

## <sup>H</sup>YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN ÖNCELİĞİ (TMK m. 897/I)

*Doç. Dr. Sezer ÇABRİ\**

### **Öz**

*Yüklenici ve zanaatkârlara bir taşınmaza emek veya emek ve malzemeyle kattıkları değeri güvence altına almak amacıyla kanuni ipotek hakkı tanınmıştır. Yapı alacaklıları, alacak hakkının doğumuyla birlikte ipoteğin tescilini isteme hakkına sahiptir. Ancak yapı alacaklısı ipotek hakkını tescil ettirmeden önce taşınmaz üzerinde üçüncü kişiler lehine ipotek hakkı kurulması mümkündür. Bu halde ise yapı alacaklısının taşınmaza kattığı değerden ön sıradaki rehinli alacaklının yararlanması ihtimali bulunmaktadır. TMK m. 897 ile belirli koşulların varlığı halinde yapı alacaklısına, önceki rehinli alacaklıya karşı ileri sürebileceği bir öncelik hakkı tanınmış ve ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesinden elde edilen miktarın, yapı alacaklısının taşınmaza kattığı değer oranında kendisine verilmesini isteme hakkı verilmiştir. Bu çalışmada yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik koşulları ile öncelik hakkının nasıl ileri sürüleceği incelenmiştir.*

### **Anahtar Kelimeler**

*İpotek, yapı alacaklısı ipoteği, yapı alacaklısı ipoteğinin önceliği*

---

<sup>H</sup> Hakem incelemesinden geçmiştir.

\* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: sezercabri@yahoo.com) (Makale Gönderim Tarihleri: 28.02.2017-28.02.2017/ Makale Kabul Tarihleri: 10.03.2017-13.03.2017)

## PRIORITY OF BUILDER HYPOTHEC

### **Abstract**

*Contractors and craftsmen are entitled to a legal mortgage in order to secure the value related to a real estate labor or labor and materials that they bring. The structure of the mortgage creditors are entitled to request the registration of the claim of right when right occurs. However, before creditor of the structure registries the mortgage, it is possible to establish a mortgage right on behalf of third party. In this case, there is a possibility that the front row holder of the pledge may benefit of the value that creditor of structure adds to the mortgage. With Turkish Civil Code article no 897, in presence of certain conditions, the right of priority was entitled to the creditor of the structure against the front row holder of the pledge and in addition; the right to request the amount obtained from the encashment of the mortgage property, was given to the creditor of the structure in proportion to value added to the mortgage. In this study, it is examined that the priority conditions of the creditor of structure and how the conditions of the right of priority would put forward.*

### **Keywords**

*Hypothec, builder hypothec, priority of hypothec*

## I. GİRİŞ

Yapı alacaklısı ipoteği Türk Medeni Kanunu 893 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Arazi üzerinde inşa edilen yapıların mülkiyeti, TMK m. 718/II gereği taşınmaz mülkiyetinin kapsamına dâhildir (üst toprağa tabidir, superficies solo cedit). Yüklenici veya zanaatkârların yapının inşasına için ortaya koydukları emek ve malzeme kendiliğinden taşınmaz mülkiyetinin kapsamına dâhil olarak taşınmazın değerinin artmasına sebep olmaktadır. Ayrıca yapı alacaklıları, taşınmaz maliki veya yüklenicilerle yaptıkları sözleşme gereği çoğu zaman önce ifa ile yükümlü olup, yapının inşası için ortaya koydukları emek veya malzemenin karşılığını inşa faaliyeti bittikten sonra alabilmektedir. İşte yüklenici ve zanaatkârların alacaklarını güvence altına almak, “*yapılar taşınmaz mülkiyetinin kapsamına dâhildir*” ilkesinin olumsuz etkilerinden yapı faaliyetini yürütenleri korumak amacıyla, TMK m. 893 vd. hükümlerinde yüklenici ve zanaatkârlar lehine kanundan doğan bir rehin hakkı tanımıştır<sup>1</sup>.

Taşınmazlar üzerindeki aynı haklar kural olarak kütüğe tescil ile doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alırlar (TMK m. 1022). Diğer bir ifadeyle aynı haklarda kural olarak tescil ve kıdeme itibar ilkesi geçerli olup, önce

<sup>1</sup> **Schmid**, Jörg/**Hürlimann/Kaup**, Bettina: Sachenrecht, 2., ergänzte, verbesserte und nachgeführte Auflage, Zürich-Basel-Genf 2003, N. 1694; **Göktürk**, Hüseyin Avni: Türk Medeni Hukuku, Dördüncü Kitap, Aynî Haklar, Ankara 1949, s. 1045-1046; **Tekinay**, Selâhattin Sulhi: Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1994, s. 85; **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Bası'dan 16. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2013, s. 962; **Thurnherr**, Christoph: Das Bauhandwerkerpfandrecht - eine aktuelle Übersicht unter Berücksichtigung der Baukredit - überwachungspraxis der Banken, ZBJV, Band 142, 2006, s. 911; **Kaşak**, Fahri Erdem: İnşaatçı İpoteği (MK m. 895-897), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 7 vd.; **Çetiner**, Bilgehan: Taşınmaz Teminatı, İstanbul 2015, s. 251-252. İsviçre Federal Mahkemesinin bir uyuşmazlıkta, yüklenici ve zanaatkarlara yapı alacaklısı ipoteği hakkı tanınmasının sebebi, malzemenin ve emeğin inşa edilen taşınmazın bütünleyici parçası haline geldiği, malzeme ve emeğin kullanım değerini azalmadan yapıdan ayrılamaz nitelikte ve kullanılan malzemenin geri alma hakkının saklı tutulmaması olduğu ifade edilmiştir. Bkz. BGE 103 II 33, [http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show\\_document&highlight\\_docid=atF%3A%2F%2F103-II-33%3Ade](http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atF%3A%2F%2F103-II-33%3Ade) (06.02.2017).

tescil edilen aynı hakkın önceliği söz konusudur. Yapı alacaklısı ipoteği de tescile bağlı kanuni ipoteklerdendir. Yapı alacaklısı ipoteğinin koşulları oluşsa bile tescil edilmedikçe ipotek hakkından söz edilemez. Ayrıca yapı alacaklısının tescili isteme hakkının koşulları gerçekleşmesine rağmen bu hak tapuya tescil edilmeden önce malikin başkaları lehine rehin tesis etmesi mümkündür. Bu da yapı alacaklılarının taşımaza emek veya emek ve malzemeleriyle kattıkları değerden ön sıradaki rehinli alacaklıların yararlanmasına ve yapı alacaklısının hakkını kısmen veya tamamen elde edememesine sebep olabilir. Bu da yapı alacaklısına tanınan kanuni ipotek hakkının tek başına tam anlamıyla yapı alacaklısını koruyacak bir işleve sahip olmadığını göstermektedir. İşte bu durumu dikkate alan Kanun Koyucu, TMK m. 897/I hükmü ile aynı haklarda kıdeme itibar ilkesine bir istisna getirerek, belirli koşulların varlığı halinde yapı alacaklısı ipoteğinin kendisinden önce tescil edilmiş ipotek haklarına nazaran öncelik hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir, yapı alacaklılarına, alacaklarını güvence altına almak amacıyla taşınmaz üzerinde rehin kurdurma ve taşınmazda meydana gelen değer artışı oranında, daha önce kurulmuş bulunan sınırla aynı haklar karşısında sıra itibarıyla bir imtiyazdan yararlanma imkânı vermiştir<sup>2</sup>. Ancak hükümde, yapı alacaklısının öncelik hakkını nasıl ileri sürebileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bundan dolayı bu çalışmada, genel olarak yapı alacaklısı ipoteği, yapı alacaklısı ipoteğinin önceliği, öncelik hakkının koşulları ile öncelik hakkının nasıl ileri sürülebileceği incelenecektir.

## II. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN ÖNCELİĞİNİN KOŞULLARI

### A. Genel Olarak

Yapı alacaklısı ipoteğinin önceliği TMK m. 897'de düzenlenmiştir. Bu hükme 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*

<sup>2</sup> Reisoğlu, Safa: Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı, Ankara 1961, s. 163 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 962; Göktürk, s. 1049.

*bilinbilir olmasına bağlıdır*". Yapı alacaklılarının öncelik hakkından yararlanmaları çeşitli koşullara bağlanmıştır. Bunlar, yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilmiş olması, taşınmazın paraya çevrilmesi sonucu elde edilen miktarın, taşınmazın yapı işlerine başlamadan önceki değerini aşmış olmasına rağmen yapı alacaklılarının alacağının kısmen veya tamamen karşılamaya yetmemiş olması ile taşınmaz üzerindeki yüklenin yapı alacaklılarının zararına olacağının diğer alacaklılar tarafından bilinmesidir. Yapı alacaklısı ipoteği tescile tabi kanuni ipoteklerden olduğundan, koşulları oluşsa bile, tescil edilmediği sürece yapı alacaklısı ipoteğinden veya önceliğinden söz edilemeyecektir. Bundan dolayı öncelikle yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin istenebilmesi için gerekli koşullar açıklanacaktır.

## 1. Yapı Alacaklısı Hakkının Tapuya Tescil Edilmiş Olması

### a. Genel Olarak

Yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik hakkından yararlanabilmesi için tapu kütüğüne tescil edilmesi zorunludur<sup>3</sup>. Yapı ipoteği tapuya tescil edilmediği sürece diğer hak sahiplerine karşı ileri sürülemez ve aynı teminattan yararlanamaz<sup>4</sup>. Yapı ipoteğinin tescil edilebilmesi için öncelikle bir yapı alacağının bulunması gerekir<sup>5</sup>. Yapı alacağı TMK m. 893/I, b. 3'de ifade edildiği üzere, yüklenici<sup>6</sup> veya zanaatkârların<sup>7</sup> bir taşınmaz üzerinde inşa edilen yapı

<sup>3</sup> **Reisoğlu**, s. 165-166; **Akın**, Levent: "İnşaatçı İpoteği", ABD, 1991/5, s. 763; Yapı alacaklısı ipoteği ancak tapu kütüğüne kaydedilmiş taşınmazlar üzerinde kurulabilir. Bkz. **Uyumaz**, Alper: "Yapı (İnşaatçı) İpoteği", EÜHFD, Y. 2008, C. XII, S. 1-2, s. 240; Yapı alacaklısı ipoteğinin konusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuz**, Cemal: "Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu", GÜHFD, C. XIII, Y. 2009, S. 1-2, s. 63 vd.

<sup>4</sup> **Schmid/Hürlimann/Kaup**, N. 1751; **Tekinay**, s. 80.

<sup>5</sup> **Tuor**, Peter/**Schneyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Rumo-Jungo**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009, §112, N. 41. Taşınır yapı, arazinin bütünleyici parçası niteliğinde olmadığından TMK m. 893 kapsamına girmez.

<sup>6</sup> TMK m. 893/I, b. 3'te sadece yükleniciden alacaklı olan alt yükleniciden bahsedilmiş olsa da malikten alacaklı olan asıl yüklenici de kanuni ipotek hakkına sahiptir. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 963.

<sup>7</sup> Zanaatkâr bir eser sözleşmesine dayanarak, bağımsız bir şekilde yapı işlerini gören kişidir. Örneğin inşaatın, beton, demir, siva, kapı-pencere, su, elektrik, doğalgaz, boya

veya diğer işlerde malzeme vererek<sup>8</sup> veya emek sarf ederek malzeme ve emeklerinin karşılığı olarak alacaklı oldukları tutardır<sup>9</sup>. Yapı alacağını doğuran faaliyetin kapsamına bir yapının inşa edilmesi girdiği gibi, bir yapının tamirat işleri de girmektedir<sup>10</sup>. Hatta öğretide taşınmazın çevresine duvar çekilmesi, kaynak suyunu tutma tesisleri yapılması, kanal açma, köprü yapma gibi faaliyetler de yapı alacaklısı hakkına konu olabileceği kabul edilmektedir<sup>11</sup>. İsviçre Medeni Kanunu m. 837/I, b. 3’de, yıkım işleri, iskele inşaatı, inşaat temeli çukurunu emniyete alma gibi işlerin de yapı alacaklısı hakkına konu olabileceği örnek olarak sayılmıştır.

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini malikle sözleşme yapan yüklenici veya zanaatkârlar isteyebileceği gibi; asıl yüklenici ile sözleşme yapan alt yükleniciler de isteyebilir. Alt yüklenicinin yapı alacağının ipoteğinin tescilini istemesi asıl yükleniciden bağımsız olup, asıl yüklenicinin alacağını ipotek ettirmesi, alt yüklenicinin alacağını ipotek ettirmesine engel değildir<sup>12</sup>.

gibi işlerini eser sözleşmesi uyarınca yapan kişiler zanaatkârdır. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 963; **Sirmen**, Lâle: Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 628; Ayrıca bkz. **Thurnherr**, s. 913.

