alacaklısı ipoteği ile koruma altına alınabilmeleri için, bu edimlerin birincil edimlerle çok açık bir bağının bulunması ve yalnızca onlara özgülenmiş olmaları gerekmektedir⁹⁹. Belirtilen kapsamda fikri ürünler yapı alacaklısı ipoteği bakımından değerlendirildiğinde¹⁰⁰, doktrinde bunların birincil edimlerle ipoteğe konu olabilecek düzeyde sıkı bir bağının olmaması sebebiyle ipoteğe konu olmaması gerektiği öne sürülmüştür¹⁰¹. Ancak, İsviçre Federal Mahkemesi 2014 yılında verdiği bir kararında, fikri ürün sahiplerinin yapı alacaklısı olduğunu doğrudan ifade etmemekle birlikte, başvuran kimsenin fiziksel veya fikri bir ürünle yapıya katkıda bulunmaması sebebiyle

⁹⁵ **THURNHERR**, Christoph, “Das revidierte Bauhandwerkerpfandrecht – zu wenig Neues, aber noch mehr Problematisches?”, SBGR, C. 93, Y. 2012, s. 79 (THURNHERR, Das revidierte Bauhandwerkerpfandrecht); **HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR**, Art. 839/840 Rn. 6.

⁹⁶ **THURNHERR**, Das revidierte Bauhandwerkerpfandrecht, s. 79.

⁹⁷ **THURNHERR**, Das revidierte Bauhandwerkerpfandrecht, s. 79; **HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR**, Art. 839/840 Rn. 6.

⁹⁸ **HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR**, Art. 839/840 Rn. 6.

⁹⁹ **HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR**, Art. 839/840 Rn. 6.

¹⁰⁰ İsviçre’de yapılan değişiklik henüz taslak aşamasındayken, **SCHUMACHER**, fikri ürün sahibi kimselerin neden yapı alacaklısı olmamaları gerektiğini ayrıntılı olarak açıklamıştır. Yazara göre, böyle bir durumda, yalnızca mimar, mühendis, jeolog veya danışman değil, yapının yapılması veya hazırlığı esnasında avukatlar dahi dahil olmak üzere, fikri katkıda bulunmuş herkes yapı alacaklısı olabilecektir. Bu durum da yapı alacaklısı ipoteği kurumunun amacını ciddi ölçüde aşmasına sebep olacak ve taşınmaz malikinin yükünü önemli derecede arttıracaktır. Bunun yanında, fikri ürünlerin değerlerinin belirlenmesi de oldukça sorunludur. Ayrıca, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin işin tamamlanmasından itibaren dört ay içinde talep edilmesi gerekmektedir; ancak fikri ürünlerde işin ne zaman tamamlandığının her zaman tespit edilmesi mümkün olmayabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **SCHUMACHER**, Rn. 309-313.

¹⁰¹ **THURNHERR**, Das revidierte Bauhandwerkerpfandrecht, s. 82-83; **SCHUMACHER**, Rn. 307 vd.; **HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR**, Art. 839/840 Rn. 4.

yapı alacaklısı olamayacağına hükmetmiştir¹⁰². Başka bir ifadeyle, esasında yapıya fikri ürünle katkıda bulunmuş kimselerin de bu ipotek hakkında faydalanabileceğini kabul etmiştir.

Alman hukukunda ise 1.1.2018 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerin ardından, malikle sözleşme ilişkisi içinde bulunan mimar ve mühendisler de yapı alacaklısı kapsamına girmektedirler¹⁰³. BGB m. 650q/1'in m. 650e ile birlikte yorumlanmasıyla bu sonuca ulaşılabilir¹⁰⁴. Önemle belirtilmelidir ki, mühendislerin, hatta bilhassa statik mühendislerinin, 1.1.2018 öncesinde de yapı alacaklısı olabileceği genellikle kabul edilmiştir¹⁰⁵. Ancak aynı saptamanın mimarlar açısından yapılması mümkün değildir. Zira bu tarih öncesinde verilen mahkeme kararlarında, mimarların yerine getirdikleri edimlerin maddi olmayan nitelik taşıdığından, yapıya maddi bir katkıda bulunmadığının altı çizilmiştir¹⁰⁶.

III. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN TESCİLİ TALEBİNİN MUHATABI

A. Genel Olarak

Yapı alacaklısı ipoteği, tescile tabi bir kanuni ipotektir ve kural olarak yapı alacaklısının tescili talep etmesi halinde muhatabı, taşınmaz malikidir. Taşınmaz malikinin, mutlaka sözleşmenin tarafı olması zorunlu değildir. Yükleniciyle sözleşmeyi taşınmaz maliki dışında bir kimsenin yapması ya da alt yüklenici kullanılması hallerinde durum böyledir.

Bunun yanında, taşınmazın sonradan başka birine devri veya taşınmaz malikinin iflas etmesi hallerinde uygulamada bazı sorunlar çıkabilmektedir. Bu hallerde, yapı alacaklısının tescil talebini duruma göre taşınmazı devralan üçüncü kişiye ya da iflas masasına iletmesi hususu, ayrıca tartışılmalıdır. Kanımızca, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep hakkı bir eşyaya bağlı borç olduğundan, başka bir ifadeyle aynı hak haline gelmediğinden iflas masasına karşı ileri sürülemez. Zira, eşyaya bağlı borç, şahsi bir hakkı aynı

¹⁰² BGE 5A_812/2014, Urteil vom 21. Oktober 2014.

¹⁰³ MünchKomm/BUSCHE, Art. 650e Rn. 15-17.

¹⁰⁴ MünchKomm/BUSCHE, Art. 650e Rn. 15, 17.

¹⁰⁵ MünchKomm/BUSCHE, Art. 650e Rn. 17.

¹⁰⁶ MünchKomm/BUSCHE, Art. 650e Rn. 15.

hak haline getirmedeğinden, yapı alacaklısının talep hakkını, iflas alacaklılarının önüne geçirmez¹⁰⁷.

B. Taşınmazın Mülkiyetini Devralanlar

Yapının inşasına başladıktan sonra taşınmaz bir üçüncü kişiye devredilmiş olabilir. Bu durumda yeni malikin yapı alacaklısı ipoteğinin muhatabı olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu noktada, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep hakkının hukuki niteliği hususunda benimsenen görüş etkili olmaktadır. Bu hakkın bir şahsi hak niteliğini taşıdığını savunan görüşe göre, taşınmazın sonradan el değiştirmesi durumunda, ipoteğin tescili talebi, yeni malike karşı ileri sürülemez¹⁰⁸. Yapı alacaklıları, taşınmaz malikinden yalnızca tazminat talep edebilirler¹⁰⁹.

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep hakkının bir aynı hak olduğunu kabul eden görüşe göre ise, yapı alacaklısı ipoteği, taşınmazın her yeni malikine karşı ileri sürülebilir¹¹⁰. Bu noktada, taşınmazı edinen kimsenin iyiniyetli olup olmaması, başka bir ifadeyle yapı alacağını bilmemesi veya bilmesi gerekmemesinin bir önemi yoktur; bu hak Kanun tarafından bir başka şarta gerek olmaksızın verilmiştir ve Kanun hükmü karşısında kimse iyiniyete dayanamaz¹¹¹.

Tarafımızca da yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep hakkının bir eşyaya bağlı borç niteliği taşıdığı kabul edildiğinden¹¹²; söz konusu talebin, taşınmazın yalnızca sözleşme imzalandığı andaki malikine karşı değil, sonraki maliklere karşı da kural olarak ileri sürülmesi mümkündür¹¹³. Yeni malik lehine mülkiyet hakkının tescili, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinden önce

¹⁰⁷ PIOTET, Paul, "Note sur le droit à la constitution d'une hypothèque légale (Art. 837 CC) et sur la servitude de superficie", JdT 1967 I, s. 273; BAYSAL, s. 163. Karşıt görüş için bkz. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rn. 1731; ZOBL, s. 78; HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 23-24. Bu görüş savunucularına göre, malikin iflası halinde yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilememesi, yapı alacaklısının en çok korumaya ihtiyaç duyduğu zamanda korumasız bırakılmasına sebep olacaktır. Aksinin savunulması hakkaniyete aykırılık oluşturur.

