T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK (MEDENÎ HUKUK)

ANABİLİM DALI

AZERBAYCAN MEDENÎ HUKUKUNDA TÜRK MEDENÎ HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRILMALI OLARAK SÖZLEŞMEDEN DOĞAN TAŞINMAZ İPOTEĞİ

Doktora Tezi

İsmayıl İSMAYILLI

Ankara-2012

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK (MEDENÎ HUKUK)

ANABİLİM DALI

AZERBAYCAN MEDENÎ HUKUKUNDA TÜRK MEDENÎ HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRILMALI OLARAK SÖZLEŞMEDEN DOĞAN TAŞINMAZ İPOTEĞİ

Doktora Tezi

İsmayıl İSMAYILLI

Tez Danışmanı

Yrd. Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara-2012

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK (MEDENÎ HUKUK)

ANABİLİM DALI

AZERBAYCAN MEDENÎ HUKUKUNDA TÜRK MEDENÎ HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRILMALI OLARAK SÖZLEŞMEDEN DOĞAN TAŞINMAZ İPOTEĞİ

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	İmzası
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....

Tez Sınavı Tarihi .....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER ..... **I**

KISALTMALAR ..... **IX**

KAYNAKLAR ..... **XI**

GİRİŞ **1**
I. Konunun Takdimi ve Önemi 1
II. Konunun Sınırlandırılması 5
III. İnceleme Yöntemi 6

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEDEN DOĞAN İPOTEK KAVRAMI, ÖZELLİKLERİ ve ÇEŞİTLERİ

§1. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN İPOTEK KAVRAMI **8**

§ 2. TERMİNOLOJİ SORUNU **13**

§3. İPOTEĞİN TARİHÎ GELİŞİMİ **15**
I. Roma Hukukunda İpotek 15
II. Sovyet Hukukunda İpotek 18

§4. İPOTEĞİN ÖZELLİKLERİ **19**
I. Alacağa Bağlı (Fer'î) Bir Hak Niteliği 19
II. Sınırlı Aynî Hak Niteliği 23
III. Mutlak Hak Niteliği 25
IV. Zamanaşımını Kesmesi 27

§ 5.TAŞINMAZ İPOTEĞİNİN ÇEŞİTLERİ **29**
I.Görünüm Şekli Bakımından 29
A.Malikin Kendi Borcu İçin İpotek Tesis Etmesi 29
B. Malikin Üçüncü Kişilerin Borcu İçin İpotek Tesis Etmesi 33
C.Malik Lehine İpotek 37
1.Genel Olarak Malik Lehine İpotek Kavramı 37
2. Malik Lehine İpoteğin Çeşitleri 39
3. Malik Lehine İpoteğin Hukukî Niteliği 43
II. İpoteği Doğuran Sebepler Bakımından 44
A.Genel Olarak 44
B.İradeye Dayanan İpotek 45
1.Sözleşmeye Dayanan (Akdi) İpotek 45

2.Ölüme Bağlı Tasarruflarda İpotek 46
3.Mahkeme Kararına Dayanan İpotek..... 48
4.Kanuna Dayanan İpotek..... 49
aa. Genel Olarak 49
bb. Tescile Tâbi Kanunî İpotek Hakkı 50
cc. Tescile Tâbi Kanunî İpotek Hakkının Hukukî Niteliği..... 52
dd. Tescil Talebinin Süresi..... 55
III. Teminat Konusu Taşınmazın Sayısı Bakımından..... 58
A. Genel Olarak 58
B. Bir Alacağın Birden Çok Taşınmazla Teminat Altına Alınması (Toplu İpotek)..... 59

İKİNCİ BÖLÜM

TAŞINMAZ İPOTEĞİNİN KURULMASI ve İPOTEĞİN SIRA DÜZENİNE HÂKİM OLAN SİSTEMLER

§6. İPOTEK AÇISINDAN FİİL EHLİYETİ 63
I. Tam Ehliyetliler..... 63
II. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişilerin Fiil Ehliyeti..... 63
III. Küçüklerin ve Kısıtlıların Fiil Ehliyeti..... 65

§7. İPOTEĞE KONU OLABİLECEK TAŞINMAZLAR 67
I. Genel Olarak Taşınmaz Kavramı 67
II. Taşınmazın Tapuya Kayıtlı Olması 70
III. Taşınmazın Bağımsız Olması 73
IV. Taşınmazın Belirli Olması 74
A. Genel İpotek Müessesesinin Yasak Olması 74
B. Taşınmazın Bir Kısmının İpotek Edilememesi..... 75
V. Birlikte Mülkiyet Konusu Taşınmaz Üzerinde İpotek 76
A.Genel Olarak 76
B. Paylı Mülkiyette İpotek..... 77
1. Genel Olarak..... 77
2. Payın İpoteğinden Sonra Taşınmazın Bütününün İpoteği 80
3. Taşınmazın Tamamı Üzerinde İpotek Kurulduktan Sonra Payın İpoteği 82
C. Elbirliği Mülkiyetinde İpotek..... 83

§8. TAŞINMAZ MALİKİNİN TASARRUF YETKİSİ 84
I. Genel Olarak..... 84
II. Türk Hukukunda Malikin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlandığı Haller 85
III. Azerbaycan Hukukunda Malikin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlandığı Haller87

§9. İPOTEK SÖZLEŞMESİ ve ŞEKLİ..... 89
I. Genel Olarak..... 89
II. İpotek Sözleşmesinin Şekli..... 90
III. Şeklin Kapsamı 91

IV. İpotek Sözleşmesinin Değiştirilmesi 92

§10. İPOTEĞİN TESCİLİ 93
I. İpotek Alacaklısının Tescil Talebinde Bulunması 93
II. İpoteğin Kurulduğu An 96
III. Tescillin Sonucu 99
IV. Yolsuz Tescilin Sonuçları 100

§11. YABANCI PARA ÜZERİNDEN TAŞINMAZ İPOTEĞİ 103
I.Genel Olarak 103
II. Millî Para (Memleket Parası) ve Yabancı Para Kavramı 105
III. Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz İpoteği 106

§ 12 TAŞINMAZ İPOTEĞİNİN SIRA DÜZENİNE HÂKİM OLAN SİSTEMLER ve İPOTEĞİN DİĞER SINIRLI AYNÎ HAKLAR KARŞISINDA SIRASI 108
I. Genel Olarak 108
II. Türk Hukukunda Sabit Dereceler Sisteminin Temel Özellikleri 110
III. İlerleme Sistemi ve Azerbaycan Hukukundaki Yeri 113
A. Genel Olarak 113
B. Azerbaycan Hukukunda İlerleme Sisteminin Özellikleri 114
1.Sıranın Tescil Tarihine Göre Belirlenmesi 114
2. Her Bir Taşınmazın Bütün Değeri İle Alacağa Teminat Oluşturması 115
3. İlerleme Hakkı 116
4.İlerleme Sisteminin İstisnaları 116
a. İpotek hakkının belirlenmesi bakımından 116
b. Malikin boşalan sıra üzerinde tasarruf yetkisi (malik lehine ipotek) 118
IV. Taşınmaz İpoteği İle Sınırlı Aynî Haklar Arasındaki Sıra Düzeni 118

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAŞINMAZ İPOTEĞININ HÜKÜMLERİ ve SONA ERMESİ

§ 13. TAŞINMAZ İPOTEĞİNİN ALACAKLAR BAKIMINDAN KAPSAMI . 121
I. Genel olarak 121
II. Teminat Altına Alınan Alacağın Miktarı Belirli ise 122
III. Teminat Altına Alınan Alacağın Miktarı Belirli Değil ise 123
IV. İpoteğin Teminat Kapsamı 124
A. Genel Olarak Anapara İpoteği İle Üst sınır (Maksimal) İpoteği Kavramları 124
B. Anapara İpoteğinin Teminat Kapsamı 125
1. Anapara Alacağı 125
2. Temerrüt (Gecikme) Faizi 127
3. Anapara (Kapital) Faizleri 136
4. Takip Masrafları (Giderleri) 137
5. Cezaî Şart 138

6. Taşınmazın Korunması İçin Yapılan Makûl Masraflar 142
7. Diğer Zararlar 144
C. Üst Sınır İpoteği (Maksimal, Maximal İpotek) 146

§14. TAŞINMAZ İPOTEĞİNİN TEMİNAT YÜKÜNÜN KAPSAMINDAKİ DEĞERLER 149
I. Genel Olarak 149
II. İpotek Konusu Taşınmaz 150
III. Taşınmazın Eklentileri (Teferruatı) 150
A. Eklenti Kavramı 150
B. Taşınmaz İpoteği Kapsamındaki Eklenti 152
C. Eşyanın Eklenti Niteliğini Yitirmesi 154
D. Eklentiler Üzerinde Üçüncü Kişilerin Hakları 156
IV. Taşınmazın Bütünleyici Parçaları (Mütemmim Cüzleri) 158
A. Bütünleyici Parça Kavramı 158
B. Taşınmaz İpoteğinin Kapsamındaki Bütünleyici Parça 160
1. Genel olarak 160
2. Tabiî ve Hukukî Ürünler 161
3. Bütünleyici Parça Niteliğindeki Taşınmazların İpoteği 164
4. Bütünleyici Parça Niteliğinin Yitirilmesi 167
5. Kaim Değerler 168
a. Sigorta Tazminatı 169
b. Kamulaştırma 171

§15. TAŞINMAZIN DEĞERİNİN KORUNMASI 173
I. Genel Olarak 173
II. Değer Azalması Kavramı 174
III. Taşınmazın Değerinin Azalmasına Karşı İpotekli Alacaklının Sahip Olduğu İmkânlar 175
A. Genel Olarak 175
B. Önleme ve Sona Erdirme Hakkı 175
C. Eşyanın Zilyetliğinin Kendisine Verilmesini Talep Hakkı 177
D. Teminat Talep Hakkı 179
E. Borcun İfasını Talep Hakkı 180

§16. İPOTEKLİ ALACAKLININ İPOTEKLİ TAŞINMAZI MÜLKİYETİNE GEÇİRME YASAĞI (LEX COMMİSSORİA) 182
I. Genel Olarak 182
II. Lex Commissoria Yasağının Kapsamı 185
A. Kanuna Karşı Hile Niteliği Taşıyan Sözleşmeler 185
1. Teminat Maksadıyla Yapılan Taşınmaz Satış Vaatleri 185
2. Teminat Maksadıyla Yapılan Vefaen Satış Sözleşmeleri 187
3. Teminat Maksadıyla Taşınmazın Devri Sözleşmeleri 189
B. Lex Commissoria Yasağının Kapsamına Girmeyen Durumlar 191

§17. İPOTEKLİ TAŞINMAZIN DEVRİ 192
I. Genel Olarak 192
II. Taşınmazın İpotek Yükü Bölünerek Devri 193
III. Taşınmazın İpotek Yükü Bölünmeden Devri 195

§ 18. İPOTEĞİN SONA ERMESİ 196
I. Genel Olarak 196
II. İpoteğin Teminat Altına Aldığı Alacağa Bağlı Olarak Sona Ermesi 197
III. İpoteğin Teminat Altına Aldığı Alacaktan Bağımsız Olarak Sona Ermesi 199
A. İpoteğin Terkinle Sona Ermesi 199
B. İpoteğin Terkine Bağlı Olmadan Sona Ermesi..... 200
1. Genel olarak..... 200
2. İpoteğin Mahkeme Kararı ile Sona Ermesi 200
3. İpoteğin Taşınmazın Tamamen Yok Olması Sebebiyle Sona Ermesi 201
4. İpoteğin Taşınmazın Kamulaştırılması Sebebiyle Sona Ermesi .. 202
5. İpoteğin Sürenin Dolması Sebebiyle Sona Ermesi..... 203
6. İpoteğin Taşınmazın Cebrî İcra Yoluyla Satışı Sebebiyle Sona Ermesi 204

SONUÇ 206

TEZ ÖZETİ..... 211

ZUSAMMENFASSUNG 212

KISALTMALAR

age.	:adı geçen eser
AAM.	:Azerbaycan Aile Mecellesi
ABD.	:Ankara Barosu Dergisi
AD.	:Adalet Dergisi
AİK.	:Azerbaycan İpotek Kanunu
AC.	:Azerbaycan Cumhuriyeti
AMM.	:Azerbaycan Mülkî Mecellesi (Azerbaycan Medenî Kanunu)
AÜEHFD.	:Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AHFD.	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ATSK.	:Azerbaycan Tapu Sicili Kanunu
ASSC.	:Azerbaycan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti
B.	:Bası
BATİDER.	:Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
bkz.	:bakınız
BTHH.	:Banka ve Ticaret Hukuku Haftası
C.	:Cilt
DÜHFD.	:Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dp.	:dipnot
E.	:Esas
f.	:fıkra
GÜHFD.	:Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HBM.	:Hukukî Bilimler Dergisi

HD.	:Hukuk Dairesi
İBD.	:İstanbul Barosu Dergisi
İHFM.	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:Karar
KÜHFD.	:Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
M.Ö.	:Milattan Önce
m.	:madde
QK.	:Qrajdanskiy Kodeks (Rusya Medenî Kanunu)
s.	:sayfa
S.	:Sayı
SSCB.	:Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
SÜHFD.	:Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	:Tarih
TBK.	:Türk Borçlar Kanunu
TMK.	:Türk Medenî Kanunu
TTK.	:Türk Ticaret Kanunu
vd.	:ve devamı
vs.	:ve saire
Y.	:Yıl
YD.	:Yargıtay Dergisi
YHD.	:Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK.	:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK.	:Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı
YKD.	:Yargıtay Kararları Dergisi
yy.	:yüz yıl

KAYNAKLAR*

ACAR, Faruk :"Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi", Ankara 2008.

ADAY, Nejat :"Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa", İstanbul 1992.

AKARTEPE, Alpaslan :"Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi", İstanbul 2005.

AKİPEK, G., Jale */*
AKINTÜRK, Turgut :"Eşya Hukuku", İstanbul 2009.

AKKANAT, Halil **:"**İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.

AKYOL, Şener :"Borçlar Hukuku" C. 1, İstanbul 1995.

AKYOL, Şener :Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme. İstanbul 1976, (Kısaltılmışı: **Akyol,** "Sözleşme").

ALBAŞ, Hakan :"Para Değerinden Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği", İstanbul 2004.

ALLAVERDİYEV, Sabir :"Azerbaycan Respublikasının Mülki Hüquq Kursu", C. II, Bakü 2009 (Kısaltılmışı: **ALLAVERDİYEV,** "Mülki").

ALTAŞ, Hüseyin :"Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi", Ankara 1998.

ALTAY, Sümer
ESKİOCAK, Ali :"Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni", İstanbul 2007.

* Dipnotlarda geçen eserler, yazarların soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıf ile, aynı soyadı taşıyan yazarların eserlerine yapılan atıflar, kısaltılmış şekliyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

ALTOP, Atilla **:"**4489 Sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılmasına Hakkında Kanun Çerçevesinde İpoteğin Alacak Bakımından Anapara İpoteği - Limit (Üst Sınır) İpoteği Ayrımının Uygulamada Yansıyan Sonuçları", MHB, sayı1-2, Aysel Çelikel'e Armağan, 1999-2000, s. 11-41.

ARAL, Fahrettin **:"**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri", 7. Bası, Ankara 2003.

ARKAN, Sabih :"İpotekli Gayrimenkulün Sigortalanması Durumunda Alacaklının Hukukî Durumu", BATIDER, C. XIV, S. 3, 1988, s. 63-82.

ARPACI, Abdülkadir **:"**Eşya Hukukumuzda Yeni Medenî Kanunla Yapılan Değişiklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış", Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 89-112, (Kısaltılmışı: **ARPACI** "Değişiklik").

ARPACI, Abdülkadir :"Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim", İstanbul 1990 (Kısaltılmışı: **ARPACI,** "Yönetim").

ATALAY, Aytekin **:"**Borçlar Hukukunun Genel Teorisi", İstanbul 1975.

AYAN, Mehmet **:"**Eşya Hukuku", 3. baskı, C: III, Konya 2000.

AYBAY, Aydın :"Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi", İstanbul 1964.

AYDOĞDU, Murat :"İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla İlamsız Takip", Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi), İzmir 1997 s. 319-347.

AYİTER, Nuşin :"Türk Medenî Kanununda ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları", Ankara 1961 (Kısaltılmışı: **AYİTER,** "Elbirliği")

AYİTER, Nuşin :"Eşya Hukuku", Ankara 1983.

AYRANCI, Hasan :"Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar", Ankara 2006.

BARLAS, Nami **:**"Yeni Medenî Kanunun Aynî Teminata İlişkin Düzenlemeleri", Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, s. 569-588, (Kısaltılmışı: **BARLAS,** "Teminat").

BARLAS, Nami :"Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar", İstanbul 1992, (Kısaltılmışı: **BARLAS,** "Para").

BARLAS, Nami :"Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arasında Hukukî İşlem Özgürlüğü ve Sınırları" Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 115-143, (Kısaltılmışı: **BARLAS,** "Sınırlar").

BAŞPINAR, Veysel **:"**Türk Medenî Kanunu İle Aile Hukukuna Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz"**,** AÜHFD, C. 52, S. 3, 2003, s. 79-102, (Kısaltılmışı: **BAŞPINAR,** "Öneriler").

BAŞPINAR, Veysel **:"**Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı"**,** Ankara 1998, (Kısaltılmışı: **BAŞPINAR,** "Butlan").

BAŞPINAR, Veysel **:"**Kanun Hazırlama Teknikleri Açısından Türk Medenî Kanunu'nun Değerlendirilmesi", Bilgi Toplumunda

Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 2, İstanbul 2003, s. 417-435, (Kısaltılmışı: **BAŞPINAR,** "Değerlendirme").

BAŞPINAR, Veysel :"Sınırlı Aynî Hakların Sırası", TNBHD, S. 78, 1993, s. 50-60, (Kısaltılmışı: **BAŞPINAR,** "Sıra").

BAŞPINAR, Veysel :"Yeni Türk Medenî Kanunu", Turgut Kapsüz'e Armağan, Ankara 2003, 669-690, (Kısaltılmışı: **BAŞPINAR,** "Kanun").

BAŞPINAR, Veysel :"Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdahaleler", Ankara 2009.

BATTAL, Ahmet, "Yabancı Para Üzerinden Düzenlenen ve Aynen Ödeme Kaydı İçeren Çeklerin Tahsili Konusundaki Çeşitli İhtimallerin İncelenmesi" İÜHFM, C. LVI, S. 1-4, 1998.

BAYSAL, Başak **:**"Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar", Özel Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s.148-178.

BELGESAY, Mustafa, R. :"İcra ve İflas Kanunun Şerhi", C: 1, İstanbul 1964.

BİNGÖL, F**.** Itır :"Temerrüde Düşen Borçlunun Ödeyeceği Tazminat Miktarına, Alacaklının 3. Kişiye Ödeyeceği Cezaî Şartın Etkisi", Mualla Öncel'e Armağan, Ankara 2006, s. 1399-1415.

BUDAK, C., Ali :"İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip", İstanbul 2010.

BURCUOĞLU, Haluk :"Paranın Başkasının Parası ile Karışması Üstüne Bir Deneme", Türkiye Barolar Birliyi Yayını No: 8, Faruk Erem Armağanı, 1999, s. 79-100.

BUZ, Vedat :**"**Yenilik Doğuran Haklar", Ankara 2005.

CANSEL, Erol :"Türk Menkul Rehin Hukuku, Teslim şartlı Menkul Rehni", Ankara 1967, (Kısaltılmışı: **CANSEL,** "Rehin").

CANSEL, Erol :"İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medenî Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hâsılat Kirası", Ankara 1953.

DAVRAN, Bülent :"Gayrimenkul Rehninin Teferruata Şümulü", Muammer Raşit Seviğ'e Armağan, İstanbul 1956, s. 563-579.

DİRİCAN, Gökhan :"Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezaî Şart ve Yargıtay Uygulaması", İstanbul 2007.

DOĞAN, Murat, "Tapu Sicilinde Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi", Ankara 2004.

DÖRTGÖZ, Ö. Gürsel :"Tapu ve Kadastro ile İlgili Genelgeler", Ankara 2005.

DURAL, Mustafa /
OĞUZ, Tufan /
GÜMÜŞ Alper :"Türk Özel Hukuku" C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2005.

EDİS, Seyfullah, :"Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri", Ankara 1987.

ERDEN, Hakan :"Roma Hukukunda "Superficies Solo Cedit" İlkesinin Bir İstisnası Olarak Superficies (Üst Hakkı) ve Hukukumuzda Yansıması", KÜHFD, Y. 1, S. 1, 1997.

ERDOĞAN, İhsan **:"**Hukukî Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları", GÜHFD, C. I, S. 1, 1997, s.125-135.

ERDOĞMUŞ, Belgin :"Roma Eşya Hukuku", İstanbul 2009.

EREL, N**.,** Şafak **:**"Gayrimenkul Rehninde Sıra", Ankara 1974, (Kısaltılmışı: **EREL, "**Sıra").

EREL, N**.** Şafak :"Eşyaya Bağlı Borç" Ankara 1982, (Kısaltılmışı: **EREL, "**Borç").

EREM, Faruk :"Yeni Bankalar Kanunu Hükümlerine Göre Bankaların Munzam Teminat Olarak İpotek Almalarındaki Hususiyetler", Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (27 Nisan-3 Mayıs 1959), BTHAE, Ankara 1960, s. 238-247.

EREN, Fikret **:**"Borçlar Hukuku Genel Hükümler" , 9. Bası, İstanbul 2006, (Kısaltılmışı: **EREN, "**Borçlar").

EREN, Fikret :"Mülkiyet Hukuku", Ankara 2011, (Kısaltılmışı: **EREN, "**Mülkiyet").

ESENER, Turhan /
GÜVEN, Kudret :"Eşya Hukuku", Ankara 1993.

ESENER, Turhan :"Hukukî Muamelelerde Tahvil", AÜHFD, C. XVI, S. 1-4, 1959, s. 234- 255, (Kısaltılmışı: **ESENER, "**Tahvil").

ESENER, Turhan :"Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler", İstanbul 1958, (Kısaltılmışı: **ESENER, "**Muvazaa").

GÜMÜŞ, A. Mustafa :"Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri İle Karşılaştırmalı Olarak Eski Medenî Kanunun Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde

Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ve İlgilileri İçin Kabul Edilmiş "Tazminat (Bedel) Alacakları" ve "İpotek Hakları", Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, s. 533-567.

GÜNEL, C.**,** Mustafa :"Taşınmaz Rehininin Alacak Bakımından Kapsamı" Özel Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 247-266, (Kısaltılmışı: **GÜNEL,** "Kapsam").

GÜNEL, C.**,** Mustafa **:"**Taşınmaz Rehninin Kapsamı Çerçevesinde Eklentinin Durumu" (yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul 2002, (Kısaltılmışı: **GÜNEL,** "Eklenti").

GÜNEL, K. Onur :"Lex Commissoria Yasağı", Ankara 1998, (Kısaltılmışı: **GÜNEL, K. "**Lex Commissoria").

GÜRDOĞAN, Burhan :"İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", Ankara 1979.

GÜRSOY, T., Kemal "Birden Ziyade Gayri Menkulün Bir Borç İçin İpotek Edilmesi ve Uygulamada Çıkan Sorunlar" Ankara 1978.

GÜRSOY, Kemal **/**
EREN, Fikret **/**
CANSEL, Erol **: "**Türk Eşya Hukuku", 2. Bası, Ankara 1984.

HATEMİ, Hüseyin **/**
SEROZAN, Rona **/**
ARPACI, Abdülkadir **: "**Eşya Hukuku", İstanbul 1991.

HELVACI, İlhan :"Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı" İstanbul 2008,(Kısaltılmışı: **HELVACI**, "İpotek").

HELVACI, İlhan :"Türk Hukukunda Lex Commissoria Yasağı", İstanbul 1997, (Kısaltılmışı: **HELVACI**, "Lex Commissoria") .

HONİG, Richad,
(çev: Şemsettin Talip) :"Roma Hukuku", İstanbul 1938.

İMAMOĞLU, Hulya :"Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehni Tesisi" Ankara 1994, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi)

İNAN, A.,Naim **/**
ERTAŞ, Şeref **/**
ALBAŞ, Hakan **:** "Miras Hukuku", Ankara 2006.

İOFFE O., S. :"Obyazatelstennoe Pravo", (Borçlar Hukuku), Moskova 1975.

KANETİ, Selim **:"**Hukukî İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvil)", İstanbul 1972.

KARADENİZ, Ö.,Çelebican **:**"Roma Eşya Hukuku" 2. basım, Ankara 2005.

KARAHASAN, M**.,** Reşit :"Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku", Mülkiyet Hukuku, C.1, İstanbul 1999. (Kısaltılmışı: **KARAHASAN**, "Mülkiyet").

KARAHASAN, R., Mustafa :"Sorumluluk Hukuku Sözleşmeden Doğan Sorumluluk", İstanbul 2003, (Kısaltılmışı: **KARAHASAN**, "Sorumluluk").

KILIÇOĞLU, Ahmet **:"**Medenî Kanunumuzun Getirdiği Yenilikler", Ankara 2003, (Kısaltılmışı: **KILICOĞLU**, "Yenilikler").

KILIÇOĞLU, Ahmet :"Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı Işığında Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması", YD, C.15, S. 1-4, 1986, s. 286-321, (kısaltılmışı: **KILICOĞLU**, "Şekil").

KIRCA, Çiğdem :"Önalım Hakkı Konusunda Medenî Kanundaki Değişiklikler", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55 Yaş Günü Armağanı, C: II, İstanbul 2002, s. 1178-1203.

KIRCA, Çiğdem :"Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama", AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, s. 91-119.

KOCAĞA, Köksal :"Türk Özel Hukukunda Cezaî Şart", (BK m.158- 161), Ankara 2003.

KOSCHAKER, Paul /
AYİTER Kudret :"Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukun Ana Hatları", İzmir 1993.

KÖPRÜLÜ, Bülent **/**
KANETİ, Selim **:"**Kat Mülkiyetinde Ortak Giderlerin Teminatı Olarak Kanunî Rehin Hakkı**",** İHFM, 50. Yıl Armağanı, İstanbul 1973, s. 317-334, (Kısaltılmışı: **KÖPRÜLÜ/ KANETİ, "**Teminat").

KÖPRÜLÜ, Bülent **/**
KANETİ, Selim **: "**Sınırlı Aynî Haklar" , 2. baskı, İstanbul 1982-1983, (Kısaltılmışı: **KÖPRÜLÜ/ KANETİ, "**Haklar").

KUNTALP, Erden :"Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehni", Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, s. 293-316, (Kısaltılmışı: **KUNTALP**, "Para").

KUNTALP, Erden :"Aynî Alacak İçin Birden Çok Taşınmaz Rehni", Yığıt Okur'a Armağan, İstanbul 1998, s. 265-293, (Kısaltılmışı: **KUNTALP**, "Rehin").

KUNTALP, Erden :"İpotek Dereceleri Boş Dereceden İstifade ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", Ankara 1979, (Kısaltılmışı: **KUNTALP** "İpotek").

KUNTALP, Erden :"Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı", Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İnan Kıraç'a Armağan, İstanbul 1994, s. 151-164, (Kısaltılmışı: **KUNTALP** "Lex commissoria").

KUNTUALP, Erden :"Anapara ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayırımı", Ankara 1989, (Kısaltılmışı: **KUNTALP**, "Maksimal").

KURBANOV, E.**/**
KARABALOV. E**.** :Azerbaycan Respublikası Mülkî Mecellesinin 385-566. maddelerinin Komentariyası, Bakü 2004.

KURTOĞLU, Serda :"Fransız Hukukunda Ticaret Fonu Üzerinde İpotek Tesisi" BATIDER, C. I, S. 3, 337-346.

KURŞAT, Zekeriya :"Birlikte Rehin" Özel Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 392-426. (Kısaltılmışı: **KURŞAT,** "Rehin").

KURŞAT, Zekeriya :"Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi" İstanbul 2008, (Kısaltılmışı: **KURŞAT,** "Paylı Mülkiyet").

NAR, Ahmet :"Yabancı Para İpoteği" Ankara 2009,

NOMER, Haluk :"Vefa Hakkı", İstanbul 1992.

NOVİTSKİ, İ.B.
(çev. rusçadan M.P. Esgerova), :"Rimskoe Pravo", (Roma Hukuku), Bakü 1999.

OĞUZMAN, Kemal/
BARLAS, Nami, :"Medenî Hukuk, İstanbul 2004.

OĞUZMAN, Kemal**/**
ÖZ, Turgut**,** :"Borçlar Hukuku" İstanbul 1998.

OĞUZMAN, Kemal**/**
SELİÇİ Özer **/**
OTKAY- ÖZDEMİR, Saibe :"Eşya Hukuku", 12. Bası, İstanbul 2009.

OĞUZMAN, Kemal /
SELİÇİ, Özer /
OKTAY, Saibe, :"Kişiler Hukuku", İstanbul 1999.

OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe :"Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri" Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul 1999-2000, s. 657-683.

OY, Osman/
GÜNGÜLER, Gülcan :"Türk Hukuk Mevzuatına Göre Kredi ve Kredi Teminatları", İstanbul 2008.

ÖRS, F. Halil :"İpotek Kurtarma", Ankara 1979.

ÖZKAYA, Eraslan :"Ölünceye Bakma Sözleşmesi", Ankara 2007.

ÖZKAYA, Eraslan :"İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları", Ankara 1999. (Kısaltılmışı: **ÖZKAYA**, "Muvazaa").

ÖZMEN, E., Seba :"Paydaşlıktan Çıkarma Davası" Ankara 1992.