<sup>8</sup> İnşaata emek sarf etmeden sadece malzeme sağlayanların yapı alacaklısı hakkı bulunmamaktadır. Yapı alacaklısının yapının inşasına ya emeğiyle ya da emek ve malzemesiyle katkıda bulunması gerekir. Yapı alacaklısı ipoteğinden faydalanamayan alacaklılar için bkz. **Kaşak**, s. 120 vd.

<sup>9</sup> **Tuor/Schneyder/Schmid/Rumo-Jungo**, §112, N. 41; Malikin arsasında haksız inşaat yapan yüklenici veya böyle bir yükleniciden iş alan kişiler yapı alacaklısı ipoteğinden yararlanamaz; fakat malik haksız inşaaata rıza gösterirse yararlanabilir. Bkz. **Tekinay**, s. 86; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 965; **Köprülü**, Bülent/**Kaneti**, Selim: Sınırlı Aynî Haklar, 2. Baskı, İstanbul 1982-1983, s. 313, dn. 29. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında taşınmaz üzerindeki yapı işleri yetkisiz bir kişi tarafından yapılsa bile yapı alacaklısının, alacağını kanuni ipotekle teminat altına alabileceğini kabul etmektedir. Buna gerekçe olarak ise taşınmaz malikinin TMK m. 723’e göre haksız inşaatı yapana karşı tazminat yükümlülüğü altında olduğunu belirtmektedir. Bkz. BGE 95 II 221, <http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/IndexCGI?lang=de> (08.02.2017).

<sup>10</sup> **Göktürk**, s. 1047; **Thurnherr**, s. 916; **Uyumaz**, s. 240; **Bıçakçı**, Levent, “Yapı Alacaklısı İpoteği”, İHFM 1982, C. 45, S. 1-4, s. 543.

<sup>11</sup> **Thurnherr**, s. 916; **Ayan**, s. 235.

<sup>12</sup> **Thurnherr**, s. 912; **Göktürk**, s. 1048; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 963-964; **Reisoğlu**, s. 33; **Tekinay**, s. 86; **Sirmen**, s. 628; Yargıtay 15. HD, E. 2015/5673, K. 2016/2437, T. 04.05.2016, [www.emsalyargi.com](http://www.emsalyargi.com) (08.02.2017).

Hatta asıl yüklenici alacağını elde etmiş olsa bile alt yüklenici ipoteğin tescilini isteyebilir. Ancak yapının inşasında bağımlı olarak çalışan işçilerin (malike veya yükleniciye) yapı alacaklısı hakkı bulunmamaktadır. Çünkü işçiler alacaklarını kısa aralıklarla aldıkları gibi, hacizde veya iflasta diğer alacaklılara nazaran imtiyazları söz konusudur<sup>13</sup>.

Öğretide de belirtildiği üzere<sup>14</sup> yapı alacaklısı hakkından söz edebilmek için emek veya emek ve malzemenin fiilen taşınmazda bir değer artışı meydana getirmiş olması gerekmez. Değer artışı öncelik hakkının kullanılmasında önem arz eder. Eğer yapı alacaklısının emek ve malzemesi taşınmazda bir değer katmıyor veya değerini artırmıyorsa, yapı alacaklısının ileri sürebileceği bir öncelik hakkı söz konusu olmayacaktır.

#### ***b. Alacağın Malik Tarafından Tanınması veya Mahkemece Hüküm Altına Alınması***

Yapı alacaklısı ipoteğinin kurulmasını sağlayan hak yenilik doğuran nitelikte olduğundan, bu hak tapu memuruna yapılacak tek taraflı beyanla kullanılır<sup>15</sup>. Ancak yapı alacaklısı ipoteğinin tescil edilebilmesi için alacağın çekişmeli olmaması gerekir<sup>16</sup>. TMK m. 895/III'de belirtildiği üzere yapı

<sup>13</sup> **Köprülü/Kaneti**, s. 310; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 963; **Çetiner**, s. 252; **Ayan**, s. 234; **Saymen**, Ferit Hakkı/Elbir, Halid Kemal: Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1963, s. 586; Ancak *Tekinay* aksi görüştedir. Yazar işçilerin yapı alacaklısı ipoteğinden yararlanamayacağı şeklindeki yorumun ülkemiz bakımından yerinde olmadığını, ücretini alamayan içinin, bir inşaat ustasından daha az korunmaya layık olduğunun söylene-meyeceğini, İcra ve İflas Kanunu'nun işçilere tanıdığı imtiyazın hukuk siyaseti açısından doğru olduğunu, bu imtiyazın alelade işçilerin kanuni ipotek hakkının tescilini isteme hakkını önlemeyi değil, bu hakkın onlara da tanınmasını destekleyen bir mahiyette olduğunu, ayrıca İcra ve İflas Kanunu ile tanınan imtiyazın kanuni ipotek hakkı kadar güçlü olmadığını belirtmektedir. Bkz. **Tekinay**, s. 86.

<sup>14</sup> **Reisoğlu**, inşaatçı ipoteğinden söz edebilmek için inşaat veya inşaatla yürütülen faaliyettin taşınmazın değerinin yükseltilmesinin zorunlu olmadığını, değer yükseltilmesinin ancak öncelik hakkının kullanılmasında rol oynayacağını belirtmektedir. Bkz. **Reisoğlu**, s. 49. Ancak *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, emek veya emek ve malzemenin fiilen taşınmazda bir değer artışı meydana getirmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 964.

<sup>15</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 966.

<sup>16</sup> **Ayan**, s. 235.

ipoteğinin tescil edilmesi alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olmasına bağlıdır<sup>17</sup>. Alacak miktarı asıl yüklenici ve zanaatkârlar bakımından taraflar arasındaki sözleşmeye göre belirlenir. Alt yüklenici ve zanaatkârlar bakımından ise bunların asıl yüklenici ve zanaatkârlardan olan alacakları esas alınır<sup>18</sup>. Alt yüklenici ve zanaatkârların alacağına ise asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki ilişki esas alınır. Ancak asıl yüklenicinin alacağı kabul etmesinin tescili isteme hakkı için yeterli olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte öğretide, mutlaka malikin alacağı kabul etmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>19</sup>. Yine öğretide malik alacağı yazılı olarak kabul etmese bile yapı ipoteğinin tescili için yapı alacaklısıyla birlikte tapu dairesine giderek ipoteğin tesciline izin verebileceği kabul edilmektedir<sup>20</sup>.

Malik alacağın miktarını kabul etmezse, yapı ipoteğinin tescili için alacak miktarının mahkemece belirlenmesi zorunludur<sup>21</sup>. Alacak miktarı mahkemece belirlenmediği sürece yapı ipoteğinin tescili mümkün değildir. Ancak uygulamada alacak miktarının belirlenmesi zaman alacaktır. Bu halde yapı alacaklısının hakkını güvence altına alması, iyiniyetli kazanımları engellemesi için aynı zamanda şerh talebinde bulunması gerekir. Ancak buradaki şerhin niteliği tartışmalıdır. Bazı yazarlar şerhin TMK m. 1011/b. 1 uyarınca geçici tescil şerhi niteliğinde olduğunu kabul ederken<sup>22</sup>, bazı yazarlar ise şerhin TMK m. 1010/b.1 uyarınca tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi niteliğinde olduğunu kabul etmektedir<sup>23</sup>. Bu tartışmanın temelinde yapı alacaklısının hakkının niteliği yatmaktadır. Yapı alacaklısı hakkı, hak sahibine

<sup>17</sup> **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 839/840, N. 32; **Tuor/Schneyder/Schmid/Rumo-Jungo**, §112, N. 55; **Schmd/Hürlimann/Kaup**, N. 1765; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 967; **Çetiner**, s. 256; **Sirmen**, s. 630.

<sup>18</sup> **Ayan**, s. 235.

<sup>19</sup> **Reisoğlu**, s. 94.

<sup>20</sup> **Reisoğlu**, s. 98.

<sup>21</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 967.

<sup>22</sup> **Tuor/Schneyder/Schmid/Rumo-Jungo**, §112, N. 58; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 968; **Çetiner**, s. 258; **Sirmen**, s. 631.

<sup>23</sup> **Gürsoy**, Kemal Tahir/Eren, Fikret/Cansel, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984, s. 1055-1056; **Köprülü/Kaneti**, s. 320-321; **Reisoğlu**, s. 96; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 743.



tescili isteme konusunda alacak hakkı vermektedir. Alacak hakkına dayalı taleplerde ise dava sırasında hak kaybının önlenmesi için başvurulabilecek yol TMK m. 1010/b. 1 uyarınca tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhidir. Oysa TMK m. 1011/b. 1'deki geçici tescil şerhi aynı hak iddiasına dayalı taleplerde söz konusu olur. Yapı alacaklısının tescili isteme hakkı alacak hakkına dayandığından kanaatimizce burada talep edilecek şerh TMK m.1010/b.1 uyarınca çekişmeli hakların korunmasına yönelik mahkeme kararı şerhidir.

Yapı alacaklısı işin tamamlanmasından sonra tescili isterse alacağın miktarı kesin olarak bellidir. Alacağın miktarının kesin olarak belli olduğu hallerde yapı alacaklısı ipoteği anapara ipoteği şeklinde kurulur<sup>24</sup>. Ancak yapı alacaklısı işin tamamlanmasından önce ipoteğin tescilini isterse, bu halde güvence altına alınacak alacağın miktarı tam olarak belirlenemez. İşte bu gibi hallerde yapı alacağı ipoteği üst sınır ipoteği şeklinde kurulur<sup>25</sup>.

### ***c. Malikin Yeterli Güvence Göstermemesi***

Yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin istenebilmesi, malikin alacak için yeterli güvence göstermemesine bağlıdır<sup>26</sup>. Malik yeterli güvence göstererek yapı alacaklısının ipotek hakkının tescilini önleyebilir (TMK m. 895/son). Yapı alacaklısına bu hakkının tanınmasının sebebi, taşınmaza kattığı değer bir şekilde güvence altına alınması olduğuna göre, malikin alacak için yeter derecede güvence gösterdiği hallerde, yapı alacaklısı ipoteğinin tesciline gerek kalmamaktadır.

Kanunda teminatın niteliğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bundan dolayı malikin herhangi bir yolla yapı alacaklısının alacağını güvence altına alması (aynı veya şahsi) kanuni ipotek hakkının tescilinin istenemesi bakımından yeterlidir<sup>27</sup>. Taraflar arasında uyuşmazlık çıkarsa, temi-

<sup>24</sup> **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 839/840, N. 35a; **Thurnherr**, s. 931; **Sirmen**, s. 630.

<sup>25</sup> **Thurnherr**, s. 932; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 839/840, N. 35a; **Köprülü/Kaneti**, s. 317; **Sirmen**, s. 630.

<sup>26</sup> **Tuor/Schneyder/Schmid/Rumo-Jungo**, §112, N. 49; **Schmid/Hürlimann/Kaup**, N. 1741-1742; **Göktürk**, s. 1048-1049; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 968; **Ayan**, s. 236; **Thurnherr**, s. 920; **Reisoğlu**, s. 98; **Tekinay**, s. 86-87; **Çetiner**, s. 254.

<sup>27</sup> **Göktürk**, s. 1049; **Reisoğlu**, s. 99; **Thurnherr**, s. 920; **Tekinay**, s. 86-87; **Çetiner**, s. 254.

natın yeterli olup olmadığı mahkemece belirlenir<sup>28</sup>. Güvence yapı alacaklısının doğmuş ve doğacak haklarını kapsayacak nitelikte olmalıdır. Malikin güvence göstermediği veya borca batık olduğu için güvence gösterme imkânını olmadığı hallerde doğrudan ipotek hakkının tescili istenebilir. Bu hallerin varlığı güvence gösterilmeyeceğine karine oluşturur. Ancak malik sonradan güvence göstererek ipoteğin terkin edilmesini isteyebilir<sup>29</sup>.

Birden fazla yapı alacaklısı olması halinde malikin her bir alacaklıya ayrı ayrı güvence göstermesi gerekir<sup>30</sup>. Daha önce diğer yapı alacaklılarına verilen güvenceler, güvence verilmeyen yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkının tescilini istemeyi engellemez.

#### *d. Tescilin Süresi*

Yapı alacaklısı ipoteği kanuni ipoteklerden olsa bile aynı sonuçlarını doğurması tescil edilmiş olmasına bağlıdır<sup>31</sup>. Yapı alacaklısı ipoteği tescil edilmediği sürece, tescili isteme koşulları oluşsa bile, aynı sonuç doğurmaz. Çünkü yapı alacaklısı ipoteği, kanunen tescile bağlı ipoteklerdendir.