¹⁰⁸ GÜLEŞ, Bedia, Türk Hukukunda Yapı İpoteği, Ankara, 2018, s. 117 vd.

¹⁰⁹ BAYSAL, s. 162.

¹¹⁰ LEEMANN, Art. 837 Rn. 44; DAVRAN, s. 54.

¹¹¹ DAVRAN, s. 55.

¹¹² Bkz. yuk. I, B, 3.

¹¹³ BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 837 Rn. 29; SCHUMACHER, Rn. 924; BRITSCHGI, s. 47; BAYSAL, s. 162-163.

yapılsa dahi, yeni malike karşı yapı alacağı ileri sürülebilir¹¹⁴. Ancak bu husus kabul edildiğinde, bazı durumlarda iyiniyetli yeni maliklerle yapı alacaklılarının menfaatleri çatışabilmektedir. Bu halde hangisinin korunması gerektiği hususunda doktrinde tartışma mevcuttur. Bu noktada bizim katılmadığımız ancak Türk hukukunda hakim olan görüşe göre, iyiniyetli taşınmaz maliki ile yapı alacaklılarının menfaatlerinin çatışması halinde, taşınmazın iyiniyetli yeni malikin korunması gerekmektedir¹¹⁵. Zira, TMK m. 1023 çerçevesinde aynı haklar bakımından iyiniyetli üçüncü kişiyi korumuş olan kanunkoyucunun; sahip olduğu hak, aynı hak dahi teşkil etmeyen yapı alacaklısına karşı iyiniyetli üçüncü kişiyi koruma iradesinde olacağı kuşkusuzdur¹¹⁶. Bu sebeple, yapı alacaklısının, ipoteğin tescilini talep etmesinden önce taşınmazın iyiniyetli üçüncü kişiye devri halinde, yapı alacaklısının iyiniyetli yeni malike bu hakkını ileri sürmesi olanaksızdır¹¹⁷. Fakat, bu noktada, özellikle altı çizilmelidir ki, taşınmaz üzerindeki aynı hakkın üçüncü kişi tarafından iyiniyetle iktisap edilmesinin düzenlendiği TMK m. 1023'te, kanunkoyucu tarafından açıkça düzenleme yapılmak suretiyle iyiniyetli üçüncü kişiye bir hak bahşedilmiştir. Başka bir ifadeyle, TMK m. 1023, kanunkoyucu tarafından iyiniyetin açıkça korunduğu durumlardan birini teşkil etmektedir. Ancak, TMK m. 893 vd. hükümlerinde, kanunkoyucunun iyiniyetli kimseyi yapı alacaklısına karşı koruduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamasının yanı sıra, TMK m. 895'te tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla, yapı alacaklısının yapının tamamlanmasından itibaren üç ay içinde söz konusu ipoteğin tescilini talep etme imkanı bulunmaktadır ve bu noktada, kanunkoyucu tarafından iyiniyetli yeni malikler lehine bir hüküm de tesis edilmemiştir. Kanunun bu açık hükmü karşısında, kanunkoyucu tarafından kendilerine kanuni ipotek tescil etme hakkı tanınacak kadar korunmaya muhtaç görülen yapı alacaklılarının iyiniyetli üçüncü kişilere karşı korunmayacaklarının kabulü, kanunun özüne ve kanunkoyucunun amacına aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle, bizim de katıldığımız Türk hukukunda taraftar bulmayan ancak İsviçre hukukunda

¹¹⁴ BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 837 Rn. 29; SCHUMACHER, Rn. 924 vd.; BGE 138 III 512.

¹¹⁵ GAUCH, Peter, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich, Basel, Genf, 2011, Rn. 1306-1307; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rn. 1732; TEKİNAY, s. 137 vd.; KAŞAK, s. 143 vd.

¹¹⁶ TEKİNAY, s. 137-138; KAŞAK, s. 143-144.

¹¹⁷ TEKİNAY, s. 137 vd.; KAŞAK, s. 143 vd.

hakim olan görüşe göre, Kanun hükmünde taşınmazı iyiniyetle devralanlar için ayrıca bir düzenleme yapılmadıkça; yapı alacaklıları, ipoteğin tescilini taşınmazı iyiniyetle iktisap eden üçüncü kişilerden de talep edebilirler¹¹⁸. Dolayısıyla, eşyaya bağlı borç olması ve kanunda açıkça yapının tamamlanmasından itibaren üç ay içinde tescilin talep edilebileceğinin düzenlenmesi sebebiyle, yeni malikin iyiniyetli ya da kötüniyetli olması önem taşımaksızın yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep hakkı, yeni malike karşı ileri sürülebilir.

Bununla beraber, *de lege ferenda* açısından da bir değerlendirme yapılması elzemdir. Kanımızca yapı alacağının taşınmazı devralan iyiniyetli üçüncü kişiye karşı öne sürülmemesi ve taşınmaz üzerinde yapı alacaklısı ipoteğinin tescili talebinde de bulunulamaması gerekmektedir¹¹⁹. Ancak mevcut Kanun hükmünde, iyiniyetin korunduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır ve Kanunun bu haliyle taşınmazı iyiniyetle edinen üçüncü kişi bakımından oldukça adaletsiz sonular doğabilmektedir. Nitekim, 1.1.2012 tarihinde yürürlüğe konulan ZGB revizyonu da bu yönüyle doktrinde eleştirilmiştir¹²⁰. Eleştiren yazarlara göre, kanunkoyucu, bir miktar açıkça, bir miktar da zımnî olarak yapmış olduğu “otantik Kanun yorumunda”¹²¹, taşınmazı iyiniyetle, başka bir ifadeyle yapı alacağı olduğundan haberdar olmaksızın ya da danıştığı¹²² emlakçı, mimar, yüklenici gibi kimselerce tam olarak aydınlatılmaksızın ya da yanlış yönlendirilerek edinen kimselerin yapı alacaklısı ipoteği ve bunun beraberinde getirdiği risklerden kurtulması gerekliliğini hesaba katmamıştır. Dolayısıyla Kanun, eskisi gibi taşınmazı devralan üçüncü kişiyi riskleri kaldırmak veya en azından azaltmak için

¹¹⁸ **SIMONIUS**, Pascal/**SUTTER**, Thomas, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band 2: Die beschränkten dinglichen Rechte, Basel, Frankfurt am Main, 1990, § 8 Rn. 23; **HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR**, Art. 839/840 Rn. 23; **ZOBL**, s. 78; **SCHUMACHER**, Rn. 244 vd.

¹¹⁹ **SCHUMACHER**, Rainer, “Schützt ‘guter Glaube’ vor dem Bauhandwerkerpfandrecht?”, ZSR 2013 I, s. 548. vd. (**SCHUMACHER**, guter Glaube); **BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER**, Art. 837 Rn. 30.

¹²⁰ **SCHUMACHER**, guter Glaube, s. 555-556; **BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER**, Art. 837 Rn. 30.

¹²¹ **PIOTET**, Denis, “L’hypothèque légale des artisans et entrepreneurs: les principes”, JdT, 2010, II, s. 6-7; **BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER**, Art. 837 Rn. 30.

¹²² Taşınmazı iyiniyetle edinen üçüncü kişinin yapı alacaklısı ipoteğiyle karşılaşması halinde, taşınmazı edinmesi esnasında kendisine yardımcı olan kimselere kusurları oranında rücu hakkı bulunmalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **SCHUMACHER**, s. 558-560.

gerekli tedbir ve savunma önlemlerini almaya zorlamaktadır¹²³. Ancak Kanuna taşınmazı iyiniyetle edinen üçüncü kişilere karşı yapı alacaklısı ipoteğinin öne sürülemeyeceğine ilişkin bir hüküm eklenmesi, burada mevcut olan sorunu çözecektir.