ÖZSUNAY, Ergun, :"Medeni Hukuka Giriş" 5. Bası, İstanbul 1988

ÖZSUNAY, Ergun :"Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler", İstanbul 1968, , (Kısaltılmışı: **ÖZSUNAY**, "İnançlı").

ÖZSUNAY, Ergun :"Bankacılık Yönünden Medenî Hukuk Kuralları", İstanbul 1978, (Kısaltılmışı: **ÖZSUNAY**, "Bankacılık").

ÖZTAN, Bilge :"Medenî Hukukun Temel Kavramları", 23. Baskı, Ankara 2006, (Kısaltılmışı: **ÖZTAN**, "Medeni").

ÖZTAN, Bilge : "Miras Hukuku", C:1, Ankara 2006.

POSTACIOĞLU, İlhan :"İpotekli Alacaklısına İpotekli Gayrimenkulü Kendi Eliyle Paraya Çevrilmesi Yetkisinin Verilmesi Problemi" Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 533-546.

PUHAN, İvan **/**
AKİMOVSKAYA, Polenak :"Rimskoe Pravo", (Roma Hukuku), Moskova 2000.

REHBINDER, Manfred,

(çev: Füsun Nomer) :"Alman Sözleşmelerinde Değerin Korunmasına İlişkin Klozlar" Reha Poroy'a Armağan, 1995, s. 364-377.

REİSOĞLU, Safa, :"Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı", Ankara 1961, (Kısaltılmışı: **REİSOĞLU,** Safa).

REİSOĞLU, Seza :"Menkul İpoteği, Teslimsiz Menkul Rehni, Ankara 1964.

REİSOĞLU, Seza :"Medenî Kanun Açısından İpotek İşlemleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar" Ankara 1998, (Kısaltılmışı: **REİSOĞLU**, Seza, "İpotek").

REİSOĞLU, Seza, :"İpoteğin Kapsamı, Hükümleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", Ankara 1979, (Kısaltılmışı: **REİSOĞLU**, Seza, "Kapsam").

RESULBEYOVA, Nigar :"İktisadi Mübahaseler Üzere Mahkeme İcraatında Sübut Nevi Gibi Ekspert Reylerinden İstifade Meseleleri", http://www.judicialcouncil.gov.az/3025.htm 12.04.08.

SADİKOV, Oleg, N. :"Komentariy k Qrajdanskomu Kodeksu Rossiyskoy Federasii", (Rusya Medeni Kanununun Şerhi) C:I, Moskova 1999.

SARI, Suat :"Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılım Rejimi" İstanbul 2007, (Kısaltılmışı: **SARI**, "Rejim").

SARI, Suat :"Taşınmaz Rehninde Belirlilik İlkesi" Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, s. 963-1011, (Kısaltılmışı: **SARI**, "Rehin").

SAYMEN, Hakkı **:**"Eşya Hukuku Dersleri", İstanbul 1963.

SCHWARZ, Andreas
(çev: B. Davran) :"Borçlar Hukuku Dersleri", İstanbul 1948.

SELİÇİ, Özer :"Gayrimenkul Rehninde Boş Dereceye İlerleme Hakkı" İHFM, C. HI, S. 1-4, 1974, s. 427-458.

SERGEEVA, A., P. **/**
TOLSTOGO, Y., K. **:**"Grajdanskoe Pravo", (Mülkî Hukuk), C. I, Moskova 1998.

SEROZAN, Rona :"Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik", Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul 1999, (kısaltılmışı: **SEROZAN**, "Temlik").

SEROZAN, Rona "İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme", İstanbul 2002.

SEROZAN, Rona :"Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu Değişikliklerinin Özellikle Yabancı Para Borçlarında ve Bunların Teminat Altına Alınmalarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi" İBD, C. 65, S. 1-3, İstanbul 1991, s. 194-222, (Kısaltılmışı: **SEROZAN**, " Değişiklik")

SEROZAN, Rona :"Medenî Hukuk", İstanbul 2005.

SİRMEN, Lâle, A. :"Eşya Hukuku" Ankara 1995. (Kısaltılmışı: **SİRMEN**, " Eşya")

SİRMEN, Lâle, A. :"Yeni Türk Medenî Kanununda Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehini Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler", AÜHFD, C. 52, 2003. (Kısaltılmışı: **SİRMEN**, " Rehin")

SÜLEYMANOV, Server **:**“Taşınmaz Eşya Üzerinde Hak Elde Edilmesi” Kavramı ve Bu Çerçevede Azerbaycan Mülkî Mecellesinin 146. Maddesinin İncelenmesi”, Jornal Of Qafqaz, S. 18, 2006, s. 43-50.

SUNGURBEY, İsmet :“Medenî Hukukun Temel Sorunları”, C: II, İstanbul 1970.

SÜLEYMANLI, Server :“Eşya Hukuku”, (şu ana kadar yayınlanmış 2010 tarihli formadan yararlanılmıştır.) (Kısaltılmışı: **SÜLEYMANLI,** “Eşya”)

SÜLEYMANLI, Server :“Eşya Hukuku” Metodik Vesait, Bakü 2011, (Kısaltılmışı: **SÜLEYMANLI, “**Metodik Vesait”)

SÜLEYMANLI, Server :“Azerbaycan Hukukunda Müşterek Mülkiyet Halinde Paydaşların Yararlanma Hakkı ve Masraflara İştiraki İle İlgili Düzenlemelerin Genel Sistematiği” I. Türkiye - Azerbaycan Hukuk Sempozyumu, İstanbul 2011, s.189-206, (Kısaltılmışı: **SÜLEYMANLI, “**Müşterek Mülkiyet”).

SÜLEYMANLI, Server :“Mülkiyet Hakkı Sahibinin Konutu Üzerinde Tasarruf Yetkisini Kullanması İle İlgili Ortaya Çıkan Problemler ve Çözüm Yolları” Menzil Mevzuatının Uygulaması ile İlgili Ortaya Çıkan Problemler ve Çözüm Yolları Sempozyumu, Bakü 2010, s. 57-72, (Kısaltılmışı: **SÜLEYMANLI, “**Tasarruf”).

TANDOĞAN, Haluk :“Bankalar Kanunundaki Yeni Düzenleme Açısından Bankaların İpotek Karşılığı Kredi Açması” , Ankara 1979.

TEKİNALP, Ünal :“Banka Hukukunun Esasları”, İstanbul 1988.

TEKİNAY, S. Selahattin, :"İştira ve Vefa Hakları", İBD, C: 61, S: 7-9, 1987. (Kısaltılmışı: **TEKİNAY, "**Hak**"**)

TEKİNAY, S. Selahattin :"Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri", C: II, İstanbul 1988. (Kısaltılmışı: **TEKİNAY, "**Takyitler**"**)

TEKİNAY, S. Selahattin :"İnşaatçı İpoteğini İsteme Hakkının Mahiyeti" MHAD, 4. Sayı, 1969, s. 133-140.

TEKINAY, S. Selahattin**/**
AKMAN, Sermet**/**
BURCOĞLU, Haluk**/**
ALTOP, Atilla :"Tekinay Borçlar Hukuku", 7. baskı, İstanbul 1993, (Kısaltılmışı: **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCOĞLU/ ALTOP, "**Borçlar").

TEKİNAY, Selahattin**/**
AKMAN, Sermet/
BURCOĞLU, Haluk/
ALTOP, Atilla :"Tekinay Eşya Hukuku", C. I, Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet, İstanbul 1989, (kısaltılmışı: **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCOĞLU/ ALTOP "**Eşya**"**).

TOPALOĞLU, Mustafa :"Türk Hukukunda İpoteğe Dayalı ve İpotek Teminatlı Menkul Kıymetler", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 701-730.

TOPÇUOĞLU, Hamide :"Kanuna Karşı Hile", (Kanundan kaçınma yolları), İzmit 1950.

UMUR, Ziya :"Roma Hukuku Ders Notları" İstanbul 1999.

UYAR, Tahir :“İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi”, 2. Baskı, Ankara 1992, (Kısaltılmışı: **UYAR**, “Rehin”).

UYAR, Tahir :“Türk Medenî Kanunu” (Gerekçeli- İçtihatlı) C: IV, Eşya Hukuku (MK 683-1030), Ankara 2003, (Kısaltılmışı: **UYAR,** “Medeni”).

ÜNAL, Mehmet :“Malik Lehine Sınırlı Aynî Hak Kavramı” GÜHFD, C. HII, S. 1-2, Atilla Özer’e Armağan s. 223-236, (Kısaltılmışı: **ÜNAL**, “Malik”).

ÜNAL, Mehmet :“Sınırlı Aynî Haklar Arasında Sıra Düzeni” Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 735-753, (kısaltılmışı: **ÜNAL**, “Sıra”).

ÜNAL, Mehmet,
BAŞPINAR, Veysel :“Şeklî Eşya Hukuku” 4. Baskı, Ankara 2008.

ÜSTÜNDAĞ Sami :“İcra İflas Hukukunun Esasları”, 6. Bası İstanbul 1995.

YALÇINDURAN, K**.,** Türker :“Ana Para ve Üst Sınır İpoteği Arasında Farklılıklar”, Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004.

YASAMAN, Hamdi :“Faizle İlgili Bazı Sorunlar”, Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul 1995, s. 233-239.

YOLÇİYEV, Mübariz :“Türkiye Hukukuyla Mukayeseli Olarak Azerbaycan Hukukunda Sigortacının Rücu Hakkı” Konya 2009, (Yayınlanmamış Doktora Tezi).

ZEVKLİLER, Aydın :"Medenî Hukuk: Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku", 4. baskı, Ankara 1995.

:"Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kararlarının Toplusu", Bakü 2008.

GİRİŞ

I. Konunun Takdimi ve Önemi

Ekonomik hayatın canlılığı ve gelişimi için, özel hukuk ilişkilerinin gelişmesi ve devamlılığı çok önemlidir. Özel hukuk ilişkilerinin devamlılığı ve gelişimi ise, hukukî ilişki tarafları arasında bir güven ortamının oluşturulmasına bağlıdır. Bu sebeple de özel hukukun en önemli fonksiyonlarından biri alacakların teminat altına alınmasıdır. Teminat işlemleri aynî ve şahsî teminat olmak üzere ikiye ayrılan, fakat ortak bir amaca hizmet eden işlemlerdir. Söz konusu ortak amaç "borcun ifasını teminat altına almak" şeklinde ifade edilebilir.

Şahsî teminatın tipik örneği kefalettir. Azerbaycan hukukunda kefalet müessesesi AMM m. 470-477 arasında düzenlenmiştir. Buna karşılık, Türk Hukukunda kefalet ile ilgili düzenlemeler Borçlar Kanunu m. 483-503 (yeni TBK[1] m. 581-603) arasında yer almaktadır. Kefalet bir sözleşme olup, bu sözleşmeye göre kefil, borçlunun borcundan şahsî olarak sorumludur. Diğer bir ifade ile kefil, borçlu borcunu ödemediği takdirde, kendisi ödeyeceğine dair teminat vermektedir.

Aynî teminatın amacı da alacağın teminat altına alınmasıdır. Fakat burada teminatın konusu şahıs değil, malvarlığıdır. Yani bu durumda kefalette olduğu gibi alacaklı, kefile değil, teminat olarak verilen eşyaya başvurur. Aynî teminat taşınmaz rehni ve taşınır rehni olmak üzere ikiye ayrılır.

Türk Medenî Hukukunda olduğu gibi, Azerbaycan Medenî Hukukunda da taşınmaz rehininin üç ayrı çeşidine yer verilmiştir. Bunlar ipotek[2], ipotekli borç senedi ve irat senedidir. Fakat uygulamada Azerbaycan hukukunda anılan taşınmaz rehni türlerinden ipotekli borç senedine çok az rastlamakta, irat senedine ise hiç rastlanmamaktadır.

[1] 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.
[2] AMM-de taşınırların rehni için "**girov"**, taşınmazlar ve taşınırların tapu siciline tescil edilen taşınırların için "**ipoteka"** denilmektedir**.**

Yukarıda bahsedilen bu rehin türleri dışında taşınmaz rehni türü bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile gerek Türk hukukunda ve gerekse Azerbaycan hukukunda taşınmaz rehninde sınırlı sayı ilkesi (numerus clauses) benimsendiği için söz konusu üç çeşit dışında taşınmaz rehni kurulması mümkün değildir.

Türk Medenî Hukukunda olduğu gibi, Azerbaycan Medenî Hukukunda da taşınmaz rehninin tesis edilmesinde iki amaç güdülmektedir. Bunlar; alacağın teminat altına alınması ve taşınmaz değerinin tedavül ettirilmesidir[3].

Bütün taşınmaz rehin çeşitlerinin ortak yönü, bir taşınmazın alacağa teminat teşkil etmesidir. Fakat taşınmaz ipoteğinden farklı olarak, ipotekli borç senedi ve irat senedinde taşınmaz rehninin teminat fonksiyonu dışında, ayrıca rehin kurulan taşınmazın değerinin tedavül ettirilmesi de amaçlanmaktadır.

Günlük hayatımızda alacaklıların, alacaklarını teminat altına almak için başvurdukları hukuk müesseselerinin başında, taşınmaz rehni gelmektedir. Azerbaycan hukukunda taşınmaz rehinlerinin en yaygın uygulanan çeşidi ipotektir. Aynî bir teminat çeşidi olan ipotek, borçlunun borcunu zamanında ifa edemediği takdirde, alacaklıya ipotek konusu taşınmazın paraya çevrilmesi yoluyla satışından elde edilecek meblağdan alacağını tahsil etme yetkisi veren sınırlı aynî haktır[4].

Uygulamada karşılaşılan ipotek genellikle sözleşmeden doğan taşınmaz ipoteğidir. Bunun sebebi Azerbaycan hukukunda taşınmaz ipoteği esasen bankaların kredi alacaklarını teminat altına almak için sık-sık başvurdukları bir usul olmasıdır. Azerbaycan hukukunda özellikle ipotekle

---

[3] **AKİPEK**, Jale / **AKINTÜRK**, Turgut, "Eşya Hukuku", İstanbul, 2009, s. 736; **HELVACI**, İlhan**,** "Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı", İstanbul, 2008, s. 3; **KÖPRÜLÜ,** Bülent/ **KANETİ,** Selim **"**Sınırlı Aynî Haklar" , 2. Baskı, İstanbul, 1982-1983, s. 257.

[4] **OĞUZMAN,** Kemal / **SELİÇİ,** Özel / **OKTAY-ÖZDEMİR,** Saibe **"**Eşya Hukuku", 12. Bası, İstanbul 2006, s. 3; **GÜRSOY,** Kemal / **EREN,** Fikret / **CANSEL,** Erol**, "**Türk Eşya Hukuku", 2. Bası, Ankara, 1984, s. 1099; **HATEMİ,** Hüseyin / **SEROZAN,** Rona / **ARPACI,** Abdülkadir**, "**Eşya Hukuku" İstanbul, 1991, s. 712-713.

ilgili kanunlaştırma hareketlerinde bankaların etkisi kendini bankalar lehine bazı düzenlemelerde açıkça göstermektedir[5].

Azerbaycan uzun bir süre (1920-1991) Sovyetler Birliğinde (SSCB) yer almıştır. Marksist düşüncenin hâkim olduğu bu sistemde özel mülkiyet hırsızlık olarak algılanabiliyordu[6]. Bu sebeple kapitalist sistemin bir parçası kabul edilen özel üretim ve özel teşebbüs üzerinde her türlü mülkiyet hakkı yasaklanmaktaydı. Sistemin gereği olarak özel hukuk ilişkileri çok sınırlı bir alanda uygulanabilmiştir. Bu durumun tabiî bir sonucu, özel hukuk ve dolayısıyla da ipotek hukuku çok dar çerçevede gelişmiştir[7].

31 Aralık 1991 tarihinde Azerbaycan SSCB'den ayrılarak, bağımsızlığını ilân etti ve özel mülkiyeti, özel teşebbüsü istisnasız tanıyan ve destekleyen hukuk devleti olduğunu bütün dünyaya duyurdu[8]. Azerbaycan bağımsızlığını ilân ettikten kısa süre sonra, "Mülkiyet Kanunu" kabul edildi. Bu kanun yeni sisteme geçişin hukukî alt yapısının oluşturulması bakımından önemli bir fonksiyona sahipti. Bu kanunla birlikte rehin ilişkilerinin ve özellikle ipoteğin gelişmeye başladığı görülür. Sonraki aşamalarda ipotekle ilgili özel bir kanun kabul edilmiştir. 1994 yıllında yürürlüğe giren "Rehin Hakkında Kanun"[9] da ipotek ilişkileri nispeten kapsamlı bir düzenlemeye tutulmaktaydı.

1 Eylül 2000 tarihinde şu an için rehin hukukunun temel kaynaklarından biri olan Azerbaycan Mülkî Mecellesi kabul edilmiştir. Rehinle ilgili düzenlemelere Azerbaycan Mülkî Mecellesinin "Malvarlığı ve Eşya

---

[5] Meselâ AİK m. 30.1'de hiç bir makul sebep olmamasına ve ipotek müessesesinin niteliğine de aykırı bulunmasına rağmen, ipotekli taşınmaz malikinin taşınmazı üzerinde üçüncü kişi lehine ipotek tesis edebilmesini ipotekli alacaklının yazılı iznine tâbi tutulmaktadır.

[6] Fransız yazar PROUDHON mülkiyeti hırsızlık olarak algılamaktadır. Yazara göre mülkiyet topluma karşı kötülüktür ve sürekli bir düşmanlık sebebidir. **PROUDHON**, Joseph-Pierre, "Mülkiyet Nedir?", İstanbul, 1969, s. 27 (naklen: **BAŞPINAR,** Veysel, "Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdahaleler", Ankara, 2009, s. 90).

[7] Azerbaycan Cumhuriyeti bağımsızlığını ilân etmesinden iyirmi yıl geçmesine rağmen özel hukuk alanları ayrı bir hukuk branşı olarak henüz şekillenmemiştir. Üniversitelerde özel hukuka ait bütün konular (deniz ticareti ve fikri mülkiyet hukuku da dâhil) sadece üç dönemde "Mülki hukuk-1", "Mülki hukuk-2", "Mülki hukuk-3" (yani Özel hukuk-1, 2 ve 3 şeklinde) yüzüysel bir şeklinde tedris edilmektedir. **SÜLEYMANLI,** Server, "Azerbaycan Hukukunda Müşterek Mülkiyet Halinde Paydaşların Yararlanma Hakkı ve Masraflara İştiraki İle İlgili Düzenlemelerin Genel Sistematiği" I. Türkiye - Azerbaycan Hukuk Sempozyumu, İstanbul 2011, s. 189, dp.1.

[8] Ayrıca bkz: **RESULBEYOVA,** Nigar, "İktisadi Mübahaseler Üzere Mahkeme İcraatında Sübut Nevi Gibi Eksper Reylerinden İstifade Meseleleri" http://www.judicialcouncil.gov.az/3025.htm 12.04.08.

[9] www.e_qanun.az

Hakları" başlığı altında düzenlenen 3. bölümünün 269-323. maddeleri arasında yer verilmektedir.

Azerbaycan Mülkî Mecellesinde rehinle ilgili düzenlemeler üç bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde hem taşınır rehni hem de taşınmaz rehni ile ilgili bazı genel hükümlere yer verilmiştir[10]. Bundan sonraki bölümler ise taşınır ve taşınmaz rehnine ait özel hükümlere tahsis edilmiştir.

15 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren "Azerbaycan Cumhuriyeti İpotek Kanunu'nun (AİK)[11] İpotek Hukukunun şekillenmesinde çok önemli katkısı olmuştur. Kanunda Azerbaycan Mülkî Mecellesinde sınırlı olarak düzenlenen birçok konu, daha geniş şekilde ele alınmış ve bazı yeni düzenlemeler getirilmiştir. Fakat bu gün için Azerbaycan da ipotek hukukunun tam anlamıyla şekillendiğini söylemek mümkün değildir. İpotekle ilgili düzenlemelerin yeterli olmaması, çok sayıda kanun boşluğunun bulunması uygulamada olumsuz etkisini fazlasıyla göstermektedir. Buna özel hukuk ile ilgili uzman kişilerin ve ilmî araştırmaların yok denilecek kadar az olması da eklenebilir.

Son olarak belirtelim ki, önemli tarihî, medenî ve sosyal yakınlıkları olan Türkiye ve Azerbaycan Cumhuriyetlerinin, hukuk alanında işbirliği konusunda büyük eksikliklerinin olduğu ortadadır. Sovyetler Birliğindeki uzun beraberlikleri sebebiyle, Azerbaycan esasen Rus Hukukunun etkisinde kalmıştır. Türk hukukundan faydalanmamasının sebebi ise daha çok bu konudaki bilgisizlikten kaynaklanmaktadır. Oysa başta Medenî Hukuk olmak üzere, birçok alanda, Türk hukukundaki deneyimlerinden faydalanması çok olumlu olurdu. Gerçekten de, oturmuş bir Medenî Hukuk sistemi bulunan ve mahkeme içtihatları ile birlikte gelişmiş kurumları ihtiva eden bir İpotek Hukukuna sahip Türkiye'nin bu alandaki deneyimlerden faydalanılması

[10] Bilindiği gibi TMK'da taşınmaz ile taşınır rehni birbirinden ayrı düzenlenmektedir. Azerbaycan hukukunda ise rehin ile ilgili genel hükümlerin hem taşınır, hem de taşınmaz rehnini kapsayacak şekilde düzenlemektedir.

[11] Rusya Medenî Hukukunda Azerbaycan Medenî Hukukunda olduğu gibi taşınmaz rehni özel bir kanunla (Rusya İpotek Kanunu) düzenlenmektedir. Fakat Azerbaycan hukukundan sistemden farkı, Rusya Medenî Kanununda (RQK) taşınmaz rehni ilgili özel düzenleme bulunmamakta, sadece genel hükümler ve taşınır rehni düzenlenmektedir.

Azerbaycan için zaruridir. Üstelik Medenî hukuk kurumları arasındaki benzerlik de bu zarureti daha da artırmaktadır.

Bu çalışmamızda çok kısa bir geçmişi olan Azerbaycan İpotek Hukukunun, hem doktrin, hem de köklü içtihatları ile önemli bir geçmişe sahip olan Türk İpotek Hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenmesi amaçlanmaktadır. Konuyla ilgili Azerbaycan hukukunda olan doktrin yetersizliğini dikkate aldığımızda, çalışmamızın ilmî açıdan faydalı olacağını düşünüyoruz. Ayrıca bu çalışmanın, iki kardeş ülkenin hukuk sistemlerindeki benzer ve farklı yönlerin açıklığa kavuşturulması açısından da yararlı olmasını, özellikle de bu hukuk sistemleri arasında köprü fonksiyonu ifa etmesini ümit ediyoruz.

II. Konunun Sınırlandırılması

Aynî teminat türü olan taşınmaz rehni, en önemli sınırlı aynî hak türlerindendir. Taşınmaz rehninin söz konusu önemi ekonomik hayattaki fonksiyonundan ileri gelmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, anılan taşınmaz rehni türlerinden ipotekli borç senedine ve irat senedine çok az rastlanmaktadır. Dolayısıyla taşınmaz rehni değince akla ilk gelen ipotektir.

Kural olarak ipotek, Azerbaycan Medenî Hukukunda kanundan ve sözleşmeden doğmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. Bununla birlikte kanundan doğan ipoteğin çok sınırlı olduğu ve sözleşmeden doğan ipoteğin geniş uygulanma alanına sahip olduğu görülmektedir. Ayrıca daha derinden incelenmesi için ve daha verimli olacağı düşüncesiyle konunun sadece taşınmaz üzerinde kurulan ipotekle sınırlandırılması uygun görülmüştür. Bütün bu sebeplerle tez konusu olarak Türk Medenî Hukuku ile karşılaştırılmalı olarak ***sözleşmeden doğan taşınmaz ipoteğinin*** incelenmesi tercih edilmiştir.

Çalışmamız sözleşmeden doğan taşınmaz ipoteği hakkında olduğundan kanundan doğan ipotek ve taşınmaz rehninin diğer çeşitleri

incelenmemiştir. Bununla birlikte, söz konusu konulara taşınmaz ipoteği ile ilgili açıklamaların daha iyi anlaşılması amacıyla yeri gerdiğinde değinilmiştir.

Son olarak belirtelim ki, çalışmamız kısmen sınırlanmış bile olsa, doktora tez çalışması için geniş bir konu sayılabilir. Çalışmamız bu konuda Azerbaycan hukukunda ilk araştırma hüviyeti taşıması ve ileride ders notu olarak kullanılabileceği düşüncesiyle geniş tutulmuştur.

III. İnceleme Yöntemi

Türk hukukuyla karşılaştırmalı olarak Azerbaycan hukukunda sözleşmelerden doğan taşınmaz ipoteği incelenirken, öncelikle hem Türk, hem de Azerbaycan hukukunda mevcut olan görüşlere ve uygulama örneklerine ulaşılmaya çalışılmış, bunların karşılaştırılması yapılmıştır. Ayrıca tezde, Alman, İsviçre ve Rus hukuklarının doktrin ve uygulamalarından da yararlanılmıştır. Bu konuda özellikle Rus hukukunun Azerbaycan hukuku üzerindeki etkisi dikkate alınarak Rus hukukuna daha geniş yer verilmiştir.

Yapılan analiz sonucunda edinilen kanaate göre, Azerbaycan hukukunda kanundaki boşluk, çelişki ve eksiklikler, özellikle uygulamadaki sorunlar tespit edilmeye ve çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

Çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, ipotek kavramı açıklandıktan sonra, ipoteğin özellikleri üzerinde durulmuştur. İpoteğin özellikleri; ipoteğin alacağa bağlı, mutlak, sınırlı aynî hak olması ve zamanaşımını kesmesi[12] şeklinde ayrımlar yapılarak ele alınmıştır. Birinci bölümün son konusu olarak, ipoteğin çeşitleri incelenmiştir.

İkinci bölümde ipoteğin kurulması hususuna değinilmiştir. Bu bölümde özellikle taşınmaz malikinin tasarruf yetkisi, fiil ehliyeti ve ipoteğe konu olabilecek taşınmazlar araştırılmıştır. Ayrıca ipotek sözleşmesinin kurulması ve geçerlilik şartları da bu bölümde ele alınmıştır.

[12] Azerbaycan hukukunda ipotek teminat altına aldığı alacak bakımından zamanaşımı işlemesini durdurmaz, keser. Konuyla ilgili açıklamalar için bkz: İpoteğin Özellikleri bölümü §4.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ipoteğin hükümlerine yer verilmiştir. Burada ipoteğinin alacak bakımından kapsamı, teminat yükünün kapsadığı değerler, ipotekli taşınmazın değerinin korunması, temliki ve parçalanması konuları üzerinde durulmuştur.

Nihayet dördüncü bölümde ise, taşınmaz rehinlerin sıra düzenine hâkim sistemler araştırılmış ve ipoteğin sora ermesi incelenmiştir. Bu bölümde ipotek hakları arasında sıra düzenin belirlenmesinde mevcut sistemlerin özellikleri araştırılarak Azerbaycan hukukunda benimsenen ilerleme sistemi ele alınmıştır. Ayrıca bu bölümde ipoteğin sona erme halleri, ipoteğin alacağa bağlı olarak sona ermesi ve alacağa bağlı olmadan sona ermesi şeklinde ele alınarak, genel olarak sona erme halleri araştırılmıştır.

Çalışmamız sırasında vardığımız kanaatler, sonuç kısmında yer almaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEDEN DOĞAN İPOTEK KAVRAMI, ÖZELLİKLERİ ve ÇEŞİTLERİ

§1. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN İPOTEK KAVRAMI

Taşınmaz ipoteği ile ilgili düzenlemelere Türk Medeni Kanununun 881-897. maddeleri arasında yer verilmektedir. Söz konusu maddelerde ipotek kavramının tanımına rastlanmamaktadır[13]. Doktrinde ipotek, taşınmazın değeri ile alacak hakkını güvence altına alan aynî bir teminat olarak tarif edilmektedir[14]. Alacaklı, ipotekle teminat altına alınan borcun ödenmemesi halinde, ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesini talep edip, elde edilen meblağdan alacağını tahsil etme yetkisine sahiptir (TMK m. 873/f1).

İpotekle ilgili düzenlemelerin ilk maddesi olan TMK 881/f1'e göre, "*Halen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacak, ipotekle teminat altına alınabilir*". Böylece Türk hukukunda geçerli bir hukukî sebebe dayanan, doğmuş veya doğması muhtemel, şartlı veya şartsız her türlü alacağın ipotek ile teminat altına alınması mümkündür[15].

Azerbaycan Mülkî Mecellesinde "Rehin ve ipotek hakkı[16] kavramı" kenar başlığını taşıyan m. 269.1'de ise ipoteğin tanımı aşağıdaki şekilde yapılmaktadır:

---

[13] Türk hukukunda olduğu gibi Rus hukukunda da ipoteğin tanımı yapılmamıştır.

[14] **AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 756-757; **ALTAY,** Sümer/ **ESKİOCAK,** Ali, "Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni" İstanbul, 2007, s. 7; **KÖRPÜLÜ/ KANETİ** s. 259.

[15] **KÖPRÜLÜ/KANETİ, "**Haklar", s. 376; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 741; **HELVACI** "İpotek" s. 6; Yazarlara göre, doğması muhtemel (gelecekteki alacaklar) alacakların ipotekle teminat altına alınması için alacağın miktarının gösterilmesi yeterli değildir. Ayrıca hangi sebepten (kredi sözleşmesinden, cari hesaptan ve s.) doğacağı açık şekilde belirtilmelidir. **AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 756-757; **KÖRPÜLÜ / KANETİ** s. 217.