Yapı alacaklısı, alacak hakkının doğumuyla (işin yapılmasını sözleşme ile üstlenmeyle) birlikte tescili isteme hakkına sahip olur; ayrıca yapının inşasına başlanmış olması gerekmez (TMK m. 895/I)<sup>32</sup>. Birden fazla yapı alacaklısı varsa süre her bir alacaklı için alacağın doğmasıyla başlar. Ancak TMK m. 895/II'de tescilin yapılması için azami bir süre öngörülmüştür. Bu hükme göre, tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay<sup>33</sup> içinde yapılmış olması gerekir<sup>34</sup>. Birden fazla yapı alacağı varsa, üç aylık

<sup>28</sup> Reisoğlu, s. 99; Thurnherr, s. 921.

<sup>29</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 968; Reisoğlu, s. 101; Uyumaz, s. 245.

<sup>30</sup> Reisoğlu, s. 101.

<sup>31</sup> Tuor/Schneyder/Schmid/Rumo-Jungo, §112, N. 54; Tekinay, s. 87.

<sup>32</sup> Yapı alacaklısı borç altına girdiği andan itibaren tescil talebinde bulunabilir. Bkz. Schmid/Hürlimann/Kaup, N. 1752; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 968; Tekinay, s. 87; Reisoğlu, s. 83; Ayan, s. 237; Sirmen, s. 630.

<sup>33</sup> İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB Art. 839/II) 1 Haziran 2012 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik ile üç aylık süre dört aya çıkarılmıştır. Bkz. Honsell/Vogt/Geiser, Art. 839/840, N. 29.

<sup>34</sup> Tuor/Schneyder/Schmid/Rumo-Jungo, §112, N. 55; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 968; Ayan s. 237; Thurnherr, s. 922; Yargıtay, bir uyuşmazlıkta, işin

süre her bir alacak için işin tamamlanmasıyla ayrı ayrı işler<sup>35</sup>. Üç aylık sürenin başlangıcında işin fiilen bitirilmesi esas alınır<sup>36</sup>. Diğer bir ifadeyle, yüklenici sözleşme gereği işi daha önce bitirmek zorunda olsa bile üç aylık sürenin hesabında sözleşmede belirlenen an değil, fiilen bitirme anı esas alınır. Üç aylık süre hak düşürücü niteliktedir<sup>37</sup>. Sürenin geçip geçmediği hâkim tarafından re'sen dikkate alınır. İşin tamamlanmasından itibaren üç aylık sürenin geçmesiyle tescili isteme hakkı kendiliğinden sona erer<sup>38</sup>. Sürenin geçmesinden sonra yapılan tescil yolsuz olup, malik yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açarak yapı alacaklısı ipoteğinin terkinini isteyebilir (TMK m. 1025).

Üç aylık süre içinde tescilin istenmesi yeterli değildir; bu süre içinde tescilin yapılması zorunludur. Ancak yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini istemeye ilişkin talebin tapu kütüğüne üç aylık hak düşürücü süre içinde şerh verilmesi, hakkın düşmesini engeller<sup>39</sup>. Üç aylık sürenin başlangıcında her yüklenici ve zanaatkârın için işi fiilen bitirdikleri an esas alınır. Bazı yapı alacaklılarının süreyi geçirmesi, süreyi henüz geçirmeyenlerin tescil talebinde bulunmalarını engellemez<sup>40</sup>.

#### *e. Tescilin Yapılması ve Sonuçları*

Yukarıda sayılan koşulların gerçekleşmesiyle yapının inşasına emek veya emek ve malzeme vererek değer artışı sağlayan yüklenici veya zanaat-

---

tesliminden itibaren üç ay içinde dava açılmaması ve geçici tescil talebinde bulunulmaması halinde, alt yüklenicinin yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteyemeyeceğini karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2006/6606, K. 2008/960, T. 18.02.2008, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com) (15.02.2017).

<sup>35</sup> **Reisoğlu**, s. 85.

<sup>36</sup> **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 839/840, N. 29. İşin sona ermiş sayılabilmesi için yüklenicinin sözleşme gereği yapacak başka bir işinin kalmaması, sözleşmeden doğan borcunu tam olarak ifa etmesi gerekir. Bkz. **Reisoğlu**, s. 86.

<sup>37</sup> **Reisoğlu**, s. 87; **Thurnherr**, s. 921-922; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 968; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 743; **Ayan**, s. 237.

<sup>38</sup> **Schmid/Hürlimann/Kaup**, N. 1752; **Tuor/Schneyder/Schmid/Rumo-Jungo**, §112, N. 55; **Reisoğlu**, s. 87; **Uyumaz**, s. 245; **Ayan**, s. 237.

<sup>39</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 968.

<sup>40</sup> **Ayan**, s. 237.

kârlar, kanuni ipotek hakkının tescilini isteme konusunda bir alacak hakkına sahiptir<sup>41</sup>. TMK m. 893/I, b. 3 hükmü, yapı alacaklısına, ipotek hakkının kurulmasına yönelik yenilik doğuran bir hak sağlar<sup>42</sup>. Ancak alacaklının tek başına tescil talebinde bulunması, tescilin yapılabilmesi için yeterli değildir. Yapı alacaklısı tescil talebinde bulunurken alacağın ve miktarının malik tarafından kabul edildiğini gösteren belgeleri talebine eklemesi gerekir<sup>43</sup>. Alacaklının tescil işlemini malikle birlikte gerçekleştirdiği hallerde ayrıca alacağın kabul edildiğini gösteren belgeye gerek bulunmamaktadır<sup>44</sup>. Ancak malikin alacağı kabul etmemesi halinde alacağın miktarının mahkemece belirlenmesi zorunludur<sup>45</sup>.

Yapı alacaklısı ipoteğinin hukukî sebebini kanun oluşturduğundan, ipoteğin tescili için resmi senet düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır<sup>46</sup>. Ancak yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinde, düşünceler sütununa “*zanaatkâr*

<sup>41</sup> Tescili talep hakkının hukukî niteliği tartışmalı olup, bu konuda başlıca üç görüş ileri sürülmüştür. Bir görüş, yapı alacaklısı ipoteğinin tescilinin talep hakkını alacak hakkı niteliğini olduğunu, bu hakkın sadece malike karşı ileri sürülebileceğini kabul etmektedir. İkinci görüş, yapı alacaklısının tescili isteme hakkının aynı nitelikte olduğunu, yapı alacaklısının, kanuni ipoteğin tescilini isteme hakkını sonraki maliklere karşı da ileri sürebileceğini kabul etmektedir. Üçüncü görüşe göre ise yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme alacak hakkı eşyaya bağlı borç niteliğindedir. Bu görüşe göre yapı alacaklısı ipoteğinin tescilini isteme şahsi nitelikli olup, bu hakkın muhatabı halen malik olan kimsedir. Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinay**, s. 81 vd.; **Tekinay**, Selâhattin Sulhi: “İnşaatçı İpoteğinin Tescilini İsteme Hakkının Mahiyeti”, MHAD, C. 3, S. 4, 1969, s. 133 vd.; **Reisoğlu**, s. 61 vd.; **Göktürk**, s. 1050; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 958 vd.

<sup>42</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 956.

<sup>43</sup> **Schmid/Hürlimann/Kaup**, N. 1766; **Göktürk**, s. 1050.

<sup>44</sup> **Reisoğlu**, kanunda açıkça öngörülme de malikin yapı alacaklısı ile birlikte tapu dairesine giderek tescil talebinde bulunabileceğini, kanuni ipotek hakkının bu şekilde tescilinin sağlanabileceğini belirtmektedir, **Reisoğlu**, s. 97-98; Öğretide ayrıca malikin doğrudan yapı alacaklısı adına da tescil talebinde bulunacağı kabul edenler de bulunmaktadır. Bkz. **Köprülü/Kaneti**, s. 316; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1057. Kanaatimizce tescili isteme hakkı açıkça yapı alacaklısına tanındığından malikin yapı alacaklısı anıda tescil talebinde bulunması olanaklı değildir. **Reisoğlu**'nun da ifade ettiği gibi malik yapı alacaklısı ile birlikte tapu dairesine giderek tescil talebinde bulunabilir.

<sup>45</sup> **Göktürk**, s. 1050; **Ayan**, s. 236; **Uyumaz**, s. 247.

<sup>46</sup> **Tekinay**, s. 80; **Reisoğlu**, s. 103; **Ayan**, s. 237.

ve yüklenici ipoteği” olduğu belirtilir (Tapu Sicili Tüzüğü m. 35/5). Tescille birlikte yapı alacaklısı hakkı sınırlı aynı hak olarak doğmuş ve yapı alacaklılarının haklarını güvence altına almış olur<sup>47</sup>.

## 2. Taşınmazın Değerinin Üstünde Rehnedilmiş Olması

Öğretide yapı alacaklısının öncelik hakkını ileri sürebilmesi için taşınmazın yapısız değerinin üzerinde rehin hakkıyla takyit edilmiş olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>48</sup>. Taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda yapı alacaklılarının zarara uğraması tek başına öncelik hakkının kullanılması için yeterli değildir. Ayrıca taşınmazın değerinin üstünde rehnedilmiş olması gerekir<sup>49</sup>. Öğretide bu koşulun, TMK m. 897/I hükmünün “*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.*” şeklindeki ifadesinden çıktığı kabul edilmektedir<sup>50</sup>. Yapı alacaklısının öncelik hakkının kullanılmasında ön sıradaki rehinli alacaklı, tapu sicilinin aleni olduğunu, yapı alacaklısının ön sıradaki rehinli alacaklıyı bildiğini, bundan dolayı öncelik hakkını bulunmadığını ileri süremez<sup>51</sup>. Taşınmazın değerinin üstünde rehnedilmesi ve taşınmazın satışından elde edilen miktarın yapı alacaklısının alacağını karşılamaması öncelik hakkının kullanılması için yeterlidir. TMK m. 897/I’de tanınan öncelik hakkının amacı, yüklenici ve zanaatkârların emek veya malzemeleriyle taşınmaza kattığı değerlerin, bu kişilere tahsis edilmesini sağlamaktır. Ancak bu yapılırken taşınmazın yalın kıymeti dikkate alınmaz. Yapı alacaklısının kattığı değerden önceki taşınmazın fiili durumunun dikkate alınması gerekir. Örneğin taşınmaz üzerinde bir yapı varken, yapı alacaklısı ikinci bir yapı inşa ederse, öncelik hakkının belirlenmesinde, son inşa edilen yapıdan önceki halin esas alınması gerekir<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> Schmid/Hürlimann/Kaup, N. 1778-1179; Thurnherr, s. 931; Honsell/Vogt/Geiser, Art. 839/840, N. 40.

<sup>48</sup> Reisoğlu, s. 178.

<sup>49</sup> Reisoğlu, s. 178; Akın, s. 764-765.

<sup>50</sup> Reisoğlu, s. 179.

<sup>51</sup> Reisoğlu, s. 179.

<sup>52</sup> Reisoğlu, s. 179.

Taşınmazın değeri imar planlarının yapılması, değiştirilmesi, kentsel dönüşüm gibi sebeplerden dolayı sonradan artmış olabilir. Bu gibi hallerde taşınmazın değerinin artmasından öncelik hakkına sahip yapı alacaklıları faydalanamaz<sup>53</sup>. TMK m. 897/I hükmünde öncelik hakkının kullanılmasında açıkça taşınmazın değeri esas alınmış olup, bu değer taşınmazın paraya çevrilmesi anındaki değerini ifade etmektedir<sup>54</sup>. Örneğin rehnin kurulduğu sırada taşınmazın değeri 400.000 TL iken taşınmazın paraya çevrilmesi sırasındaki değeri 600.000 TL ise yapı alacaklısının öncelik hakkının belirlenmesinde 600.000 TL'nin esas alınması, bu miktarı aşan kısım için öncelik hakkının kullanılması gerekir. Yine bir taşınmazın değerinin artmasında yapı yanında yapı içindeki bütünleyici parça veya eklenti niteliğindeki makineler de etkili olmuşsa, öncelik hakkının belirlenmesinde sadece yapı alacaklısının taşınmaza kattığı değer esas alınır<sup>55</sup>. Örneğin yapının taşınmaza kattığı değer 200.000 TL iken yapı içindeki makinelerin kattığı değer 100.000 TL ise öncelik hakkı sadece 200.000 TL'lik kısım için kullanılabilir. Çünkü makinelerin taşınmaza kattığı değer, yapıdan bağımsızdır. Yine yapının inşasına taşınmaz malikinin katkısı varsa, öncelik hakkının kullanılmasında bu katkıının düşülmesi gerekir<sup>56</sup>. Örneğin yapı yüklenici tarafından inşa edilmekle birlikte yapının dekorasyonu malik tarafından yapılmışsa, yapı alacaklısının öncelik hakkının belirlenmesinde, dekorasyonun taşınmaza kattığı değer dikkate alınmaması gerekir.