IV. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN TESCİLİNİN TALEP EDİLEBİLMESİ İÇİN GEREKEN ŞARTLAR

A. Bir Yapı Alacağının Bulunması

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilebilmesinin en temel şartı, yapı alacağının bulunmasıdır. Yapı alacağı, yalnızca bir taşınmaz üzerine inşa edilecek bir yapıya emek veya emek ve malzeme katkısında bulunulması sebebiyle sahip olunacak alacak anlamına gelmektedir¹²⁴. Bu sebeple, “*yapı alacağı*” teriminin de geniş yorumlanması gerekmektedir¹²⁵. Başka bir ifade ile, bir taşınmaz üzerine yalnızca ekonomik kaygılarla veya barınma ihtiyacına cevap vermesi amacıyla yapılan etrafi çevrili ve kapalı nesnelerin yanı sıra, toplumsal yaşamın gereklilikleri haline gelmiş tünel, köprü gibi yapıların ve yapının bakım ve onarımının da yapı alacağı doğurması mümkündür¹²⁶. Nitekim, 1.1.2012’de yürürlüğe konulan ZGB değişiklikleriyle kanunkoyucu nelerin yapı alacağı teşkil edebileceğini örnek vermek amacıyla saymıştır. Ancak kanunkoyucunun yapmış olduğu bu sayım da yapı alacağını sınırlamamaktadır¹²⁷. Yine de, her halükarda kullanılan malzeme, taşınmazın bütünüleyici parçası haline gelmelidir¹²⁸. Bu sebeple, baraka, kulübe, çadır, prefabrik yapı gibi taşınır yapılar, yapı alacağı oluşturmaz¹²⁹. Benzer şekilde, taşınmazın eklentileri de yapı alacağı oluşturmaz¹³⁰.

¹²³ BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 837 Rn. 30; SCHUMACHER, *guter Glaube*, s. 556-557.

¹²⁴ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 4; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rn. 1705; SİRMEN, s. 645; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3491.

¹²⁵ AKİPEK, s. 242.

¹²⁶ AKİPEK, s. 242-243; SÜMER, s. 603; BIÇAKÇI, s. 543; UYUMAZ, s. 240.

¹²⁷ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 5a.

¹²⁸ BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 837 Rn. 14; ZOBL, s. 63; BRITSCHGI, s. 30; SCHUMACHER, Rn. 410.

¹²⁹ BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 837 Rn. 14; ZOBL, s. 88; BRITSCHGI, s. 26.

¹³⁰ SCHUMACHER, Rn. 410; ZOBL, s. 88-89.

Bir alacağın yapı alacağı teşkil edip etmediği konusunda en çok dikkat edilmesi gereken husus, emeğin zorunlu bir unsur olduğudur¹³¹.

Emek ve malzemenin taşınmazda değer artışı meydana getirmesinin zorunlu bir unsur olup olmadığı tartışmalıdır. Bizim katılmadığımız birinci görüşe göre, emek veya emek ve malzemenin taşınmazda bir değer artışı da meydana getirmesi gerekmektedir¹³². Bizim katıldığımız ikinci görüş ise, emek veya emek ve malzemenin taşınmaz üzerinde bir katma değer oluşturmasını yapı alacaklısı ipoteğinin tescili için bir şart olarak öngörmemektedir¹³³. Bu konuda üçüncü bir görüş ise, katma değer gerekli olmadığını savunmakla birlikte, şüpheli hallerde taşınmaza değer katan işlerin de yapı alacaklısı ipoteğiyle koruma altına alınması gerektiğini savunmaktadır¹³⁴.

Yapı alacağı konusunda İsviçre’de 1.1.2012’de yürürlüğe konulan değişikliklerden sonra birincil nitelik taşıyan edim ve ikincil nitelik taşıyan edim ayrımı yapılmıştır ve hem doktrinde hem de İsviçre Federal Mahkemesi tarafından bu edimlerden hangilerinin yapı alacağı teşkil ettiği tartışılmıştır. Ancak, bu ayrıma ve tartışmalara yukarıda¹³⁵ yer verildiğinden, burada tekrar ele alınmayacaktır.

Yapı alacaklısı ipoteğine esas teşkil eden meblağın nasıl belirlenmesi gerektiği hususunda, asıl yüklenici bakımından, sözleşmede bir bedelin kararlaştırılması durumunda, ipotekle güvence altına aldırılacak miktar, sözleşmedeki bedeldir. Ancak sözleşmede bir bedelin belirlenmemesi durumunda ipotekle güvence altına aldırılacak miktar, yüklenicinin harcamaları ve yapılan işin değerine göre belirlenir¹³⁶.

Genel yüklenicinin faaliyetin bir bölümünü alt yüklenici marifetiyle görmesi halinde alt yüklenici lehine tesis edilebilecek ipotek miktarı ise tartışma konusudur. Günümüzde kabul edilmeyen görüşe göre, alt yüklenici lehine tesis edilebilecek ipotek meblağı, genel yüklenicinin taşınmaz

¹³¹ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 4; BRITSCHGI, s. 30.

¹³² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3491.

¹³³ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 12; LEEMANN, Art. 837 Rn. 54; ZOBL, s. 97-98.

¹³⁴ SCHUMACHER, Rn. 257 vd.; BRITSCHGI, s. 29.

¹³⁵ Bkz. yuk. II, D başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹³⁶ BAYSAL, s. 167-168.

malikinden olan alacağını geçemez¹³⁷. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere¹³⁸, alt yüklenicinin alacağının genel yüklenicinininkinden bağımsız olması sebebiyle, alt yüklenici lehine tescil edilecek yapı alacaklısı ipoteğine esas teşkil eden meblağ da genel yüklenicinin alacağıyla sınırlı değildir¹³⁹. Zira, alt yükleniciyle taşınmaz maliki arasında bir sözleşme bulunmadığından, alt yüklenicinin ifa ettiği edimlerin taşınmaz malikiyle genel yüklenici arasındaki sözleşmeye aykırı olsa dahi yapı alacaklısı ipoteğiyle güvence altına alınması imkanı vardır¹⁴⁰. Bu noktada alt yüklenicinin sözleşmeden doğan alacağı; eğer bu belirli değilse işin yapılması esnasındaki masrafları ve yapılan işin değeri dikkate alınmak suretiyle ipoteğe esas teşkil eden meblağ belirlenir.

Yapı alacağının devredilmesi halinde, devralanın tescil edilmiş olan yapı alacaklısı ipoteğinden faydalanma veya henüz tescil edilmemiş olan yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep hakkı olup olmadığı da tartışmalıdır. Doktrinde hakim olan görüşe göre, malik ile yüklenici arasındaki sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, yapı alacağının devri mümkündür¹⁴¹ ve yapı alacaklısı ipoteği tescil edilmişse, alacağı teminat altına alan yan haklardan biri olduğu için, devirle birlikte ipotek hakkı da alacağı devralana geçer¹⁴². Benzer şekilde, yapı alacaklısı ipoteği tescil edilmemişse, bunun tescilini talep hakkı, devralan tarafından kullanılabilir¹⁴³. Ancak, kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre, TMK m. 893 vd. hükümlerinde belirtilen kişiler ve alacaklar konusunda, ‘mülkiyet hakkını sınırlayan bir hükmün geniş yorumlanmaması gerektiği’ prensibinden yola çıkılarak, dar bir yorum yapılması gerekmektedir¹⁴⁴. Aksi, ancak Kanunda geniş yorum yapılmasına ilişkin emredici bir hükmün varlığı ya da Kanunun sözünün özüne aykırı olması durumunda mümkündür. Ancak, TMK 893 vd. hükümlerinde belirtilen iki durum da olmadığından, alacaklılar veya

¹³⁷ LEEMANN, Art. 837 Rn. 48.

¹³⁸ Bkz. II, B, b başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹³⁹ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 10; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3493.

¹⁴⁰ SCHUMACHER, Rn. 244 vd.

¹⁴¹ BRITSCHGI, s. 22-23.

¹⁴² BRITSCHGI, s. 22; ZOBL, s. 119.

¹⁴³ ZOBL, s. 119; BRITSCHGI, s. 22; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3491; KAŞAK, s. 138-139.