[16] Azerbaycan hukukunda hem objektif anlamda, genel olarak hukuk sistemini, hem de sübjektif anlamda ferdî menfaati, münferit hakları ifade etmek için "hukuk" kavramı kullanılmaktadır. Fransızca da "droit", Almancada "recht", İtalyancada "dritto" kavramlarını bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bu ülkelerde "hukuk" ile "hakkı" bir birinden ayırmak için kelimelere sübjektif (münferit hakkı ifade etmek için) ve objektif (hukuk sistemini ifade etmek için) kelimeleri ilâve edilmektedir. Hukuk kelimesi Arapça da hak kelimesinin çoğunluk şeklî olduğu için Azerbaycan hukukunda da Türk hukukunda olduğu kimi objektif anlamda "hukuk" sübjektif anlamda ise "hak"

"Rehin (girov) ve ipotek[17] hakkı, rehin tesis edenin eşyası üzerinden, rehin alanın para ve diğer alacaklarının ifasını teminat altına alan, aynî nitelikli haktır."

Benzer bir hüküm Azerbaycan İpotek Kanunun "Temel kavramlar" kenar başlığını taşıyan m. 1.1'de de yer almaktadır. Söz konusu hükümde ipoteğin tanımı şu şekilde verilmektedir:

"İpotek, borcun ifasını teminat altına alma usulü olarak taşınmazların ve tapu siciline tescil edilen taşınırların rehnidir."

Yukarıda belirtilen hükümlerden de görüldüğü gibi, ipoteğin esas amacı alacağın teminat altına alınmasıdır. Gerçekten de ipoteğin diğer taşınmaz rehni türlerinden farkı, sadece teminat fonksiyonu olan bir rehin türü olmasıdır[18]. Yani ipotek, hak sahibine ipotek konusu olan eşyayı paraya çevirme yetkisi verir. İpotekli alacaklı, bu hakka dayanarak ipotek konusu eşyayı sattırıp, satış bedelinden alacağını tahsil edebilir.

Kural olarak borçlu, alacaklılarına karşı bütün malvarlığı ile sorumludur. Alacaklılar borçlunun malvarlığı üzerinden alacaklarını tahsil etme bakımından eşit durumdadırlar. İpotek hakkı bu eşitliği ortadan kaldırır. Zira ipotek alana, diğer alacaklılar karşısında öncelikli olarak tahsil etme hakkı tanınmaktadır (AMM m. 269.7).

Türk Hukukunda olduğu gibi, ipoteği borçlu dahi vermiş olsa ipotek konusu eşyanın paraya çevrilmesi yoluyla elde edilen meblağa, ipotekli alacaklı alacağını tahsil etmediği sürece diğer alacaklılar başvuramaz. İpotek, ipotek hakkı sahibine alacağı vadesinde ödenmediği takdirde, diğer alacaklılardan öncelikli olarak ipotekli eşyayı paraya çevirerek alacağını tahsil

---

kavramlarının kullanılması daha uygundur. **SÜLEYMANOV,** Server**,** "Taşınmaz Eşya Üzerinde Hak Elde Edilmesi" Kavramı ve Bu Çerçevede Azerbaycan Mülkî Mecellesinin 146. Maddesinin İncelenmesi ", Journal Of Qafqaz, sayı 18, 2006, s. 44.

[17] Azerbaycan Mülkî Mecellesinde kanun koyucu ipoteği rehnin bir alt türü olarak kabul etmediği için, her iki müessese ile ilgili genel hükümlerde hem rehin hem de ipotek kavramlarını ayrıca kullanmaktadır. Konu "terminoloji sorunu" bölümünde ayrıca incelenmiştir. Bkz: § 2

[18] Türk hukukunda konuyla ilgili açıklamalar için bkz: **AKİPEK/ AKINTÜRK,** s**.** 736.

etme yetkisi verir[19]. Taşınmaz ipoteği bu suretle alacak haklarına aynî bir teminat teşkil eder. Söz konusu teminat, borcun ifa edilmemesi tehlikesine karşı alacaklıya tanınan ve alacağını belirli bir eşyadan elde etme imkânı sağlayan bir araçtır[20]. Bu yönüyle ipotek hakkı, AMM'nin 269.1'de açık ifade edilmese de sınırlı aynî hak olup, hak sahibine tanıdığı yetkileri herkese karşı ileri sürme imkânı vermektedir. Başka bir ifade ile ipotek alacaklısı ipotek konusu eşya üzerinde mutlak bir hakka sahiptir.

İpoteğin sınırlı aynî hak niteliği, diğer sınırlı aynî haklardan ayrılır. İpotek alacaklısına kural olarak sadece borcun ödenmemesi halinde eşyayı paraya çevirme yetkisi verir. Yani ipotek, mülkiyet hakkının ihtiva ettiği tasarruf yetkisini ipotekli alacaklıya kullanma imkânı tanımaktadır. Burada malikten farklı olarak ipotekli alacaklının tasarruf yetkisi, bazı şartların gerçekleşmesi halinde sadece taşınmaz konusu eşyanın sattırılması ile sınırlıdır. Kural olarak hak sahibinin eşyayı kullanma ve onu zilyetliğinde bulundurma yetkisi yoktur.

Yukarıda bahsedilen hükümlerden ipoteğin, taşınmazlar veya tapu siciline [21] tescil edilen taşınırlar üzerinde kurulabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla sadece taşınmaz eşya ve kanunda belirlenen taşınır eşya üzerinde kurulan rehin, ipotek vasfı taşır. Türk Hukukunda taşınırlar üzerinde kurularak sicile tescil edilen rehne "sicilli menkul rehni" veya "menkul ipoteği"[22], Azerbaycan hukukunda ise "taşınır ipoteği" (girov) adı verilir.

İpoteğin tanımı ile ilgili hükümlerde her ne kadar belirtilmese de, ipoteğin diğer taşınmaz türlerinden ayıran en önemli özellik, ipoteğin kıymetli evraka bağlı olmama özelliğidir[23]. Azerbaycan İpotek Kanuna bakıldığında ipotek ve ipotekli borç senedi arasında özel bir ayrımın yapılmadığı görülmektedir. Fakat ipotek müessesesi alacağa bağlı olma niteliği gereği

---

[19]**AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 731; **AYAN,** Mehmet, "Eşya Hukuku", C: III, Konya, 1994, s. 112. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 694; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ,** "Haklar" s. 252. **SÜLEYMANLI,** Server, **"**Metodik Vesait", Bakü 2010, s. 43.

[20]**AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 733; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 694.

[21] Azerbaycan hukukunda sadece gemiler ve uçaklar taşınırların tapu silicine tescil edilir ve ipotek konusu olabilir.

[22] **REİSOĞLU**, Seza, "Menkul İpoteği, Teslimsiz Menkul Rehni" Ankara, 1965, s. 1 vd. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 804.

[23]**KÖPRÜLÜ/ KANETİ, "** Haklar", s. 378; **SAYMEN/ ELBİR,** s. 573.

tedavül ettirilemez, dolayısıyla da kıymetli evraka bağlanamaz. Bu sebeple taşınmaz rehni kıymetli evraka bağlandığı andan itibaren ipotek olmaktan çıkıp, ipotekli borç senedi veya irat senedi hüviyeti kazanmış olur.

Taşınmaz ipoteği kurulduktan sonra ipotekli alacaklının talebi üzerine tapu sicilinden çıkartılmış ipotek hakkının varlığını gösteren "*ipotek belgesi*" verilebilir. Bu belge, Azerbaycan İpotek Kanunun üçüncü bölümünde düzenlenen "*ipotek kâğıdı*" olarak ifade edilen senet değildir. Zira ilgili düzenlemelere bakıldığında "*ipotek kâğıdı"* olarak ifade edilen belge aslında ipotekli borç senedidir. Hâlbuki Türk hukukunda olduğu gibi ipoteğin varlığını gösteren ipotek belgesi veya şahadetnamesi kıymetli evrak niteliğinde olmayıp, sadece bir ispat aracıdır. Bu yönüyle de ipotekli borç senedinden ve irat senedinden ayrılır[24].

İpoteğin kurulabilmesi için geçerli bir alacağın varlığı gereklidir. Geçerli bir hukukî sebebe dayanan, belirli veya belirlenebilir bütün alacaklar ipotek ile teminat altına alınabilir (AİK m. 10.5)[25]. Bu sebeple ipotekte asıl olan borçlunun sorumlu olduğu bir alacağın olması ve ipoteğin de bu alacağa bağlanmasıdır.

İpotekle teminat altına alınan alacağın kaynağının kanun hükmü veya hukukî işlem olmasının, ipoteğin kurulması bakımından herhangi bir önemi yoktur. Keza bu alacağın herhangi bir borç ilişkisinden doğmuş veya doğacak olması da önemli değildir. İpoteğin varlığı ve devamı, geçerli bir hukukî sebebe dayanan alacağa bağlı olduğu için alacağın geçersizliği veya ortadan kalkması doğrudan ipotek hakkının da geçersizliğine ve son bulmasına yol açar. Fakat ipotek tapu sicilinde terkin edilinceye kadar şekli varlığını devam ettirir[26].

Para ile ölçülebilen her türlü alacak ipotekle teminat altına alınabilir. Taşınmaz ipoteği ile teminat altına alınacak alacaklar para alacakları olabileceği gibi para dışında diğer alacaklar da olabilirler (AMM m. 269.1). Yapma veya yapmama edimi, para dışında verme edimi de taşınmaz ipoteği

[24]**KÖPRÜLÜ/ KANETİ, "** Haklar", s. 252; **SAYMEN/ ELBİR,** s. 627.
[25]**SÜLEYMANLI**, "Metodik Vesait", s. 40.
[26]**AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 767; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 742.

ile teminat altına alınabilir. Fakat burada esasen borcun ifa edilememesi sonucunda ortaya çıkan zararın tazmini teminat altına alınmaktadır[27].

Belirtelim ki, Türk hukukunda eğer ipotek konusu eşya, alacağı karşılamıyorsa, ipotekli alacaklı ipotek dışında borçlunun malvarlığına el atmak hakkını muhafaza etmektedir[28]. Zira ipotek hakkının varlığı borçlunun şahsî sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. AMM'nin 319. maddesinin 6. fıkrası göre ipotek konusu eşyanın satışından elde edilen meblağ yeterli değilse borçlu eksik kalan kısmı ödemekle yükümlüdür.

Taşınmaz ipoteğinin mutlaka borçluya ait bir eşya üzerinde kurulması gerekmez. Zira Türk hukukunda olduğu gibi (TMK m. 881.f.2) Azerbaycan hukukunda da (AMM m. 271.2) üçüncü kişiler başkasının borcu için kendi eşyası üzerinde ipotek kurabilir. Taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı olan her kişi eşyası üzerinde ipotek tesis edebilir (AMM m. 271.1).

Sonuç itibariyle Türk hukukunda[29] olduğu gibi Azerbaycan hukukunda da **taşınmaz ipoteği, taşınmaz üzerinde, taşınmazın değerine yönelik olarak, alacaklıya alacağını teminat altına almak maksadıyla tanınan ve kıymetli evraka bağlı olmayan sınırlı bir aynî haktır.**

Taşınmaz ipoteği bütün diğer sınırlı aynî haklar gibi herkese karşı ileri sürülebilir, mutlak bir hak niteliğindedir; ayrıca teminat altına aldığı alacağa bağlı (fer'î) bir haktır[30]. Fakat Azerbaycan hukukunda ipoteğin kurulması ile teminat altına aldığı alacak bakımından zamanaşımı süresi durmaz (AMM m. 553.).

Aşağıda sözleşmeden doğan taşınmaz ipoteğinin temel özellikleri ayrıca incelenmektedir.

---

[27]Türk hukukunda konuyla ilgili açıklamalar için bkz: **OĞUZMAN,** Kemal **/ ÖZ,** Turgut**,** "Borçlar Hukuku", İstanbul, 1998, s. 314; **HELVACI,** "İpotek" s. 7.

[28]**OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 695; **SAYMEN / ELBİR,** s. 571.

[29] **ALTAY/ ESKİOCAK,** s. 7; **OĞUZMAN /SELİÇİ, /OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 3; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL,** s. 1099; **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI** s. 712-713; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ**, " Haklar", s. 252.

[30] **SÜLEYMANLI, "**Metodik Vesait" s. 40.

§ 2. TERMİNOLOJİ SORUNU

Azerbaycan hukukunda rehin ve ipotek kavramlarının muhtevası ve kanun koyucunun bu kavramlara yüklediği anlam tartışılmalıdır[31]. Konuyla ilgili olarak Azerbaycan Mülkî Mecellesinde ve Azerbaycan İpotek Kanununda farklı yaklaşımların olduğu görülmektedir. Aşağıda sırasıyla ilgili düzenlemeler ele alınmaktadır.

AMM'nin 269. maddesinin 3. fıkrasında rehnin sadece ipotek konusu olmayan *taşınırlar* üzerinde kurulabileceği ifade edilmektedir. Aynı maddenin 4. fıkrasında da ipoteğin *taşınmazlar ve tapu siciline[32] tescil edilen taşınırlar* üzerinde kurulabileceği düzenlenmektedir. Ayrıca Azerbaycan Mülkî Mecellesinin aynî teminatla ilgili on ikinci bölümünün ana başlığı *"*Eşya Teminat Hukuku. Rehin ve İpotek Hukuku*"* şeklinde kaleme alınmıştır. AMM'nin diğer maddelerinde de kanun koyucu aynî teminatla ilgili düzenleme getirirken "rehin" ve "ipotek" kavramlarını ayrı ayrı ele alarak bu iki kavrama iki bağımsız kavram hüviyeti kazandırmak istemektedir[33]. Yani Azerbaycan Mülkî Mecellesinin sisteminde Türk hukukunda olduğu gibi ipotek, rehnin bir alt türü olarak kabul edilmemektedir. Fakat AMM'den 5 yıl sonra 15 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren Azerbaycan İpotek Kanununda ipoteğin açık bir şekilde rehnin bir türü olarak ifade edildiği görülmektedir. Gerçekten de AİK'nun "temel kavramlar" kenar başlığını taşıyan 1.0.1. ve 1.0.4. maddelerinde "ipotek" ve "ipotek tesis edenin" tanımı aşağıdaki şekilde yapılmaktadır:

AİK 1.0.1. maddesine göre, "İpotek, borcun ifasını teminat altına alma usulü olarak taşınmazların ve tapu siciline tescil edilen taşınırların rehnidir."

---

[31]Türk hukukunda bütün aynî teminat çeşitlerinin rehin kavramının üst başlığı altında toplanmaktadır. Özünde ciddi bir değer kaybı olmaksızın bir yerden başka yer taşınamayan eşyalara taşınmaz rehni, bunun tam aksi ise taşınır rehni olarak ifade edilir. (**ACAR,** Faruk**, "**Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkes**i"** Ankara, 2008; s. 1;).

[32] Söz konusu tapu sicili, özel olarak taşınırların tescili için kurulmuş olup, taşınmazların tapu sicilinden ayrılmaktadır.

[33] Fransa hukukunda benzer bir durum söz konusu olup, rehin ve ipoteğin bağımsız kavramlar olarak düzenlenmiştir. Azerbaycan Mülkî Mecellesinin hazırlanmasında kaynak olarak Alman Medenî Kanunundan ve Fransa Medenî Kanunundan yararlanıldığı bilinmektedir. Dolayısıyla da bu ayrımın Fransız Hukukunun etkisi altında kabul edildiğini söylemek mümkündür. **ALLAVERDİYEV,** Sabir "Azerbaycan Respublikasının Mülki Hüquq Kursu", C.1, Bakü 2009 s. 553. Rus Medenî hukukunda ise taşınmaz ipoteği rehin türü olarak kabul edilmektedir.

AİK 1.0.4. maddesine göre, "İpotek tesis eden – ipotek konusu eşyayı rehin veren kişidir."

Yukarıda anılan maddelere ve kanunun diğer maddelerine yakından bakıldığında Azerbaycan Mülkî Mecellesinin aksine, Azerbaycan İpotek Kanununda şüpheye yer verilmeyecek açıklıkta ipoteğin, rehnin bir türü olarak düzenlendiği görülmektedir.

Her ne kadar Azerbaycan Mülkî Mecellesinde ipotek ve rehin bağımsız kavramlar olarak düzenlense de, bunların teorik esasları ve fonksiyonları dikkate alındığında bu kavramaların bir birinden bütünüyle bağımsız olamayacakları açıktır.

Sonuç olarak Azerbaycan İpotek Kanununun Azerbaycan Mülkî Mecellesine nazaran özel bir düzenleme olması ve tarih bakımında da ondan sonra yürürlüğe girdiği göz önünde tutarak Azerbaycan hukukunda rehin kavramının dar ve geniş anlamda kullanılabileceğini söylemek mümkündür[34]. Bu hukuk sisteminde dar anlamda rehin, sadece taşınırların rehnini, geniş anlamda rehin ise hem taşınmazlar hem de tapu siciline tescil edilen taşınırlar üzerindeki rehni kapsamaktadır[35]. Keza Azerbaycan Anayasa Mahkemesi bir çok kararında ipoteği taşınmaz rehninin bir türü olarak kabul etmektedir[36].

[34] **ALLAVERDİYEV,** s. 554.

[35] Azerbaycan hukukunda ipoteğin Borçlar Hukuku müessesesi olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüş, Azerbaycan bağımsızlık kazanana kadar yürürlükte olan Azerbaycan Sovyet Mülkî Mecellesinde ve Rusya Medenî Kanununda kabul edilen bir görüştür. Bu kanunlarda rehinle ilgili düzenlemelere borçların ifasının temin edilmesi bölümünde yer verilmiştir. Yani rehin Eşya Hukukuna ait aynî haklar bölümünde değil, borçlar hukuku ile ilgili hükümler içerisinde düzenlenmiştir. **ALLAVERDİYEV,** s. 554; Azerbaycan Mülkî Mecellesi incelediğinde rehin müessesesinin üçüncü bölüm olan Eşya Hukuku bölümünde yer aldığını, rehnin bir aynî bir hak olduğunu açıkça belirten (AMM m. 1 5 8) hükümlerin olduğunu ve aynî haklara ait ilkelere tâbi olduğunu görebiliriz. Dolayısıyla pratik bir önemi olmayan bu konuda Azerbaycan hukukunda kanun koyucu rehni, Eşya Hukuku bölümünde düzenlemekle kendi tercihini açık şekilde ortaya koymuştur.

[36] Azerbaycan Anayasa Mahkemesi "Azerbaycan Mülkî Mecellesinin 316. Maddesinin Azerbaycan Anayasasına uygunluğunun denetlenmesine dair"15 temmuz 2011 tarihli kararında taşınmaz ipoteğini rehnin bir çeıidi olarak kabul etmektedir. **http://www.constcourt.gov.az/az/download/decission/-15.07.2011.doc;**

§3. İPOTEĞİN TARİHÎ GELİŞİMİ

I. Roma Hukukunda İpotek

Borç ilişkisinde alacaklı, esasen borçlunun toplumdaki kişiliğine ve malvarlığına güvenmektedir. Bununla birlikte alacaklı bazı sebeplerle daha tedbirli davranmayı tercih edebilir. Roma hukukunda da alacaklı tedbirli davranarak alacağını teminat altına alabilmekteydi. Modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Roma hukukunda da teminat aynî ve şahsî olmak üzere ikiye ayrılıyordu[37].

Aynî teminat müessesesinin kökleri, Roma hukukunda bulunmakla birlikte rehin müessesesinin özel bir gelişim seyri içerisinde olduğu görülür. İpoteğin, geniş anlamıyla aynî teminatın, Roma hukukunda gösterdiği gelişme, bir hukuk müessesesinin, tarih içinde uygulana uygulana hangi değişikliklere uğrayabileceği ve nasıl gelişebileceğine güzel bir örnektir[38].

Roma hukukunda teminat müessesesinin daha çok şahsî teminata dayandığı görülmektedir. Zira o zamanın sosyal ve ekonomik şartları göz önünde bulundurulduğunda verilen söze ve "güvenilir kişilerin" kefaletine daha çok inanılıyordu. Bunun da rehin müessesesinin değişik şekilde gelişmesinde etkili olduğu düşünülür[39].

Roma hukukunda aynî teminat müessesesi farklı bir biçimde doğmuştur. Başlangıçta alacakların teminat altına alınması alacaklıya sınırlı bir aynı hak tanınarak değil, mülkiyet hakkı sağlanarak olmuştur. Rehin kurulması için çeşitli biçimlerin kullanıldığı ve bunların gelişimlerinin farklı olduğu anlaşılmaktadır.

Roma hukukunda genel olarak üç rehin çeşidinin varlığı bilinmektedir; ilk önce aynî teminat olarak "*fiducia"* çıkmış, daha sonra eşya zilyetliğinin

---

[37]**ERDOĞMUŞ**, s. 119; **KARADENİZ,** Çelebican**, Ö.**, "Roma Eşya Hukuku" 2. basım, Ankara, 2005, s. 295.
[38]**ERDOĞMUŞ,** s. 119.
[39]**KARADENİZ,** s. 296; **NOVİTSKİ,** "Roma Hukuku", (çev. Rusçadan M.P. Esgerova), Bakü, 1999, s. 99.

rehin alana geçirildiği "*pignus"* ve son olarak da rehnin teslimsiz olarak kurulabileceği "*hypotheca"* ortaya çıkmıştır[40].

Fiducia, borcun yerini tutan geçici bir ödeme niteliğindeki işleme denilmekteydi. Bu tür işlemlerde borçlu bir eşyasını "borcun ödenmesi" bozucu şartına bağlı olarak alacaklıya veriyordu. Borç ödenmediği takdirde değerine bakılmaksızın eşya alacaklının mülkiyetinde kalıyordu. Borçlunun borcunu ödemesi durumunda alacaklının eşyayı borçluya iade etmesi gerekiyordu. Borçlu, alacaklının tayin edilen vadeden önce eşyayı başkasına satmaması veya borç ifa edildikten sonra eşyasını iade etmesi bakımından, sadece onun dürüstlüğüne (bona fides) inanmak zorundaydı. Başlangıçta alacaklının mülkiyet yetkisini anlaşmalara aykırı olarak kullanması durumlarında her hangi bir hukukî yaptırım öngörülmemiştir[41]. Daha sonraları bu tür tasarruflar, haksız fiil olarak nitelendirilerek yaptırıma tâbi tutulmuştur[42]. Ayrıca ilk zamanlarda fiducia olarak verilen eşyanın kesin olarak alacaklıda kalacağı ve alacaklının onu satmak mecburiyetinde olmadığı kararlaştırılıyordu. Daha sonraki zamanlarda "lex commissoria" ismi verilen bu ek anlaşma, ekonomik bakımdan zayıf durumdaki borçluyu zarara uğratılabileceği için, İmparator Constantinus tarafından M.S. 326 yılında yasaklanmıştır[43].

Fiducianın ihtiyaçları karşılayamaması yeni rehin türünün ortaya çıkmasına vesile oldu. Kaynaklardan ***Pignus*** ismi verilen bu ikinci aynı teminat türünün M. Ö. 3. yüz yılda uygulanmaya başlandığı anlaşılmaktadır. Pignus'ta teminat konusu eşyanın zilyetliği borçlu tarafından alacaklıya verilmekteydi. Zilyetliğin alacaklıya verilmesi, borçlunun borcunu ödeyinceye kadar eşyanın kullanılmasını önleme fonksiyonunu görüyordu. Eski

---

[40]**ALLAVERDİYEV S.** " Azerbaycan Respublikasının Mülki Hüquq Kursu" Bakü, 2009 s. 550; **ERDOĞMUŞ,** s. 119.

[41]Bu işlemler Modern hukuklarda da uygulama alanı bulan İnançlı İşlemler (Güvenli İşlemler) olarak kabul ediliyordu. **ERDOĞMUŞ** s. 119; Taşınmaz rehninde karşılaşılan zorluklar, özellikle ipoteğin paraya çevrilmesinde yaşanan ve uzun zaman alan prosedürler tarafları inançlı teminat sözleşmeleri yapmağa ittiğini savunmaktadır. **ÖZDEMİR-OKTAY,** S., "Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul, 1999-2000, s. 659.

[42]**KARADENİZ,** s. 298.

[43] **KARADENİZ,** s. 298-299.

dönemlerde pignus'un konusu sadece taşınırken, daha sonraki zamanlarda her türlü taşınır ve taşınmaz eşya olabilmekteydi[44]. Fakat borçlunun eşyayı kullanıp, ondan yararlanarak borcunu daha kolay ödeyebileceği düşüncesi, sosyal ve ekonomik sebeplerle bir eşyanın başka borçlar için de teminat gösterilmesi ihtiyacı, yeni rehin türlerinin gelişmesini mecburi kılıyordu. Böylece Cumhuriyet döneminin son yüzyılında (M. Ö. 1. yy.) eşyanın zilyetliğini alacaklıya geçirmeden yeni bir rehin anlaşması kurulması kabul edildi. Yeni rehin çeşidi olan ***Hypotheca,*** şekle bağlı olmayan bir rehin anlaşmasına dayanan zilyetsiz rehini ifade etmekteydi. Ancak Pignusun kaynaklarda bazen zilyetsiz rehni ifade etmek için de kullanıldığı görülmektedir[45].

Hypotheca kelimesinin eski yunan hukukundan geldiği ve Yunan hukukunun etkisi altında Roma hukukuna sokulduğu bilinmektedir. Hypotheca'nın ilk defa Yunan bilgini Solon tarafından hukukî metinlerde kullanıldığı ileri sürülmektedir. Eski Yunan'da borçlunun arsasına dikilmiş özel direğe hypotheca ismi veriliyordu. Arsa üzerinde dikili direği görenler arsanın her hangi bir alacağa teminat teşkil ettiğini anlıyorlardı[46].

Hypotheca'da rehin konusu eşyanın mülkiyeti gibi, zilyetliği de borçluda kalmaktaydı. Fakat borçlu borcunu zamanında ödemeyerek ifayı geciktirmişse alacaklı, kendisine tanınan satış yetkisini kullanarak eşyayı satmak ve alacağını tam olarak tahsil etmek yetkisi kazanıyordu. Elde edilen bedel, alacağı karşılamadığı durumlarda, alacaklı eksik kalan kısmî borçlu ile aralarındaki özel borç ilişkisine göre talep edebiliyordu. Satılan eşyanın bedelinin alacağı aşması durumunda ise, borçlu alacaklısından bu farkı talep edebiliyordu[47].

---

[44]**KARADENİZ,** s. 301.

[45]Erdoğmuş'a göre, pignus ile hypothecanın arasında kesin bir çizgilerle ayırım yapılmadığı her ikisinin de aynı anlamlarda kullanılabileceği anlaşılmaktadır. **ERDOĞMUŞ** s. 122. Buna karşılık Umur'a göre, hem pignus, hem hypothecanın taşınmaz eşya üzerinde kurulabilirdi. Bunların tek farkı pignus eşyanın zilyetliği alacaklıya geçiriliyordu, hypotheca da ise, eşya zilyetsiz rehin edilirdi. **UMUR,** Ziya, "Roma Hukuku Ders Notları" İstanbul, 1999, s. 496.

[46]**PUHAN,** İvan **/ POLENAK-AKİMOVSKAYA**, "Roma Hukuku", 2000, s. 191.

[47]**KARADENİZ,** s. 302.

II. Sovyet Hukukunda İpotek

Sovyetler Birliği sosyalist rejimi kabul ettiği için özel üretim ve özel teşebbüsü kapitalist sistemin bir parçası olarak görmüş ve buna göre de özel üretimi ve özel teşebbüsü yasaklamıştır. Dolayısıyla bu hukuk sisteminde özel hukuk ilişkileri son derece sınırlı bir alanda gerçekleşmiştir. Bunun bir sonucu olarak da özel hukuk dar çerçevede gelişmiştir.

Sovyetler Birliğinde 1922 yılında kabul edilen ilk Sovyet Medenî Kanununda Eşya Hukuku özel bir bölüm olarak düzenlenmekteydi. Eşya Hukuku bölümünde mülkiyet, inşaat (üst) ve rehin hakkı olmak üzere sadece üç çeşit aynî hak türüne yer verilmekteydi.

Sovyet Medenî Kanununda, aynî haklarının düzenlenmesine gerek olmadığı görüşü Sovyet Medenî Hukukunun daha sonraki gelişim aşamalarında da hâkim olmuştur. Bunun sebebi olarak da özel teşebbüs ve özel üretimin yasaklanması ve taşınmazların genellikle kamu mülkiyetinde olması sebebiyle tedavül kabiliyetini haiz olmamaları gösterilmekteydi[48]. Bir diğer sebep ise, rehnin Eşya Hukuku değil, Borçlar Hukuku müessesesi olarak kabul edilmesiydi. Ayrıca bazı yazarlar[49] kamu kurum ve kuruluşların birbirlerine kredi vermedikleri bir ortamda, rehin müessesesinin bütünüyle gereksiz olduğunu savunmaktaydılar.

Sovyetler Birliğinde mevcut siyasî rejimin bir ürünü olan görüşün etkisi, 11 Eylül 1964 tarihinde yürürlüğe giren Azerbaycan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti Mülkî Mecellesinde de kendini açık şekilde göstermiştir. Gerçekten de, söz konusu kanunda inşaat (üst) hakkı ortadan kaldırılmış, rehin ise "Borçların İfasının Temini" başlığı altında yer alan on yedinci bölümü 181-191. maddeleri arasında düzenlenmiştir[50]. Yeni Kanun'da ipotek, borcun ifa edilmemesi halleri için alacaklıya teminat teşkil etmekteydi. Kanunda dikkat çeken bir düzenleme göre eşya, sadece malikin veya eşya üzerinde idare etme hakkı olan kişilerce rehin verebilmektedir. İpotek konusu eşya

[48] **ALAHVERDİYEV,** s. 12.
[49] **İOFFE O., S**., "Obyazatelstennoe Pravo", (Borçlar Hukuku), Moskova, 1975, s. 175.
[50] Yürürlükte bulunan Rus Medenî Kanununda da rehinle ilgili düzenlemelere "Eşya Hukuku" bölümünde değil, "Borçların İfa Edilmemesi" bölümünde düzenlemektedir. **SADİKOV**, "Komentariy k Qrajdanskomu Kodeksu Rossiyskoy Federasii", C. 1, Moskova, 1999; s. 580.

sadece kanunla izin verilen taşınmazlar olabilirdi. İpoteğin paraya çevrilmesi ise mahkeme yoluyla olabilmekteydi. İpotek konusu eşyanın paraya çevrilmesi halinde elde edilecek meblağ yeterli olmadığı takdirde borçlunun şahsî sorumluluğu devam etmekteydi.