### 3. Taşınmazın Satışından Elde Edilen Bedelin Yapı Alacaklılarının Alacağı Kısımın veya Tamamen Karşılama Yetmemesi

Yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik hakkının bir diğer koşulu taşınmazın satışından elde edilen bedelin yapı alacaklısının alacağı kısmen veya tamamen karşılamaya yetmemesidir<sup>57</sup>. Taşınmazın satışından elde edilen miktar, yapı alacaklısının hakkını kısmen veya tamamın karşılamıyorsa yapı

<sup>53</sup> Honsell/Vogt/Geiser, Art. 841, N.13; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 970, dn. 395; Reisoğlu, s. 180.

<sup>54</sup> Reisoğlu, s. 180.

<sup>55</sup> Reisoğlu, s. 181.

<sup>56</sup> Reisoğlu, s. 180.

<sup>57</sup> Göktürk, s. 1052; Reisoğlu, s. 178; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 969; Akın, s. 763-764; Sirmen, s. 633; Çetiner, s. 259.

alacaklısı öncelik hakkından yararlanabilecektir. Örneğin, taşınmazın değeri 500.000 TL, önceki sırada yer alacak ipotekli alacağın değeri 600.000 TL ise taşınmazın satışından elde edilen miktarın yapı alacaklısının hakkını karşılaması mümkün değildir. Bu halde yapı alacaklısı, yapının inşasına başlamadan önceki taşınmazın değerini aşan 100.000 TL'lik kısım için öncelik hakkını kullanabilecektir.

Yapı alacaklısının alacağını alamamasında borçlunun diğer malvarlığı değerlerine başvurarak onun hakkında borç ödemediği belgesi alması veya onu iflas ettirmesi gerekmez<sup>58</sup>. Yapı alacaklısı ipoteğinin önceliği, asıl borçlunun borcunu ödeme gücünden bağımsızdır.

Öğretide yapı alacaklısının önceki sırada bulunan rehinli alacaklıya başvurabilmesi için yapıdan kaynaklanan kıymet fazlasının önceki sıradaki rehinli alacaklıya tahsis edilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>59</sup>. Taşınmazın paraya çevrilip, elde edilen miktarın ön sıradaki rehinli alacaklıya tahsis edilmesi halinde bu görüş yerindedir. Çünkü paraya çevirme sonucu elde edilen miktarın ön sıradaki alacaklıya tahsis edilmesi halinde yapı alacaklısının ön sıradaki rehinli alacaklıya karşı açabileceği dava tazminatla sınırlı olacaktır. Oysa taşınmazın paraya çevrilmesine rağmen elde edilen miktarın ön sıradaki alacaklıya tahsis edilmediği hallerde kanaatimizce açılacak dava tazminat değil, sıra cetveline karşı şikâyet veya itiraz yoluna başvurma niteliğinde olacaktır. Çünkü ipoteğin paraya çevrilmesinden dolayı elde edilen miktar paylaşılmadığı sürece önceki sıradaki alacaklısının yapının taşınmaza kattığı değerden faydalanması söz konusu olmayacaktır. Ancak paraların paylaşılmasına öncelik hakkının kullanılmasına engel teşkil etmez. Bu halde yapı alacaklısı, İcra ve İflas Kanunu hükümlerince sıra cetveline karşı şikâyet veya itiraz yoluna başvurabilecektir.

#### **4. Taşınmaz Üzerindeki Yüklerin Yapı Alacaklılarının Zararına Olacağı Diğer Alacaklılar Tarafından Bilinmesi**

Yapı alacaklısının öncelik hakkından için bahsedebilmek yukarıdaki şartlar yanında, öğretide sübjektif koşul olarak adlandırılan<sup>60</sup>, taşınmaz

<sup>58</sup> Akın, s. 764.

<sup>59</sup> Reisoğlu, s. 180.

<sup>60</sup> Schmid/Hürlimann/Kaup, N. 1792; Reisoğlu, s. 180-181; Uyumaz, s. 250.

üzerindeki yüklerin yapı alacaklısının zararına olacağına diğer alacaklılar tarafından bilinmesi veya bilinebilecek durumda olması gerekir (TBK m. 897/I)<sup>61</sup>. Bu koşul, ön sıradaki rehinli alacaklının, rehin hakkı kurulurken, taşınmazda inşa edilecek yapıdan dolayı meydana gelecek değer fazlasının kısmen veya tamamen ön sırada bulunan rehin haklarından dolayı yapı alacaklısının alacağına engel olacağını göz önünde bulundurması anlamına gelmektedir<sup>62</sup>.

Öğretide bazı yazarlar ön sırada bulunan alacaklıların malikin ileride taşınmaz üzerinde yapı inşa ettireceğini tahmin edebilecek durumda olmalarının bile öncelik hakkının ileri sürülmesi için yeterli olduğu kabul edilmektedir<sup>63</sup>. Hatta *Reisoğlu*, taşınmazın rehnin kurulması sırasındaki değerine göre toprak değerinin üzerinde sınırlandırılmış veya bilmesi gereken ön sıradaki rehinli alacaklının, inşaat masraflarından farklı bir sebeple kredi vermiş ve inşaatın yapılması söz konusu olmamış olsa bile, yüklenici ve zanaatkârlara zarar vereceğini bildiği veya bilmesi gerektiği koşulunun gerçekleşmesi için yeterli olduğunu kabul etmektedir<sup>64</sup>. Yazara göre, ön sıradaki rehinli alacaklının taşınmazın değerinin üstünde rehnedildiğini bilmesinin, yapı alacaklısını zarar verdiğini bildiği veya bilmesi gerektiğinin kabulü için yeterlidir.

Uygulamada bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin her somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir. Örneğin bir taşınmaz üzerinde inşa edilen bir

<sup>61</sup> **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 841, N. 18; **Schmid/Hürlimann/Kaup**, N. 1792; **Reisoğlu**, s. 181 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 970; **Thurnherr**, s. 934; **Kaşak**, s. 183; **Akıpek/Akıntürk**, s. 804; **Göktürk**, s. 1049; **Wieland**, Carl: Kanunu Medenî'de Aynî Haklar (Çeviren: İ. Hakkı Karafâkih), Ankara 1946, Art. 841, N. 3; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1062; **Saymen/Elbir**, s. 589; **Akın**, s. 765-766; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 744; **Sirmen**, s. 633; **Ayan**, s. 238; **Çetiner**, s. 259.

<sup>62</sup> **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 841, N. 20; **Thurnherr**, s. 934; **Wieland**, m. 841, s. 690-691; **Saymen/Elbir**, s. 590; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 970; **Ayan**, s. 238; **Uyumaz**, s. 250.

<sup>63</sup> **Uyumaz**, s. 250; Bu konuda öğretide ileri sürülen görüşler için bkz. **Reisoğlu**, s. 186-187; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, işe başlanması tarihinden sonra, önceki derecelerde tesis edilen ipotek hakları için yapı alacaklıları lehine imkân getirildiğini kabul etmektedir. Bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 744.

<sup>64</sup> **Reisoğlu**, s. 191.



yapı varken ve henüz yapı alacaklısı ipoteği tescil edilmeden başka bir kimse lehine ipotek tanınırsa, önceki sırada yer alan alacaklının, yapı alacaklısının hakkını bilmediğini ileri sürmesi oldukça zordur. Çünkü ipotek kurulmadan önce taşınmazın değeri, hukukî ve fiili durumu genellikle gayrimenkul değerlendirme uzmanları tarafından tespit edilerek, gayrimenkul değerlendirme uzmanının düzenlemiş olduğu rapor doğrultusunda ipoteğin miktarı belirlenmektedir. Ülkemiz uygulamasında inşaat sahalarının girişinde taşınmazın mali-kine, yükleniciye, denetim firmasına, ruhsat bilgilerine yer verilmektedir. Hatta bu bilgiler yer almasa bile taşınmaz üzerinde inşa faaliyetini gösteren hallerin bulunması da değerlendirme uzmanı tarafından dikkate alınması gereken hususlardandır. Önceki sıradaki ipoteğin kurulması sırasında taşınmazla ilgili yapı alacaklısı hakkının doğması ve bunun önceki sıradaki ipotek hakkı sahibi tarafından bilinmesi veya bilinebilecek durumda olması öncelik hakkının kullanılması için yeterlidir. Ancak taşınmazla ilgili inşaat sözleşmesi yapılmış, inşa faaliyetine başlanmamış ve buna ilişkin bir bilgiye yer verilmemişse, önceki sıradaki ipotek alacaklısının söz konusu durumu bilmesi oldukça güçtür. İşte bu gibi hallerde ön sıradaki ipotek alacaklısının, hakkının yapı alacaklısına zarar verebileceğini bilmesi veya bilebilecek durumda olması oldukça zor olup, yapı alacaklısının öncelik hakkından yararlanması mümkün değildir. Ön sırada yer alan ipotek hakkı sahiplerinin kötüniyetli olduğunu, ipoteğin yapı alacaklısına zarar verdiğini bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat yükü yapı alacaklılarına aittir (TMK m. 3)<sup>65</sup>.

Öncelik hakkının kullanılmasında rehnin kurulduğu sıradaki taşınmazın değerinin esas alınması gerekir<sup>66</sup>. Sonradan taşınmazın değerinin azalmasından dolayı yapı alacaklısının hakkına kavuşamaması, önceki sıradaki alacaklıya başvurma hakkı vermez<sup>67</sup>.

Öğretide önce gelen taşınmaz rehninin rehinli alacaklının malike inşaat için açtığı krediyi teminat altına almak için kurulması ve inşaat kredisinin inşaat alacaklılarına tahsis edilmesi halinde, değer fazlası üzerindeki talebin

<sup>65</sup> **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1062; **Ayan**, s. 238.

<sup>66</sup> **Bıçakçı**, s. 564; **Reisoğlu**, s. 183.

<sup>67</sup> **Reisoğlu**, s. 183.

rehinli kredi alacaklısına karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir<sup>68</sup>. Ancak bu halde yapı alacaklısı ipoteğinin öncelikten yararlanmaması için önce gelen rehinli kredi alacaklısının ödediği kredinin yapı alacaklısına tahsis edilmesi şartı aranmaktadır. Diğer bir ifadeyle kredi sözleşmesinin inşaat sözleşmesinden doğan alacaklılar için açılması ve fiilen onlara ödenmesi gerekir<sup>69</sup>. Hatta birden fazla yapı alacaklısı hakkı varsa, ödeme yapılırken hepsinin gözetilmesi, inşaat alacaklıları arasında dağıtımda eşit davranması gerektiği kabul edilmektedir. Buna gerekçe olarak ise hiçbir inşaat alacaklısını alacağını elde etmede diğerine karşı daha kötü duruma düşürmemek, inşaat alacaklıları arasında eşitliği sağlamak olduğu ifade edilmiştir<sup>70</sup>.

##### **5. Taşınmazın Paraya Çevrilmesinden Doğan Kıymet Fazlasının Ön Sıradaki Rehlinli Alacaklıya Tahsis Edilmesi**

Öğretide ön sıradaki rehlinli alacaklıya karşı dava açılabilmesi için taşınmazda meydana gelen kıymet fazlasının ön sıradaki rehlinli alacaklıya tahsis edilmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>71</sup>. Bu görüşe göre, taşınmazın paraya çevrilmesinden dolayı elde edilen bedel paylaştırılmadığı sürece ön sıradaki rehlinli alacaklıya karşı öncelik hakkına dayanarak dava açılmaz. Ancak aşağıda da açıklayacağımız üzere öncelik hakkı, taşınmazın paraya çevrilmesi sonucu elde edilen bedelin paylaştırılmasından önce veya sonra kullanılabilir. Öncelik hakkının paraların paylaştırılmasından önce kullanılması halinde yapı alacaklısının sıra cetveline karşı şikâyet yoluna başvuracağını, paraların paylaştırılmasından sonra ise ön sıradaki rehlinli alacaklıya karşı bir alacak davası açacağını belirttik. Bu bilgiler ışığında yapı alacaklısının öncelik hakkını kullanabilmesi için taşınmazın paraya çevrilmesinden dolayı elde edilen bedelin ön sıradaki rehlinli alacaklıya tahsis edilmesi zorunlu değildir. Sıra cetvelinin oluşturulması ve taşınmazın satışında elde edilen miktarın rehlinli alacaklının alacağını karşılamaması, öncelik hakkının kullanılması için yeterlidir.