¹⁴⁴ De HALLER, Jean-Claude, “L'hypothèque légale de l'entrepreneur”, ZSR 1982 II, s. 230-231.

alacak konusunda geniş yorum yapmak, tatmin edici değildir¹⁴⁵. Öbür yandan, TMK m. 893/1/3'teki hükmün ruhu ve amacı, yalnızca taşınmaz üzerinde yapının inşasına katkıda bulunan kimseleri korumaya yöneliktir. Yapının inşaa faaliyetine katılmayan bir kimsenin yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep etme hakkını tanınması, hükmün ruhu ve amacına aykırıdır¹⁴⁶. Alacağı devralan, borcun ödenmemesi riskini de göz önüne alıp yükleniciden farklı olarak somut olaya uygun önlemleri de almalıdır¹⁴⁷. Zira TBK m. 189/1'e göre, "Alacağın devri ile devreden kişiliğine özgü olanlar dışındaki ... bağlı haklar da devralana geçer". Başka bir ifadeyle, alacağı devreden kişiliğine özgü yan haklar, devre konu alacağı takip etmez¹⁴⁸. TBK m. 893/1 hükmünün konulmasının amacı, yalnızca alacağı değil, yapı alacaklısı statüsünde bulunan kimseleri korumaktır. Yapı alacaklısı pozisyonunda bulunmak için de taşınmaza emek veya emek ve malzeme ile katkıda bulunmak gerekmektedir. Dolayısıyla, TBK m. 189/1'deki "kişiliğine özgü" teriminin içine yapı alacaklısı pozisyonunda bulunma durumu da girmektedir. Daha açık bir ifadeyle, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep edilebilmesi için, yalnızca inşaat alacağının devralınması yetmez, aynı zamanda kişinin yapı alacaklısı durumunda da bulunması gerekir¹⁴⁹.

B. Yapı Alacağının Çekişmeli Olmaması

TMK m. 895/3'e göre, ipoteğin tescil edilebilmesi, yapı alacağının taşınmaz maliki tarafından kabul edilmesine veya bir mahkeme kararı marifetiyle tespit edilmiş olmasına bağlıdır. Bu husus, yapı alacaklısı ipoteğini, diğer kanuni ipoteklerden ayırmaktadır¹⁵⁰. Zira, her ne kadar yapı alacaklısının ipoteğin kurulmasına yönelik yenilik doğuran bir hakkı varsa ve tescil istemini doğrudan doğruya tapu müdürüne yöneltmesi yeterliyse de¹⁵¹, yapı alacaklısı ipoteğine esas teşkil eden bedel taşınmaz malikince kabul edilmedikçe ya da mahkeme kararıyla tespit edilmedikçe yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilmesi mümkün değildir¹⁵².

¹⁴⁵ De HALLER, s. 230.

¹⁴⁶ De HALLER, s. 231.

¹⁴⁷ De HALLER, s. 231.

¹⁴⁸ De HALLER, s. 231.

¹⁴⁹ De HALLER, s. 231.

¹⁵⁰ BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 839 Rn. 14; HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 32.

¹⁵¹ BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 839 Rn. 14; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3497; SİRMEN, s. 646.

¹⁵² BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 839 Rn. 14.

Bu noktada taşınmaz maliki tarafından kabul edilecek unsurun niteliğinin ne olduğu önem taşımaktadır. Her ne kadar Kanun metninde bu unsur, “*alacak*” olarak hüküm altına alınmış olsa da, taşınmaz maliki tarafından kabul edilen miktar, ipoteğe esas teşkil eden miktardır¹⁵³. Nitekim, 1.1.2012 tarihinde yürürlüğe konulan ZGB hükümlerinde yapılan değişiklikle de, isabetli olarak “*alacak*” teriminin yerine “*ipotek bedeli*” terimi getirilmiştir. Dolayısıyla, malikin, yapı alacağını tanınması, borç tanınması anlamına gelmemektedir; malik yalnızca, yapılan işin değerini ve taşınmaz üzerinde hangi miktarda yük teşkil edeceğini kabul etmektedir¹⁵⁴.

Alt yüklenicilerin, malik ile sözleşmesel ilişkide bulunmamalarına rağmen, yapı alacaklısı ipoteğini tescil ettirebilmeleri, yine malikin alacağı tanınmasına bağlı olup; malikin alacağı tanınması, maliki, alt yüklenici karşısında şahsen sorumlu hale getirmez. Alt yüklenici, sözleşmeden doğan şahsi haklarını yine genel yükleniciye karşı ileri sürer. Malik yalnızca başkasının borcu için, kendi taşınmazı ile sorumlu haline gelir¹⁵⁵.

İpotekle teminat altına alınacak olan alacak, malik tarafından işin bitmesinden önce veya sonra kabul edilebilir. Söz konusu farklılıklara göre, kuşkusuz ipoteğin türü de farklılık arz edebilir. Zira, işin bitmesinden önce, alacağın miktarının her zaman net bir şekilde belirlenmesi mümkün değildir. Bu hallerde, ipoteğin tescili, tahmini bir değer üzerinden, üst sınır ipoteği teşkil edecek şekilde yapılır¹⁵⁶. Ancak, tanıma, işin bitmesinden sonra olmuşsa ya da işin başlamasından önce alacak belirli ise, bu durumda, anapara ipoteği¹⁵⁷ olarak tescil sağlanır¹⁵⁸. İşin bitiminden önce alacak tanınmışsa ve iş yapı alacaklısı tarafından bitirilmemişse, malik, rehnin terkinini veya rehniyle sağlanan teminatın azaltılmasını isteyebilir¹⁵⁹.

¹⁵³ BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 839 Rn. 15, HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 32; KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/FREY, Art. 839 Rn. 6.

¹⁵⁴ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 32; LEEMANN, Art. 837, Rn. 4; ZOBL, s. 155; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3499.

¹⁵⁵ ŞENER, s. 42; UYUMAZ, s. 242.

¹⁵⁶ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 32; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 317; REİSOĞLU, s. 97; SİRMEN, s. 646; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3500.

¹⁵⁷ İsviçre’de yapı alacaklısı ipoteğinin genellikle anapara ipoteği olarak kurulduğu yönünde bkz. BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 839 Rn. 13.

¹⁵⁸ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 32, ŞENER, s. 342; SİRMEN, s. 646.

¹⁵⁹ LEEMANN, Art. 837 Rn. 4; SİRMEN, s. 646; REİSOĞLU, s. 93; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 317; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3499.

Taşınmaz malikinin ipotek miktarını kabul etmemesi halinde, yapı alacaklısının başvurusu üzerine miktar mahkeme tarafından tespit edilir. Burada yapı alacaklısı tarafından açılacak dava, tespit davası niteliğini taşımaktadır¹⁶⁰. Doktrinde, davanın işin bitmesinden önce açılması durumunda, alacağın yalnızca azami meblağ olarak tespit edilebileceği ve bu sebeple de üst sınır ipoteğine konu olacağı savunulmaktadır¹⁶¹. Ancak, kuşkusuz ki, dava esnasında alacağın miktarı kesin olarak belirlenebiliyorsa, anapara ipoteği olarak tesciline de karar verilebilir¹⁶².

Yapı alacaklısının, ipotek miktarının belirlenmesi için mahkemeye başvurması durumunda, iki sorun ortaya çıkabilir. Bunlardan birincisi, yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilmesi için Kanunda öngörülen üç aylık sürenin kaçırılması; ikincisi ise, ipotek tescil edilinceye kadar taşınmazın başka sınırlı aynı haklarla yüklenmesidir. İşte bu sorunların bertaraf edilebilmesi için, yapı alacaklısının, geçici tescil şerhi talebinde bulunması mümkündür¹⁶³. Hakimin geçici tescil şerhi kararı vermesi durumunda TMK m. 1011/3'e göre, şerhin süresi ve içeriğini de belirlemesi gerekmektedir¹⁶⁴.

C. Malik Tarafından Yeterli Güvencenin Gösterilmemiş Olması

TMK m. 895'in son fıkrasına göre, malik tarafından yeterli güvencenin gösterilmiş olması durumunda, yapı alacaklısının, lehine ipotek kurulmasını talep etmesi mümkün değildir. Zira, yapı alacaklısı ipoteğinin kurulmasının en önemli amacı, zayıf durumda olan yapı alacaklısını korumaktır ve söz konusu amacı gerçekleştiren malik güvencesinin yanında yapı alacaklısı ipoteğinin de kurulmasına ihtiyaç duyulmayacaktır¹⁶⁵.