§4. İPOTEĞİN ÖZELLİKLERİ

I. Alacağa Bağlı (Fer'î) Bir Hak Niteliği

Türk hukukunda ipotek hakkı niteliği itibariyle alacağa bağlı bir haktır[51]. Yani ipotek bağımsız bir aynî hak olmayıp, mukadderatı alacağa bağlı olan sınırlı bir aynî haktır[52].

Azerbaycan hukukunda konuyla ilgili olarak AMM'nin "Rehin ve ipotek hakkı kavramı" kenar başlığını taşıyan m. 269.5'de şu hükme yer verilmektedir:

"Rehin ve ipotek, rehin tesis edenin (borçlunun) rehin alan (alacaklının) karşısında esas borcunun ifasını temin edilmesi için kurulan ilâve (fer'î) aynî haktır."

Konuyla ilgili olarak AİK m. 10.1'de yer alan bir başka düzenleme göre ise, "İpotek sözleşmesi bağımsız nitelik taşımamakta ve esas borcun ifasını temin etmek maksadı ile kurulmaktadır. İpotek sözleşmesi esas borcun varlığını devam ettirdiği sürece kurulabilir. İpotek sözleşmesinin geçersizliği esas sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Esas sözleşmenin geçersizliği ipotek sözleşmesinin geçersizliğine sebep olur."

Yukarıda metinleri verilen hükümlerden de anlaşıldığı gibi ipoteğin, varlığı ve sona ermesi alacak hakkına bağlanmaktadır. Yani ipotek, her hangi mevcut veya müstakbel bir alacak olmadan kurulamayacağı gibi, ipoteğin

---

[51] **ALTAY/ ESKİOCAK,** s. 3; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 680; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ**, "Haklar", s. 377; **HELVACI** "İpotek" s. 6;

[52] Belirtilmesi gerekir ki, taşınmaz rehninin ipotek dışında türleri olan ipotekli borç senedi ve irat senedinde ferilik söz konusu değildir. Zira ipotekli borç senedi ve irat senedi borç ilişkisinden soyutlanmış ve taşınmazla teminata bağlanmış olup, toprağın değerini eşyadan soyutlayarak, iktisadi hayatta tedavülünü sağlayan kıymetli evrak niteliğinde senetlerdir. Bu sebeple söz konusu senetler sebepten soyut nitelik taşımaktadırlar. **ALTAY / ESKİOCAK,** s. 3, No: 2.

bağlı olduğu alacağın sona ermesiyle de son bulur. İpoteğin alacağın varlığına ve mukadderatına bağlı olma olgusu "ferilik" olarak ifade edilmektedir[53].

Türk hukukunda geçerli bir hukukî sebebe dayanan mevcut veya müstakbel[54], miktarı belirli veya belirsiz bütün alacaklar ipotek ile teminat altına alınabilir[55]. Azerbaycan Hukukunda ise ipoteğin kurulabilmesi için geçerli bir hukukî sebebe dayanması, belirli veya belirlenebilir olması gerekir (AİK m. 10.5)[56]. Yani Türk Hukukunda olduğu gibi tutarı belirli veya belirsiz bütün alacaklar değil, tutarı belirli veya belirlenebilir alacaklar teminat altına alınır[57]. Bu sebeple ipotekte asıl olan borçlunun sorumlu olduğu belirli veya belirlenebilir alacağın olması ve ipoteğin de bu alacağa bağlanmasıdır.

Burada "sebebe bağlılık" ilkesi ile "ferilik" ilkesini ayırmak gerekir. Yukarıda da ifade edildiği gibi "fer'îlik", ipoteğin (rehnin) teminat altına aldığı alacağa bağlılığını ifade eder ve sınırlı aynî haklardan sadece rehin için geçerlidir. Sebebe bağlılık ise, ipotek hakkının alacak hakkı karşısındaki konumuna ilişkin olmayıp, bütün aynî hakların doğumuna sebep olan hukukî sebebe bağlılığı ifade eder. Hukukî sebep geçersizse tasarruf işlemi de sonuç doğurmaz, tescil de geçersiz olur. Meselâ ipotek sözleşmesi geçersiz ise ipoteğin tescili de geçersiz olur. Yani burada alacağın varlığını devam ettirmesi hukukî sebebi geçersiz olan ipotek için bir fayda sağlamaz[58].

---

[53] Türk hukukunda konuyla ilgili olarak bkz: **ALTAY / ESKİOCAK,** s. 8; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 680. Azerbaycan Anayasa Mahkemesi 23 Ekim 2008 tarihli kararında "...***ipotek feri bir hak olarak*** *teminat altına aldığı borcun ifa edilmemesi veya gecikdirilmesi durumunda taşınmazın elden çıkması tehlikesi oluşturduğundan borcluyu borcunu zamanında ifa etmesine teşvik edir*" denmektedir. **http://www.constcourt.gov.-az/az/download/decission/-30.12.2008.doc.**

[54] Briod'a göre ipoteğin fer'i bir hak olma özelliği tartışılabilir. Zira ipoteğin sadece mevcut ve müstakbel alacakları değil, muhtemel (gelecekte doğması olası) alacakların temini için kurulacağını öngören düzenlemeler ipoteğin alacağa bağlı hak olma (feri) niteliği konusunda daha da fazla şüphe uyandırmaktadır. **Briod F. ,**"*Le Remploi De İhypotheque",* Fribourg, 1954, (naklen: **AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 787). Azerbaycan hukuku bakımından ilgili düzenlemeleri dikkate alındığında kanun koyucu açık şekilde ipoteğin feri bir hak olma özelliğini ortaya koyduğu görülmektedir.

[55] **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, "Haklar", s. 376; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 741; **HELVACI** "İpotek" s. 6; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s. 756-757; **KÖRPÜLÜ / KANETİ** s. 217.

[56] **SÜLEYMANLI, "**Metodik Vesait", s. 40.

[57] Rus İpotek Kanununda da (m. 9.5) ipoteğin kurulabilmesi için alacağın belirli veya belirlenebilir olması aranır.

[58] **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI,** s. 717.

Eğer borç ilişkisi geçersiz ise böyle bir borç ilişkisinden geçerli bir alacak hakkının doğması mümkün olmaz. Dolayısıyla da geçerli olmayan bir alacak için kurulan ipotek de geçerli değildir[59]. Borçlu geçerli olmayan ipoteğin terkin edilmesini alacaklıdan isteyebilir. Hatta terkini talep etmemesi üzerine kendisi mahkemeden terkin talebinde bulunabilir (ATSK m. 20.4[60]).

Türk hukukunda ipoteğin teminat her hangi bir sebeple yolsuz tescili söz konusu ise, ipotek terkin edilinceye kadar şeklî varlığı devam ettirir. Böyle bir duruma, yani ipoteğin şekli varlığına güvenerek hak elde eden iyi niyetli üçüncü kişilerin korunacağı öngörülmektedir (TMK m. 1023). Zira tapu siciline itimat ilkesi gereği tescil yolsuz olsa bile, tapuya güvenerek hak elde eden iyi niyetli üçüncü kişilerin menfaati himaye edilmektedir. Tescilin sağladığı bu himaye ipotek hakkı ile sınırlı olup, alacağın korunmasına imkân vermez[61]. Yani ipotek hakkının varlığı, kapsamı ve sona erişi alacak hakkına bağlı olması, ipotek hakkı alacağın varlığına ve kapsamına dair bir delil veya karine teşkil etmez[62]. Meselâ satış sözleşmesine göre, teslim edilen bir eşyanın satış parasını temin etmek için para alacaklısının lehine ipotek tesis edilmiş olması, borçlunun ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanarak alacak miktarında indirime gitmesine engel değildir. Dolayısıyla alacaklı, ipotekli taşınmazın cebrî icra yoluyla paraya çevrilmesini istiyorsa ayrıca

---

[59] Türk hukukunda Oğuzman ve Öz'e göre tabiî borçlar olarak nitelendirilen kumar, bahis ve evlenme tellallığından doğan borçlar için kurulan ipotek geçerli olmaz. **OĞUZMAN/ ÖZ,** s. 16; Aksi görüşte **AKYOL,** Şener, "Borçlar Hukuku" C 1, İstanbul, 1995, s. 47.; Belirtilmelidir ki, Azerbaycan hukukunda kumar ve bahis tabiî borç olarak kabul edilmektedir (AMM m. 1083-1085), fakat evlenme tellallığı ile ilgili mevzuatta bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca Oğuzman ve Öz'e göre ahlâkî bir vazifenin yerine getirileceğine dair vaat geçerli olup söz konusu borç ipotekle teminat altına alınabilir. **OĞUZMAN/ ÖZ,** s. 16; Zamanaşımına uğramış bir borç için kurulan ipoteğin de geçerli olacağı ireli sürülmektedir. **OĞUZMAN / ÖZ,** s. 479.

[60] Azerbaycan Tapu Sicili Kanunun 20. maddesinin 4. fıkrasına göre, " İpoteğin terkini ipotek alanın talebi üzerine veya mahkeme kararı ile yapılır."

[61] **AKİPEK/ AKINTÜRK** s. 767; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 744.

[62] **KÖPRÜLÜ/ KANETİ,** "Haklar" s. 377; **AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 790; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR** s. 730; **GÜRSOY/ EREN /CANSEL** s. 1033; Yargıtay 14. HD. 4.4.2006. E: 2005/10091, K: 2006/3931 sayılı kararında "*... bir alacağın temin etmek için konulan ipotek, alacağın varlığını belgelemez. Alacak, ipotekten bağımsızdır. Alacağın doğumu, muaccel olması veya son bulması kendi özel kurallarına tâbidir. Başka bir değişle, kendisini temin etmek için bir ipotek kurulmasaydı, hangi sözleşme ve kanun hükümlerine tâbi olacak idi ise, ipotekle temin edildikten sonra da (zamanaşımı hariç) aynı hükümlere tâbi kalır.*" denilmektedir. Kazancı İçtihat Bankası, www.kazancı.com.tr; (naklen: **HELVACI,** "İpotek" s. 288-289.)

ipotekle teminat altına alınan alacağın varlığını ve miktarını ispat etmesi gerekir[63].

Belirtilmesi gerekir ki, tapu sicilindeki yolsuz tescile güvenen iyiniyetli üçüncü kişilerin, ipotek hakkı kazana bilmeleri için ipoteğin teminat altına aldığı alacağın geçerli olması gerekir. Zira ipotek bağımsız bir hak olmayıp, alacağa bağlı bir haktır. Dolayısıyla ipoteğin feri niteliği gereği, alacak geçerli değilse, tapu sicilindeki tescile dayanarak ne alacağın ne de ipoteğin kazanılması mümkündür[64].

Azerbaycan hukukunda da aynî haklara hâkim olan aleniyet (kamuya açıklık) ilkesi tapu siciline itimat ilkesini de bünyesinde taşır[65]. Bunun gereği olarak da AMM'nde (m. 140; 148.2, 149 vd.) tapu siciline itimat eden iyiniyetli üçüncü kişilerin korunacağı açıkça ifade edilmiştir. Rehinle ile ilgili düzenlemelerin yer aldığı AMM'nin 13. bölümünün m. 309.3 ve 314'de[66] de tapu sicilinde tescil edilmiş ipotek hakkına güvenerek hak elde eden iyiniyetli kişilerin korunacağı öngörülmektedir. Bununla birlikte her iki maddede de "...tescil edilmiş bilgilerinin doğruluğu, ipotek alanın menfaati dikkate alınarak, karine olarak kabul edilir" ve "...ipotek tesis eden alacağın mevcut olmadığına istinat edemez" denilmektedir. Söz konusu ifadelerin lâfzından anlaşıldığı üzere, tapu siciline kaydedilen ipotekle ilgili bütün bilgilerin (ipoteğin teminat altına aldığı alacağa dair bilgiler de dâhil) doğruluğu karine olarak kabul edilerek iyiniyetli üçüncü kişiler korunur. Yani Azerbaycan Hukukunda itimat ilkesi gereği ipotek hakkı ile birlikte teminat altına alınan alacağa dair bilgilerin de (tapu siciline kaydedilmişse) doğru olduğu kabul edilir.

Borçlu alacakla ilgili olarak ileri sürebileceği bütün def'î ve itirazları, ipotek alacaklısına karşı da ileri sürebilir. Yani borçlu alacağın ifasının talep edilmesi halinde alacağa karşı kullanabileceği savunma imkânlarını ipotek

---

[63] **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 744.
[64] **ALTAY/ ESKİOCAK**, s. 4; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 730.
[65] **SÜLEYMANLI**, "Metodik Vesait", s. 8.
[66] AMM m. 314'e göre "İpotek hakkı ve alacak, yeni ipotek sahibine daha önceki ipotek sahibinde olduğu şekilde geçmektedir. Taşınmazların ve taşınırların tapu sicilinde tescil edilmiş bilgilerinin doğruluğu, ipotek alanın menfaati dikkate alınarak, karine olarak kabul edilmektedir. Bu halde ipotek tesis eden alacağın mevcut olmadığına (tescilin yolsuz olduğuna) istinat edemez. Eğer yeni ipotek sahibi tescilin yolsuz olduğunu biliyorsa, bu kural uygulanmaz. "

(ipotekli alacaklının) talebi karşısında da kullanabilmektedir. Bu imkândan, borçlu olmayan malik de yararlanabilir (AMM m. 323-1 ve TMK m. 881.f.2.).

Son olarak belirtelim ki, ipoteğin alacağa bağlı hak olma özelliği kendini alacak hakkının temlikinde de gösterir. AMM'nin 313. maddesine göre, ipoteğin alacaktan ayrılarak temliki mümkün değildir. İpotek sadece bağlı olduğu alacakla birlikte temlik edilebilir. Yani alacağı temlik ederek ipoteğin saklı tutulması veya ipoteği alacağa bağlı olmaksızın temlik edilmesi söz konusu olamaz. Dolayısıyla ipotek ve onun teminat altına aldığı alacağı birbirinden ayırma imkânı yoktur. Kural olarak alacak sahibi ile ipotek sahibi aynı kişidir, bu hakların sahipleri farklı kişiler olamaz. Azerbaycan hukukunda ipotek üzerinde yapılan bütün değişiklerin tescil edilmesi şarttır. Yani Türk hukukundan farklı olarak[67] Azerbaycan hukukunda temlik işleminin resmî şekilde yapılması (AMM m. 194.4.) ve tapu siciline tescil edilmesi gerekir (AMM m. 313)[68].

Yukarıda yapılan kısa açıklamalardan görüldüğü gibi, Türk ve Azerbaycan hukukunda ipotek hakkı bağımsız nitelikte bir hak değildir[69]. Diğer aynî haklardan farklı olarak alacağa bağlı (fer'î) nitelikte bir haktır. Dolayısıyla ipoteğin geçerli olması, teminat altına aldığı alacağın da geçerli olmasına bağlıdır.

II. Sınırlı Aynî Hak Niteliği

Türk hukukunda ipotek, taşınır ve taşınmaz eşya[70] üzerinde kurulan bütün rehin hakları gibi sınırlı bir aynî hak olarak kabul edilir. Taşınmaz

---

[67] Türk ve İsviçre Hukukunda ipotekli alacağın temliki tescil şartına bağlı değildir. Sadece yeni alacaklı isterse tapu siciline tescil ettirebilir.

[68] Konuyla ilgili olarak AİK 28. maddenin 1. ve 2. fıkralarında da değişikliklerin tescil edilmesi temlikin geçerlilik şartı olarak ifade edilmiştir. Türk hukukunda söz konusu değişiklikler için tescil şartı aranmamakla birlikte, bu değişikliklerin üçüncü kişilere karşı ireli sürülebilmesi için tapu siciline yansımış olması gerektiği ifade edilir. **Ünal,** "Sıra" s. 739.

[69] **SÜLEYMANLI**, "Metodik Vesait", s. 40.

[70] Hak ve alacaklar maddî bir varlığa sahip olmadıklarından, alacaklar ve haklar üzerinde rehinler aynî hak olarak nitelendirilmezler. Maddî varlığa sahip olmayan hak ve alacaklar üzerinde rehinler "*mutlak hak*" olarak kabul edilir, fakat aynî nitelikte olmadığı ireli sürülür. **ALTAY/ ESKİOCAK**, s. 4; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ, "**Haklar", s. 253-254; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 814; Bir görüşe göre bu durumda hak ve alacak üzerinde rehin hakkı, ana hakla eş niteliktedir. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 814.

ipoteği hak sahibine alacağını taşınmaz değerinden elde etme yetkisi veren sınırlı bir aynî haktır[71]. Yani ipotek hakkı, bir eşya üzerinde tesis edilen ve sahibine sağladığı yetki, alacak ödenmediği takdirde, sadece eşyanı paraya çevrilmesini talep etmekten ibarettir[72].

Konuyla ilgili olarak TMK 873. maddesinin 1. fıkrasındaki hükme göre "Borç ödenmezse alacaklı, alacağını rehinli taşınmazın satış bedelinden elde etme hakkına sahiptir"[73].

AMM'nin 317. maddesinin 1. fıkrasında ise şu hükme yer verilmiştir: "İpotek ile teminat altına alınan borç, zamanında ödenmezse alacaklı ipotekli taşınmazın satılmasını talep edebilir."

Yukarıdaki düzenlemelerden anlaşıldığı üzere Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan hukukunda da ipotek, teminat altına alınan borç ifa edilmediği takdirde ipotek konusu taşınmazı paraya çevirme yetkisi veren aynî bir haktır (AİK m. 1.0.6.)[74]. Borçlu borcunu vadesinde ödemediği takdirde, ipotekli taşınmazı paraya çevrilmesi yoluyla satılmasını talep etme ve böylece elde edilecek para ile alacağını tahsil etme imkânı kazanır. Bununla birlikte ipotek sınırlı aynî hak olması itibariyle, diğer sınırlı aynî haklardan farklı bir özellik taşır. Söyle ki, diğer sınırlı aynî haklar sahibine hakkın konusu eşya üzerinde yararlanma yetkisi sağlarken, ipotekli alacaklının ipotek konusu taşınmazdan yararlanma imkânı yoktur. Bu yönüyle ipotek hakkı sahibine ipotekli taşınmazı kullanma ve ondan başka bir şekilde faydalanma veya zilyetlikte bulundurma imkânı sağlamamaktadır[75].

İpotek hakkı kendinden sonra tescil edilen bütün diğer sınırlı aynî haklar karşısında da öncelikli niteliğe sahiptir. Zira aynî haklara hâkim olan ilkelerden biri de "zaman bakımdan öncelik ilkesi"dir (*prior tempone potior*

[71] **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s. 732; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ, "**Haklar" s. 253.
[72] **ALTAY/ ESKİOCAK**, s. 5; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ, "**Haklar", s. 262; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 693.
[73] Taşınmaz rehnine ilişkin genel hükümleri arasında yer alan bu düzenlemenin ipotekler bakımından da uygulanacağı açıktır. **HELVACI,** "İpotek" s. 251.
[74] **ALAHVERDİYEV,** s. 588; **SÜLEYMANLI**, "Metodik Vesait", s. 37.
[75] **AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 732; **ALTAY/ ESKİOCAK**, s. 5; **HELVACI,** "İpotek" s. 251; AMM-de (m. 312.3.) tarafların anlaşmaları halinde veya taşınmazın korunmasına ilişkin hükümler gereği mahkeme kararı ile ipotek konusu taşınmaz istisnaî olarak ipotekli alacaklının zilyetliğine verilebilir.

iure)[76]. Zaman önceliği ilkesine göre, ipoteğin kuruluş tarihi esas alınmakta ve bununla da en eski tarihli aynî hak ilk sırada yer alacağı kabul edilmektedir[77]. Bu yönüyle de zaman itibariyle yeni tarihli diğer aynî haklar ipoteğe katlanmak zorundadır[78].

Son olarak AMM'nin 269. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeye değinmekte yarar vardır. Söz konusu hükme göre, "Rehin ve ipotek hakkı aynî hakların sınırlandırılmasından ibarettir". Azerbaycan Mülkî Mecellesi'nin bazı maddelerinde (m. 269.3. vs.) rehin haklarının aynî hakları sınırladığı ifade edilmektedir. Söz konusu maddelerdeki sınırlamadan kasıt, rehin haklarının sınırlı bir hak olması niteliği değil, diğer aynî hakları sınırlandırabilme niteliğidir. Yani şartlar gerçekleştiğinde ipotekli alacaklı ipotek konusu eşyayı malikin rızası olmadan satma yetkisi kazanmakta; dolayısıyla bu durumda rehin hakkı mülkiyet hakkını sınırlandırmaktadır. Zira ipotekli alacaklı mülkiyet hakkının malike tanıdığı tasarruf yetkisini, tek taraflı bir şekilde kullanabilmekte ve böylece malikin mülkiyet hakkını sona erdirerek eşya üzerinde başka bir kişiye mülkiyet hakkı elde etme imkânı vermektedir. Alacaklının alacağını tahsil etmek için ipotekli eşyayı satarken borçlunun rızasını da alması gerekmez. Bu yönüyle ipotek hakkının kullanılması, malikin mülkiyet hakkını bütünüyle ortadan kaldırır.

III. Mutlak Hak Niteliği

Türk hukukunda ipotek hakkı da diğer rehin hakları gibi, mutlak bir haktır. Bu yönüyle ipotek hakkı de herkese karşı ileri sürülebilir[79]. Gerçekten ipotekli alacaklı alacağı vadesinde elde edemediği durumlarda, ipotek konusu

---

[76] **ÜNAL,** Mehmet "Sınırlı Aynî Haklar Arasında Sıra Düzeni" Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, 2009, s. 735.

[77] Sınırlı aynî hakların kapsamı ve sahiplerine sağladıkları yetki birbirinden farklı olması dolayısıyla bir taşınmazın birden fazla sınırlı aynî hakla yüklü edilmesi mümkündür. Bu durumda ipotek haklarının kendi aralarında ve diğer aynî hakların karşısında konumu sınırlı aynî hakların sıra düzenine göre belirlenir. Azerbaycan hukukunda konu için bkz: (§18). Türk hukukunda konuyla ilgili geniş bilgi için bkz: **ÜNAL, "**Sıra**"** s. 235 vd**.; BAŞPINAR,** Veysel, "Sınırlı Aynî Hakların Sırası", TNBHD, S. 78, 1993, s. 50 vd.

[78]**AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 732; **HELVACI**, "İpotek" s. 390; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ, "**Haklar", s. 253.

[79]**KÖPRÜLÜ/ KANETİ**, **"**Haklar", s. 251.

taşınmazı icra makamları aracılığı ile paraya çevirterek satış bedelinden alacağını öncelikli olarak elde etme yetkisine sahiptir. Diğer taraftan mutlak hak niteliği kendisini ipotekten sonra tescil edilen sınırlı aynî haklar karşısında veya etkisi kuvvetlendirilmiş nisbî haklar karşısında ipoteğin önceliğini koruyarak gösterir[80]. Yani malikin, taşınmaz üzerinde ipotek tesis ettikten sonra, ipotekli alacaklının iznini almadan sınırlı aynî hak veya tapuya şerh edilmiş nisbî hak tesis etmiş olması, ipotekli alacaklının ipotekten ileri gelen yetkilerini kullanmasına bir etkisi bulunmaz.

Türk hukukunda ipotekli taşınmazın mülkiyeti bir üçüncü kişiye devredilmesi taşınmaz üzerinde bulunan ipotek hakkında bir değişiklik meydana getirmez. Konuyla ilgili olarak TMK 888. maddesinin 1. fıkrasına göre, *"İpotekli taşınmazın devri aksi kararlaştırılmış olmadıkça, borçlunun sorumluluğunda ve güvencede bir değişiklik meydana getirmez."*

AMM'nin 274. maddesinde ise, **"**Rehin veya ipotek ile yüklü eşyanın malikinin değişmesi rehin veya ipotek hakkını değiştirmez" denilmektedir.

Yukarıdaki hükümlerden görüldüğü üzere, Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan hukukunda da ipotek hakkı diğer rehin hakları gibi, bir mutlak hak niteliğinde olup herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Malik, taşınmazı üzerinde ipotek tesis ettikten sonra malik sıfatını bir üçüncü kişiye devredecek olursa, ipotekli alacaklı ipotek hakkını yeni malike karşı da ileri sürebilir.

Türk hukukunda[81] olduğu gibi, Azerbaycan hukukunda da ipoteğin mutlak hak olma niteliği kendisi ipotekli taşınmazın korunması ile ilgili düzenlemelerde göstermektedir. İpotekli alacaklı taşınmazın değerinin düşmesine sebep olabilecek davranışta bulunan herkesten söz konusu davranışa son vermesini talep edebilir. AİK'na göre (m. 26.1.4), ipotekli alacaklı bu hakkını, ipotek konusu taşınmazın değerin azalmasına yol açacak

[80]**HELVACI**, "İpotek" s. 5; **ÜNAL,** "Sıra" s. 745.
[81] **ALTAY/ ESKİOCAK**, s. 6; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ, "**Haklar", s. 294.

davranışta bulunan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceği açık bir şekilde ifade edilmiştir[82].

Türk hukuku ile karşılaştırıldığında Azerbaycan hukukunda ipoteğin koruma alanının daha geniş olduğu görülmektedir. Hatta Azerbaycan hukukunda malikinin ipotek konusu taşınmaz üzerindeki haklar, hiç bir hukuk anlayışının kabul edemeyeceği şekilde sınırlanmaktadır.

Bu konu çalışmanın aşağıdaki kısımlarında incelenmektedir.

IV. Zamanaşımını Kesmesi

Türk hukukunda, ipotek hakkının tapu siciline tescili halinde, ipoteğin teminat altına aldığı alacak bakımından zamanaşımı süresi işlemez[83]. Zira TMK 864. maddesine göre, rehnin tapu siciline tescil edilmesinden sonra alacak için zamanaşımı işlemez. Genel hükümler arasında yer alan söz konusu düzenlemenin sözleşmeden doğan taşınmaz ipoteği için de uygulanacağı doktrinde kabul edilmektedir[84].

Azerbaycan hukukunda ise, alacağın ipotekle teminat altına alınması alacak bakımından zamanaşımı süresinin işlemesini durdurmaz. Zira AMM'nin 376 . maddesinde konuyla ilgili "zamanaşımının alacağa bağlı (fer'î) haklara uygulanması" kenar başlığı altında şu düzenlemeye yer verilmektedir:

"Esas alacak için zamanaşımı süresinin dolması halinde ona bağlı (fer'î) haklar (rehin, cezaî şart, hapis hakkı, kefalet, pey akçesi) için de zamanaşımı süresi dolmuş olur."

---

[82] Türk hukukunda söz konusu hakkın niteliği konusunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte doktrinde hakkın aynî niteliği kabul edilmekte ve hakkın üçüncü kişilerin eylemleri bakımından da kullanılabileceği savunulmaktadır. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 731.

[83] Türk hukukunda süreler için öngörülen hak düşürücü süre ve zamanaşımı süresi ayrımı Azerbaycan hukukunda gözetilmemiştir. Azerbaycan hukukunda bütün süreler için tek bir kavram (iddia müddeti) kullanılmaktadır. İddia müddeti altında yer alan sürelerin bazen hak düşürücü süre ve bazen de zamanaşımı süresi niteliği taşıdığı görülür. Fakat özellikle uygulamada bu ayrım dikkate alındığı görülür.

[84] **AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 738; **HELVACI,** "İpotek" s. 305; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ, "**Haklar" s. 348.

Yukarıdaki hükümden görüldüğü gibi esas alacak bakımından zamanaşımı süresi dolmuş ise alacağa bağlı (fer'î) haklar için de aynı sonucu ortaya çıkmaktadır. Azerbaycan Mülkî Mecellesi'nin zamanaşımı süresinin durması hallerini düzenleyen maddelerinde de konuyla ilgili her hangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla Azerbaycan hukukunda rehnin tapu siciline tescili, teminat altına alınan alacak bakımından zamanaşımı süresini durdurmamaktadır. Aksine, alacak için işleyen zamanaşımı süresinin dolması rehin için de aynı sonuca sebep olacağı öngörülmektedir.

Azerbaycan Mülkî Mecellesi'nin sistemi[85] dikkate alındığında maddede kullanılan rehin kavramının ipoteği de ihtiva edip etmeyeceği tartışılabilir. Yani taşınır için geçerli olan bu durum taşınmaz rehni içinde geçerli olacak mı? Kanaatimizce, söz konusu hükmün niteliği sınırlayıcı (tahdidi) değil, tadadi nitelikte olup, diğer fer'î (alacağa bağlı) haklara da uygulanması gerekir. Zira burada taşınmaz rehni ile taşınır rehnini birbirinden ayrılması için makûl bir sebep görülmemektedir. Keza zamanaşımının **durdurulması,** istisnaî bir durum olup, bu tür bir kural ise genişletici olarak yorumlanamaz (AMM m. 11.4.)[86]. Dolayısıyla kanunda açık bir hüküm bulunmadığı sürece zamanaşımının durdurulması söz konusu olmaz. Bu durum aynî haklarının zamanaşımına tâbi olmayacağı ilkesine de aykırı değildir. Çünkü burada ipotek hakkına itirazın temelinde hakkın süresinin geçmiş olması değil, teminat altına aldığı alacağın zamanaşımına uğraması söz konusudur.