<sup>68</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 970; Reisoğlu, s. 191-193.

<sup>69</sup> Reisoğlu, s. 193.

<sup>70</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 970-971.

<sup>71</sup> Reisoğlu, s. 180; Akın, s. 765.

#### IV. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN ÖNCELİĞİNİN HÜKÜMLERİ

##### A. Genel Olarak

Taşınmaz rehninde sıra ve derece bakımından geçerli olan ilkeler yapı alacaklısı ipoteğinde de uygulanır<sup>72</sup>. Yapı alacaklısı ipoteği, ilişkin olduğu alacak tutarında belirli bir rehin derecesinde yer alır ve bu ipotek derecesinin sırasını tescil tarihi belirler (TMK m. 1022/I). Tescilin etkisi ise kanunen öngörülen belgeler isteme eklenmiş veya geçici tescil hâlinde belgelerin uygun zamanda tamamlanmış olması koşuluyla yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinden başlar (TMK m. 1022/II). Eğer şerh varsa (tasarruf yetkisi kısıtlaması veya geçici tescil şerhi) sıra, bu şerhin tapuya işlendiği tarihe göre belirlenir<sup>73</sup>.

Bir taşınmaz üzerinde tescil edilmiş birden fazla yapı alacaklısı ipoteği varsa ve taşınmazın satışından elde edilen miktar alacakların tamamını karşılamıyorsa, yapı alacaklısı ipotekleri, tescil tarihinden bağımsız olarak aynı sırada kabul edilir ve elde edilen miktar yapı alacaklıları arasında orantılı olarak dağıtılır<sup>74</sup>. Bu durum TMK m. 896'da "*Hakları değişik tarihlerde tescil edilmiş olsa bile zanaatkârlar ve yükleniciler, kanunî ipotekten yararlanma bakımından kendi aralarında aynı sırada sayılırlar.*"<sup>75</sup> şeklinde ifade edilmiştir<sup>76</sup>. Görüldüğü üzere Kanun Koyucu, yapı alacaklısı ipoteğinde

<sup>72</sup> Tuor/Schneyder/Schmid/Rumo-Jungo, §112, N. 63; Schmid/Hürlimann/Kaup, N. 1751; Ayan, s. 237; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 969.

<sup>73</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 969.

<sup>74</sup> Tuor/Schneyder/Schmid/Rumo-Jungo, §112, N. 63; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 969; Akipek/Akıntürk, s. 802; Göktürk, s. 1051; Köprülü/Kaneti, s. 321; Tekinay, s. 88; Ayan, s. 237-238; Esener/Güven, s. 226; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1059; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 743; Wieland, m. 840, s. 686-687.

<sup>75</sup> ZGB § 840'da da benzer bir hüküm getirilmiştir.

<sup>76</sup> Yapının inşası kısım kısım ilerleyen bir faaliyet olup, aynı yapının inşasında çalışanların emekleri için niteliği gereği farklı zamanlarda ortaya çıkar. Bu da yapı alacaklılarının haklarının farklı zamanlarda tescil edilmesine sebep olabilir. Ortaya çıkan yapıya farklı zamanlarda fakat ortak katkısı olan kişiler arasında eşitsizliğe sebep olmamak için hükümde tescil edilmiş bulunan yapı alacaklılarının aynı sırada olacağı kabul edilmiş ve satış bedelinin yapı alacaklılarına alacaklarıyla orantılı dağıtılması öngörülmüştür. Bkz. Tekinay, s. 88.

alacaklılar arasında sıra eşitliğini kabul ederek, TMK m. 1022 hükmüne bir istisna getirilmiştir<sup>77</sup>. Rehnin paraya çevrilmesi sırasında yapı ipoteğiyle güvence altına alınmış bazı alacakların muaccel olmaması, sıra eşitliğini değiştirmez<sup>78</sup>.

Yapı alacaklısı ipoteği tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına rağmen, yüklenici ve zanaatkârların ön sıradaki rehinli alacaklılar yüzünden alacaklarının tamamını veya bir kısmını alamamış olabilirler. TMK m. 897/I hükmü, bazı koşullarda yapı alacaklılarına ön sıradaki rehinli alacaklıların varlığına rağmen öncelik hakkı tanımaktadır. Hükmün temel amacı, malikin, taşınmaz rehni karşılığında kredi sağlayarak bu rehinleri ön sıralara yerleştirilmesi halinde taşınmazın yapıyla birlikte kazanacağı tüm değer için ön sıradaki rehinli alacaklılara tahsis edilmesini engelleyerek, yapının taşınmaza kattığı değer için yapı alacaklılarına tahsis edilmesini veya yapı alacaklılarının uğradıkları zararın ön sıradaki rehinli alacaklılar tarafından tazmin edilmesini sağlamaktır<sup>79</sup>. Aksi halde yapı alacaklıları, taşınmaza emekleri veya emek ve malzemeleriyle kattıkları değerden, ön sıradaki rehinli alacaklılar yüzünden yararlanamamış olur<sup>80</sup>. İşte TMK m. 897/I hükmüyle ön sıradaki rehinli alacaklılar, taşınmazın yalın değerini aşan kısmından dolayı, yapı alacaklılarına karşı sorumlu olmaktadır<sup>81</sup>.

Borcun ödenmemesi halinde ipotekli alacaklı ipoteğin paraya çevrilmesini ister. Bu halde taşınmaz, üzerindeki bütünleyici parçalar ve aksi öngörülmemişse eklentilerle birlikte açık artırma yoluyla satılıp paraya çevrilir. Taşınmazın değeri, paraya çevrilme anına göre yapılır. Yapı alacaklılarının öncelik hakkını kullanabileceği miktar, taşınmazın bütünleyici parça ve eklentilerinin dâhil olduğu değerinden, yapı alacaklısının inşa ettiği kısmın değerinin çıkarılmasıyla bulunur<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> Tuor/Schneyder/Schmid/Rumo-Jungo, §112, N. 62; Tekinay, s. 88; Reisoğlu, s. 148-149.

<sup>78</sup> Akipek/Akıntürk, s. 802.

<sup>79</sup> Schmid/Hürlimann/Kaup, N. 1795; Reisoğlu, s. 163.

<sup>80</sup> Tekinay, s. 89.

<sup>81</sup> Tekinay, s. 89.

<sup>82</sup> Uyumaz, s. 251.

Ayrıca ipoteğin paraya çevirme aşamasında taşınmazın değerinin altında satılması mümkündür. Ülkemizde icra yoluyla satılan taşınmazların değerinin çok altında paraya çevrildiği bir gerçektir. Bu durumu göz önünde bulunduran Kanun Koyucu, İcra İflas Kanunu m. 129 ile artırma bedelinin malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması halinde satışına karar verileceğini düzenlemiştir. Örneğin bir taşınmazın bütünleyici parça ve eklentileriyle birlikte rayiç değeri 1.000.000 TL, yalın değeri 500.000 TL olsun. Taşınmazın açık artırmayla 500.000 TL'ye satılması halinde elde edilen bedel sadece taşınmazın yapı olmaksızın değerini karşılar. Ancak ihale bedeli olan 500.000 TL'ye ulaşılması taşınmazın üzerindeki yapılar sayesinde gerçekleşmektedir. Bundan dolayı taşınmazın rayiç değerinin altında satılması halinde satış bedeli, taşınmazın yalın değeri ile yapı alacaklısının kattığı değere göre orantılı olarak belirlenir<sup>83</sup>. Verdiğimiz örnekten yola çıkarsak ön sıradaki ipoteğin değeri 500.000 TL, yapı alacaklısının kattığı değer 500.000 TL ise elde edilen bedelin 250.000 TL'lik kısmı için yapı alacaklısı öncelik hakkını kullanabilir.

İpoteğin paraya çevrilmesiyle elde edilen bedelin yapı alacaklısının alacağını karşılamaması öncelik hakkının kullanılması için yeterli olup, ayrıca borçluya karşı takibe girişerek borç ödemededen aciz belgesi alınması gerekmez<sup>84</sup>. Hatta yapı alacaklısı alt yüklenici olsa bile durum değişmez.

### **B. Öncelik Hakkını Ne Zaman Kullanabileceği**

Yapı alacaklısına tanınmış olan öncelik hakkı taşınmazın paraya çevrilmesinden sonra kullanılacak bir haktır<sup>85</sup>. Taşınmaz paraya çevrilmediği sürece öncelik hakkı kullanılamaz. Çünkü taşınmaz paraya çevrilmediği sürece yapı alacaklısının hakkını tehlikeye düşüren bir durum söz konusu değildir. Ancak öncelik hakkının kullanılabilmesi için taşınmazın satışından elde edilen bedelin paylaşılması zorunlu değildir.

<sup>83</sup> Görsoy/Eren/Cansel, s. 1062; Köprülü/Kaneti, s. 323; Bıçakçı, s. 564; Uyumaz, s. 251.

<sup>84</sup> Köprülü/Kaneti, s. 322; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 369, dn. 392.

<sup>85</sup> Ayan, s. 239; Akipek/Akıntürk, davanın kural olarak taşınmazın paraya çevrilmesi ve satış bedelinin bölüşülmesinden sonra açılması gerektiğini kabul etmektedir, Akipek/Akıntürk, s. 806.

Yapı alacaklısı ipoteğinde alacaklının alacağına kavuşmak için ön sıradaki rehinli alacaklının takibe girişmesini beklemek zorunda değildir. Ön sıradaki ipotek hakkı muaccel olmasa bile yapı alacaklısı hakkına sahip olan kişi taşınmazın paraya çevrilmesini isteyebilir. İİK m. 129'a göre, artırma bedelinin malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan diğer alacaklar o malla temin edilmişse bu suretle rüçhanı olan alacakların toplamından fazla olması ve bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaşılması masraflarını aşması gerekir. Bu hükmün TMK m. 897 ile birlikte değerlendirirsek, yapı alacaklısının öncelik hakkının olduğu hallerde, elle edilen bedelden ön sıradaki ipotek alacaklısının hakkı düşüldükten sonra kalan miktarın kısmen veya tamamen yapı alacaklısı hakkını karşılaması gerekir. Bir üst başlıkta verdiğimiz örneği esas alırsak, artırmayla ulaşılan bedel taşınmazın rayiç değerinin yüzde ellisini bulsa da bu bedel içinde yapı alacaklısının inşa ettiği yapıyla taşınmaza kattığı değer de vardır. İşte bu gibi hallerde artırmayla ulaşılan bedelin ön sıradaki rehinli alacakları karşılamaması taşınmazın paraya çevrilmesine engel değildir.

### C. Öncelik Hakkının Tarafları

Öncelik hakkı, yapı alacaklısı ipoteğini süresi içinde tescil ettirmiş yüklenici ve zanaatkârlara aittir<sup>86</sup>. Öncelik hakkının koşulları gerçekleşmesine rağmen hak tapuya tescille ettirilmemişse, bunun ön sıradaki rehinli alacaklılara karşı ileri sürülmesi mümkün değildir.

Yapı alacaklısının alacağını tescilden önce veya sonra devretmesi mümkündür. Yapı alacağının devriyle birlikte ipotek tescil edilmemişse tescili isteme hakkı, tescil edilmişse rehin hakkı kendiliğinden alacağı devralan kişiye geçer (TBK m. 189). Bu halde de alacağı devralan kişi öncelik hakkını ileri sürebilir<sup>87</sup>.

Davalı, ön sırada yer alan rehinli alacaklılardır<sup>88</sup>. Ön sırada yer alan rehinli alacaklılardan kasıt, taşınmaz üzerindeki yüklerin yapı alacaklısının

<sup>86</sup> Reisoğlu, s. 166; Akın, s. 768.

<sup>87</sup> Reisoğlu, s. 53.

<sup>88</sup> Tuor/Schneyder/Schmid/Rumo-Jungo, §112, N. 68; Reisoğlu, s. 168.

zararına olacağıın bilen veya bilebilecek durumda olan kişilerdir (TBK m. 897/I)<sup>89</sup>. Ön sıradaki rehinli alacağın devri halinde, alacağı devralan iyiniyetli olsa bile, öncelik hakkının devralana karşı ileri sürülmesi mümkündür<sup>90</sup>. Ön sıradaki ipoteğin, yapı alacaklısının tescili isteme hakkından önce doğması veya ipoteğin kurulduğu sırada bunun yapı alacaklısının zararına olacağı bilinmemesi halinde ön sıradaki ipotek alacaklılarına başvurulması mümkün değildir. Ön sırada birden fazla alacaklının bulunması halinde öncelik hakkının hepsine karşı aynı anda orantılı olarak ileri sürülmesi gerekir<sup>91</sup>.