¹⁶⁰ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 318; SİRMEN, s. 646.

¹⁶¹ REİSOĞLU, s. 97; HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840, Rn. 35a; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 318.

¹⁶² HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840, Rn. 35a.

¹⁶³ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840, Rn. 35; AKİPEK, s. 247; REİSOĞLU, s. 112 vd.; SÜMER, s. 609; BIÇAKÇI, s. 555; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3501; SİRMEN, s. 647; UYUMAZ, s. 243. Karşıt görüş için bkz. KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 320-321. (Yazarlara göre, Türk Medeni Kanunu'nun 1011. maddesine göre geçici tescil şerhi verilebilmesi için, taraflar arasında ihtilafli bir aynı hakkın mevcut olması gerekmektedir. Ancak, yapı alacaklılarının henüz doğmuş bir aynı hakkı bulunmamaktadır. Buna karşın, yapı alacaklıları kişisel haklarına dayanmak suretiyle tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhinin verilmesini talep edebilirler).

¹⁶⁴ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840, Rn. 36.

¹⁶⁵ BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 837 Rn. 32, Art. 839 Rn. 20; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 313.

Yapı alacaklısının alacağı karşısında gösterilecek güvencenin aynı ya da şahsi nitelik taşıması mümkündür. Önemli olan, gösterilen güvencenin alacak karşısında yeterli olmasıdır. Bu sebeple gösterilecek güvence en az alacak miktarında olmalı ve yapı alacaklısı ipoteğinin sağladığı güvenceyi sağlamalıdır¹⁶⁶. Zira, gösterilecek güvence, anaparanın yanında faizlerini de kapsamalıdır¹⁶⁷. Ancak bu güvencenin malik ya da üçüncü bir kimse tarafından gösterilmesi önem taşımamaktadır¹⁶⁸.

Gösterilen güvencenin yeterli olup olmadığı genelde taraflar arasında ihtilaflara yol açmaktadır. Bu konudaki ihtilaflar, mahkemelerce sonuçlandırılacaktır¹⁶⁹. Söz konusu dava esnasında hak kaybının önlenmesi için, geçici tescil şerhi verilebilir¹⁷⁰.

Bu noktada önemle belirtilmelidir ki, ipotek tescil edildikten sonra malikin güvence göstererek ipoteğin terkinini talep etmesi mümkün olabileceği¹⁷¹ gibi; gösterilen güvencenin sonradan etkisiz hale gelmesi durumunda, yapı alacaklısının ipoteğin tescil edilmesini talep etmesi de mümkündür¹⁷².

D. Kanunda Öngörülen Süre İçerisinde Tescil Talebinde Bulunmuş Olması

TMK m. 895'te yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin talep edilebileceği sürenin sınırları belirlenmiştir. Kanun koyucunun bu denli kısa bir süre belirlemesinin sebebi, taşınmaz malikin hukuki güvenliğinin sağlanması ve tarafların menfaatlerinin gözetilmesidir¹⁷³.

¹⁶⁶ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rn. 1742 vd.; BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 839 Rn. 21; HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 11.

¹⁶⁷ BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 839 Rn. 21; BRITSCHGI, s. 60.

¹⁶⁸ BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 839 Rn. 20.

¹⁶⁹ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 11; BRITSCHGI, s. 60; ZOBL, s. 161; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 313; REİSOĞLU, s. 99; AKİPEK, s. 245; BIÇAKÇI, s. 556; SÜMER, s. 609; AKIN, s. 759.

¹⁷⁰ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 11; REİSOĞLU, s. 99; AKİPEK, s. 245.

¹⁷¹ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840, Rn. 11; BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 839 Rn. 20; REİSOĞLU, s. 101; SİRMEN, s. 647; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3502.

¹⁷² UYUMAZ, s. 244.

¹⁷³ BRITSCHGI, s. 53; HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 29.

TMK m. 895'e göre, ipoteğin tescili, en erken yapı alacaklılarının malzeme vermeyi veya çalışmayı yükledikleri anda, başka bir ifade ile eser sözleşmesinin kurulduğu anda talep edilebilecektir, fiilen işin icrasına başlanması gerekmemektedir¹⁷⁴.

Yapı alacaklılarının ipoteğin tescilini talep edebilecekleri zaman zarfının sonu, eser sözleşmesi ile üstlenilen işin fiilen tamamlanmasından itibaren üç ayın geçtiği andır. İşin tamamlanması, eser sözleşmesinde kararlaştırılmış edimin sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmiş olmasını ifade etmektedir¹⁷⁵. Her bir yapı alacaklısı bakımından bu sürenin bitimi ayrı ayrı hesaplanmalıdır¹⁷⁶. Sürenin bitimi konusunda önemle belirtilmelidir ki, yapı alacaklıları tarafından sonradan yapılan önemsiz düzeltme veya rötuşlar hesaba katılmamaktadır¹⁷⁷. Ayrıca, son yıllarda, İsviçre Federal Mahkemesi ve bazı kanton mahkemeleri tarafından da işin fiilen bitirildiği tarih değil, sözleşme gereği işin bitirilmesinin gerektiği tarih, işin tamamlandığı an olarak esas alınmaya başlamıştır¹⁷⁸.

Kanunda öngörülmüş olan bu süre, hak düşürücü nitelik taşımaktadır¹⁷⁹ ve süreye riayet edilmediği takdirde, kanuni ipotek hakkı, kendiliğinden düşer¹⁸⁰.

İsviçre'de 1.1.2012 tarihinde ZGB'de yürürlüğe konulan değişikliklerle, yapı alacaklısı ipoteğinin talep edilebileceği en son an, üç aydan dört aya çıkarılmıştır.

¹⁷⁴ **BRITSCHGI**, s. 53; **HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR**, Art. 839/840 Rn. 28; **REİSOĞLU**, s. 83; **BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER**, Art. 839 Rn. 1; **ZOBL**, s. 145; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, P. 3503.

¹⁷⁵ **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, Rn. 1756; **HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR**, Art. 839/840 Rn. 29; **BRITSCHGI**, s. 55; **SİRMEN**, s. 648.

¹⁷⁶ **BRITSCHGI**, s. 55; **HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR**, Art. 839/840 Rn. 29; **BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER**, Art. 839 Rn. 4; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, P. 3504.

¹⁷⁷ **HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR**, Art. 839/840 Rn. 29; **ZOBL**, s. 146; **BRITSCHGI**, s. 55; **SCHUMACHER**, Rn. 345; **SİRMEN**, s. 648; **LEEMANN**, Art. 839, Rn. 18-20; karşıt görüş için bkz. **BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER**, Art. 839 Rn. 7. Yazara göre, Kanunun açık hükmü, karşısında yapı alacaklısının işinin ne zaman tamamlanacağı konusunda böyle bir yorum yapılması mümkün değildir. İşin tamamlandığı tarih, sözleşmede kararlaştırılan objektif edimlerin yapı alacaklısı tarafından yerine getirildiği gündür.

¹⁷⁸ **BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER**, Art. 839 Rn. 6.

¹⁷⁹ **HONSELL/VOGT/GEISER/THURNERR**, Art. 839/840 Rn. 29; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, P. 3504; **SİRMEN**, s. 648.

¹⁸⁰ **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 318.

V. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN SIRASI

Yapı alacaklısı ipoteğinin, diğer aynı haklar karşısındaki sırası, TMK m. 1022/1'e göre belirlenir. Hüküm doğrultusunda, yapı alacaklısı ipoteğinin sırasının belirlenmesi esnasında, diğer aynı haklar karşısında kurulduğu tarih esas alınır¹⁸¹. Başka bir ifadeyle, Kanun, kural olarak yapı alacaklılarına diğer aynı haklara nazaran bir öncelik tanımamıştır. Ancak, unutulmamalıdır ki, bir aynı hak için geçici tescil şerhi yapılmışsa, sıra belirlenirken esas alınacak tarih söz konusu şerhin yapıldığı tarihtir.