Yukarıda da görüldüğü gibi, Azerbaycan hukukunda, Türk hukukunda olduğu gibi alacağın rehinle teminat altına alınması alacak bakımından zamanaşımının işlemesini durdurmaz. Aksine alacağın tâbi olduğu zamanaşımı süresinin dolması halinde, alacağa bağlı rehin de sona erer. Bu konuda Azerbaycan hukukunda bir diğer düzenleme, alacağın rehin ile teminat altına alınması durumunda alacak bakımından işleyen zamanaşımı süresinin kesileceğini ifade etmektedir. Yani alacağın rehin ile teminat altına alınması hallerinde alacak bakımından işleyen zamanaşımı süresi kesilerek

[85] AMM-de Azerbaycan İpotek Kanunu aksine rehin ve ipotek kavramalarını bağımsız iki ayrı kavram olarak düzenlenmektedir.
[86] **SÜLEYMANLI,** "Eşya Hukuku", (şu ana kadar yayınlanmış 2010 tarihli formadan yararlanılmıştır) s. 10.

yeniden işlemeye başlar. Söz konusu AMM'nin 553. maddesine göre, "Borçlu alacaklıya borcunu kısmî ödemelerle yaparsa, faizleri öderse, teminat verirse veya diğer usullerle icra ederse" zamanaşımı kesilir.

Konuyla ilgili olarak AMM'nin m. 380.1'e göre, "Borçlu belirlenmiş şekilde mahkemede dava açarsa veya borcunu kabul ettiğini gösteren davranışlarda bulunursa zamanaşımı süresi kesilmiş olur." Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde ipotek kurulması ile alacak için işleyen zamanaşımı süresinin kesileceği kabul edilmelidir. Zira ipotek tesis eden kişi hem borcu için alacaklıya teminat vermekte, hem de alacağının varlığını açık veya zımnî şekilde kabul etmektedir.

Sonuç olarak Türk hukukunda taşınmaz ipoteğinin tapu siciline tescilinin alacak için işleyen zamanaşımı süresini durdurur. Buna karşılık Azerbaycan hukukunda ise, ipoteğin kurulması ile alacak için işleyen zamanaşımı süresinin kesileceği kabul edilmiştir.

§ 5.TAŞINMAZ İPOTEĞİNİN ÇEŞİTLERİ

I.Görünüm Şekli Bakımından

A.Malikin Kendi Borcu İçin İpotek Tesis Etmesi

Bir kimse taşınmazı üzerinde kendi borcu için ipotek tesis edebilir. Gerek Türk hukukunda (TMK m.683) gerekse Azerbaycan hukukunda (AMM m. 271.1.) taşınmaz üzerinde ipotek tesis etme yetkisi sadece mülkiyet hakkı sahibine aittir. Kanunda belirtilen iyi niyetli iktisap halleri dışında tasarruf yetkisi olmayan kişiler tarafından kurulan ipotekler geçerli değildir ve taşınmaz üzerinde ipotek hakkı kazandırmaz.

Kendi borcu için ipotek tesis edenin borçtan şahsî sorumluluğu aynen devam eder (AİK m.47.5.). Yani lehine ipotek tesis edilen alacaklı, borç ödenmediği takdirde, ipotek konusu taşınmazı sattırarak paraya çevirme yetkisine sahip olur. Taşınmazı paraya çevirme yoluyla elde edilen satış bedeli, alacağı karşılamazsa ipotekli alacaklı borçlu aleyhine ayrıca dava ve takip yoluna başvurabilir.

AİK'nun "İpotek konusu üzerinde tasarruf yetkisinin kullanılması" kenar başlığı altında düzenlenen 30. maddesinin 1. fıkrasına göre, "İpotek sözleşmesinde aksi öngörülmemişse, ipotek tesis eden ipotekli eşyanın mülkiyetini devredebilmesi veya üzerinde diğer türlü tasarrufta bulunabilmesi ipotek alanın yazılı izni ile mümkündür"[87]. Bu düzenleme ile ipotek tesis eden malikin ipotekli taşınmaz üzerindeki serbest tasarruf etme yetkisi kaldırılmaktadır. Mülkiyet hakkını diğer sınırlı aynî haklardan ayıran ve üstün kılan özelliği sahibine tasarruf yetkisi vermesidir. AİK'nun 30.1. maddesindeki söz konusu düzenleme ise, bu yetkiyi ipotek alanın yazılı iznine bağlayarak eşya üzerindeki hakkın, mülkiyet hakkı olma vasfını bir yönüyle ortadan kaldırmaktadır[88]. Bu durumun, yani taşınmaz malikinin ipotekli taşınmaz üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilmesinin ipotekli alacaklısının yazılı iznine tâbi tutulması hem mantıkî ve hem de hukukî bakımından izahı mümkün değildir[89]. Ayrıca AMM'nin 312. maddenin 4. fıkrasında tam aksine bir düzenlenme bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre, " ipotek tesis edenin ipotek alacaklısı karşısında ipotek konusu eşyanın mülkiyetini devretmeme veya üzerinde her hangi bir şekilde tasarrufta bulunmama borcu ihtiva eden sözleşme geçersizdir."

Kanaatimizce, burada örtülü kanun boşluğu söz konusudur. Zira AİK m. 30.1. uygulanması hakkaniyete aykırı sonuç doğurur[90]. Bunun bırden çok sebebi vardır:

Evvelâ taşınmaz rehni müessesesinin temel özelliği, fonksiyonu ve karşıladığı ekonomik ihtiyaç, taşınmazın makilin elinden çıkarılmadan, hatta kullanma imkânı yitirilmeden ondan kredi temini için yararlanılmasını sağlamaktır. Meselâ bir fabrikanın maliki taşınmaz rehni sayesinde

---

[87]Konuyla ilgili olarak AİK'nun "Sonraki ipotek" kenar başlığı altında düzenlenen 9.1. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır: "Kanunda veya önceki ipotek sözleşmesinde başka bir düzenleme öngörülmemişse, rehin tesis eden diğer bir borcunu teminat altına almak için ipotek konusu eşyanı yeniden rehin edebilir."

[88] Azerbaycan Anayasa Mahkemesi 26 Eylül 2009 tarihli kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Marckx - Belçika 13.07.1979 tarihli kararına istinat ederek tasarruf yetkisinin mülkiyet hakkının temel ve en önemli esasını teşkil eden bir özelliği olduğunu ifade etmiştir. **http://www.constcourt.gov.az/az/download/decission/26.09.09.doc**

[89] **SÜLEYMANLI,** "Eşya", s. 72.

[90] **EDİS,** Seyfullah, "Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri", Ankara 1987, s.134; **OĞUZMAN/ BARLAS**, s. 59.

fabrikasını elinden çıkarmadan ipotek edebilir ve bununla da ihtiyacı olduğu krediye kavuşma imkânı kazanır[91]. Fakat söz konusu düzenlemeler bu imkânı son derece sınırlamakta ve maliki zayıf bir durumda bırakmaktadır.

İkincisi, AMM'nin 312. maddesinin aksine bir düzenleme ihtiva eden söz konusu madde (AİK m. 30.1.) ipotek alacaklısına ilâve bir menfaat sağlamamakla ve sadece taşınmaz malikinin durumunu daha da zayıflatmaktadır. Diğer taraftan taşınmaz malikinin zayıf durumda bırakılması ipotekli alacaklıya her hangi bir menfaat sağlamamaktadır. Tam aksine taşınmaz malikinin taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunması belki de ipotekli alacaklının borcunu daha erken ödenmesini sağlayabilir. Dolayısıyla ipotekli alacaklının menfaati alacağı ile ilgili olup, onun için önemli olan taşınmazın değerinin korunmasıdır. Oysa taşınmaz malikinin kim olduğu ve taşınmazın üzerinde başka kişiler lehine ipotek tesis edilmesi onu ilgilendirmez, ilgilendirmemesi de gerekir. Bu sebeple AİK 30.1'de öngörülen tasarrufların yasaklayan her türlü anlaşmanın hakkın kötüye kullanılması sebebiyle geçersiz olacağı açıktır[92].

Üçüncüsü, bu durum aynı zamanda Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasasında mülkiyet hakkını teminat altına alan düzenlemelere de aykırı bulunmaktadır. Gerçekten de, Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasasının 13. maddesinin 1. cümlesine göre, "Azerbaycan Cumhuriyetinde mülkiyet dokunulmazdır ve devlet tarafından korunur" denilmektedir. Bu hükümle mülkiyet hakkının Marksist sistemden yeni çıkmış Azerbaycan Cumhuriyetinde yeni düzenin esasını teşkil edeceği açıkça belirtmektedir[93]. Diğer taraftan, Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasasının 13. maddesinin 3. cümlesinde, mülkiyetin insan hak ve özgürlükleri, kamu menfaati ve şahsiyet haklarına aykırı bir şekilde kullanılması yasaklanmaktadır. Bununla da Anayasada belirtilen haller dışında mülkiyete müdahale edilemeyeceği ve

[91] Türk Hukukunda konuyla ilgili olarak düzenlemeler 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda yer almaktadır.
[92] **SÜLEYMANLI,** "Eşya", s. 73.
[93] **SÜLEYMANLI,** Server, "Mülkiyet Hakkı Sahibinin Konutu Üzerinde Tasarruf Yetkisini Kullanması İle İlgili Ortaya Çıkan Problemler ve Çözüm Yolları" Menzil Mevzuatının Uygulaması ile İlgili Ortaya Çıkan Problemler ve Çözüm Yolları Sempozyumu, Bakü, 2010. s. 66.

mülkiyetin keyfî olarak sınırlandırılamayacağı ifade edilmektedir [94] . Dolayısıyla hiç bir meşru menfaatin bulunmadığı bu durumda, ipotekli taşınmaz üzerinde malikin tasarruf yetkisinin ipotekli alacaklının yazılı iznine bağlanması Anayasasının mülkiyeti teminat altına alan düzenlemeleriyle açıkça çelişmektedir[95].

Dördüncüsü, söz konusu düzenleme Azerbaycan Anayasa Mahkemesinin yerleşmiş içtihatlarına da aykırı düşmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi bir çok kararında, tasarruf yetkisinin, mülkiyetin tabiî ve temel bir parçası olduğunu ifade etmektedir[96].

Böylece yukarıda belirtilen AİK m. 30.1. maddesinde yer alan hüküm, taşınmaz rehninin temel amacına ve taşınmaz rehninin karşıladığı temel ihtiyaca uygun olmadığı gibi ipotekli alacaklının menfaatine değildir. Sadece söz konusu düzenlemeler taşınmaz malikinin daha zayıf bir duruma düşmesine sebep olmaktadır. Ayrıca söz konusu maddenin uygulanması her zaman hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurur. Dolayısıyla ipotek müessesesinin niteliği ve fonksiyonu, Azerbaycan Mülkî Mecellesinin mülkiyet ile ilgili düzenlemelerinin sistemi, genel olarak hukukun temel ilkesi olan hakkaniyeti ve bunun sonucu olan hakkın kötüye kullanılmasının yasak olması ve en önemlisi mülkiyeti teminat altına alan Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasasının hükmünü dikkate alındığında söz konusu maddede öngörülen düzenlemenin ya ilga edilmesi veya değiştirilmesi gerekir[97].

Sonuç olarak, hakim önüne gelen uyuşmazlık bakımından AİK m. 301'i değil, kanuna aykırı hukuk yaratma yoluyla (Rechtsfindung contra legem) AMM m. 312.4. uygulamalıdır.

---

[94]**SÜLEYMALI,** "Eşya" s. 73.

[95] Benzer bir konuyla ilgili olarak Azerbaycan Anayasa Mahkemesi AMM'nin 316. maddesinin *malikin Azerbaycan Anayasası ile teminat altına alınan mülkiyet hakkının ihlâline sebep olabileceği gerekçesiyle yürürlükten düşürmüştür.* "Azerbaycan Cumhuriyeti Mülki Mecellesinin 316. maddesinin Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına uygunluğunun denetlenmesine dair", 15 Temmuz 2011 tarihli kararı. **http://www.constcourt.gov.az/az/download/decission/-15.07.2011.doc**

[96] Konuyla ilgili olarak bkz: "AMM 178.8. maddesinin tefsirine dair 25ekim.2010 tarihli kararı" **http://www.constcourt.gov.az/az/download/decission/-25.10.2010.doc; "**26 Eylül 2009 tarihli kararı" **http://www.constcourt.gov.az/az/download/decission/-26.09.09.doc;** "15 Temmuz 2011 tarihli kararı" **http://www.constcourt.gov.az/az/download/decission/-15.07.11.doc.**

[97] **SÜLEYMANLI,** "Eşya", s. 74.

B. Malikin Üçüncü Kişilerin Borcu İçin İpotek Tesis Etmesi

İpotek edilen taşınmazın mutlaka borçluya ait olması gerekmez. Bu sebeple borçlu ile malik birbirlerinden ayrı kişiler olabilir. Başka bir ifade ile bir kişi kendisi borçlu olmadığı halde borçlunun borcu için mülkiyetinde bulunan taşınmazı üzerinde ipotek tesis edebilir.

Türk Medeni Kanununun 881. maddesinin 2. fıkrasında konuyla ilgili olarak şu hükme yer verilmiştir:

"İpoteğe konu olan taşınmazın, borçlunun mülkiyetinde bulunması gerekmez."

AMM'nin 271. maddesinin 2. fıkrasına göre ise, "Rehin tesis eden (ipotek tesis eden) hem borçlu, hem de üçüncü kişi olabilir**".**

Yukarıdaki hükümlerden de anlaşıldığı üzere, hem Türk hem de Azerbaycan hukukunda bir kişi, taşınmazı üzerinde kendi borcu için ipotek tesis edebileceği gibi, bir üçüncü kişinin borcu için de ipotek tesis edebilir. Böyle bir durumda malikin ipotekle teminat altına alınan borçtan dolayı şahsî sorumluluğu yoktur.

Malikin üçüncü kişilerin borcu için ipotek tesis etmesi çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bir kimse taşınmazı üzerinde bir üçüncü kişinin borcu için ipotek tesis etmiş olabileceği gibi ipotekli taşınmazı sonradan da iktisap edebilir. Aynı şekilde malik kendi borcu için taşınmazı üzerinde ipotek tesis ettikten sonra, bir üçüncü kişiye borcun nakli söz konusu olabilir[98]. Böylece borçlu olmayan malikin hukukî durumunu şu şekilde sıralanabilir:

Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan hukukunda da kişi, taşınmazı üzerinde üçüncü kişinin borcu için ipotek tesis etmişse, onun borcu sadece taşınmaz eşyanın satılmasına katlanmakla sınırlıdır. İpotekli taşınmazın paraya çevrilmesi halinde ele geçen bedel alacaklının alacağını karşılamaya yetmiyorsa, alacaklı, borcun geri kalan kısmının ifasından taşınmaz malikini

[98]**AKİPEK/ AKINTÜRK** s. 788; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ, "**Haklar", s. 17.

sorumlu tutamaz[99]. Bu durumda alacaklı borcun kalan kısmını borçludan talep edebilir.

Türk hukukunda borcun ihbar ile muaccel olacağı hallerde ihbarın aynı zamanda, borçlu olmayan malike de yapılması gerekir[100]. Malike ihbar yapılmadığı sürece borç onun bakımından muaccel olmuş sayılmaz. Bu durumda da rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe malik itiraz edebilir[101]. Konuyla ilgili olarak AİK'nun 36. maddesinin 1. fıkrasında ipoteğin paraya çevrilmesi maksadıyla takibin başlatılması için sadece ipotekli taşınmazın malikine ihbar gönderilmesi kabul edilmiştir. Hâlbuki Azerbaycan Mülkî Mecellesi'nin sistemi dikkate alındığında borcun ihbar ile muaccel olacağı hallerde ihbarın aynı zamanda, hem borçluya hem taşınmaz malikine gönderilmesi gerekir. Zira malike ihbar gönderilmeden borçluya gönderilen ihbarın alacaklı bakımından sonuç doğurmaması gerekir. Çünkü muaccelliyet ihbarı yapılmadan, ipotekli taşımazın malikine esas borçla birlikte borçlunun temerrüdünün sonuçlarının da yüklenilmesi adil görünmemektedir. Dolayısıyla ihbar gönderilmediği sürece malik borçlunun temerrüdünün sonuçlarına katlanmak zorunda değildir. Borçtan şahsî sorumluluğu bulunmayan malikin ipotekli taşınmazı sonradan iktisap etmesinde de durum değişmez[102]. Borçluya ihbar yapılmadan malike ihbar yapıldığı hallerde ihbar,

---

[99] **ALTAY/ ESKİOCAK**, s. 98; **GÜRSOY /EREN/ CANSEL,** s. 1035; Türk hukukunda uygulamada bankaların, üçüncü kişinin borcu için kendi taşınmazı üzerinde ipotek tesis eden malikin, ipotekle teminat altına alınan borçtan aynı zamanda müteselsil kefil sıfatı ile de sorumlu olacağına dair hükümlere yer verdikleri görülür. Bu durumda taşınmaz maliki kredi sözleşmelerinde ayrıca müteselsil kefil sıfatı ile sorumlu olmaktadır. Konuyla ilgili olarak Yargıtay 15 HD. T: 11.11.2003 E: 2003/5503, K: 2003/5364 sayılı kararında "*...İpotek kurulmasına ilişkin sözleşme, kefillik sözleşmesini de ihtiva edebilir. Kefillik yüklenimi yazılı olarak yapılmış ve kefilin sorumlu olacağı belirli bir miktar da göstermiş ise, geçerli bir kefillik sözleşmesi kurulmuş olur"* (Kazancı İçtihat Bankası), Bu gibi hallerde ipoteğin sadece kefalet borcunun teminatı için mi, yoksa üçüncü kişinin borcunun teminatı için mi tesis edildiğini ayırt etmek gerekir. Geniş bilgi için bkz., **HELVACI,** "İpotek" s. 9.

[100]**OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 748; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ,** "Haklar" s. 381; **AYDOĞDU,** Murat, "İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla İlamsız Takip" Prof. Dr. Şükrü Postalcıoğlu'na (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi), İzmir, 1997, s. 383.

[101] Yargıtay konu ile ilgili bir kararında "*İpotekli taşınmaz maliki borçtan şahsen sorumlu değilse, alacaklının ödeme talebinin ona karşı etkili olabilmesi için ödeme talebinin hem borçluya hem de ona karşı yapılmış olması gerekir. Eldeki davada, taşınmaz maliki borçtan şahsen sorumlu değildir. Takipten önce ihbarda bulunması gerekirken ihbar yapılmadan icra takibi yapıldığı nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır*" Y. 19. HD, T: 13.3.2006 , E: 2005/7476 , K: 200 6 /2511(Kazancı İçtihat Bankası), **www.kazanci.com.tr**

[102] Kanımızca da isabetli olan düşünceye göre, taşınmaz borçluya yapılan muacceliyyet ihbarından sonra üçüncü kişiye satılmış olsa bile, muacceliyyet ihbarın ona da yapılması şarttır. **Steinauer, P. H**. *"Les droits reels, Charges foncieries, droits de gage immobilieries, droits de gage mobilieers*" Bern,

her hangi bir hukukî sonuç doğurmaz. Bu durumda borç muaccel olmadığı için malik itiraz edebilir[103].

Türk hukukunda borcun ödenmemesi halinde, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip sürecinde hem borçluya hem de üçüncü kişi konumundaki malike icra emri veya ödeme emri gönderilmesi öngörülmüştür (TMK m. 887.)[104]. Azerbaycan hukukunda konuyla ilgili olarak AİK'un 36. maddesinin 1. fıkrasına göre, ipotekli alacaklı ipotek tesis edene ve diğer ipotekli alacaklılara ihbar gönderdikten sonra taşınmaz eşyayı paraya çevirme işlemine başlayabilir. Eğer borçlunun temerrüdü gerçekleşmişse ipotek alacaklısı borçluya icra emri veya ödeme emri göndermeden doğrudan taşınmaz malikine ihbar göndererek ipoteğin paraya çevrilmesini sağlayabilir.

Alacaklı önce alacağını borçludan talep etmek zorundadır. Zira alacaklı borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda taşınmaz malikinden talepte bulunabilmektedir (AİK m. 33). Borçlu borcunu ifa etmezse, alacaklı taşınmaz ipoteğinin paraya çevrilmesi yoluyla satılmasını talep edebilir. Bu satış sonucunda ele geçen bedel, alacağı bütünüyle karşılamasa bile, alacaklı geri kalan kısım için taşınmaz malikinden talepte bulunamaz. Fakat malik borçtan her ne kadar şahsen sorumlu değilse de, borcun ifa edilmemesi halinde ipotek konusu taşınmazını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu sebeple ona taşınmazının paraya çevrilmesini engelleyebilmek için borçluya ait şartlar içinde borcu ödeyerek ipoteğin kaldırılmasını talep etme imkânı tanınmaktadır (TMK m. 884 ve AMM m. 311.1.). AMM'nin 311.1'de[105] yer alan düzenlemeye göre, borçtan sorumlu olmayan malik, taşınmazının satılmasını önlemek için borcu bizzat ödeme yoluna gidebilir. Malik, borç muaccel olmuşsa, borçluya ait şartlar içinde borcu ifa eder. Konuyla ilgili olarak bir hükümde AİK'nun 46. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu hükme göre, "... Esas borcun borçlusu

---

2003, s. 245 No: 2815 (naklen: **HELVACI,** "İpotek" s. 11) İsviçre Federal mahkemesi konuyla ilgili kararında ipotekli taşınmazın üçüncü kişilere tarafından borçluya yapılan ihbardan sonra iktisap edilmesi durumda yeni maliklere ihbar yapılması şart olduğunu kabul etmiştir. **HELVACI,** "İpotek" s. 11.

[103]**AKİPEK/ AKINTÜRK** s. 788; **SAYMEN/ ELBİR,** s. 572.

[104]**AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 789.

[105]AMM 311.1. göre, "Eşyanın maliki ifa zamanı geldiğinde alacaklıya ifada bulunabilir. Bunu borçlu kendisi de edebilir."

veya ipotek tesis eden veyahut her hangi üçüncü kişi ipotek alacaklısının alacağını bütünüyle ödeyerek, ipotek konusu eşyanın takibine ve onun satışına son verebilir. Bu hakkı sınırlayan her türlü anlaşma geçersizdir."

AİK 46.1.'ın uygulanabilmesi için, teminat altına alınan borcun muaccel olması şarttır. Eğer borç muaccelse, borçtan şahsî sorumluluğu bulunmayan malik, borcu ifa ederek taşınmazı üzerindeki ipoteğin kaldırılmasını talep edebilir[106].

Kural olarak borçtan şahsî sorumluluğu bulunmayan malikin borcu muaccel kılma yetkisi yoktur. Borcu muaccel kılma yetkisi genelde alacaklıya aittir. Fakat taraflar bazen borçluya da borcu muaccel kılma yetkisi tanıyabilirler. Bu durumda borçtan sorumlu olmayan üçüncü kişi konumundaki malik, borçlunun yerine geçerek borcu muaccel hale getirebilir. Zira taşınmaz malikinin borçlunun sahip olduğu bütün imkânlardan yararlanabilme yetkisi vardır (AMM 323-1).

AMM 311.2.'de yer alan[107] düzenlemeye göre, malikin borcu ifa etmesi üzerine, ipotekle teminat altına alınan alacak ona geçer. Bir diğer ifade ile, malik alacaklının haklarına halef olur. Halefiyet gereği malik borçtan şahsî olarak sorumlu olmamasına rağmen borcu ifa ettiği için alacak ve ona bağlı haklar malike geçer. Dolayısıyla alacakla birlikte kendi taşınmazı üzerinde ipotek hakkı da kendisine geçer. Bu durumda malik, taşınmazı üzerindeki ipoteğin kaldırılmasını talep etmediği, taşınmaz üzerindeki mülkiyeti veya halefiyet yoluyla kazandığı alacağı bir üçüncü kişiye devir etmediği sürece, onun taşınmazı üzerindeki ipoteği "malik lehine ipotek" niteliği kazanır[108].

Bu kavram aşağıda ayrı bir başlık altında incelenmektedir.

---

[106] Eğer borçlunun, borcu ifa ederek borcu sona erdirme yetkisi varsa, malik de borçlunun sahip olduğu imkânlardan istifade etmek yetkisine sahip olacağı için, alacaklı malikin borca uygun her hangi bir haklı sebep olmadan geri çevirmesi, alacaklının temerrüde düşmesine sebep olur. Bu durumda malik borcunu tevdi ederek borcundan kurtulabilir.(TBK 91/c.2 (yeni TBK m.107), AMM m.532) **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 748; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ,** "Haklar" s. 382.

[107] AMM m. 311.2'ye göre, "Eğer malik şahsen borçlu değilse, ipotek hakkı malikin alacaklını temin ettiği zaman geçer."

[108] **KÖPRÜLÜ/ KANETİ,** "Haklar" s. 19.

C.Malik Lehine İpotek

1.Genel Olarak Malik Lehine İpotek Kavramı

Malikin mülkiyet hakkı bulunduğu eşya üzerinde sahip olduğu ipotek hakkına "malik lehine ipotek" denir[109]. Bir kimsenin mülkiyetinde olan eşyası üzerinde ipotek kurabilmesi ile ilgili iki sistem mevcuttur.

Roma hukukunda hâkim olan sisteme göre, sınırlı aynî hakların sağladığı bütün yetkileri mülkiyet hakkı sahibine sağlamaktadır. Başka bir ifade ile sınırlı aynî hakların muhtevası, mülkiyet hakkına tanınmış olan yetkilerden ibarettir. Dolayısıyla malikin kendi lehine sınırlı bir aynî hak tanımasına gerek olmadığı ve bu hakkın ancak malik dışında bir kişiye tanınabileceği kabul ediliyordu[110].

Roma hukukunun mülkiyet anlayışı, sınırlı aynî hakları, sadece bir başkasının eşyası üzerinde bir hak ("iura in re aliena") olarak kabul ediyordu[111]. Bir kişinin şahsında malik olma sıfatı ile sınırlı aynî hak sahibi olma sıfatını birleşmesine izin verilmemiştir. Böyle bir durumda hakkın sona ereceği kabul edilmiştir.

Germen Hukukunda göre mülkiyet hakkı, kendinden türeyen ve niteliği kendine benzeyen aynî haklardan, ihtiva ettiği yetkilerin sayı ve yoğunluğuna göre ayrılır. Zira sınırlı aynî hakların muhtevası belirli ve birkaç yetkiden ibarettir. Buna karşılık mülkiyet hakkının muhtevası, kanunî sınırları aşmamak kaydı ile belirsiz ve pek çok yetkiden oluşmaktadır. Başka bir ifade ile, sınırlı aynî haklar muhtevası belirli ve dar; buna karşılık mülkiyet hakkın muhtevası ise, belirsiz ve kapsamlıdır. Dolayısıyla malikin, mülkiyet hakkının vermiş olduğu belirsiz ve değişkenlik gösteren yetkilerden bazılarını ayırarak bağımsızlaştırabileceği kabul ediliyordu. Bu bağımsızlaştırmanın sonucunda sınırlı aynî hakların üçüncü kişilere olduğu gibi bizzat malik lehine de tesis edilmesi yönünde her hangi bir engel olmadığı savunulmaktaydı[112].

---

[109] **AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 623; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR** s. 595; **HELVACI,** "İpotek" s. 18.
[110]**OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR** s. 595; **ÜNAL,** Mehmet**, "**Malik Lehine Sınırlı Aynî Hak Kavramı" GÜHFD, C: HII, Sayı 1-2, (Atilla Özer'e Armağan) s. 224.
[111]**GÜRSOY /EREN/ CANSEL,** s. 722; **SAYMEN / ELBİR,** s. 468, **ÜNAL, "**Malik" , s. 224.
[112]**SAYMEN/ ELBİR /**, s. 469; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ, "**Haklar" s. 15.

Azerbaycan Mülkî Mecellesinde Türk Medenî Kanununda olduğu gibi Germen Hukuk sistemine uygun bir düzenleme getirilmiştir. Azerbaycan hukukunda, tapu sicili sisteminin sağladığı imkânlar çerçevesinde, malik lehine taşınmaz ipoteği kurulabilmektedir. Bu durumda mülkiyetin ihtiva ettiği bazı yetkiler, bağımsızlaştırılarak malik lehine tahsis edilmektedir. Söz konusu durum taşınmaz ipoteği için de geçerlidir. Yani malik, kanunda öngörülen bazı durumlarda taşınmazı üzerinde kendi lehine ipotek hakkı elde edebilmektedir. AMM 308. maddenin 2. fıkrasında şu hükme yer verilmiştir:

"Malikin ipoteği demek, temin edilmesi için ipoteğin mevcut olduğu alacak doğmamış, sona ermiş veya söz konusu alacak eşyanın malike geçmişse (intikal etmişse) ipotek hakkı da ona geçer…"

Azerbaycan Mülkî Mecellesinde yer alan birçok hüküm gibi söz konusu madde de tamamen anlatım bozukluğu ihtiva etmektedir. Hükümden neyin anlaşılması gerektiğinin tespiti son derece zordur[113]. Kanaatimizce söz konusu maddede malik lehine ipotek düzenlenmiş olup, ilgili madde, "İpoteğin teminat altına aldığı alacağın doğmadığı, alacağın sona erdiği veya alacağın malike temlik edildiği hallerde malikin lehine ipotek söz konusu olur" şeklinde anlaşılması gerekir. Çünkü karşılaştırmalı hukuktaki benzer düzenlemeler dikkate alındığında burada kanun koyucunun amacı, boşalan sıra üzerinde malike serbestçe tasarruf imkânı sağlamaktır. Yani ipotekle teminat altına alınan borç ilişkisinin geçerli olarak doğmadığı veya sonradan sona erdiği veyahut da ipoteğin bağlı olduğu alacağın malike temlik[114] edildiği hallerde boşalan sıra üzerinde malike kendi lehine ipotek tesis imkânı tanınmaktadır.