Ön sıradaki rehinli alacaklı, yapı alacaklısı ipoteğinin geçersiz olduğunu her zaman ileri sürebilir. Örneğin yapı alacaklısı ipoteğin üç aylık süre geçtikten sonra tescil edilmişse, yapılan tescil yolsuzdur. Bu halde ön sıradaki alacaklıların ayrı bir dava açmasına gerek bulunmamaktadır. Yapı alacaklısının kendilerine karşı açmış olduğu davada yapı alacaklısı ipoteğinin yolsuz olduğunu itiraz olarak davanın her aşamasında ileri sürmesi mümkün olup<sup>92</sup>, yolsuz tescil hali hâkim tarafından re'en dikkate alınır.

#### D. Öncelik Hakkının Kapsamı

Yapı alacaklısına tanınan öncelik hakkının kapsamına öncelikle alacaklılarını kısmen veya tamamen elde edememekten dolayı uğranılan zararlar girmektedir. Ancak yapı alacaklısı uğradığı bütün zararları ön sıradaki rehinli alacaklıdan talep edemez. Yapı alacaklısının ön sıradaki rehinli alacaklıdan isteyebileceği tazminat, taşınmazın yapıdan dolayı meydana gelen değer fazlasıyla sınırlıdır<sup>93</sup>. Yapı dolayısıyla taşınmazda meydana gelen

<sup>89</sup> Schmid/Hürlmann/Kaup, N. 1796; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 970; Kaşak, s. 183; Reisoğlu, s. 182; Akipek/Akıntürk, s. 804; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1062; Saymen/Elbir, s. 589; Akın, s. 765-766.

<sup>90</sup> Yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik hakkının ön sıradaki rehinli alacağı devralan iyiniyetli kişiye karşı ileri sürülebilmesi tartışmalı olsa da ağırlıklı görüş, ileri sürülebileceğini kabul etmektedir. Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Reisoğlu, s. 174-175.

<sup>91</sup> Reisoğlu, s. 168; Tekinay, s. 90; Köprülü/Kaneti, s. 325; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1063; Uyumaz, s. 353.

<sup>92</sup> Reisoğlu, s. 168.

<sup>93</sup> Göktürk, s. 1052; Reisoğlu, s. 197-198; Thurnherr, s. 934.

değer fazlasının belirlenmesinde taşınmazın paraya çevrildiği anın esas alınması gerekir. Rehnin kurulmasından sonra taşınmazın değeri inşa edilen yapıdan bağımsız olara artmışsa, artan kısım yapı alacaklılarının tazminat alacağına dikkate alınmaz<sup>94</sup>. Ancak taşınmazın değeri rehnin kurulmasından sonra düşmüşse, rehnin kurulması sırasındaki yüksek değer esas alınması gerekir<sup>95</sup>.

Örnekle açıklamak gerekirse taşınmazın değeri 500.000, yapının değeri 500.000 TL olsun. Taşınmaz icra yoluyla 600.000 TL'ye satılırsa, satış bedelinin belirlenmesinde yapıların taşınmaza kattığı değer de dikkate alınması ve öncelik hakkının buna göre belirlenmesi gerekir. Bu halde yapı alacaklısı öncelik hakkını orantılı olarak ileri sürecektir. Taşınmazın icra yoluyla satılmasında 600.000 TL'lik bedele yapı alacaklısının inşa ettiği yapı sayesinde ulaşıldığından, taşınmazın yapısız değeri ile yapıli değeri arasında orantı yapılarak, yapı alacaklısının taşınmaza kattığı değer oranında ön sıradaki rehinli alacaklıya başvurabilmesi gerekir. Buna göre yapı alacaklısının ön sıradaki alacaklıya başvurabileceği kısım 300.000 TL'dir. Çünkü yapı inşa edilmeseydi taşınmazın paraya çevrilmesiyle elde edilen miktar 300.000 TL olacaktı.

## E. Öncelik Hakkının Nasıl İleri Sürüleceği

### 1. Genel Olarak

Rehin konusu taşınmazın icra yoluyla satılması halinde elde edilen miktarın nasıl paylaşılacağı İİK m. 151'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "*Rehin bedelinden masrafların çıkarılmasında ve artanın alacaklılar arasında paylaşılmasında 138 inci madde hükmü tatbik olunur. Satış tutarı alacaklıların alacağını ödemeğe yetmezse icra memuru 206 ncı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre alacaklıların her birine ait sıra ve payları tayin eder. 141, 142 ve 144 üncü maddelerin hükümleri burada da caridir.*". Görüldüğü üzere hüküm paranın paylaşılmasında İİK m. 138'e gönderme yapmaktadır. Yine İİK m. 151'de satış tutarının alacaklıların alacağını karşılamaya yetmemesi halinde her birine ait sıra ve payların icra

<sup>94</sup> Reisoğlu, s. 199.

<sup>95</sup> Reisoğlu, s. 199.



memuru tarafından tayin edileceği, İİK m. 206/III'de ise, alacakları taşınmaz rehniyle temin edilmiş olan alacaklıların sırası ve bu teminatın faiz ve eklentisine kapsamının Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerine göre belirleneceği düzenlenmiştir.

İcra memuru alacaklıların sırasını tayin ederken nasıl hareket edeceği TMK m. 874'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "*Rehinli taşınmazın satış bedeli, alacaklılar arasında sırasına göre dağıtılır*". Hükümde de açıkça belirtildiği üzere taşınmazın satışından elde edilen bedelin paylaşılmasında asıl olan alacaklılar arasındaki sıradır. Buna göre, dava konusu taşınmaz satıldığında icra memuru taşınmaz üzerinde rehinli alacaklıları, rehinin bulunduğu dereceye göre sıraya koymak ve elde edilen bedeli bu sıraya göre paylaşmak zorundadır. İcra memurunun takip konusu alacakların maddi bakımdan mevcut olup olmadığını veya öncelik hakkına sahip bulunup bulunmadığını bilmesi veya bu yönde bir değerlendirmede bulunması mümkün değildir. İşte bu halde yapı alacaklısının öncelik hakkını nasıl ileri sürebileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Yapı alacaklısı hakkının önceliğinin düzenlendiği TMK m. 897'de bu konuda açık bir hüküm bulunmaması konuyla ilgili çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur.

Bir görüşe göre, yapı alacaklısının öncelik hakkına dayanarak ön sıradaki rehinli alacaklıya karşı açacağı dava haksız fiil niteliğinde olacak davadır<sup>96</sup>. Öncelik hakkına sahip yapı alacaklısı, yapı işlerinin taşınmaza kazandırdığı değer fazlasının kendisine ödenmesi konusunda bir alacak hakkına sahip olup, bu hak TBK m. 72/I'e göre 2 yıl ve 10 yıllık zamanaşımına tabidir<sup>97</sup>. Satış bedelinin paylaşılması anı, haksız fiilin ve failin öğrenilmesi anı olacağından bu tarihten itibaren 2 yıl içerisinde dava açılması gerekir. Bu görüşü savunanlar, kanunun bir konuda bir kişiye getirmiş olduğu bir

<sup>96</sup> **Reisoğlu**, s. 207-208; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1064; **Akıpek/Akıntürk**, s. 806; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 744; **Akın**, s. 767; *Schmid/Hürlimann-Kaup*, hukukî sebep konusunda bir nitelendirme yapmamakla birlikte yapı alacaklısının bir alacak hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Schmid/Hürlimann/Kaup**, N. 1794; Öğretide bazı yazarlar yapı alacaklısının öncelik hakkını dava açarak kullanabileceğini belirtmekle birlikte, bu davanın hukukî sebebinin ne olduğunu açıklamamıştır. Bkz. **Göktürk**, s. 1053; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 969 vd.

<sup>97</sup> **Reisoğlu**, s. 208; **Akıpek/Akıntürk**, s. 806; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 744; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1064; **Akın**, s. 767.

yükümlülüğün ihlal edilmesinin haksız fiil niteliğinde olduğunu, kanunun belirli şartlarda, yapıdan dolayı meydana gelen kıymet fazlasını yapı alacaklılarına tahsis ettiğini, önceki sıradaki alacaklılara, taşınmazı yapısız değerinin üzerinde ipotek ettirmemek yükümlülüğü getirdiğini, ön sıradaki rehinli alacaklıların bu yükümlülüğe kusurlarıyla aykırı davranmasının haksız fiil niteliğinde olduğunu kabul etmektedir<sup>98</sup>.

İkinci görüş ise davanın İİK m. 151 ve 142 hükümlerine göre sıra cetveline itiraz süresi içerisinde açılabileceğini ifade etmektedir<sup>99</sup>.

Üçüncü bir görüş, yapı alacaklısına tanınan öncelik hakkının İİK m. 280 ile benzerlik gösterdiğini, yapı alacaklısının öncelik hakkını, yapı işlerinin taşınmaza kazandırdığı değer fazlası ölçüsünde, evvelki sırada bulunan rehin hakkı sahiplerine karşı bir iptal davası açmak yoluyla kullanabileceğini kabul etmektedir<sup>100</sup>. Bu dava ancak taşınmazın paraya çevrilmesiyle kullanılabilir<sup>101</sup>.

Dördüncü bir görüş, TMK m. 897'nin gerekçesinde ise burada bir tazminat yükümlülüğü değil, değer artışının öncelikle yapı alacaklılarına özgülenmesinin söz konusu olduğunu, gerekçeden hareketle burada kendine özgü bir davanın bulunduğu kabul edilebileceği belirtilmektedir<sup>102</sup>.

İsviçre Hukuku'nda ise yapı alacaklısının öncelik hakkı Taşınmazların Cebri İcra Yoluyla Paraya Çevrilmesine İlişkin Yönetmeliğin (Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken) 117. maddesinde düzenlenmiştir. Bu Yönetmelik İcra Hukuku'na özgü bir düzenlemedir. Yönetmelik m. 117'ye göre, taşınmazın paraya çevrilmesiyle elde edilen bedelin yapı alacaklılarının haklarını karşılamayacağını anlaşılması üzerine icra dairesi, yapı alacaklılarına dava haklarını kullanmak üzere on günlük süre verir. Bu süre içinde yapı alacaklısının dava açması halinde, ön sıradaki rehinli alacaklılara elde edilen bedelin paylaşılması sonunda düşecek olan miktarın dağıtılması dava sonuna kadar durur. Görüldüğü üzere

<sup>98</sup> **Reisoğlu**, s. 208.

<sup>99</sup> **Wieland**, Art. 841, N. 5; **Altay**, Sümer/**Eskiocak**, Ali: Türk Medenî Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul 2007, s. 295-296.

<sup>100</sup> **Köprülü/Kaneti**, s. 325; **Bıçakçı**, s. 566.

<sup>101</sup> **Saymen/Elbir**, s. 589; **Köprülü/Kaneti**, s. 325; **Bıçakçı**, s. 566; **Ayan**, s. 239.

<sup>102</sup> **Ayan**, s. 239.

yapı alacaklıların dava açması ön sıradaki ipotekli alacaklılara ödeme yapılmasını durdurmaktadır. On gün içinde yapı alacaklıları tarafından dava açılmaması halinde ise ön sıradaki ipotekli alacaklıya ödeme yapılır. Bu halde yapı alacaklılarının iddia ve talepleri dikkate alınmaz. Ancak yapı alacaklılarının on gün içinde dava açmaması, ön sıradaki ipotekli alacaklıya başvuru hakkını ortadan kaldırmaz; yapı alacaklıları on günlük sürenin geçmesinden sonra ön sıradaki ipotekli alacaklılara karşı tazminat davası açma hakkına sahiptir<sup>103</sup>.

## 2. Görüşlerin Değerlendirilmesi

İsviçre Hukukunda öncelik hakkına sahip yapı alacaklıları ipotekli taşınmazın satışından elde edilen bedelin alacaklarını karşılamaması halinde paraların paylaşılmasından önce dava açma hakkına sahip olduğu gibi paraların ön sıradaki rehinli alacaklıya tahsis edilmesinden sonra da dava açma hakkına sahiptir. Yapı alacaklısının paraların paylaşılmasından önce dava açması halinde, taşınmazın paraya çevrilmesiyle elde edilen miktarın dağıtılması dava sonuna kadar durmaktadır. Paranın dağıtılmasından önce açılan dava öncelik hakkına sahip olan yapı alacaklısının daha lehinedir. Çünkü taşınmazın satışından elde edilen bedel icra dairesinde bekletildiğinden, öncelik hakkının kullanılmasına ilişkin davanın kazanılmasıyla doğrudan öncelik hakkına konu olan bedelin kendisine ödenmesini isteyebilir. Oysa yapı alacaklısının on günlük süre içinde dava açmaması halinde ipotekli taşınmazın satışından elde edilen bedel ön sıradaki rehinli alacaklıya verildiğinden, öncelik hakkına sahip yapı alacaklısının açacağı dava normal bir alacak davası niteliğindedir.