Taşınmaz üzerine birden çok yapı alacaklısı ipoteği kurulmuşsa, bunlar arasındaki sıra, TMK m. 896'ya göre belirlenecek olup, hükme göre, kuruldukları tarihe bakılmaksızın aralarında sıra bakımından eşitlik olacaktır. İpoteğin paraya çevrilmesi ile elde edilen meblağ, tüm yapı alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmiyorsa, hak sahipleri alacakları oranında tatmin edileceklerdir¹⁸². Bu noktada yapı alacaklısı ipoteklerinin farklı derecelere kaydedilmiş olması önem taşımamaktadır. Kanun koyucunun bu şekilde bir tutum benimsemiş olmasının sebebi, taşınmazın değer kazanmasında aynı oranda emek ve çabaya sahip yapı alacaklılarını mağdur etmemektir¹⁸³.

VI. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN ÖNCELİĞİ

Yapı alacaklısı ipoteğinin önceliği, TMK m. 897'de¹⁸⁴ düzenlenmiştir.

¹⁸¹ KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/FREY, Art. 840 Rn. 1; HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 40; BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 840 Rn. 1; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3505.

¹⁸² BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 840 Rn. 2; KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/FREY, Art. 840 Rn. 1; HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 41; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3505; SİRMEN, s. 648; REİSOĞLU, s. 321.

¹⁸³ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 839/840 Rn. 41; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3505; AKİPEK, s. 248; BIÇAKÇI, s. 561; UYUMAZ, s. 248.

¹⁸⁴ Maddeye göre, "Satış bedeli zanaatkârlar ve yüklenicilerin alacaklarının tamamını karşılamadığı takdirde kalan kısım, ipotek hakkı elde eden önceki sıradaki alacaklıların payına düşen satış bedelinden arsa değeri çıkarıldıktan sonra artan para ile karşılanır. Ancak bu, taşınmaz üzerindeki yüklerin zanaatkârlar ve yüklenicilerin zararına olacağına alacaklılar tarafından bilinebilir olmasına bağlıdır.

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

İpotek tesis edilirken, taşınmaz derecelere ayrılmamışsa, ipotekler arasındaki sıra da Kanun'un 1022. maddesi çerçevesinde tescil tarihi esas alınarak belirlenecektir; dereceler mevcutsa, sabit dereceler sistemi gereği öndeki derecedeki ipotek alacaklısı, daha önce tatmin edilme hakkına sahiptir. Ancak, yapı alacaklılarının, kendi ipoteğini tesis ettirmesinden önce veya daha önceki sıraya, başka kişiler lehine muvazaalı ipotek tesis ettirebilecek kötüniyetli maliklere karşı korunması gerekmektedir. Kanun koyucu da bu düşünceden yola çıkmış ve emeği veya çabası ile taşınmazın değerlenmesini sağlamış yapı alacaklısını, diğer alacaklılar karşısında korumuştur ve değer artışının ilk önce yapı alacaklılarının tatminine özgülenmesini isabetli olarak hükme bağlamıştır¹⁸⁵. Aksi durumun kabulü, değer artışından hakkaniyete aykırı bir biçimde, taşınmazda değer artışına hiç sebep olmayan hatta belki de muvazaalı ile hak sağlanmış başka bir hak sahibinin veya malikin faydalanmasına sebep olacaktır¹⁸⁶.

Yapı alacaklısının öncelik hakkına sahip olması bazı şartların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Bu şartlar, objektif ve sübjektif şartlardır.

Yapı alacaklısının öncelik hakkına sahip olabilmesi için gerçekleşmesi gereken objektif şart, yapı alacaklısı ipoteğinin tapu kütüğüne tescil edilmiş¹⁸⁷ ve ipotek konusu taşınmazın paraya çevrilmesi sonucu elde edilmiş olan meblağın, taşınmazın yapı işleri başlamadan önceki değerini aşmasına rağmen¹⁸⁸, yapı alacaklısının kısmen veya tamamen tatmin edilememiş

İşe başlandığı, hak sahibi, zanaatkarlar veya yüklenicilerden birinin bildiri üzerine tapu kütüğünün beyanlar sütununa yazıldıktan sonra, tescilin yapılabileceği sürenin sonuna kadar taşınmaz üzerinde ipotekten başka türde rehin tescil edilemez."

¹⁸⁵ ÇABRİ, Sezer, "Yapı Alacaklısı İpoteğinin Önceliği (TMK 897/1)", Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C. 19 y. 2017, s. 379, HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 841 Rn. 1; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rn. 1695 vd.; BRITSCHGLI, s. 11-12; BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 841 Rn. 1; KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/FREY, Art. 841 Rn. 1, SCHUMACHER, Rn. 1767; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3506.

¹⁸⁶ AKİPEK, s. 249; BIÇAKÇI, s. 562; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 322.

¹⁸⁷ REİSOĞLU, s. 148; ÇABRİ, s. 381 vd. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3507; UYUMAZ, s. 249.

¹⁸⁸ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 841 Rn. 10; ZOBL, s. 175; BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 841 Rn. 2-2a; KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/FREY, Art. 841 Rn. 4; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rn. 1788; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3507; ÇABRİ, s. 389; SİRMEN, s. 649.

olmasıdır¹⁸⁹. Taşınmazın üzerine yapı yapıldıktan sonraki değer artışı, taşınmazın paraya çevrilmesi esnasında elde edilen değerden, üzerinde yapı bulunmayan halinin değerinin çıkartılması suretiyle hesaplanır¹⁹⁰. Taşınmazın üzerinde yapı bulunmayan halinin değeri hesaplanırken esas alınması gereken an, taşınmazın paraya çevrildiği andır¹⁹¹. Ancak yapı alacaklısı ipoteğine konu olan iş sebebiyle taşınmazın değeri düşmüşse, hesaplamada esas alınacak an, işe başlandığı andır¹⁹².

Sübjektif şart ise, öncelikli sıradaki rehinli alacaklının rehin kurulduğu sırada, rehin yapı alacaklılarının zararına olacağını bilmesi veya bilebilecek durumda olması, başka bir ifadeyle iyiniyetli olmamalarıdır¹⁹³. Sübjektif şartın gerçekleşebilmesi için, rehinli alacaklıların, gereken özeni göstermeleri halinde zararı öngörebilecek olmaları gerekli ve yeterlidir¹⁹⁴.

Yapı ile birlikte satılan taşınmaz, gerçek değerinin altında alıcı bulmuşsa, satış bedeli ile gerçek değer arasındaki oran hesaplanıp, arazinin çıplak değerinin de bulunan oranla çarpılması suretiyle elde edilecek değer satış bedelinden çıkarılması ile yapı alacaklısının zararını karşılayabileceği en yüksek miktara ulaşılacaktır¹⁹⁵.

TMK m. 897/1'de rehinli alacaklılara karşı öne sürülebilecek bu hak, aynı maddenin ikinci fıkrasında, rehin devredilmesi durumu için farklı şekilde düzenlenmiş olup, burada, ipotek ile senede bağlı rehin hakları olan ipotekli borç senedi ve irat senedi arasında ayrıma gidilmiştir. Zira "rehin

¹⁸⁹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rn. 1788; SİRMEN, s. 649; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3507; REİSOĞLU, s. 178; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 322; UYUMAZ, s. 249; ÇABRİ, s. 390-391.

¹⁹⁰ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 841 Rn. 11; SCHUMACHER, Rn. 1834.

¹⁹¹ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 841 Rn. 13; KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/FREY, Art. 841 Rn. 5.

¹⁹² HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 841, Rn. 13.

¹⁹³ ZOBEL, s. 178-179; HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 841 Rn. 18; BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 841 Rn. 4; SCHUMACHER, Rn. 1980 vd.; KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/FREY, Art. 841 Rn. 6; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rn. 1792; SİRMEN, s. 649; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3508; ÇABRİ, s. 391 vd.

¹⁹⁴ HONSELL/VOGT/GEISER/HOFSETTER, Art. 841 Rn. 18 vd.; SAYMEN/ELBİR, s. 590; BIÇAKÇI, s. 564; AKİPEK, s. 251; REİSOĞLU, s. 189; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3508.