[113]Meselâ "ipoteğin mevcut olduğu alacak doğmuyor" ifadesi ile ipoteğin bağlı olduğu alacağı mı yoksa ipotek ilişkisinin mi kast edildiği tespit edilemiyor. Ayrıca Azerbaycan Mülkî Mecellesinde alacakların temliki, "*güzeşt*" kavramı ile ifade edildiği halde, söz konusu maddede terminoloji birliğine riayet edilmeyerek, ipoteğin teminat altına aldığı alacağın temlikini, "*alacak eşyanın malike geçmişse"* şeklinde ifade edilmesi isabetli olmamıştır. Bu konuda kanun dilinin ve terminoloji birliğinin önemi ile ilgili bkz: **BAŞPINAR,** Veysel**, "**Kanun Hazırlama Teknikleri Açısından Türk Medenî Kanunu'nun Değerlendirilmesi", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 2, İstanbul, 2003, s. 427 vd..

[114]Söz konusu temlik borçtan şahsî olarak sorumlu olmayan ipotekli taşınmaz malikinin borçlunun borcunu ifa etmesi halinde kanunî halefiyet şeklinde gerçekleşebileceği gibi, malik ile ipotekli alacaklının anlaşması ile veya miras yoluyla da gerçekleşebilir.

Böylece sonraki sırada bulunan ipoteklerin ilerleme sistemi gereği[115] boşalan sıraya geçmeleri önlenmektedir[116]. Kanun koyucu, bu düzenleme ile borçtan sorumlu olmayan ipotekli taşınmazın malikine, borçlunun borcu ifa etmesi durumunda seçim hakkı tanımıştır[117]. Buna göre malik, kendi taşınmazı üzerinde ipotek hakkı elde edince iki seçeneğe sahip olur. Malik isterse, taşınmazı üzerinde ipoteğin kaldırılmasını talep edebilir (AMM m. 312.3.) ve böylece taşınmazının elinden çıkmasını engellemiş olur; isterse de, kanunen kendisine geçen ipotekli alacağı bir üçüncü kişiye devir ederek, bu devrin kendisine sağlayabileceği ekonomik imkânlardan yararlanabilir[118]. Ayrıca malikin taşınmazı bir üçüncü kişiye devir etmesi de söz konusu olabilir.

Malik lehine ipotek tapu sicili tekniği sayesinde mümkün olmaktadır. Dolayısıyla bir eşya üzerinde malik olma ve ipotek sahibi olma sıfatları sadece taşınmazlarda ve tapu siciline tescil edilen taşınırlarda mümkündür. Diğer taşınırlar için bu durum söz konusu değildir[119].

2. Malik Lehine İpoteğin Çeşitleri

Türk ve Azerbaycan hukukunda konuyla ilgili düzenlemeler değerlendirdiğinde malik lehine ipotek aşağıdaki ihtimallerde söz konusu olabilir:

---

[115] Azerbaycan hukukunda Türk hukukundan farklı olarak taşınmaz üzerinde rehin haklarının sırasının belirlenmesi için ilerleme sistemi kabul edilmektedir. Aşağıda konu ayrıca incelenmiştir. bkz: §17

[116] **EREL,** N. Şafak, "Gayri Menkul Rehninde Sıra", Ankara, 1974, s. 22; Kanaatimizce maddede ipoteğin teminat altına aldığı alacağın doğmadığı veya sona erdiği hallerde ipotek hakkı malike geçeceğinden söz edilmesi isabetliliği tartışılabilir. Zira bu durumlarda alacağın mevcut olmaması sebebi ile ipotek hakkı da feri niteliği gereği geçersiz olur. Sadece terkin edilene kadar ipotekli alacaklının lehine şeklî varlığını devam ettirir. Yani ipotek hakkının malike geçmesi hukukî esaslardan yoksun görünmektedir.

[117] **HELVACI,** "İpotek" s. 18.

[118] Özellikle belirtmemiz gerekir ki, Azerbaycan hukukunda Türk hukukundan farklı olarak malik lehine ipoteğin söz konusu olabilmesi için alacağın temlikine dayanarak malikin kendi lehine ipotek hakkını tescil ettirmesi şarttır. Zira Azerbaycan hukukunda ipotek üzerinde yapılan bütün değişiklerin tescil edilmesi gerekir. Yani geçerli sayılabilmesi, temlik işleminin resmi şekilde yapılması(AMM m. 194.4.) ve tapu siciline tescil edilmesi bağlıdır (AMM m. 313). Dolayısıyla malik lehine ipoteğin temin ettiği seçeneklerden yararlanabilmesi için tapu sicilinde ipoteği kendi lehine tescil ettirmesi gerekir.

[119] **ÜNAL,** "Malik*"* s. 230; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ,** "Haklar" s. 16; Türk hukukundan farklı olarak "malik lehine rehin hakkı" sadece malikin kendi "*taşınmazı"* üzerinde rehin hakkı değil, Azerbaycan hukukunda tapu siciline tescil edilen "*taşınırların üzerinde de"* malik lehine ipotek mümkündür.

1) Yukarıda da ifade edildiği gibi, malik lehine ipotek kanunî halefiyet halinde mümkün olabilir. Eğer borçtan şahsî sorumluluğu bulunmayan ipotekli taşınmazın maliki, borçlunun borcunu kurallara uygun bir şekilde ifa ederse borçluya halef olur. TMK m. 884/ f. 2. ve AMM m. 311.2'de malikin borçlunun borcunu ödemesi halinde alacaklıya halef olacağı düzenlenmektedir. Bunun gereği olarak alacakla birlikte ona bağlı olan diğer bütün feri haklar da taşınmazın malikine geçer. Dolayısıyla malik kendi taşınmazı üzerinde ipotek hakkı sahibi olur.

2) Malikin taşınmazı üzerinde bir üçüncü kişinin borcu için ipotek tesis ettiği hallerde, ipotekli alacaklı alacak hakkını malike temlik ederse yine aynı durum söz konusu olur. Zira alacakların temlikini düzenleyen TBK 162 (yeni TBK m. 183) vd. ile AMM 196.[120] maddesine göre alacağın temlikinde alacaklının şahsına bağlı haklar dışında alacağa bağlı bütün haklar yeni alacaklıya geçer. Dolayısıyla alacağa bağlı ipotek hakkı da malike geçer. Bu durumda da malik kendi taşınmazı üzerinde ipotek hakkı kazanmış olur.

3) Malikin, taşınmaz üzerinde, üçüncü kişinin borcu için lehine ipotek tesis ettiği alacaklıya kanun gereği veya vasiyetname ile mirasçı olması mümkündür. Böyle bir durumda, alacaklının vefatı üzerine taşınmaz üzerinde tek başına mirasçı olursa, alacak hakkının ve ona bağlı olarak ipoteğin miras yoluyla malike geçeceği açıktır.

4) Yine malik, taşınmazı üzerinde alacaklı lehine ipotek tesis etmiş; ancak daha sonra ipotekli taşınmazın mülkiyetini alacaklıya devir etmiş olabilir.

Yukarıda sayılan bütün ihtimallerde taşınmazın maliki ile alacaklı sıfatı aynı kişide birleştiğinden ipotek hakkı malik lehine görünüm arz eder[121]. Dolayısıyla malik sıfatı ile alacaklı sıfatı ayrı kişilere geçmediği sürece, söz konusu ipotek hakkı sadece şeklî değere sahip olur[122].

---

[120] AMM m. 196'ya göre, "Alacağın temlikinde alacağa bağlı rehin, ipotek ve kefalet de yeni alacaklıya geçer..."

[121] **KÖPRÜLÜ/ KANETİ,** "Haklar", s. 19.

[122] **KÖPRÜLÜ/ KANETİ,** "Haklar", s. 21; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL,** s. 978.

Malik, ipotekli taşınmazı veya alacak hakkını devredecek olursa durum değişir. Malik, ipotekli taşınmazı devir eder veya taşınmazın mülkiyetini kendisinde tutup, ipotekli alacağı temlik ederse, malik sıfatı ile ipotekli alacaklı sıfatı farklı kişilere geçmiş olur. Böylece, ipotek hakkı, şeklî bir hak olmaktan kurtulup pratik bir değer kazanır.

Son olarak belirtilmesi gerekir ki, AMM'nin "İpotek alanın alacaktan veya ipotek hakkından feragat etmesi" kenar başlığını taşıyan 316. maddesinde konuyla ilgili şu hükme yer verilmektedir:

"Eğer ipotek alan alacak veya ipotekten feragat ederse, alacaklı malik oluyor. Taşınır ve taşınmaz eşyaların tapu sicilinde tescil edilmesi şartıyla feragat hukukî sonuç doğurur."

Maalesef son derece bozuk bir cümle yapısı ürünü[123] olan hükümde "alacaklı malik oluyor" ile neyin kast edildiği anlaşılamamaktadır. Doktrinde 316 . maddenin ilk cümlesinin, ipotek alanın alacak veya ipotek hakkından feragat etmesi halinde söz konusu hakların malike geçeceği şeklinde anlaşılması gerektiği savunulmaktadır[124]. Yani bu durumda ipotekli alacaklı alacak hakkından veya ona bağlı olan ipotek hakkından feragat ederse söz konusu haklar taşınmazın malikine geçer. Söz konusu madde de yer alan düzenleme ile ilgili olarak Azerbaycan Anayasa Mahkemesi 17 Temmuz 2011 tarihli kararında[125] şunları ifade etmiştir: "*Azerbaycan Medeni Hukuk mevzuatına bakıldığında ipotek konusu taşınmaz üzerinde, ipotekli*

[123] Maalesef Azerbaycan Mülkî Mecellesinde sadece tercüme hatalarından kaynaklanan çok sayıda kanun boşluğu mevcuttur. 2001 yılda kabul edilen Azerbaycan Mülkî Mecellesinde 2011 yılı itibariyle 40'ın üzerinde değişiklik yapılmasına dair kanun kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak 600 yakın maddede ilâve veya değişiklik yapılmıştır. Durumun ne kadar vahim olduğu ortadadır!!!

[124] **ALLAVERDİYEV**, s. 597; Türk hukukunda alacaklı ipotek hakkından feragat ederse ipotek kendiliğinden sona ermez. Çünkü ipotek kural olarak tapu sicilinde terkin edilmesi ile son bulur. Fakat şeklî anlamda varlığını devam ettiren bu hak malike de geçmez, yani malik lehine bir ipotek hakkı kurulmaz; Türk hukukunda rehin sözleşmesinin önce rehni paraya çevrileceği yolundan zımnî bir anlaşma ihtiva ettiği gerekçesiyle ipotekli alacaklının tek taraflı şekilde ipotek hakkından feragat edemeyeceği ireli sürülse de (**BELGESAY,** M., R., "İcra ve İflas Kanunun Şerhi", C. 1, İstanbul, 1964, s. 315), doktrinde bu görüş benimsenmemektedir. Zira her haktan feragat mümkün olması ve feragat ile hakkın ortadan kalması, ayrıca bu durumda her hangi bir feragat engeli bulunması sebebiyle de bu görüşün isabetli olmadığı ireli sürülmektedir. **GÜRDOĞAN,** Burhan, "İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", Ankara, 1979, s. 7.

[125] "Azerbaycan Cumhuriyeti Mülki Mecellesinin 316. maddesinin Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına uygunluğunun denetlenmesine dair", 15 temmuz 2011 tarihli kararı **http://www.constcourt.gov.-az/az/download/decission/-15.07.2011.doc;**

alacaklıya, doğrudan mülkiyet hakkının geçmesi yasaklanmaktadır. Keza AMM 319.1. maddesine göre ipotekle teminat altına alınan borcun hiç icra edilmediği veya gereği gibi ifa edilmediği hallerde ipotekli taşınmazın alacaklıya geçeceğini öngören ter türlü anlaşmanın geçersiz olacağı düzenlenmektedir. Böylelikle de borçlu borcunu ifa etmediği hallerde bile ipotekli taşınmazın alacaklıya geçmesi söz konusu değildir. Görüldüğü gibi, hem ipotek hem de ipotekten feragat müessesesi ile ilgili düzenlemelerin niteliğinin aksine olarak AMM 316. maddesinde ipotekli taşınmazın doğrudan alacaklının mülkiyetine geçmesi öngörülmektedir. Bu bakımdan ipotekten ve alacaktan feragat edilmesi sonucunda alacaklının mülkiyet hakkı kazanması mülkiyet ile ilgili düzenlemelerin genel sistematiğine ve ipotek müessesesinin niteliğine uygun değildir. Ayrıca söz konusu hükmün uygulanması ipotek tesis eden malikin Azerbaycan Anayasası ile teminat altına alınan mülkiyet hakkının da ihlâline sebep olabilir."

Kanaatimizce de AMM'nin 316. maddesi şu haliyle teorik temelden yoksun olduğu gibi, kanunun mevcut sistemine de zıttır ve dolayısıyla da uygulanması söz konusu değildir. Zira ipotek alacaklısının alacaktan feragat etmesi halinde alacak sona erer. Bunun sonucunda alacağa bağlı hak olan ipoteğinde varlık sebebi ortadan kalkmış olur. Diğer taraftan ipotekten feragat, ipoteğin alacağa bağlı olmadan sona ermesine sebep olmaktadır. Bu durumda ipoteğin alacak hakkından ayrılarak başka bir kişiye geçmesi söz konusu olamaz. Yani alacak hakkı, alacaklının uhdesindeyken ona bağlı olan ipoteğin alacaktan ayrılarak taşınmaz malikine geçmesi teorik olarak mümkün değildir. Aynı zamanda maddenin uygulanması taşınmazın mülkiyetinin ipotekli alacaklıya geçmesine sebep olabilir. Bu ise, hem lex Commissoria yasağına aykırı bir durumun ortaya çıkmasına vesile olur hem de Anayasa Mahkemesinin isabetle belirtiği gibi, Azerbaycan Anayasa ile teminat altına alınan mülkiyet hakkının ihlâline sebep olur.

3. Malik Lehine İpoteğin Hukukî Niteliği

Bir kimsenin taşınmazın hem maliki hem de ipotek hakkı sahibi olması halinde, ortada malik lehine bir ipotek var demektir. Böyle bir durumda bir taraftan malik ve ipotek hakkı sahibi olma sıfatları, diğer taraftan da borçlu ve alacaklı olma sıfatları taşınmaz malikinin şahsında birleşmektedir. Yani ipotek ilişkisinde ipotek tesis eden aynı zamanda borçludur, ipotek alan ise alacaklıdır. İpotek hakkının malike geçmesi ile ipotek alacaklısı ve ipotek borçlusu sıfatları bir kişide birleşmektedir. Bu birleşmeye rağmen rehin yükü ve onun teminat altına aldığı alacak sona ermemektedir. Böyle bir sonuç tapu sicili sayesinde mümkün olmaktadır. Zira tapu siciline tescil edilen bir hak terkin edilinceye kadar şeklî olarak varlığını sürdürmektedir. Fakat bu durum teorik güçlükleri beraberinde getirmektedir. Zira alacaklı ve borçlu sıfatlarının bir kişide birleşmesi borcu sona erdirir (TMK m. 116, AMM m. 555). Kanunun bir taraftan alacaklı ve borçlu sıfatlarının bir kişide birleşmesi halinde alacağın sona ereceğini; diğer taraftan da alacağın sona ermeyeceğini düzenlemesi (AMM m. 308.2.) birbirine zıt bir durumun ortaya çıkmasına sebep olmaktadır[126].

Türk hukukunda yukarıda belirtilen zıtlığı ortadan kaldırmak için alacak ile ipoteğin birbirinden farklı olup olmadığı tartışmalıdır[127]. Hâkim görüşe göre, ipotekli alacağın taşınmaz malikine geçmesi durumunda alacak ve ipotek birbirinden ayrılarak, ipoteğin müstakbel bir alacağın teminatı için tesis edilmesi söz konusu olmaktadır. Teminat konusu müstakbel alacak, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birbirinden ayrıldığı anda doğmaktadır[128].

Malik lehine ipoteğin kurulduğu taşınmaz üzerinde başka kişiler lehine ipotekler kurulmuş olabilir. Böyle bir durumda ipotekli taşınmaz cebrî icra yoluyla satılacak olursa, ipotekli alacaklılar arasında sıra düzeni nasıl belirlenecektir? Türk hukukunda söz konusu taşınmaz cebrî icra yoluyla satışa çıkarılmışsa, malik lehine ipotek hakkı dikkate alınmadan, yani ipotek yokmuş gibi işlem yapılır. Böylece bu dereceye ödenmesi gereken meblağ

[126] **ÜNAL, "**Malik", s. 230
[127] Türk hukukunda konuyla ilgili geniş bilgi için bkz: **ÜNAL, "**Malik", s. 230
[128] **ÜNAL,** "Malik", s. 231.

malike tahsis edilmez. Söz konusu taşınmaz paraya çevrilirse, malik lehine ipoteğin taşınmaz malikine yararının ne olacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır[129]. Azerbaycan hukukunda ise, ipotek hakkının sırasının belirlenmesi bakımından ilerleme sisteminin kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu durum dikkate alındığında, taşınmazın satışından elde edilen meblağdan, malik lehine ipoteğin tesis edildiği sıraya bağlı alacak miktarı ayrılarak malike verildikten sonra, kalan kısım diğer sıralarda bulunan ipotekli alacaklılara tahsis edilir. Bununla da taşınmazın değerinin tedavül ettirilmesi konusunda ilerleme sisteminde var olan bazı sakıncaların giderilmesi amaçlanmaktadır[130].

II. İpoteği Doğuran Sebepler Bakımından

A.Genel Olarak

Taşınmaz ipoteğinin kurulabilmesi için geçerli bir kazanma sebebinin bulunması gerekir [131] . Azerbaycan Mülkî Mecellesi'nde kanun koyucu, kazanma sebeplerini saymaktan kaçınmaktadır. Sadece konuyla ilgili olarak AMM'nin 270. maddesinde aşağıdaki düzenlemeye yer verilmektedir:

270.1. "Rehin ve ipotek sözleşme esasında kurulur"

270.2. "Bu kanunun sözleşmeye esasen kurulan rehin ve ipotek ile ilgili hükümleri diğer esaslarla kurulan rehin ve ipoteğe de uygulanacaktır."

Yukarıda verilen hükümlerde sadece sözleşmeye dayalı rehinden söz edilmekle birlikte diğer esaslarla da ipoteğin kurulabileceği kabul edilmektedir. Fakat diğer esasların neler olduğu kanunda açıklanmamaktadır. Bununla birlikte ilgili mevzuat incelediğinde taşınmaz ipoteğinin, sözleşmeye,

---

[129] **KÖPRÜLÜ/ KANETİ, "**Haklar", s. 23; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL,** s. 728-729.

[130] İlerleme sisteminde malikin taşınmazı kredi temini yolunda kullanabilmesini önemli ölçüde sınırlanmaktadır. Zira ipotek hakları malikin iradesi dışında, tesis tarihlerine göre sıra aldıklarından, malik yeni bir kredi alacaklısı lehine kredi şartları en uygun sırada bir ipotek hakkı tesis edebilme imkanından yoksundur. Yeni tesis edilecek ipotek hakkı mutlaka en son sırada yer alması gerekir. Dolayısıyla malik lehine ipotek müessesesi sayesinde kanun koyucu bu konudaki sakıncaları aşmağı düşünmektedir. Fakat bu durumda ipoteğin teminat fonksiyonunu önemli şekilde zedelediği gerekçesi ile doktrinde eleştirilmektedir. Bu konuda geniş bilgi için bkz: **EREL,** "Sıra", s. 29.

[131] Türk hukukunda da tescilin sebebe bağlılığı şarttır. Geniş bilgi için bak: **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 133.

kanuna ve mahkeme kararına dayanarak kurulabileceği ortaya çıkmaktadır. Aşağıda bunlar sırasıyla ele alınmaktadır.

B.İradeye Dayanan İpotek

1.Sözleşmeye Dayanan (Akdi) İpotek

Taşınmaz ipoteği kural olarak iradeden doğmaktadır. Diğer bir ifade ile ipotek genel olarak sözleşmeye dayanmaktadır. İpotek sözleşmesi ipotek tesis eden ile ipotek alan arasında kurulan bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin tarafları ipotek tesis eden, borçlu ve ipotek alan alacaklı kimselerdir. Bu yapı mutlak bir özelliğe sahip değildir. Yani daha öncede belirtildiği gibi borçtan şahsî sorumluluğu bulunmayan taşınmaz maliki de kendi taşınmazı üzerinde alacaklının alacağı için ipotek tesis edebilir. Bu durumda ipotek sözleşmesi borçtan sorumlu olmayan taşınmaz maliki ile alacaklı arasında kurulur (AMM m. 271.2).

Türk ve Azerbaycan hukukunda bütün ipotek sözleşmelerinin resmî şekilde yapılması gerekir[132]. Resmî şekil bir geçerlilik şartıdır (TMK m. 856/f.2. ve AİK m.n10.2). Bu şarta uyulmadan yapılan ipotek sözleşmesi geçerli olmaz. Türk hukukunda resmî şekil verecek makam tapu müdürüdür (Tapu Kanunu m. 24). Azerbaycan hukukunda ise, resmî şekil noter tarafından verilir (AMM m.146, AİK m. 11.2). Resmî şekil, ipotek sözleşmesinde yapılan değişiklikleri de kapsamaktadır.

İpotek sözleşmesinin konusu olan taşınmazın belirli olması gerekir. Bunun bir gereği olarak taşınmazla ilgili bilgilerin de sözleşmede bulunması mecburidir (AİK m.10.5). Taşınmaz ipoteğinin mecburi ve aslı muhtevası,

[132] Türk hukukunda 26.04.1984 tarihli 3000 sayılı Kanunla Tapu Kanunun 26. maddesi ile öngörülen istisnaî durum Azerbaycan hukukunda mevcut değildir. Söz konusu hükme göre, "Konut yapanlara, ihracatçılara, turizm tesisatı yapanlarla işletmecilerine, sanayicilere, esnaf ve sanatkarla konuları ile ilgili olarak bankalarca ve kamu kurum ve kuruluşlarca açılacak kredilere karşılık teminat gösterilen gayri menkullerin ipotek işlemleri..." resmi şekle tâbi olmadan yapılabileceği ifade edilmektedir. Yine 12.03.1985 tarihinde söz konusu maddeye eklenen fıkrada " bir tarımsal kredi sebebi ile bankalar ve kamu kurum ve kuruluşları lehine teminat olarak gösterilen gayrimenkullerin ipotek işlermlerinde bu usule uyulur" denilmektedir. Fakat bu hükmün borçlu ile malikin aynı kişi olması durumunda uygulanabileceği, aksi durumda, yani malik ve borçlunun başka kişiler olması halinde uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir. bkz: **ACAR**, s. 351; **ALTAY/ ESKİOCAK**, s. 14; Konuyla ilgi eleştiri için bkz: **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 705.

ipotek eden, ipotek alan ve ipotek konusu taşınmazdır. Bu konu taşınmaz ipoteğinin kurulması bölümünde ayrıca incelenmektedir.

2.Ölüme Bağlı Tasarruflarda İpotek

Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan Miras Hukukunda da miras bırakana (tenkis kuralları çerçevesinde) tasarruf serbestisi tanınmıştır. Bu serbesti mirasçı atanması türünden tasarruflar için söz konusu olduğu gibi, diğer vasiyet tasarrufları için de geçerlidir.

Türk hukukunda, vasiyet tipindeki tasarruflar ile de ipotek hakkı tesis edilebilir. Konuyla ilgili olarak TMK 517. maddesinde "belirli mal bırakmadan" söz edilmektedir[133]. Vasiyetin sadece belirli mal bırakmadan ibaret olmadığı ve dolayısıyla bu kavramın geniş yorumlayarak rehin haklarının da bu kapsamda vasiyet edilebileceği kabul edilmektedir[134].

AMM 1206. maddesine göre, miras bırakan, ölüme bağlı tasarrufla, tereke üzerinde miras alacaklıları lehine sınırlı aynî hak tesis edebilir. Bu hükme uygun olarak Azerbaycan hukukunda da ipotek hakları vasiyet yoluyla kurulabilmektedir[135].

İpotek hakkının kurulmasına yönelik maddî ölüme bağlı tasarrufların miras sözleşmesi ve vasiyetname ile yapılması mümkündür. Sözleşmelerde olduğu gibi vasiyetnamede de lehtara (miras alacaklısına) alacak hakkı veya talep yetkisi verilebilir. Bu durumda miras alacaklısı (lehine tasarrufta bulunulan kişi) ipotek hakkının kurulmasına yönelik olarak tescili talep

---

[133] Bu ise vasiyetin sadece "belirli mal bırakmadan" ibaret olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. **DURAL/ÖZ** s. 138.

[134] Türk hukukunda da bütün rehin türlerinin vasiyet yoluyla kurulabileceği kabul edilmektedir. **İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ**, "Miras Hukuku", Ankara, 2006, s. 226; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 206. Acar'a göre, ipoteğin ölüme bağlı tasarruflardan sadece vasiyet yoluyla yapılan tasarruflarda tesis edilebilir, mirasçı atama yoluyla ipotek tesis edilemez. Çünkü atama türünden ölüme bağlı tasarruflarda, atanan kişi tıpkı alt soyun mirasçılığı gibi külli halef sıfatı ile tereke üzerinde bir hak sahipliği elde eder. Yani tereke üzerinde elbirliği mülkiyet hakkı kazanmış olur, ipotek hakkı değil. Tereke üzerinde miras bırakanın "malik lehine ipoteği" söz konusu ise, ipotek hakkı bu durumda diğer mirasçılarla birlikte atanan kişiye geçer. Fakat bu şekilde ipotek hakkının elde edilmesinde var olan bir ipoteğin el değiştirmesi söz konusu olur. Dolayısıyla burada ölüme bağlı tasarrufla yeni bir ipotek hakkı kurulmaz.; **ACAR,** s. 354.

[135] AMM 1205-1219. maddelerinde atama dışında tasarruflar için "vasiyet tapşırığı" ve Roma hukuku kökenli "legat" kavramları kullanılmaktadır.

yetkisine sahiptir. Başka bir ifade ile, mirasbırakanın ölümü ile ipotek hakkı doğmamakta, sadece ipotek hakkının kurulmasına yönelik talep yetkisi doğmaktadır. Bu bakımdan vasiyetin yer aldığı ölüme bağlı tasarruf, tescilin hukukî sebebini oluşturur.

Taşınmazlar üzerindeki borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerinin resmî şekilde yapılmasına yönelik kurallar, ölüme bağlı tasarruflar için geçerli değildir. Zira vasiyetname ile taşınmazın bir kişiye bırakılması mümkündür[136]. Vasiyetname ise Türk hukukunda olduğu gibi, Azerbaycan hukukunda da resmî şekilde yapılabildiği gibi, el yazılı şekilde de yapılabilmektedir. Taşınmazın mülkiyetini konu alan vasiyet, el yazılı şekilde yapılmış olsa bile, miras bırakanın ölümü ile miras alacaklısı söz konusu taşınmazın kendisine devrini talep yetkisine sahiptir. Bu talep yetkisi, resmî satış sözleşmesi ile alacak hakkı elde eden alacaklının talep yetkisi gibidir. Görüldüğü üzere taşınmaz üzerindeki işlemler için aranan resmî şeklin, ölüme bağlı tasarruflar bakımından uygulama alanı bulunmamaktadır[137].

Türk hukukunda vasiyetname için kanununun tanıdığı bu kolaylık, miras sözleşmeleri için geçerli değildir. Zira miras sözleşmelerin resmî şekilde yapılması mecburidir (TMK m. 545)[138].

Azerbaycan hukukunda miras sözleşmelerinin şeklî ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce, her ne kadar miras sözleşmelerinin malvarlığı üzerindeki etkisi, vasiyetnameler gibi ölümden sonra görünse de, burada miras sözleşmelerini vasiyetnamelerden ayrı değerlendirmek gerekir. Zira vasiyetname tek taraflı bir hukukî işlem olup miras bırakan tarafından her zaman değiştirilebilir veya bütünüyle ortadan kaldırabilir. Buna karşılık miras sözleşmesi, iki taraflı bir hukukî işlem olduğundan miras bırakan böyle bir imkâna sahip değildir. Yani miras bırakan bir kere sözleşme kurulmuşsa sözleşme hükümleri ile bağlıdır ve tek taraflı olarak bundan vazgeçemez[139]. Diğer taraftan, saklı pay sahiplerinin menfaatlerini ve taşınmazlar üzerinde

---

[136] **ACAR,** s. 354.
[137] Türk hukukundan farklı olarak Azerbaycan Mülki Mecellesinde sözlü vasiyetname şeklî öngörülmemiştir.
[138] **İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ,** s. 204.
[139] **ÖZTAN**, Bilge, "Miras Hukuku" C:1, Ankara, 2006, s. 159.

işlemleri resmî şekle bağlayan düzenlemenin koruyucu fonksiyonu dikkate alındığında miras sözleşmelerinin resmî şekle tâbi tutulması gerekmektedir. Sonuç olarak, vasiyetnameler için getirilen şekil serbestisi kuralı bir istisnaî hüküm niteliğinde olup, istisnaî hükmün kıyas yoluyla genişletilmesi söz konusu olamaz (AMM m. 11.4.). Dolayısıyla Azerbaycan hukukunda da taşınmazlarla ilgili miras sözleşmelerinin resmî şekle tâbi olması gerekir.