Ülkemizde İsviçre’de olduğu gibi yapı alacaklısının öncelik hakkını nasıl kullanacağına ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak İcra İflas Kanunu’nda ipotekli taşınmazın satışında elde edilen bedelin paylaşılmasında düzenlenen sıra cetveline karşı alacaklıların şikâyet ve itiraz olmak üzere çeşitli haklara sahip olduğu düzenlenmiştir. İcra İflas Kanunu’ndaki bu hükümlerin yapı alacaklısının öncelik hakkını kullanması bakımından uygulanabilir nitelikte olup olmadığının da değerlendirilmesi

<sup>103</sup> Bilgi için bkz. **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 841, N. 3.

önem arz etmektedir. Özellikle yapı alacaklısının öncelik hakkını ipoteğin paraya çevrilmesiyle elde edilen bedelin dağıtılmasından önce kullanılması, hak sahibinin öncelik hakkının etkin ve hızlı kullanması ve alacağını güvence altına alması bakımından önem arz etmektedir. Bundan dolayı öğretilen ileri sürülen görüşleri TMK ve İİK hükümleri doğrultusunda değerlendirerek, yapı alacaklısının öncelik hakkını en etkin şekilde kullanabilmesinin yolları incelenecektir.

Yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik hakkının ileri sürülmesine ilişkin ilk görüş, hakkın ipotekli taşınmazın satışından elde edilen miktardan alınmasına olanak tanınamakta, yapı alacaklısı hakkının, taşınmazın satışından elde edilen bedelin paylaşılmasından sonra ön sıradaki rehin alacaklısına dava açılması gerektiğini kabul etmektedir. Bu görüş, ipotekli taşınmazın paraya çevrilip, elde edilen bedelin dağılmasından sonrası için yerindedir. İpotekli taşınmaz paraya çevrilip, elde edilen bedel ön sıradaki alacaklılara verilirse, öncelik hakkına sahip yapı alacaklısı, öncelik hakkını ön sıradaki ipotekli alacaklıya karşı dava açarak kullanacaktır. Ancak bu görüşün kabulü halinde alacaklının öncelik hakkından tam olarak yararlanabildiği söylenecektir. Şöyle ki, ipotekli taşınmazın satışından elde edilen bedelin önceki sırada yer alan alacaklıya verilmesi halinde, yapı alacaklısının alacağını elde edememe ihtimali bulunmaktadır. Örneğin önceki sıradaki alacaklı alacak üzerinde tasarruf etmişse ve yapı alacaklısının hakkını karşılayacak kadar malvarlığına sahip değilse veya sahip olmakla birlikte bu mallar takip sonucunda değerinin altında paraya çevrilirse, yapı alacaklısı alacağını elde edemeyerek öncelik hakkının etkin kullanılmamış olacaktır. Yapı alacaklısının öncelik hakkını etkin kullanabilmesi için ipotekli taşınmazın satışından elde edilen bedelin paylaşılmadan önce hakkın ileri sürülmesi veya yapı alacaklısının hakkının en azından açılan dava sonuçlanıncaya kadar dağıtımının engellenmesi gerekir.

Yapı alacaklısının öncelik hakkına ilişkin talebin İİK m. 151 ve 142 hükümlerine göre sıra cetveline şikâyet süresi içerisinde ileri sürülebileceğine ilişkin görüş, ipotekli taşınmazın paraya çevrildiği, ancak henüz paraların dağıtılmadığı hallerde başvurulabilecek bir yoldur. Ancak bu görüş, ipotekli taşınmazın satışıyla elde edilen bedelin dağıtılmasından sonra yapı alacaklısının hangi yola başvuracağını açıklamamaktadır. Bundan dolayı bu

görüş de yapı alacaklısının öncelik hakkını ileri sürülmesinde yetersiz kalmaktadır.

Öğretide ileri sürülen, yapı alacaklısına tanınan öncelik hakkının İİK m. 280 ile benzerlik gösterdiğini, yapı alacaklısının öncelik hakkını, yapı işleminin taşınmaza kazandırdığı değer fazlası ölçüsünde, evvelki sırada bulunan rehin hakkı sahiplerine karşı bir iptal davası açmak yoluyla kullanabileceği şeklindeki görüş de kanaatimizce yerinde değildir. İptal sebepleri İİK m. 278-280 hükümlerinde düzenlenmiştir. Bunlardan yapı alacaklısının öncelik hakkını kullanmasına uygulanabilecek nitelikte olan hüküm “*Zarar verme kastından dolayı iptal*” başlıklı İİK m. 280 hükmüdür. Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlu alacaklılarına zarar verme kastıyla bir işlem yaparsa ve zarar verme kastı işlemin tarafınca bilinirse veya bilinmesi gerekirse, bu halde yapılan işlemlerin iptali istenebilir. İptal için hem borçlu olan taşınmaz malikinin malvarlığının borçlarını karşılamaya yetmemesi, hem de tarafların alacaklıya zarar verme kastının bulunması gerekmektedir. Ayrıca iptal davasıyla borçlunun yaptığı işlemin iptaline karar verilmektedir. Oysa yapı alacaklısının öncelik hakkının ileri sürülmesinde borçlunun malvarlığının borçlarını karşılamaya yetmemesi şartı aranmadığı gibi malikin ön sıradaki alacaklıya tanımış olduğu ipotekte yapı alacaklılarına zarar verme kastı da aranmamaktadır. Ayrıca yapı alacaklısı öncelik hakkını kullandığında ön sıradaki ipotekli alacaklının yaptığı işlemin iptalini istememekte, uğramış olduğu zararı alacak hakkına dayalı olarak ipotekten bağımsız olarak talep etmektedir. Bundan dolayı kanaatimizce bu görüş öncelik hakkının ileri sürülebilmesi bakımından uygulanabilir nitelikte değildir.

TMK m. 897’de kendine özgü bir davanın bulunduğu yönündeki görüş de kanaatimizce yerinde değildir. Kendine özgü bir davanın bulunduğu kabulü halinde davaya hangi hükümlerin uygulanacağı belirsizdir. Bu görüş yapı alacaklısına tanınan öncelik hakkının niteliği ve hangi süre içinde ileri sürülmesi gerektiğini ortaya koymamaktadır.

### 3. Kanaatimiz

Yapı alacaklısı ipoteğinin önceliğinin ileri sürülmesi konusunda iki ihtimal bulunmaktadır. Bunlardan ilki ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesi, henüz paraların paylaşılmaması halidir. İpotekli taşınmaz paraya çevril-

mekle birlikte elde edilen bedel paylaştırılmamışsa, ön sıradaki rehinli alacaklıya karşı tazminat davası açılması mümkün değildir. Paranın paylaştırılmadığı hallerde yapı alacaklısının zarara uğramasından söz edilemez. Bu halde sıra cetveline karşı şikâyet yoluna başvurulur. Eğer rehinli taşınmaz satılıp elde edilen bedel paylaşılmışsa bu halde yapı alacaklısı öncelik hakkını ancak ön sıradaki rehinli alacaklıya karşı dava açarak kullanabilecektir. Çünkü paraların paylaştırılması halinde İİK bakımından başvurulabilecek bir yol bulunmamaktadır. İsviçre Hukuku'na baktığımızda da temelde iki yolun bulunduğu görülmektedir. Bunlardan ilkinin paraların paylaştırılmasından önce icra dairesinin yapı alacaklısına öncelik hakkını kullanmak için on günlük süre vermesi ve dava sonuna kadar paraların paylaştırılmasının engellenmesidir. İkincisi ise on günlük süre içinde dava açılmaması halinde öncelik hakkının alacak davasıyla ileri sürülmesidir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için bu yolları aşağıda ayrı başlıklar halinde inceleyeceğiz.

#### ***a. Sıra Cetveline Karşı Şikâyet Yoluna Başvurma***

Yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik hakkının ileri sürülmesinde ilk olanak sıra cetveline karşı şikâyet yoluna başvurmaktır. İİK m. 142'de, cetvelin ilgililere tebliğinden itibaren yedi gün içinden her ilgilinin sıra cetveline karşı itiraz edebileceği, ancak itirazın alacağın esas ve miktarına değil de yalnız sıra ise bu halde şikâyet yoluyla icra mahkemesine başvurulacağı düzenlenmiştir. Yapı alacaklısı, kural olarak alacağın esas ve miktarına değil, sırasına itiraz etmekte ve taşınmazın değerini aşan miktar bakımından ön sırada olduğunu ileri sürmektedir.

Sıra cetveline karşı şikâyet yoluna başvurma, icra dairesi tarafından düzenlenmiş olan sıraya itirazı kapsamaktadır<sup>104</sup>. İpotekli taşınmazın paraya çevrilmesi halinde satış tutarının alacaklılarının alacağını karşılamaması halinde icra memuru, her bir alacaklıya ait sıra ve payı belirler. İcra memuru, taşınmaz üzerinde rehinli alacaklıları, rehinin bulunduğu dereceye göre sıraya koymak ve elde edilen bedeli bu sıraya göre paylaşmak zorundadır. İcra memurunun takip konusu alacakların maddi bakımdan mevcut olup olmadığını veya öncelik hakkına sahip bulunup bulunmadığını bilmesi ya da bu

<sup>104</sup> Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer: İcra Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 2010, s. 632.

yönde bir değerlendirmede bulunması mümkün değildir. İcra memuru, sıra cetvelini düzenlerken, yapı alacaklısı ipoteği öncelik hakkına sahip olsa bile, kıdeme itibar ilkesi yarınca ipoteğin kurulduğu tarihleri esas alır. Şekli olarak oluşturulmuş sıra cetveli, yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik hakkına sahip olduğu hallerde maddi hakikate uymamaktadır. İşte bu halde öncelik hakkına sahip yapı alacaklısı, icra mahkemesinde sıra cetveline karşı şikâyet yoluna başvurabilecektir.

Sıra cetveli düzenlendikten sonra ilgililere tebliğ edilir (İİK m. 141). Öncelik hakkına sahip yapı alacaklısı, bu tebliğden itibaren yedi gün içinde icra mahkemesine başvurarak sıra cetveline itiraz edebilir. İcra mahkemesinde sıra cetveline karşı yapılan şikâyet ivedi işlerden sayılır ve basit yargılama usulüyle görülür (İİK m. 18, 142/II).

Şikâyet üzerine yargılamanın nasıl yapılacağı İİK m. 18'de düzenlenmiştir. İcra mahkemesi, şikâyeti duruşmalı veya duruşmasız olarak inceleyebilir. Duruşma yapılmayan işlerde icra mahkemesi, işin kendisine geldiği tarihten itibaren en geç on gün içinde kararını vermesi gerekir. Yargıtay, menfaati olumsuz yönde etkilenecek kişilere savunma hakkı vermek için takdir hakkının duruşma açılması yönünde kullanılması gerektiğini kabul etmektedir<sup>105</sup>. Yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik hakkına sahip olup olmadığı ancak duruşmalı olarak belirlenebilecek bir haldir. Bundan dolayı icra mahkemesi, bilirkişi incelemesi yaptırarak, yapı alacaklısı ipoteğinin öncelik hakkına sahip olup olmadığını tespit edecek, buna göre sıra cetveline karşı yapılan şikâyeti karara bağlayacaktır<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> Yargıtay 19. HD, E. 1993/9136, K. 1993/7825, T. 22.12.1993, [www.hukuki.net](http://www.hukuki.net) (04.06.2016).

<sup>106</sup> *Kuru*, icra mahkemesinin şikâyeti incelerken tanık dinleyebileceğini, bilirkişiye başvurabileceğini ve hatta gerekirse keşif yapabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Kuru**, Baki: İcra ve İflas Hukuku, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara 2013, s. 113; *Postacıoğlu/Altay*'ın icra mahkemesinin maddi hukukla ilgili sorunları çözmeye ne derece yetkili olduğuna ilişkin açıklamalarında ise mahkemenin ceبری icra hukukuna etkili olduğu ölçüde ve ceبری icra hukuku bakımından tesis edeceği karara dayanarak ve gerekçe oluşturması yönünden karşısına çıkacak maddi hukuk sorunlarını çözmek zorunda olduğu, buna yetkili bulunduğunu ifade etmişlerdir. Bkz. **Postacıoğlu/Altay**, s. 86.