¹⁹⁵ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 323; BIÇAKÇI, s. 564.

senedi” teriminden, ipotekli borç senedi ve irat senedi anlaşılacak gerekecektir. Hüküm çerçevesinde, ipotekli alacağın devredilmesi halinde yeni alacaklıya karşı da eski alacaklıya karşı kullanılacak tüm haklar, öne sürülebilir¹⁹⁶. Ancak, ipotekli borç senedi veya irat senedi devredilmişse, söz konusu hakkın yeni rehinli alacaklılara karşı öne sürülebilmesi, bu kişilerin kötüniyetli olmalarına bağlıdır. Başka bir ifade ile, yeni rehinli alacaklı, yükün yapı alacaklılarını zarara uğrattığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat talebi, yeni rehinli alacaklılara karşı da ileri sürülebilir¹⁹⁷. Aksi halde yeni rehinli alacaklıya karşı hak ileri sürülemez ve uğranılan zarar, ikinci fıkra göre, eski rehin hakkı sahibinin şahsi sorumluluğuna gidilerek tazmin edilir. Yapı alacaklılarının bu sebeple zarara uğrama ihtimalleri yüksek olduğundan, aynı maddenin üçüncü fıkrasında, yapı alacaklılarına, işe başladığını sicil beyanlar hanesine kaydetme hakkı verilmiş ve yeni rehinli alacaklının iyiniyet iddiasının önüne geçilmek istenmiştir. Ayrıca, yine aynı fıkra, bu kayıttan sonra ipotek dışında rehin tesis edilemeyeceği de belirtilmiştir¹⁹⁸.

SONUÇ

Taşınmazın üzerine bağımsız olarak inşa edilen her unsur taşınmazın bütünleyici parçası haline geldiğinden; yapı alacaklılarının inşa esnasında kullandıkları malzemelerin karşılığını veya yapının inşasına emeği ile katkı sağlayanların alacaklarını koruma imkanları kalmamaktadır. Bu kişilerin mağduriyetlerinin önlenmesi amacıyla, yapı alacaklısı ipoteği kurumuna ihtiyaç gündeme gelmiş ve kurum kullanılmaya başlanmıştır.

Yapı alacaklısı ipoteğinin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunmakla beraber, kanımızca, yapı alacaklısı ipoteği eşyaya bağlı borçtur.

Mevcut Kanun hükmü çerçevesinde yapı alacaklısı kavramının içine bütün yükleniciler ve zanaatkarlar girmektedir. Ancak, genel yüklenicilerle birlikte alt yüklenicilerin de yapı alacaklısı olabilmeleri, taşınmaz malikin

¹⁹⁶ BİÇAKÇI, s. 565; REİSOĞLU, s. 169; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 790; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 344; SÜMER, s. 613; SİRMEN, s. 649.

¹⁹⁷ HONSELL/VOGT/GEISER/THURNHERR, Art. 841 Rn. 24; BREITSCHMID/JUNGO/SCHUMACHER, Art. 841 Rn. 8; SAYMEN/ELBİR, s. 591; REİSOĞLU, s. 169; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 324; UYUMAZ, s. 252; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3514; SİRMEN, s. 650.

¹⁹⁸ Bu durum, doktrinde “tapu kütüğünün sınırlı bir kilitlenmesi” şeklinde açıklanmaktadır. (BİÇAKÇI, s. 566; REİSOĞLU, s. 172-173; SÜMER, s. 614; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, P. 3514).

aynı iş için birden fazla kez ödeme yapması riskini de beraberinde getirmektedir. Bu riskin aşılması, yalnızca Kanun hükmünün değiştirilmesi suretiyle mümkündür. Hükmün değiştirilip, yalnızca taşınmaz malikiyle sözleşme ilişkisi içinde bulunan yükleniciye yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep hakkının verilmesi elzendir.

Yapı alacaklısı ipoteği, Kanun hükmü doğrultusunda yüklenici ve zanaatkarlar tarafından taşınmazın maliki ve taşınmazı devralan kimselere karşı ileri sürülebilir. Ancak yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep hakkı, eşyaya bağlı borç niteliği taşıdığından, başka bir ifadeyle aynı hak niteliğinde olmadığından, iflas masasına karşı ileri sürülemez ve orada aynı hak sahibi olan ipotekli alacaklıların önüne geçemez.

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin talep edilmesi için gerekli şartlar, bir yapı alacağının bulunması, yapı alacağının çekişmeli olmaması, malik tarafından yeterli güvencenin gösterilmemiş olması ve Kanunda öngörülen süre içerisinde tescil talebinde bulunulmuş olmasıdır. Söz konusu şartların gerçekleşmesi halinde, yapı alacaklısının ipoteğin tescilini talep etmesi mümkündür.

İsviçre'de 1.1.2012 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerle birlikte yapı alacağı kavramı genişlemiş ve İsviçre Federal Mahkemesi de bu yönde kararlar vermeye başlamıştır. Ancak, kanımızca yapı alacağının devredilmesi halinde alacağı devralan kimse, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini talep edemez. Zira kanunkoyucu, yapı alacaklılarının özel durumları münasebetiyle onlara bu kanuni ipotek hakkını tanımıştır.

Yapı alacaklısı ipoteğinin sırası, diğer aynı haklar karşısında kurulduğu tarihe göre belirlenecektir.

İpotek tesis edilirken, taşınmaz derecelere ayrılmamışsa, ipotekler arasındaki sıra da Kanun'un 1022. maddesi çerçevesinde tescil tarihi esas alınarak belirlenecektir; dereceler mevcutsa, sabit dereceler sistemi gereği öndeki derecedeki ipotek alacaklısı, daha önce tatmin edilme hakkına sahip olacaktır. Ancak, yapı alacaklılarının, kendi ipoteğini tesis ettirmesinden önce veya daha önceki sıraya, başka kişiler lehine muvazaalı ipotek tesis ettirebilecek kötüniyetli maliklere karşı korunması gerekmektedir. Kanun koyucu da bu düşünceden yola çıkmış ve emeği veya çabası ile taşınmazın değerlenmesini sağlamış yapı alacaklısını, diğer alacaklılar karşısında korumuştur ve değer artışının ilk önce yapı alacaklılarının tatminine özgülenmesini isabetli olarak hükme bağlamıştır.

KAYNAKÇA

- AKCAN, Cansın, “*Yapı İpoteği*”, Ankara Barosu Dergisi, 2018/2, s. 69 vd.
- AKIN, Levent, “*İnşaatçı ipoteği*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 5, 1991, s. 751 vd.
- AVCI, Ali/KÖKSAL ORUÇ, Buket, “*İnşaatçı İpoteği (Yapı Alacaklısı İpoteği)*”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Y. 1, S. 2, 2014-2, s. 94 vd.
- AKİPEK, Jale G., **Türk Eşya Hukuku**, Cilt III, Ankara 1974
<http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/jale-akipek/turk-esyahukuku-mahdut-ayni-haklar/kitabintamami.pdf> (son erişim tarihi: 08.04.2014)
- ATAMER, Kerim, “*İnşaatçı İpoteğiyle karşılaştırmalı Olarak Tersane Sahibinin Kanuni İpotek Hakkı*”, **Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı**, Ankara, 2016, s. 559 vd.
- BAUMANN, Daniel, **Der Baukredit**, 2. Auflage, Zürich, 1997
- BAYSAL, Başak, “*Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar*”, **Prof. Dr. Özer Selici’ye Armağan**, Ankara, 2006, s. 149 vd.
- BIÇAKÇI, Levent, “*Yapı Alacaklısı İpoteği*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan, 1982, C. 45, S. 1-4, s. 537 vd.
- BREITSCHMID, Peter/JUNGO, Alexandra, **Handkommentar zum Privatrecht**, 3. Auflage, Zürich, Basel, Genf, 2016(BREITSCHMID/JUNGO/YAZAR)
- BRITSCHGLI, Andre, **Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht**, Luzerner Diss., Zürich, Basel, Genf, 2008
- CAN, Mertol, “*Yeni Medeni Kanun’un İnşaatçı (Yapı)İpoteği Hakkındaki Hükümleri ile İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapılıp Yapılmadığı Meselesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 1-2, y. 2004, s. 49 vd., http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/8_4.pdf (son erişim tarihi: 08.04.2014)

ÇABRİ, Sezer, “*Yapı Alacaklısı İpoteğinin Önceliği*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 9, Özel Sayı, 2017, s. 377 vd.