3.Mahkeme Kararına Dayanan İpotek

İpotek kurma borcunu doğuran hukukî sebebin, sözleşme veya vasiyetnameden kaynaklanabileceğini yukarıda belirtilmiştir. Azerbaycan hukukunda geçerli bir borçlandırıcı işlem varsa, hak sahibi (alacaklı) doğrudan taşınmazların tapu siciline hakkın tescili için başvurabilir[140]. Hak sahibinin tescil yaptırabilmesi için tescil talebinin yer aldığı dilekçe ile birlikte ipotek sözleşmesi ve ya mirasçılık belgesini de ibraz etmesi gerekmektedir. Bu durumda kanunda öngörülen diğer şartlarda gerçekleşmişse, tapu sicilinde hak sahibi lehine ipoteğin tescili yapılır. Taşınmaz maliki (veya mirasçılar) hak sahibinin tapu siciline yönelik ipotek kurma talebine itirazda bulunursa veya her hangi bir sebepten uyuşmazlık çıkarsa mahkemeye başvurulabilir.

Türk hukukunda ise, ipotek sözleşmesi hak sahibine taşınmaz malikinden ipoteğin tescilini talep etme yetkisi vermektedir. Ancak taşınmaz maliki tescil talebini yerine getirmekten kaçınırsa, hak sahibi hâkimden ipoteğin tescil edilmesini isteyebilir (TMK m. 716/f.1.). Türk hukukunda hak sahibinin talebi üzerine mahkemenin vermiş olduğu kararın hukukî niteliği açık değildir. Konuyla ilgili olarak bir görüşe[141] göre, mahkemenin kararı kurucu yenilik doğuran karar niteliğindedir. Çünkü bu durumda ipotek mahkeme kararı ile kurulmaktadır. Tescilin fonksiyonu ise açıklayıcı

[140] Zira Azerbaycan hukukunda hak sahibinin doğrudan taşınmazların tapu siciline tescil için başvurmak hakkı düzenlenmektedir. (AMM m. 235.1.3 ve ATSK m. 10.1).
[141] **ALTAY/ ESKİOCAK**, s. 152, No: 221; **EREL** " Sıra", s. 107; **KARAHASAN,** M. R**.,** " Yeni Medenî Kanunu Eşya Hukuku, Öğreti Yargıtay Kararları İle İlgili Mevzuat" C. II, İstanbul, 2007.

niteliktedir. Bir diğer görüşe[142] göre ise, mahkemenin kararı ile ipotek kurulmaz. Mahkemenin kararı eda hükmündedir. Yani karar, malikin tescil talebinin yerine geçen tapu siciline yönelik bir talep niteliğindedir.

Azerbaycan hukukunda ise, "Taşınmaz Eşyanın Tapu Sicili Kanunu" (ATSK) m. 8'e göre, mahkeme kararı tescil sebebi olarak kabul edilmektedir. Fakat Türk hukukunda olduğu gibi, Azerbaycan hukukunda da mahkemenin ipotek tesisi ile ilgili kararının hukukî niteliği açık değildir.

Kanaatimizce Azerbaycan hukukunda mahkeme kararının kesinleşmesi ile ipotek hakkı kurulmuş olmaz. Bu durumda söz konusu karar, ipoteğin hukukî sebebini oluşturmaktadır. Alacaklı ipotek sözleşmesine gerek olmadan, mahkemenin kararına dayanarak tapu sicilinde tescil işlemini yaptırabilir. Dolayısıyla tapu siciline mahkeme kararına dayanılarak yapılan tescil, kurucu niteliktedir. Zira AMM m.146.1.'e göre, mahkeme kararları istisna olmakla, taşınmaz üzerinde sınırlı aynî haklar resmi şekilde yapılan sözleşme ile kurulmaktadır. Yani ipotek ile ilgili mahkemenin kesinleşmiş kararı, resmi şekilde yapılan ipotek sözleşmenin yerine geçmektedir[143].

4.Kanuna Dayanan İpotek

aa. Genel Olarak

Taşınmaz ipoteği genellikle sözleşme ile kurulmasına rağmen, bazen kanunî bir düzenleme de ipotek hakkının doğmasına sebep olabilir. Kanunî ipotek hakkı, taşınmazlarla ilgili alacağa sahip olan kimselere, şartlar gerçekleştiğinde söz konusu taşınmazdan alacağını tahsil etme yetkisi tanımaktadır. Bu kişiler sırf taşınmazla ilgili alacağa sahip olmalarından dolayı böyle bir üstün imkâna sahiptirler[144]. Bu durumda ipoteğin kurulması bakımından ipotek sözleşmesi yapmaya gerek yoktur. Sözleşmenin hukukî esası bizzat kanun hükmüdür. Çalışma konumuz sözleşmeden doğan

[142]**SELİÇİ,** Özer**,** "Gayrimenkul Rehninde Boş Dereceye İlerleme Hakkı", İHFM, C. I, Sayı 1-4, 1974, s. 440; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL,** s. 983; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 708.

[143] Türk hukukunda bu görüş, **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL,** s. 983; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 708; **SELİÇİ,** s. 440 vd. tarafından savunulmaktadır.

[144]**ACAR**, s. 358.

ipotekle sınırlı olduğu için burada sadece kanunda düzenlenen kanunî ipotek hallerine ve tescil talebinin hukukî niteliğine yer verilmiştir.

bb. Tescile Tâbi Kanunî İpotek Hakkı

Türk hukukunda iki ayrı kanunî ipotek türü görülmektedir. Bunlardan birincisi, tescile tâbi olmadan doğan kanunî ipoteklerdir. Bu durumda ipotek, tescil gerekli olmadan, doğrudan kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi ile tescil dışı doğmaktadır. İkincisi ise, tescile tabi kanunî ipotektir. Fakat ipoteğin kurulması, doğrudan doğruya kanun hükmünden kaynaklanmaktadır[145].

Azerbaycan hukukunda sadece tescile tâbi kanunî ipoteklerin düzenlendiği görülmektedir. Azerbaycan hukukunda kanunî ipotekle ilgili düzenlemeler şu şekilde sıralanabilir:

AMM'nin 235. maddesinin 3. fıkrasına göre, kat maliklerinden biri ortak giderleri üç yıl boyunca ödemezse, bağımsız bölüm üzerinde diğer kat malikleri lehine kanunî ipotek hakkı doğar. Çünkü Azerbaycan hukukunda kat mülkiyeti malikleri ortak giderleri "paylarına mütenasip" (payları oranında) ödemeleri gerekmektedir (AMM m. 235.1)[146]. Maliklerden biri veya birkaçı yapılan ortak giderlerden kendi payına denk gelen kısmını ödemezse ve bu durum 3 yıl boyunca devam ederse, diğer maliklerin kanunî ipotek hakkı talep etme yetkisi doğmaktadır. Kanunî ipotek hakkını varsa yönetici, yoksa oy çokluğu ile tayin edilmiş veya mahkeme kararı ile yetkilendirilmiş kat maliklerinden biri doğrudan tapu sicil memurundan talep edilebilir[147].

---

[145]Bu konuda geniş bilgi için bkz: **ALTAY/ ESKİOCAK**, s. 15, No: 31, ayrıca bkz: No: 219-221 **ACAR**, s. 358; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 753; **ACAR**, s. 358.

[146]Bilindiği üzere Türk hukukunda kat malikleri kat üzerinde ferdî mülkiyet hakkına sahiptirler. Azerbaycan Hukukunda ise, Türk hukukundan farklı olarak kat maliklerinin kat üzerindeki hakları paylı mülkiyet niteliğindedir(AMM m. 226.1.). Azerbaycan hukukunda paylı mülkiyette masraflara iştirakı ile ilgili geniş bilgi için bkz: **SÜLEYMANLI,** Server, "Azerbaycan Hukukunda Müşterek Mülkiyet Halinde Paydaşların Yararlanma Hakkı ve Masraflara İştiraki İle İlgili Düzenlemelerin Genel Sistematiği" I. Türkiye - Azerbaycan Hukuk Sempozyumu, İstanbul, 2011, s. 195 vd.

[147] Türk hukukunda ise, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunun m. 22'de kat mülkiyetinde ortak giderlerin teminatı olarak tescile tâbi ipotek hakkı düzenlenmektedir. Ayrıca TMK m. 893/f2'de elbirliği ortaklığına giren taşınmazlardan doğan alacak hakkı için birlikte mirasçı olanlar ve diğer ortaklar tazınmaz üzerinde ipotek hakkının tescilini isteyebilirler.

AMM'nin "Üst hakkı sözleşmesinin sona erdirilmesi" kenar başlığını taşıyan 252. maddesinin 5. fıkrasına[148] göre, üst hakkının sonra erdirilmesine karşılık bir bedel ödenmezse veya rehin verilmezse kanunî ipotek hakkı tesis edilebilir. Böylelikle üst hakkı sahibi ve üst hakkı üzerinde lehine rehin hakkı tesis edilmiş olan kişiler, taşınmaz üzerinde üst hakkı ile aynı derecede ipotek tesis edilmesini talep edebilirler. Söz konusu hükme göre, iki halde kanunî ipotek talep edilebilir. Birincisi, üst hakkı sahibine uygun bir bedel ödenmeden hakkının sona erdirmesi durumu, diğeri ise, üst hakkı üzerinde rehin hakkı sahibine bir teminat verilmeden rehnin hakkının sona erdirilmesi halidir. Türk hukukunda da, TMK m. 829'da üst hakkı sahibinin kanunî ipotek hakkı düzenlenmektedir. Hüküm, üst hakkı sahibinin ve üst hakkı üzerinde lehine rehin tesis edilmiş olan kişilerin, üst hakkının sona ermesine bağlı olarak sahip oldukları imkânlardan mahrum olmalarına karşı onların korumalarının sağlanmasını amaçlamaktadır[149].

AMM'nin 758. maddesinde, eser sözleşmesinin konusu taşınmaz üzerinde "binanın veya onun belirli kısmının yapımı" halinde taşınmaz üzerinde ipotek kurulabileceği düzenlenmektedir. Bu durumda müteahhit, eser sözleşmesinden doğan veya ileride doğacak alacağını teminat altına almak için, inşaatın yapıldığı taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilmesini talep edebilir.

Bir diğer kanunî ipotek hali, AMM'nin 869. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmektedir [150] . Bu düzenlemeye göre, "Ölünceye kadar bakma sözleşmesi çerçevesinde arazi veya diğer taşınmazlar bakım borçlusunun mülkiyetine geçirildiğinde, bakım alacaklısı alacağının teminatı olarak söz

[148] AMM'nin "Üst Hakkı Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi Kenar Başlığını Taşıyan" 252. maddesinin 5. fıkrasında şu düzenleme yer almaktadır: "Eğer tazminat ödenmiyorsa ve rehin verilmiyorsa, üst hakkı sahibi veya üst hakkı üzerinde rehin hakkı olan alacaklı, haklarını sona ermesine karşılık tazminat talebinin teminat altına almak için aynı derecede ipotek tesis edilmesini isteyebilirler."

[149]**GÜMÜŞ**, A., Mustafa, " Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri İle Karşılaştırmalı Olarak Eski Medenî Kanunun Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ve İlgilileri İçin Kabul Edilmiş "Tazminat (Bedel) Alacakları" ve "İpotek Hakları" , Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, s. 539-540.

[150] Türk hukukunda TBK m. 513'de (yeni TBK m. 613.) ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısının kanunî ipotek hakkı düzenlenmektedir.

konusu taşınmaz üzerinde rehin hakkı elde eder"[151]. Söz konusu maddede ölünceye kadar sözleşmenin kurulması durumunda kanunî ipoteğin kazanılacağı düzenlenmektedir. Fakat öngörülen kanunî ipotek hakkının kazanılması ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi hakkın tescili durumunda mümkündür[152].

cc. Tescile Tâbi Kanunî İpotek Hakkının Hukukî Niteliği

Azerbaycan hukukunda ilgili düzenlemeler değerlendirildiğinde kanunî ipotek haklarının tescilden önce kazanılmayacağı ve ipoteğin tescille kurulacağı konusunda her hangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Fakat Türk hukukunda olduğu gibi[153] Azerbaycan hukukunda da ipoteğin tescilini talep etme hakkının hukukî niteliği tartışmalı bir konudur.

---

[151]Söz konusu madde bir çok yönden isabetsizdir. **Birincisi,** Azerbaycan Mülkî Mecellesinin sistemi gereği burada "rehin" kavramını kullanılması isabetli değildir. Çünkü Azerbaycan Mülkî Mecellesinin sisteminde rehin kavramı sadece taşınırların rehni için kullanılmaktadır. **İkincisi,** "hakkı elde eder." ifadesinin kullanılması doğru değildir. Zira ipoteğin tescil dışı kazanılması Azerbaycan hukukunda öngörülmemektedir. Kanaatimizce söz konusu hükümde geri alım (vefa) hakkı düzenlemektedir. Yani, burada aslında alacaklı diyor ki, "ben taşınmazımı senin mülkiyetine geçiriyorum ama eğer sen borcunu ihlâl edersen taşınmazımı geri alacağım". Gerçekten de eğer bakım borçlusu borcunun gereğini yapmazsa, alacaklının taşınmaz mülkiyeti geçirme gerekçesi, yani hukukî işlemin sebebi ortadan kalkmış olur. Bu durumda geri alım (vefa) hakkı tescilsiz kazanılır, fakat üçüncü kişilere ileri sürülmesi tescil şartına bağlıdır. **SÜLEYMANLI,** "Eşya" s. 102.

[152]Ölünceye kadar bakma sözleşmesine göre bir taraf, mülkiyetinde olan bir eşyayı diğer tarafın mülkiyetine geçirmeyi, buna karşılık diğer taraf da süresiz veya ölünceye kadar belirli aralıklarla belirli oranda para ödemeyi vaat etmektedir. Türk hukukunda her türlü edim bakım sözleşmenin konusu olabildiği halde, Azerbaycan hukukunda bakım borçlusunun edimi "para meblağı" olarak ifade edilmektedir (AMM m. 864.1.). Ayrıca bu sözleşmede bakım alacaklısının borcunu hemen ifa etmesi, bakım borçlusunun ediminin ise zamana yayılması, bakım alacaklısının hukukî durumunu zayıflatan bir güvensizlik faktörüdür. Kanun koyucu bakım alacaklısının alacağını elde edememe ihtimalini dikkate alarak, güvensizliği giderip, taraflar arasında dengeyi sağlamak amacı ile alacaklıya ipotek hakkı tanımaktadır. **AKARTEPE,** Alpaslan, "Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi", İstanbul, 2005, s. 71-72.

[153] Türk hukuk doktrininde konuyla ilgili bir çok görüş bulunmaktadır: ***Bir görüşe göre,*** tescil hakkı şahsî nitelikte bir haktır. Yani talep hakkı taşınmaza kim malikse sadece ona karşı ireli sürülebilir. Eğer taşınmaz mülkiyeti el değiştirmişse veya malik iflas etmişse artık ipotek hakkı yeni malike karşı ireli sürülemez. İpoteği tescil talebinin yükümlüsü ipotek doğduğu andaki taşınmaz malikidir. **REİSOĞLU,** Seza, "Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı", Ankara, 1961, s. 72; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ,** "Haklar", s. 226; **SAYMEN/ ELBİR,** s. 627; ***İkinci bir görüşe göre,*** kanunî ipoteğin tescil talebi, aynî nitelikte bir haktır. Bu görüşe göre taşınmaz maliki kim olursa olsun ona karşı ireli sürülebilir. Çünkü söz konu ipotek hakları malik sıfatına bağlı olarak değildir, taşınmaza bağlı olarak tesis edilmektedir. Dolayısıyla tescil talebini hem taşınmazın malikine hem de iflas masasına ireli sürülebileceği kabul edilmektedir **TEKİNAY,** Selahattin "İnşaatçı İpoteğini İsteme Hakkının Mahiyeti" MHAD, 4. Sayı, 1969, s. 133; Konuyla ilgili ***üçüncü görüşe göre***, tescile tâbi olmayan kanunî ipotek hakkının eşyaya bağlı borçtur. Çünkü kanun koyucu ipotek hakkı sahibini şahsî nitelikli talep hakkının vermiş olduğu imkânlardan daha fazla korumak istemiştir. Eğer eşyaya bağlı borç görüşü kabul edilirse eşya kimin mülkiyetinde olmasına bağlı olmayarak hak

Kanaatimizce, hak sahibinin kanunî ipotek tescil talebi, şahsî nitelikte yenilik doğuran bir haktır. Bunun birden fazla gerekçesi bulunmaktadır:

Evvelâ, burada talep hakkının aynî bir hak yahut aynî nitelikte bir talep hakkı olmadığı düşüncesindeyiz. Zira tescile bağlı ipotek hakları tescille doğar. Tescilden önce ipotek tesisine ilişkin bir talep, eşya üzerinde vasıtasız bir hâkimiyet sağlamaz. Bu sebeple, aynî bir haktan söz edilemez. Dolayısıyla bu talep hakkı, aynî bir talep, sayılmaz. Zira aynî nitelikteki bir talep mülkiyet veya sınırlı aynî hak sahibine tanınan bir yetkidir. Aynî nitelikteki talep yetkisine sadece aynî hak sahipleri haizdir. Hâlbuki ipoteğin tescilinden önce, talep hakkı sahibi ile malik arasında böyle bir ilişki mevcut değildir[154].

İkincisi, yukarıda bahsedilen durumda kanun koyucunun kanunî ipotek hakkı sahibinin korunmasını amaçladığı ve bunun gereği olarak da taşınmaz üzerinde hak elde eden üçüncü kişilere karşı da ipotek hakkının ileri sürülebileceği görüşüne katılmıyoruz[155]. Burada evet bir himaye söz konusudur. Fakat bu himaye, kanun koyucu tarafından ipotek sözleşmesine gerek duyulmaksızın hak sahibine ipotek tesis edebilme hakkı verilmesi şeklinde gerçekleşmiştir. Dolayısıyla tescilden önce bu hakkın üçüncü kişilere karşı ireli sürülmesi mümkün değildir[156].

---

sahibi kanunî ipotek talebinde bulunabilir. Bu görüşe göre, borç kişiye değil duruma bağlıdır. Malik ise, ileride doğacak alacak için muvafakat vermesi ile müspet edim yükümlülüğünde bulunur. Bu iki unsur ile eşyaya bağlı borcun iki temel öğesini gerçekleşmektedir. Söz konusu görüşe göre, burada önemli olan ipotek tesis talebi ile hak sahibine nasıl bir koruma sağlanmak istenmesidir. Kanun koyucunun tescile tâbi kanunî ipotek hakkına yer verirken, bununla talep hakkı tanındığı kişileri sözleşmeye dayanan (akdi) bir ipotekten daha fazla himayeye layık gördüğü açıktır. Meselâ müteahhit ve işçilerin taşınmazlarda emekleri ve getirdikleri malzemeyle meydana getirdiklerin artışı sebebiyle sahip oldukları alacak hakları teminat altına alınmaktadır. Gerçekten de söz konusu teminatın maksadı, hukukî durumda kişilerin iradeleri dışında meydana gelebilecek değişiklikten zarar görmelerini önleyerek özel himaye sağlamaktadır. Dolayısıyla bu talep hakkının sadece taşınmaz malikine ileri sürülebileceğinin kabulü, hak sahiplerini en muhtaç oldukları halde himayeden yararlanamamalarına sebep olabilir. **EREL, N.** Şafak**,** "Eşyaya Bağlı Borç", Ankara, 1982 s. 221-229; **AKİPEK/ AKINTÜRK** s. 794; ***Bir dördüncü görüşe göre ise,*** tescili talep hakkı yenilik doğuran haktır. Kanunî şartlar gerçekleşmişse hak sahibi doğrudan doğruya ipoteğin tescilini memurdan talep edebilir. Yenilik doğuran haklar malikin iznine gerek olmadan alacaklının tek taraflı iradesi ile kullanılmaktadır. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 757, **GÜRSOY/ EREN /CANSEL** s. 1025; **ALTAY/ ESKİOCAK**, s. 152, No: 221.

[154]**EREL,** "Borç", s. 222.

[155]**TEKİNAY,** "İpotek" s. 133.

[156] **EREL ,**"Borç", s. 221-222.

Üçüncüsü, tescil talep hakkının iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi kanunun sitemine aykırıdır. Zira tapu siciline itimat ilkesi gereği iyi niyetli hak elde eden kişiler kanunun himayesi altındadır. Bu durumda tapu siciline güvenerek taşınmaz üzerinde hak elde eden kişinin korunmaması tapu siciline olan güveni dolayısıyla da devlete olan itimadı sarsar[157].

Dördüncüsü, Azerbaycan hukukunda tescil talebinde bulunma yetkisi hak sahibine tanınmış bulunmaktadır. Yani Azerbaycan hukukunda tescil talebi malike değil, kanunî ipotek hakkı tanınan kişiye aittir (AMM m. 235.1.3 ve ATSK m. 10.1[158]). Dolayısıyla bu durumda eşyaya bağlı borç söz konusu olmaz. Zira eşyaya bağlı borçta, sadece eşyanın malikine yönelik nisbî bir talep hakkı vardır. Burada ise, kanun gereği doğrudan tapu memurundan tescil talebinde bulunulmaktadır. Diğer taraftan eşyaya bağlı borçta malik değişse bile talep hakkı yeni malike karşı ileri sürülebilmesinin, daha önce belirtildiği gibi tapu siciline itimat ilkesine aykırı olur.

Kanunî ipotek sahibi, şartlar gerçekleşmişse doğrudan tapu memurundan tescil talebinde bulunabilir. Tapu memurunun görevi, kanunî şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmektir. Şartlar gerçekleşmişse tapu memuru tarafından tescil yapılır ve malik bu duruma sadece katlanmak zorundadır. Dolayısıyla hak sahibi, tek taraflı irade beyanı ile malikin hukukî sahasında kanundan doğan yetkisini kullanarak değişiklik yapabilmektedir. Bu ise yenilik doğuran haklara has bir özelliktir. Zira yenilik doğuran haklar, şartlar gerçekleştiğinde; tek taraflı irade beyanı ile kullanılmakta, başka bir kişinin hukuk alanında yeni bir hukukî durum meydana getirmekte veya mevcut hukukî durumu değiştirmekte veyahut sona erdirmektedir[159]. Yenilik doğuran hak kullanıldığı andan itibaren hak sahibini bağlar, şarta bağlanmaz ve diğer tarafın kabulüne veya itiraz etmemesine bağlı değildir. Burada ipotek hakkı, tescilin niteliği gereği yenilik doğuran hakkın kullanılması ile değil, tescil ile kurulur. Diğer taraf itiraz ederse, mahkemenin kararı yenilik doğuran hakkının kullanılması için

---

[157] **EREL,** "Borç", s. 223.

[158] Kanununun 10. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Hakların devlet tescili kanunla belirlenmiş kurallara uygun **hak elde edenin** dilekçesi esasında yürütülür."

[159] **BUZ,** Vedat, "Yenilik Doğuran Haklar", Ankara, 2005, s. 57.

kanunda öngörülen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit hükmündedir, yenilik doğurucu nitelikte değildir.

Sonuç olarak şartlar gerçekleştiğinde, hak sahibi, kanundan kaynaklanan yenilik doğuran hak niteliğinde tescil talebi kazanmış olur. Bu hakkı, malikin rızasına gerek olmadan kullanarak taşınmaz üzerinde ipotek tesis edebilir. Fakat bu yenilik doğuran hak şahsî nitelikte olup, iyi niyetli hak elde eden üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Sürülürse yeni malik itiraz edebilir.

dd. Tescil Talebinin Süresi

Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan hukukunda da, ipoteğin hukukî sebebinin iradeden (sözleşme veya vasiyetnameden) kaynaklandığı hallerde tescil talebinde bulunmak için bir süre öngörülmemektedir. Bu durumda, ipotek alacaklısının tapu memurundan tescil talebinde bulunma yetkisinin bir süreyle sınırlanıp sınırlanamayacağı belli değildir. Kanaatimizce, burada ipotek sözleşmesinin geçerliliği bir süre ile sınırlanmışsa, bu sürenin bitimine kadar veya ipoteğin teminat altına aldığı alacağın varlığına son verileceği ana kadar ipotek alacaklısı tescil talebinde bulunabilir. Zira tescil talebinin gecikmesinin malikin malvarlığı üzerinde her hangi bir olumsuz etkisi bulunmamaktadır. Aksine tescilin gecikmesi ipotek alacaklısı için olumsuz sonuçlara sebep olabilir. Bu durumda ipotek alacaklısı hakkını zamanında tescil ettirmediğinden tescilden önce taşınmaz üzerinde hak elde eden iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ipotek hakkını ileri süremez. Burada ipotek hakkının geçerliliği bir süre ile sınırlanmışsa, bu süre sözleşmenin kurulması ile başlamalıdır. Zira sürenin başlanması tescil anı olarak kabul edilirse, hak sahibine tescili geciktirerek tek taraflı şekilde sürenin uzatılmasını sağlama imkânı sağlanmış olabilir. Bu ise, ne menfaatler dengesine, ne de iki tarafa borç yükleyen sözleşme hükümlerini tek taraflı şekilde değiştirilemeyeceği ilkesine uygundur.

İpotek sözleşmesi son bulmadığı ve ipotekle teminat altına alınan alacak varlığını devam ettirdiği sürece ipotek alacaklısı tescil talebinde

bulunabilir. Zamanaşımına uğramış alacaklar için de ipotek alacaklısının ipotek tescili talep etme yetkisi vardır. Fakat alacak zamanaşımına uğramışsa, malik, zamanaşımı defi hakkını tapu memuruna ileri sürerek ipoteğin tescilini önleyebilir. Aynı zamanda zamanaşımı defi hakkı, ipotek hakkı tescil edildikten sonra, ipotek alacaklısının taşınmazı paraya çevirme talebi karşısında da kullanabilmektedir. Zira ipotek alacaklısının teminat konusu taşınmazın paraya çevrilmesini talep edebilmesi için borçlunun temerrüdü gerçekleşmiş olmalıdır (AİK m. 33). Borçlunun zamanaşımı defini ileri sürdüğü hallerde ise, borçlunun temerrüdü gerçekleşmemektedir. Zira borçlunun haklı bir sebeple ifadan kaçınma yetkisi bulunmaktadır. Borçlunun sahip olduğu bütün imkânları, bizzat borçtan sorumlu olmayan malik de kullanabilmektedir (AMM m. 323-1.).

Belirtilmesi gerekir ki, ipotek tescil edilmeden taşınmaz maliki değişirse, hak sahibinin tescil talebine, yeni malik itiraz edebilir. Zira tapu siciline itimat ilkesi gereği tapu siciline güvenerek hak elde eden iyi niyetli üçüncü kişiler korunmaktadır (AMM m. 140 ve TMK m. 1023)[160].

Azerbaycan hukukunda kanunî ipotek halleri ile ilgili olarak üç aylık süre AMM 252. maddesinin 1. fıkrasında öngörülmektedir. Üst hakkı sahibine veya üst hakkı üzerinde rehin hakkı olan kişiye üst hakkı sonra erdirilmesine karşılık bir bedel ödenmeye veya rehin verilmeyebilir. Bu durumlarda AMM m. 252.1'2 göre üst hakkı veya üst hakkı üzerinde rehin hakkı sahibi lehine taşınmaz üzerinde kanunî ipotek hakkı tesis edilebilir. Söz konusu ipoteğin tescilinin en geç üst hakkı sona erdiği günden itibaren 3 ay için de yaptırılması gerekmektedir. Bu süre, bir hak düşürücü süredir. Zira kural olarak yenilik doğuran haklar nitelikleri gereği hak düşürücü süreye tâbi olurlar[161].

[160] Türk hukukunda konuyla ilgili olarak aynı görüş kabul edilmekte ve aksinin kabulü, yani bu durumda iyi niyetli üçüncü kişiler korunmaması tapu siciline olan güveni sarsacağı ifade edilir. **KÖRPÜLÜ/ KANETİ,** " Haklar", s. 315.

[161] Yenilik doğuran haklar hak sahibinin hakkını kullandığına ait irade açıklamasının muhataba varması ile sonuç meydana getirir. Bu sebeple de işin niteliği gereği bu haklar bakımından zamanaşımı süresi söz konusu olmaz. Bu haklar hak düşürücü süreye tabî olurlar. **BUZ,** s. 261

Türk hukukuna bakıldığında da tescile tabi kanunî ipotek haklarının tescili için üç aylık bir süre öngörülmektedir[162]. Söz konusu sürenin hak düşürücü süre olduğu ve dolayısıyla kısaltılmasının ve ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir[163]. Öngörülen süre içinde ipotek tescil edilmezse hak kendiliğinden sona erer[164]. Bundan sonra hak sahibi artık kanunî ipotek talebinde bulanamaz. Fakat tarafların anlaşarak sözleşmeye dayalı ipotek kurmaları mümkündür.