Şikâyet yoluna başvurmanın öncelik hakkına sahip yapı alacaklısı bakımında bir avantajı, satıştan elde edilen paranın icra mahkemesinin kararı kesinleşinceye kadar ertelenmesidir<sup>107</sup>. İcra mahkemesi karar verinceye kadar ön sıradaki rehinli alacaklı kural olarak kendisine ödeme yapılmasını isteyemez. Ancak İİK m. 142a/I'de, sıra cetveline karşı şikâyet veya itiraz yoluna başvurulması halinde, sıra cetvelinde hak sahibi görünen her alacaklının bir bankanın kesin teminat mektubunu dosyaya ibraz ederek payına düşen meblağı tahsil edebilir<sup>108</sup>. Kanun Koyucu, bu hükümlerle ön sıradaki alacaklıya kesin teminat mektubu ibraz ederek payına düşen kısmın verilmesini isteme hakkı tanımış, teminat mektubu ile da sonradan ortaya çıkabilecek öncelik hakkına sahip olanların hakları korunmuştur. Her ne kadar açık hüküm olmasa da bu yol İsviçre Hukuku'ndaki Taşınmazların Cebri İcra Yoluyla Paraya Çevrilmesine İlişkin Yönetmeliği m. 117'ye benzemektedir. Şikâyet yolu, öncelik hakkına sahip yapı alacaklılarını koruyan önemli bir düzenlemedir. Ayrıca TMK m. 897/I'in lafzının bu görüşü desteklediği kanaatindeyiz. Hükümde taşınmazın satışından elde edilen bedelin yapı alacaklısının hakkını karşılamaması halinde, eksik kalan kısmın, ipotek hakkı elde eden önceki sıradaki alacaklıların payına düşen satış bedelinden arsa değeri çıkarıldıktan sonra artan para ile karşılanacağı düzenlenmiştir. Hükümden yapı alacaklısının hakkının öncelikle taşınmazın satışından elde edilen bedelden karşılanması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Öncelik hakkına sahip yapı alacaklısı sıra cetveline karşı itiraz yoluna başvuramaz veya başvurmasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü İİK m. 142/III'te açıkça, eğer itiraz alacağın esas ve miktarına ilişkin olmayıp, yalnız sıraya ilişkinse şikâyet yoluna başvurulacağı düzenlenmiştir. Bundan dolayı yapı alacaklısının sadece sıraya ilişkin itirazında başvurulacak yol, icra mahkemesine karşı şikâyettir. Ancak yapı alacaklısı alacağın sırasıyla birlikte esas ve miktarına da itiraz ediyorsa, başvuracağı yol sıra cetveline karşı itiraz yoludur. Bu halde itiraz eden genel mahkemede sıra cetveline karşı itiraz davası açar. Sıra cetveline karşı itiraz yoluna başvurulması halinde de taşınmazın satışından elde edilen bedelin paylaşılması dava sonuna kadar ertelenir. Ancak sıra cetvelinde hak sahibi görünen her alacaklı, bir banka-

<sup>107</sup> Postacıoğlu/Altay, s. 632.

<sup>108</sup> Postacıoğlu/Altay, s. 632-633.



dan kesin teminat mektubu ibraz ederek, payına düşen kısmın verilmesini isteyebilir (İİK m. 142a/I).

### **b. Alacak Davası Açma**

Öncelik hakkına sahip yapı alacaklısının icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurmaması veya şikâyet süresini kaçırmaması ve satış bedelinin ön sıradaki rehinli alacaklıya verilmesi halinde başvurabileceği diğer bir yol ise ön sıradaki rehinli alacaklıya karşı alacak hakkına dayalı tazminat davası açmaktır. Bu dava kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak öğretide kabul edilen ağırlıklı görüşe göre, yapı alacaklısının öncelik hakkı haksız fiile dayanan bir tazminat davası niteliğindedir<sup>109</sup>. Kanaatimizce yapı alacaklısına dayanan alacak hakkının hukukî dayanağının öğretide ileri sürüldüğü üzere haksız fiil olarak nitelendirilmesi mümkün olduğu gibi kanundan doğan kendine özgü bir alacak olarak nitelendirilmesi mümkündür. Ancak sürenin sınırı kabul edilen hukukî sebebe göre farklılık gösterir. Haksız fiil görüşünün kabulü halinde yapı alacaklısının öncelik hakkını TBK m. 72 gereği 2 ve 10 yıllık süre içinde ileri sürmesi gerekir; aksi halde alacak hakkı zamanaşımına uğrar. Kanundan doğan alacak hakkının kabulü halinde öncelik hakkının TBK m. 146 gereği 10 yıllık zamanaşımına tâbidir ve süre satış bedelinin ön sıradaki rehinli alacaklıya verilmesiyle başlar.

Bu davada yapı alacaklısı, öncelik hakkından yararlanamamaktan dolayı uğramış olduğu zararın tazminini ister. Örneğin, taşınmazın yalın değeri 500.000 TL, yapı alacaklısının inşa ettiği yapının değeri 400.000 TL ise, yapı alacaklısı uğramış olduğu zararın tazminini ön sıradaki rehinli alacaklıdan talep eder.

Yapı alacaklısının ön sıradaki rehinli alacaklıdan temerrüt faizi de talep etmesi mümkündür. Yine burada kabul edilen görüşe göre temerrüdün başladığı an farklılık arz etmektedir. Şöyle ki, davanın haksız fiile dayandığının kabulü halinde, davalı haksız fiilin gerçekleştiği anda (satış bedelinin ön sıradaki alacaklıya verildiği an) temerrüde düşmüş olacağından (TBK m.

<sup>109</sup> **Reisoğlu**, s. 207-208; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1064; **Akipek/Akıntürk**, s. 806; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 744; *Schmid/Hürlimann-Kaup*, hukukî sebep konusunda bir nitelendirme yapmamakla birlikte yapı alacaklısının bir alacak hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Schmid/Hürlimann/Kaup**, N. 1794.

117/II), bu andan itibaren yapı alacaklısının temerrüt faizi talep etmesi mümkündür. Oysa kanundan doğan alacak görüşünün kabulü halinde yapı alacaklısının temerrüt faizi isteyebilmesi için TBK m. 117 gereği ön sıradaki rehinli alacaklıya ihtar çekmesi gerekir. Ön sıradaki rehinli alacaklının borcu, satış bedelini aldığı anda muaccel olur; ancak alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.

## V. SONUÇ

Yüklenici ve zanaatkârların alacaklarını güvence altına almak için getirilmiş olan yapı alacaklısı ipoteğine bazı hallerde ön sıradaki rehinli alacaklılara nazaran öncelik hakkı tanınmasına rağmen, bu önceliğin nasıl ileri sürüleceğinin düzenlenmemesi, konuyla ilgili öğretide konuyla ilgili çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Aslında öncelik hakkının ileri sürülmesi konusunda Türk Medeni Kanunu veya İcra ve İflas Kanunu'na bir hüküm eklenip hem bu tartışmaların önüne geçilmesi hem de hakkın kullanılmasıyla ilgili belirsizliğin kaldırılması mümkündür. Ancak bu konuda özel bir düzenleme olmadığından öncelik hakkının nasıl kullanılacağı, mevcut hukuk düzeni içinde açıklanmaya çalışılmıştır.

Yapı alacaklısı ipoteği, belirli koşulların varlığı halinde taşınmaza emek veya emek ve malzemesiyle kattığı değer bakımından öncelik hakkına sahiptir. Ancak ipotekli taşınmazın satışında elde edilen miktarın bütün alacakları karşıladığı hallerde öncelik hakkının bir anlamı bulunmamaktadır. Öncelik hakkı, elde edilen miktarın yapı alacağı karşılamadığı hallerde önem arz etmektedir. İşte taşınmazın satışında elde edilen miktarın yapı alacağını karşılamaması halinde icra memuru sıra cetveli düzenler ve sıra cetvelini düzenlerken rehlin bulunduğu dereceyi esas alacaktır. Maddi olarak öncelik hakkının koşulları oluşsa bile sıra cetvelinin düzenlenmesinde öncelik hakkının koşullarının bulunup bulunmadığının icra memuru tarafından dikkate alınması veya bu yönde maddi hukuka yönelik bir değerlendirme yapılması mümkün değildir. İşte bu halde öncelik hakkına sahip yapı alacaklısı, sıra cetveline karşı icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurabilecektir. Şikâyet yoluna başvurulduğunda, ipotekli taşınmazın satışından elde edilen paranın paylaşılması icra mahkemesi kararının kesinleşmesine kadar ertelenir. Eğer yapı alacaklısı hem alacağın miktarına hem de sırasına itiraz ediyorsa, bu halde genel mahkemelerde sıra cetveline karşı itiraz davası açması gerekir.

Sıra cetveline karşı itiraz davasında da mahkeme kararı kesinleşinceye kadar paraların paylaşılması ertelenir.

İpotekli taşınmazın satışıyla elde edilen paranın ön sıradaki alacaklıya tahsis edilmesi halinde yapı alacaklısı, ön sıradaki alacaklıya karşı tazminat davası açma hakkına sahiptir. Öğretide ağırlıklı olarak kabul edildiği üzere tazminat davası haksız fiil hükümlerine dayanmakta olup, dava açma süre, iki yıldır. İki yıllık süre, taşınmazın satışından elde edilen miktarın ön sıradaki rehinli alacaklıya tahsisiyle başlar.

Paraların paylaşılmasından sonra yapı alacaklısı öncelik hakkına dayanarak ön sıradaki rehinli alacaklıya dava açma hakkına sahip olsa da öncelik hakkının sıra cetveline karşı şikâyet veya itiraz yoluyla kullanılması yapı alacaklısı lehinedir. Bu yol yapı alacaklısını, ön sıradaki rehinli alacaklının mali durumunun kötüleşmesi ihtimaline karşı korumaktadır.

**KAYNAKÇA**

- Akın**, Levent: “İnşaatçı İpoteği”, ABD, 1991/5, s. 751-769.
- Akıpek**, Jale G./**Akıntürk**, Turgut: Eşya Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2009.
- Altay**, Sümer/**Eskiocak**, Ali: Türk Medenî Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul 2007.
- Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku III, Sınırlı Aynî Haklar, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Konya 2014.
- Bıçakçı**, Levent: “Yapı Alacaklısı İpoteği”, İHFM, Y. 1982, C. 45, S. 1-4, s. 537-568.
- Çetiner**, Bilgehan: Taşınmaz Teminatı, İstanbul 2015.
- Göktürk**, Hüseyin Avni: Türk Medeni Hukuku, Dördüncü Kitap, Aynî Haklar, Ankara 1949.
- Gürsoy**, Kemal Tahir/**Eren**, Fikret/**Cansel**, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984.
- Hatemi/Serozan/Arpacı**, Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Geiser**, Thomas: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 5. Auflage, Basel 2015.
- Kaşak**, Fahri Erdem: İnşaatçı İpoteği (MK m. 895-897), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- Köprülü**, Bülent/**Kaneti**, Selim: Sınırlı Aynî Haklar, 2. Baskı, İstanbul 1982-1983.
- Kuru**, Baki: İcra ve İflas Hukuku, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara 2013.
- Mertol**, Can: “Yeni Medeni Kanunun İnşaatçı (Yapı) İpoteği Hakkındaki Hükümleri ile İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapıp Yapmadığı”, GÜHFD, 2004, C. VIII, S. 1-2, s. 49-56.

- Oğuz**, Cemal: “Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu”, GÜHFD, C. XIII, Y. 2009, S. 1-2, s. 61-75.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Bası’dan 16. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2013.
- Postacıoğlu**, İlhan E./**Altay**, Sümer: İcra Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 2010.
- Reisoğlu**, Safa: Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı, Ankara 1961.
- Saymen**, Ferit Hakkı/**Elbir**, Halid Kemal: Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1963.
- Schmid**, Jörg/**Hürlimann/Kaup**, Bettina: Sachenrecht, 2., ergänzte, verbesserte und nachgeführte Auflage, Zürich-Basel-Genf 2003.
- Sirmen**, Lâle: Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016.
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi: “İnşaatçı İpoteğinin Tescilini İsteme Hakkının Mahiyeti”, MHAD, C. 3, S. 4, 1969, s. 133-139 (İnşaatçı İpoteği).
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi: Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, II/3, İstanbul 1994.
- Thurnherr**, Christoph: Das Bauhandwerkerpfandrecht - eine aktuelle Übersicht unter Berücksichtigung der Baukredit - überwachungspraxis der Banken, ZBJV, Band 142, 2006, s. 909-937.
- Tuor**, Peter/**Schneyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Rumo-Jungo**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009.
- Uyumaz**, Alper: “Yapı (İnşaatçı) İpoteği”, EÜHFD, Y. 2008, C. XII, S. 1-2, s. 225-258.
- Wieland**, Carl: Kanunu Medenî’de Aynî Haklar (Çeviren: İ. Hakkı Karafakih) Ankara 1946.