DAVRAN, Bülent, **Rehin Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1972

GAUCH, Peter, “*Probleme von und mit Subunternehmern - Ein Beitrag zum privaten Baurecht*”, **Festschrift für 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz**, Bern 1982, s. 151 vd. [http://unifr.ch/ius/assets/files/chaire/CH_Stoekli/files/Peter%20Gauch/Probleme%20von%20und%20mit%20Subunternehmern%20\(FS%20Hayoz,%20S.%20151%20ff.\).pdf](http://unifr.ch/ius/assets/files/chaire/CH_Stoekli/files/Peter%20Gauch/Probleme%20von%20und%20mit%20Subunternehmern%20(FS%20Hayoz,%20S.%20151%20ff.).pdf) (son erişim tarihi: 05.05.2014)

----- **Der Werkvertrag**, 5. Auflage, Zürich, Basel, Genf, 2011 (GAUCH, Werkvertrag)

----- “*Einige Fragen zum Bauvertrag*”, Schweizerische Bauzeitung, 94 (1976), Heft 16, s. 153 vd. <https://www.e-periodica.ch/cntmng?pid=sbz-002:1976:94::227> (son erişim tarihi: 13.6.2019) (GAUCH, Bauvertrag)

GÜLEŞ, Bedia, **Türk Hukukunda Yapı İpoteği**, Ankara, 2018

GÜRSOY, Kemal Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol, **Türk Eşya Hukuku**, 2. Baskı, 1984

De HALLER, Jean-Claude, “*L'hypothèque légale de l'entrepreneur*”, ZSR 1982 II, s. 189-310

HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, **Eşya Hukuku**, 1991

HENSSLER, Martin, BUSCHE, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5/1, Schuldrecht - Besonderer Teil III/1**, 7. Auflage, München, 2018, (MünchKomm/YAZAR)

HOMBERGER, Arthur, **Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, III. Abteilung, Besitz und Grundbuch, Art. 919-977**, Zürich, 1938

HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas, **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB**, 5. Auflage, Basel, 2015 (HONSELL/VOGT/GEISER/YAZAR)

HUBER, Eugen, **Zum schweizerischen Sachenrecht**, Bern 1914

KAÇARAN, Hümeýra, “*Yapı Alacaklılarının Kanuni İpotek Hakkı*”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, s. 22, C. 3, s. 1363-1398

KLETECKA, Andreas/SCHAUER, Martin, **ABGB-ON - Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch**, Wien, 2010 (KLETECKA/SCHAUER/YAZAR)

KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSER, Roland, **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch – OFK – Orell Füssli Kommentar**, 3., überarbeitete Auflage, Zürich, 2016 (KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/YAZAR)

KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim, **Sınırlı Ayni Haklar**, 2. Baskı, İstanbul, 1982-1983

-----, “*Kat Mülkiyetinde Ortak Giderlerin Teminatı Olarak Kanuni Rehin Hakkı*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul 1973, s. 317 vd.

KRAUSKOPF, Frederik, “*Die Kündigung von Bauverträgen und die Folgen*”, BRT 2007, s. 32 dn. 7 https://commonweb.unifr.ch/_Law/LawDean/Gestens/BaurechtArchives/3_Scans/2007_d/F_Krauskopf.pdf (son erişim tarihi: 24.06.2019)

LABRUZZO, Dominique Calco, **Neue Bestimmungen im Bauhandwerkerpfandrecht**, http://www.artlaw-calco.com/wp-content/uploads/Screen_SHZ04_20122.pdf (son erişim tarihi: 20.04.2014)

LEEMANN, Hans, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Sachenrecht, II. Abteilung, Art. 730-918 ZGB**, Bern, 1925

LIVER, Peter, “*Die Begründung des Bauhandwerkerpfandrechts*”, ZBJV, 1967, s. 209 vd.

MOSIMANN, Rudolf, **Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe**, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 396, Diss., Zürich, 1972

- MÜHL, Dorothee/PETEREIT, Wolfgang, **Recht der Kreditsicherheiten in europaischen Laendern, Teil V: Schweiz** (Hrsg: HADDING, Walter/SCHNEIDER, Uwe H.), Berlin, 1983
- OĞUZ, Cemal, “*Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, Y. 2009, S. 1-2, s. 61 vd.
- PEDRAZZINI, Mario, “Der Werkvertrag”, **Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht**, 7. Band, 1. Halbband, Basel und Stuttgart, 1977
- PIOTET, Denis, “*L’hypothèque légale des artisans et entrepreneurs: les principes*”, JdT, 2010, II, s. 3-36
- PIOTET, Paul, “*Note sur le droit à la constitution d’une hypothèque légale (Art. 837 CC) et sur la servitude de superficie*”, JdT 1967 I, s. 272-274
- REİSOĞLU, Safa, **Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhitlerin ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı**, Ankara 1961
- SAYMEN, Ferit Hakkı/ELBİR, Halid Kemal, **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, İstanbul 1983
- SCHMID, Jürg, “Neuerungen bei den Grundpfandrechten” **Revision der Immobiliarsachenrechts** (Hrsg. WOLF, Stephan), Band 12 des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universitaet Bern, Bern 2011 https://sjwz.ch/wp-content/uploads/2018/04/Tagungsunterlagen-Neuerungen-im-Immobiliarsachenrecht_24.01.2012.pdf (son erişim tarihi: 12.06.2019)
- SCHMID, Jörg/HÜRLIMANN-KAUP, Bettina, **Sachenrecht**, 3. Auflage, Zürich, 2009
- SCHUMACHER, Rainer, **Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematischer Aufbau**, 3. Auflage, Zürich, Basel, Genf, 2008
- SCHUMACHER, Rainer, “*Schützt “guter Glaube” vor dem Bauhandwerkerpfandrecht?*”, ZSR 2013 I, s. 539-562 (SCHUMACHER, guter Glaube)
- SEMELA, Stefan, “*Bauhandwerkerpfandrecht-Bauunternehmen aufgepasst!*”, 9 Januar 2012, http://www.geissmannlegal.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/PDF/Publikationen/Aktuelle_Rechtsfragen/Se_Beitrag_vo_m_09.01.2012.pdf (son erişim tarihi: 20.04.2014)

- SIMONIUS, Pascal/SUTTER, Thomas, **Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band 2: Die beschränkten dinglichen Rechte**, Basel, Frankfurt am Main, 1990
- SİRMEN, Lale, **Eşya Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, 2018
- SÜMER, N. Binnur, “Müteahhit ve Diğer Çalışanların Kanuni İpotek Hakkı”, **Halil Cin’e Selçuk Üniversitesi’nde 10. Hizmet Yılı Armağanı**, Konya 1995, s. 601 vd.
- ŞENER, Yavuz Selim, **Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması**, 2. Baskı, İstanbul 2006
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, “İnşaatçı İpoteğinin Tescilini İsteme Hakkının Mahiyeti”, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1969, C. 4, s. 133 vd.
- THURNHERR, Christoph, “*Das Bauhandwerkerpfandrecht – eine aktuelle Übersicht unter Berücksichtigung der Baukreditüberwachungspraxis der Banken*”, *ZBJV*, C. 142, s. 909 vd.
- THURNHERR, Christoph, “*Das revidierte Bauhandwerkerpfandrecht – zu wenig Neues, aber noch mehr Problematisches?*”, *SBGR*, C. 93, Y. 2012, s. 73 vd. (THURNHERR, Das revidierte Bauhandwerkerpfandrecht)
- TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernard/JAEGGI, Peter, **Das schweizerische Zivilgesetzbuch**, 9. Bası, Zürich, 1977
- UYUMAZ, Alper, “*Yapı (İnşaatçı) İpoteği*”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1-2, Y. 2008, s. 226 vd.
- Von TUHR, Andreas/SIEGWART, Alfred, **Obligationenrecht**, Zürich 1942
- ZOBL, Dieter, “*Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda*”, *ZSR* 1982/II, s. 1 vd.