Belirtilmelidir ki, üç aylık sürenin diğer kanunî ipotek halleri için geçerli olup olmadığı konusu açık değildir. Kanaatimizce, 3 aylık hak düşürücü süre diğer tescile tâbi kanunî ipotek halleri için de uygulanmalıdır. Söz konusu tescili talep hakkının yenilik doğuran bir hak olması gereği, hak sahibi üstün bir yetki elde etmektedir. Yani hak sahibi şartlar gerçekleştiğinde tek taraflı irade beyanı ile diğer tarafın hukuk alanında değişikliğe sebep olabilmektedir. Bunu yaparken de diğer tarafın rızası aranmamaktadır. Kanun koyucu, bir tarafın böyle üstün konumda olduğu bir ilişkide, kısa sürede durumun aydınlatılmasını istemektedir. Spekülasyonların veya hâkim durumun kötüye kullanılmasının önlenmesi için hak sahibinin hakkı kullanıp kullanmayacağına kısa sürede karar vermesini gerekmektedir. Bu sebeple yenilik doğuran haklar zamanaşımına değil, hak düşürücü süreye tâbi olmakta ve bu süre kısa tutulmaktadır. Dolayısıyla kanunî ipotekler için öngörülen süre, her ne kadar sadece üst hakkının sona ermesi hali için öngörülmüşse de, (AMM 252.1.), bütün kanunî ipotek hallerinde hakkın kullanılmasını bir süre ile sınırlı tutulmak gerekmektedir. Bu durumda bütün kanunî ipotek hakları için kıyas[165] yolu ile AMM 252. maddesinin 1. fıkrasındaki yer alan üç aylık sürenin uygulanması en makûl olanıdır.

Son olarak AMM'nin 758. maddesinde yer alan düzenlemeye değinmekte yarar vardır. Yukarıda da belirtildiği gibi, AMM'nin 758.

---

[162] **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 758.
[163] **ÖZKAYA**, Eraslan," Ölünceye Bakma Sözleşmesi" Ankara, 2007, s. 125.
[164] **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 758.
[165]Azerbaycan hukukunda kıyas kanunun asli kaynaklarındandır. Türk hukukunda olduğu gibi, kanun boşluğu olduğu durumlarda hakimin başvurup vurmamakta serbest olduğu bir yardımcı kaynak değildir. Azerbaycan hukukunda kıyas yapma imkanı varken kanun boşluğu kabul edilmemekte dolayısıyla hâkimin takdir yetkisi kullanarak hukuk yaratma imkânı da bulunmamaktadır (AMM m.11).

maddesine göre, eser sözleşmesin konusu, taşınmaz üzerinde "bir binanın veya onun belirli kısmının yapımı" ise, müteahhit taşınmaz üzerinde ipotek kurulmasını talep edebilir. Bu durumda söz konusu üç aylık sürenin hangi anda başlayacağı açık değildir.

Türk hukukunda yukarıda bahsedilen durumdaki satıcı, mirasçı, paydaş ve bakım alacaklısı lehine ipotek, taşınmazın devrinden (TMK m. 894), yapı alacaklısı lehine ipotek, işlerin bitimi tarihinden (TMK m. 895), üst hakkı sahibi lehine ise, üst hakkı sona ermesinden (TMK m. 829/f.2.) itibaren üç ay içinde tescil edilmelidir[166]. Kanaatimizce, üç aylık süre, Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan Hukukunda da sözleşme ile öngörülen işin bitirilmesi tarihinden başlar. İşin bitiminden kasıt, alacaklı yönünden kendisine düşen işin gerçekleştirilmesi olup, yapının bütün işlerinin tamamlanması değildir[167]. Fakat hak sahibi, iş bitmeden öncede, ileride kesinleşecek olsa bile alacağının teminat altına alınmasını talep edebilir. Bu durumda AİK'nun 10. maddesinin 5. fıkrası gereği müstakbel alacak için ipotek tescil ettirilebilir.

III. Teminat Konusu Taşınmazın Sayısı Bakımından

A. Genel Olarak

Bir alacak genelde bir taşınmaz ile teminat altına alınır. Bununla birlikte bazen borç ilişkilerinde alacak miktarı yüksek rakamlara ulaşmakta ve üzerinde ipotek kurulması düşünülen eşyanın değeri teminat olarak yeterli olmamaktadır. Bu durumda alacak birden fazla taşınmazla teminat altına alınmaktadır. Alacağın birden çok taşınmaz ile teminat altına alınması özellikle de alacaklı tarafın banka olduğunda daha da çok karşılaşılmaktadır. Gerçekten de bankaların verdikleri yüksek miktarda kredileri teminat altına alma ve risk oranını minimuma indirme çabaları sonucunda birden çok taşınmazın bir alacak için ipotek edildiği görülmektedir.

[166] **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 758.
[167] **KÖRPÜLÜ/ KANETİ** s. 317

Aşağıda esasen toplu rehin (bir alacağın birden çok taşınmaz ile teminat altına alınması) türleri olan paylı rehin ve müteselsil rehin kavramlarına ve ilgili düzenlemelere kısaca yer verilmektedir.

B. Bir Alacağın Birden Çok Taşınmazla Teminat Altına Alınması (Toplu İpotek[168])

Türk hukukunda aynı alacağın birden çok taşınmazla teminat altına alınması mümkündür (TMK m. 855). Bu durum, bir alacağın başlangıçta birden çok taşınmaz ile teminat altına alınması şeklinde olabileceği gibi, bir alacağın bir taşınmaz ile teminat altına aldıktan sonra söz konusu taşınmazın bölünmesi şeklinde de gerçekleşebilmektedir[169]. Birden fazla taşınmazın teminat için ipotek verildiği hallerde, teminat yükü taşınmazlar arasında bölünmüşse *paylı rehin (ipotek)*, bölünmemişse, yani her bir taşınmaz alacağın bütünü için teminat teşkil ediyorsa, *müteselsil rehin (ipotek)* söz konusu olur[170].

Türk hukukunda birden çok taşınmaz üzerinde rehin kurulmuşsa teminatın bölünmesi temel ilkedir (TMK m. 855/f.2)[171]. Gerçekten de, TMK m. 855/f.2'ye göre, aynı alacak için birden çok taşınmaz üzerinde ipotek tesis edildiği hallerde, her bir taşınmazın alacağa ne miktarda teminat teşkil ettiği belirtilmesi gerekir. Bu durumda her bir taşınmaz alacağın belirli bir miktarını teminat altına alır. Söz konusu taşınmazlar üzerindeki ipotekli değer parçalarının toplam miktarı alacağın miktarını geçemez. Bu halde bölünen sadece teminat yüküdür, alacak değildir[172]. Aynı alacağın birden çok taşınmazla teminat altına alınması durumunda teminat yükü bölünmeden ipoteğe konu olması ise istisnadır. Çünkü konuyla ilgili olarak TMK m.

---

[168] Türk hukukunda toplu rehin, "müşterek rehin", "kolektif rehin", "birlikte rehin" şeklinde ifade edildiği görülmektedir. Belirtilmesi gerekir ki, "toplu ipotek", "genel ipotek" değildir. Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan hukukunda da genel ipotek yasaktır. Zira, taşınmaz rehnine hakim ilke olan belirlilik ilkesi böyle bir ipoteğin tesisine engeldir.

[169] **KUNTALP**, Erden, "Aynı Alacak İçin Birden Çok Taşınmaz Rehni", Yiğit Okur'a Armağan, İstanbul, 1998, s. 267.

[170] **KURŞAT,** "Rehin" s. 393.

[171] **ALTAY/ ESKİOCAK**, s. 48, No: 77; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 701; **KUNTALP,** "Rehin", s. 267.

[172] **ALTAY/ ESKİOCAK**, s. 50, No: 81; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 701.

855/f.1'de, "*Birden çok taşınmazın aynı borç için rehin edilmesi taşınmazların aynı malike veya borçtan müteselsilen sorumlu olan maliklere ait olmalarına bağlıdır*" hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla Türk hukukunda üzerinde rehin kurulmak istenen taşınmazın mülkiyeti aynı kişide ise veya taşınmaz malikleri farklı kimseler olsalar bile teminat altına alınmak istenen borçtan müteselsil borçlu iseler toplu ipotek kurulabilir[173]. Başka bir ifade ile, Türk hukukunda müteselsil rehin kurulabilmesi ya taşınmaların aynı kişinin mülkiyetinde olması veya birden çok taşınmaz borçtan müteselsil sorumlu olan kişilere ait olması halinde mümkündür. Sonuç olarak Türk hukukunda ipoteğin teminat yükünün bölünmesi ilkesi esas alınmaktadır. Bu sistem, ipoteğin teminat yükünün bölünmesi sistemi borçlunun lehine, alacaklının ise aleyhinedir. Zira alacaklı bölünen ipotek teminatının tamamını elde edemeyebilir[174].

Azerbaycan hukukunda ise, Türk hukukundan farklı olarak[175] aynı alacak için birden çok taşınmazın ipoteği halinde teminat yükünün bölünmeyeceğini ana ilke olarak kabul edilmiştir. Şöyle ki, Azerbaycan hukukunda paylı ipotek kanunda öngörülen hallerde veya tarafların bunu açıkça kararlaştırmaları halinde söz konusu olur. Dolayısıyla Azerbaycan kanun koyucusu müteselsil ipotek, yani teminat yükünün bölünmeyeceği sistemini kabul etmekle, alacaklı ve borçlu arasında mevcut olan menfaat çatışması karşısında, tercihini alacaklıdan yana kullanmıştır.

AMM m. 308.2.'de konuyla ilgili olarak "İpotek çeşitleri" kenar başlığı şu hükme yer verilmektedir:

"Umumi ipotek[176] (toplu rehin), konusu birden çok eşya olan ve bu eşyaların her birinden alacağın ödenmesi için yararlanılabilen ipotektir. Alacaklının talebi ile istenilen eşyadan alacağını tahsil edilebilir."

---

[173] **KÖPRÜLÜ/ KANETİ, "**Haklar" s. 291.
[174] **KUNTALP,** "Rehin", s. 268; **ALTAY/ ESKİOCAK**, s. 50, No: 79.
[175] Yukarıda da belirtildiği gibi, Türk hukukunda müteselsil rehin kurulabilmesi ya taşınmaların aynı kişi mülkiyetinde olması veya birden çok taşınmaz borçtan müteselsil olarak sorumlu olan kişilere ait olması halinde mümkündür. **KURŞAT,** "Rehin" s. 406; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 720**.**
[176] Teknik olarak "*umumi ipotek*" ifadesi isabetli değildir. Burada kastedilen birden çok taşınmazın bir alacağa teminat teşkil etmesi durumudur. Zira Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan hukukunda da umumi (genel) ipotek kurulamaz. Yani bir kişinin sahip olduğu ve ileride sahip olacağı bütün taşınmazlarının aynı alacak için teminat teşkil etmesi yasaktır. Çünkü bu durum hem şahsiyet

Yukarıda metni verilen hükmün AİK'nun m. 6.4' de yer aldığı görülmektedir. Söz konusu hükümlere göre, birden çok taşınmaz üzerinde ipotek tesisi durumunda her biri taşınmazın bütün değeri ile teminat teşkil etmektedir. Başka bir ifade ile, hükmün lâfzî ifadesinden anlaşılan, her bir taşınmazın alacağın tamamını teminat altına almasıdır. Alacaklıya alacağının tahsili için istediği taşınmazdan yararlanabilme imkânı sağlanmaktadır. Görüldüğü gibi, Azerbaycan hukukunda Türk hukukundan farklı olarak müteselsil rehin ana kural olarak kabul edilmiştir. Taraflar aksini öngörmedikçe birden çok taşınmaz bir alacak için teminat gösterildiği durumlarda müteselsil rehin hükümleri uygulanır. Yani Azerbaycan hukukunda kural olarak taşınmazların hepsi bütün değerleri ile alacağın tamamı için teminat teşkil etmektedir. Diğer taraftan söz konusu hükümlerde hangi taşınmazın paraya çevrileceği konusunda ipotek alacaklısına seçim hakkı tanınmaktadır. Yani alacaklı isteğine ve arzusuna göre, taşınmazların hepsinin veya bir kaçını paraya çevrilmesini talep edebilir[177]. Bu durum adil olmadığı gibi, spekülasyonlara da açıktır. Keza hukukî ilişki taraflarının eşitliği ilkesine de aykırıdır. Çoğunlukla uygulamada ipoteğin, bankaların kredi sözleşmelerinden doğan alacaklarını teminat altına almak için başvurdukları bir usul olduğu dikkate alınırsa, durumun menfaat dengesini alt üst edecek derecede bankaların lehine olduğu açıktır. Zaten kural olarak maddî durumu iyi olmayan kişiler kredi almak yoluna başvurmaktadır. Kredi almak isteyen kişinin, önüne koyulan genel işlem şartları çerçevesinde hazırlanan sözleşmeyi değiştirme imkânı bulunmamaktadır. Söz konusu sözleşmede kanunî sınırlar dâhilinde bankaların lehine olan en avantajlı şartların yer aldığı ve genellikle okunmadan imzalandığı bir gerçektir. Ayrıca buna, birden çok taşınmazın ipoteği halinde, hem müteselsil rehin imkânı hem de istediği taşınmazı seçme imkânı ilâve edilince, borcu zamanında ifa edemeyen borçlunun son derece ağır bir duruma itildiği görülmektedir.

---

haklarının hem de belirlilik ilkesinin ihlâline sebep olmaktadır. Zaten Azerbaycan hukukunun mevcut sistemi içerisinde uygulanması da mümkün değildir. Türk hukukunda genel ipotekle ilgili bkz: . **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 686; **KURŞAT,** "Rehin" s. 393.

[177] Türk hukukunda alacaklı alacağını tahsil edebilmesi için bütün taşınmazların para çevrilmesi talep etmelidir. Seçim hakkı söz konusu değildir. **AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 195.

Son olarak toplu rehin halinde, birden çok taşınmaz üzerinde bir ipotek hakkı mı, yoksa taşınmazların adedi kadar birbirinden bağımsız birden çok ipotek hakkı mı olduğu tartışmalıdır. Konuyla ilgili olarak Türk hukukunda hâkim görüş[178], birden çok taşınmaz üzerinde bir tek ipotek hakkının kurulduğu yönündedir. Yani bütün taşınmazlar bir ipotek hakkının konusudur. İkinci bir görüşe[179] göre ise, burada taşınmaz sayısı kadar ipotek hakkı bulunmaktadır.

Kanaatimizce, Azerbaycan hukukunun mevcut sistemi dikkate alındığında Türk hukukunda azınlıkta olan ikinci görüş daha uygundur. Zira birbirinden tamamen bağımsız taşınmazların bir hakkın konusu olması tatmin edici görülmemektedir. Ayrıca Eşya Hukukuna hâkim olan kural, bağımsız niteliği olan bir tek eşya sadece bir aynî hakkın konusu olmasıdır[180]. Söz konusu kural, sınırlı aynî hak niteliğinde olan ipotek hakkı için de geçerlidir. Dolayısıyla, temel kurala bir istisna getirilmesi için makûl bir gerekçe bulunmamaktadır.

[178]**KÖPRÜLÜ/ KANETİ, "**Haklar" s. 291; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL,** s. 974.
[179]**OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 702.
[180] **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 702.

İKİNCİ BÖLÜM
TAŞINMAZ İPOTEĞİNİN KURULMASI ve İPOTEĞİN SIRA DÜZENİNE HÂKİM OLAN SİSTEMLER

§6. İPOTEK AÇISINDAN FİİL EHLİYETİ

I. Tam Ehliyetliler

Türk hukukunda kişinin fiil ehliyetine sahip olabilmesi için, ayırt etme yeteneğine sahip olması (temyiz kudreti), ergin (reşit) olması ve kısıtlı olmaması şartları aranmaktadır[181]. Buna karşılık Azerbaycan hukukunda ise, kişinin, reşit olması[182] ve kısıtlı olmaması ve tam ehliyetsiz olduğuna dair hakkında mahkeme kararının bulunmaması gerekir. Azerbaycan hukukunda ayırt etme yeteneğine sahip olması doğrudan doğruya kanun koyucu tarafından aranmamaktadır. Hatta kural olarak ayırt etme yeteneğinden yoksun kişinin yapmış olduğu hukukî işlem iptal edilmedikçe geçerlidir.

Azerbaycan hukukunda bir kişi reşitse (onsekiz yaşını doldurmuşsa), kısıtlanmamışsa ve tam ehliyetsizliğine hükmedilmemişse taşınmazı üzerinde istediği gibi tasarruf edebilir. Taşınmazı üzerinde ipotek tesis etmek amacıyla geçerli bir ipotek sözleşmesi yapabilir.

II. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişilerin Fiil Ehliyeti

Türk hukukunda bir kişi, yaşın küçüklüğü, akıl zayıflığı, akıl hastalığı, sarhoşluk ve buna benzer sebeplerden biriyle makûl bir şekilde davranamıyor ve dolayısıyla ayırt etme kabiliyetinden yoksunsa tam ehliyetsiz olarak kabul

---

[181] **OĞUZMAN / SELİÇİ/ OKTAY**, "Kişiler Hukuku", İstanbul, 1999, s. 39; **ÖZTAN**, Bilge, "Medenî Hukukun Temel Kavramları", Ankara, 2006, s. 247.

[182] Azerbaycan hukukunda rüşt yaşı onsekiz olarak belirlenmektedir. Fakat istisnaî bazı hallerde kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi ile kişi on altı yaşını tamamladıktan sonra reşit olabilmektedir. Söz konusu şartlar gereği, kişinin onsekiz yaşından önce evlenmiş olması, iş sözleşmesi esasında çalışmaya başlaması ve tacir sıfatı ile ilişkilerde bulunması sebebi ile on altı yaşını doldurmuş kişiler tam fiil ehliyetli kabul edilmektedirler. Azerbaycan hukukunda kişi mahkeme kararına gerek olmadan kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi ile kendiliğinden tam fiil ehliyeti kazanmaktadır. Sadece onsekiz yaşı tamamlanmamış kişilerin tam fiil ehliyeti kazanabilmeleri vali veya vasinin iznine bağlıdır, böyle bir izin bulunmadığı takdirde mahkeme kararı söz konusu izninin yerine geçmektedir.

edilmektedir (TMK m. 13)[183]. Azerbaycan hukukunda ise farklı bir sistem uygulanmaktadır. Gerçekten de, Azerbaycan hukukunda bir kişi ya yaş küçüklüğü sebebiyle (0-7 yaş arası tam ehliyetsiz kabul edilir) [184] veya hakkında ehliyetsiz olduğuna dair mahkeme kararı varsa tam ehliyetsiz kabul edilir. Ayırt etme yeteneğinden yoksun bu kişilerin yaptığı hukukî işlemlerin geçersizliğine sadece mahkeme tarafından hüküm edilebilir[185]. Görüldüğü üzere, Azerbaycan hukukunda, ayırt etme yeteneğinden yoksun kişi, kural olarak taşınmazı üzerinde ipotek tesis edebilir. Fakat uygulama da böyle bir durumla karşılaşılma ihtimali çok düşüktür. Zira "Noter Hareketleri Hakkında Talimatname'nin" 39. maddesine göre, noter memurunun resmî sözleşme yapmak için başvuran kişilerin ehliyetleri araştırma mecburiyeti vardır. Eğer ayırt etme yeteneği konusunda şüphe ederse taraflar ile ilgili mahkeme kararı olup olmadığını araştırmak ve gerekirse yetkili mercilerden rapor getirilmesini taraftan veya taraflardan talep etmek yetkisine sahiptir. Hatta noter memuru, ehliyeti konusunda şüphe ettiği kişinin kısıtlanması veya tam ehliyetsizliği ile ilgili olarak mahkemenin karar vermesi için yetkili organların mahkemeye başvurmalarını talep edebilir.

Son olarak 0-7 yaş arası küçüklerin ve tam ehliyetsiz sayılmış kişilerin malik oldukları taşınmaz üzerinde velâyet sahibi veya vesayet sahibi kanunî

---

[183] Böyle birisinin yapacağı hukukî işlemler kesin hükümsüzlük yaptırıma tâbidir Dolayısıyla da böyle bir kişinin taşınmazı üzerinde ipotek tesisi için yaptığı ipotek sözleşmesi kesin hükümsüzdür **HELVACI**, "İpotek" s. 39; **OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY,** "Kişiler" s. 60; **ÖZTAN**, "Medeni" s. 258. Kesin hükümsüzlük halinde mahkeme kararına gerek olmadan hukukî işlem kendiliğinden geçersizdir. Bununla birlikte uyuşmazlık halinde durumun tespiti için mahkemeye başvurulabilmektedir. **OĞUZMAN,** Kemal/ **BARLAS,** Nami, Medeni Hukuk, İstanbul, 2004, s. 167-168.

[184] Azerbaycan hukukunda sıfır yedi (0-7) yaş arası küçüklükler kanunen her hangi bir işleme gerek olmaksızın tam ehliyetsiz kabul edilmektedir. Bu kişilerin yaptığı hukukî işlem kendiliğinden geçersiz olmaktadır. Bunun dışında bir mahkeme kararı olmadıkça kişi ayırt etme yeteneğinden yoksun olsa bile, yaptığı hukukî işlem kendiliğinden geçersiz olmaz. Bu konuda iki tür mahkeme kararı verilebilmektedir. Birincisi kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde kişi hakkında tam ehliyetsizdir kararı verilir. İkincisi bir kişi, ayırt etme yeteneği olmadığı bir durumda hukukî işleme taraf olursa sonradan ayırt etme yeteneğinin bulunmadığını ileri sürerek mahkeme yoluyla hukukî işlemin geçersizliğini sağlayabilir.

[185] Burada lehine ipotek tesis edilen alacaklının iyi niyetli olmasının, yani malikin ayırt etme gücünden yoksun olduğunu bilmemesinin ve bilmesinin de gerekmemesin ipotek sözleşmesinin geçerli olmasını sağlamayacağını ayrıca belirtmek gerekmektedir. Zira fiil ehliyetinden yoksun kişinin korunması, onunla hukukî işlem yapmak arzusunda olan kişinin korunmasından daha önemlidir. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY "**Kişiler" s. 61; Dolayısıyla Azerbaycan hukuku bakımından mahkeme konuyla ilgili karar verirken lehine ipotek tesis edilen alacaklının veya onun temsilcisinin iyi niyetli olmasının işlemin geçersizliğinin değerlendirilmesinde bir etkisi bulunmayacaktır.

temsilciler ipotek tesis edebilirler. Bunun için geçerli bir ipotek sözleşmesi yapmaları gerekmektedir. Bu durumda velâyet altında olan küçüklerin kanunî temsilcileri ipotek sözleşmesinin her hangi bir organın iznine gerek olmadan kendileri yapabilirler[186]. Vesayet altında olan küçüklerin temsilcileri ise, küçüklerin malvarlığının aktifini azaltacak veya pasifini çoğaltacak her türlü resmî işlem yetkili makamım önceden vermiş olduğu izne bağlıdır[187].

III. Küçüklerin ve Kısıtlıların Fiil Ehliyeti

Azerbaycan hukukunda velâyet altında olan bütün küçüklerin, malik oldukları taşınmaz üzerinde ipotek tesisi, sadece kanunî temsilcileri tarafından yapılmaktadır[188]. Bunun aksine küçük vesayet altında ise ipotek sözleşmesini yapılabilmesi ve buna bağlı olarak da ipoteğin tesis edilebilmesi için yetkili makamın daha önceden vermiş olduğu izni gerekmektedir[189].

---

[186] Azerbaycan Aile Mecellesinin m. 56.1'e göre, ana ve baba velâyet konusunda eşit hak ve yükümlülüklere sahiptirler. Dolayısıyla ipotek sözleşmesi yapılarken ana ve babanın birlikte hareket etmesi gerekmektedir. Zira uygulamada noter memuru her ikisinin iznini aramaktadır. Annenin ve babanın anlaşamamaları halinde mahkemeye başvurabilmektedirler. Türk Hukukunda anne ve babadan birinin tek başına çocuk adına hareket ederek, alacaklı lehine ipotek tesis ettiği durumlarda diğer velinin onayı olmasa bile, ipotekli alacaklı bu durumu bilmiyorsa ve bilmesi de gerekmiyorsa iyi niyeti korunmaktadır. **BARLAS**, Nami, "Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arasında Hukukî İşlem Özgürlüğü ve Sınırları" Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s. 143; **DURAL/ OĞUZ/GÜMÜŞ,** s. 524; Aksi yönde düşünceye göre bu durumda iyi niyet hükümlerinin ipotek sözleşmesi gibi önemli işlemler bakımından uygulama alanı bulması söz konusu olamaz. **KILIÇOĞLU,** Ahmet**, "**Medenî Kanunumuzun Getirdiği Yenilikler" Ankara, 2003, s. 138.

[187] Azerbaycan hukukunda Noter Hareketleri Hakkında Talimatname'nin" 39. maddesine göre Adalet Bakanlığına bağlı Vatandaş Aktlarının Devlet Sicili (VVAQ) iznine tabidir.

[188] Yedi ondört yaş arası velayet altında sınırlı ehliyetsizler ile ilgili AMM 29. maddesine göre, "... İstisnalar hariç, ondört yaşını tamamlamamış reşit olmayanlar adından hukukî işlemleri sadece veliler, evlat edinenler ve vasiler yapa bilir. Bu şekilde reşit olmayanların yapmış oldukları hukukî işlemler kanunî temsilciler tarafından onaylanmışsa geçerlidir". Konuyla ilgili olarak bir başka hüküm AMM'nin 344. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır: Söz konusu hükme göre, "... İstisnalar hariç, ondört yaşını tamamlamamış olanların yaptıkları hukukî işlemler geçersizdir." Görüldüğü gibi istisnalar dışında, ayırt etme yeteneğine sahip yedi ondört yaş arası küçüklerin yapmış oldukları hukukî işlemler kanunî temsilcinin muvafakati olmadan yapılmışsa kendiliğinden geçersizdir. Söz konusu istisnalar, ipotek sözleşmesi için geçerli değildir. Dolayısıyla yedi ondört yaş arası küçüklerin malik oldukları taşınmaz üzerinde sadece onları temsilen kanunî temsilciler ipotek sözleşmesi yapabilir. Her ne kadar AMM'nin 29. maddesinin 1. fıkrasında yedi ön dört yaş arası olan küçüklerin yapmış oldukları hukukî işlemler, sonradan kanunî temsilcilerin onayı ile geçerli olacağı öngörülse de, bunun ipotek sözleşmesi kapsamamaktadır. Zira ipotek sözleşmesi resmî memur (noter) önünde yapılmaktadır ve "Noter Hareketleri Hakkında Talimatname'nin" 39. maddesine göre de, sadece ondört yaşı tamam olmuş küçükler kanunî temsilcilerin izni ile resmî sözleşme yapabilmektedirler.

[189] Türk Medenî Kanunun 449. maddesine göre "vesayet altındaki kişiler adına kefil olmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır." Anılan işlemler hem vesayet altındaki kişi için hem de onun adına işlem yapacak vasi için yasaklanmıştır. Söz konusu hüküm velayet altındaki kişiler bakımından da

Azerbaycan hukukunda ondört onsekiz yaş arası küçüklerin, malik oldukları taşınmazları üzerinde ipotek tesis edebilmeleri için ya kanunî temsilcilerinin[190] muvafakati olmalı (AMM m. 301.) ya da taşınmaz üzerinde serbest tasarruf yetkisine sahip olmalıdırlar. Şöyle ki, kural olarak ondört onsekiz yaş arası sınırlı ehliyetsizlerin yapacakları hukukî işlemler kanunî temsilcinin muvafakatine bağlıdır. Fakat bazı hallerde ondört onsekiz yaş arası küçüklerin ehliyetinin genişlendiği görülmektedir. AMM'nin 30. maddesinin 2. fıkrası gereği, ondört onsekiz yaş arası olan küçüklerin kendi kazancı, bursu ve diğer gelirleri üzerinde kanunî temsilcilerin iznine gerek olmadan tasarruf edebilmektedir. Bu durumda kişi, kendi kazancı ile edindiği malvarlığı içinde taşınmaz eşyada bulunuyorsa o zaman bu eşya üzerinde de tasarruf edebilir. Dolayısıyla teorik olarak bu halde ondört onsekiz yaş arası küçükler kendileri taşınmazları üzerinde ipotek tesis edebilirler.

Son olarak da belirtelim ki, Azerbaycan hukukunda Türk hukukunda olduğu gibi, bir kişinin kısıtlanması mahkeme kararı[191] ile olmaktadır. Fakat Azerbaycan Hukukunda kısıtlı kişinin yaptığı hukukî işlemlerin akıbeti konusunda farklı düzenlemelerin olduğu görülmektedir[192]. Kanaatimizce,

---

uygulama alanı bulabilecektir. Dolayısıyla madde de sayılan işlemleri ne bizzat küçükler ne de onların kanunî temsilcileri gerçekleştiremeyeceklerdir. **HELVACI,** "İpotek" s. 48.

[190] Bir küçük reşit oluncaya kadar velayet altındadır. Dolayısıyla küçüğü kanunen temsil etme yetkisi ana ve babasında da bulunmaktadır. Fakat bazı hallerde ana ve babanın ölümü yada velayet haklarının mahkeme tarafından kaldırılması durumunda küçük vesayet altına alınmakta ve kanunî temsil yetkisi de vasiye verilmektedir.

[191] Azerbaycan hukukunda, alkol, uyuşturucu ve uyuşturucu etkisi yapan maddeleri bağımlı olan kişilerin ve kumara aşırı oynaması sebebiyle ailesinin maddî durumunu ağırlaştıran kişilerin fiil ehliyeti ilgililerin müracaatı üzerine mahkeme tarafından kısıtlanabilir.

[192] Ayırt etme yeteneğine sahip kısıtlıların fiil ehliyeti ile ilgili iki düzenleme bulunmaktadır. AMM'nin 32. maddesine 1. fıkrasının son cümlesinde şu düzenlemeye yer verilmektedir: "… Fiil ehliyeti kısıtlanmış kişiler, geçerliliği vasinin iznine tâbi işlemleri, izinsiz yaparsa, hukukî işlem sonradan vasinin yazılı onayı ile geçerli olabilir." Hükümde kısıtlıların vasinin izni olmadan yapmış olduğu hukukî işlemler geçersiz olacağı ifade edilmektedir. Fakat bu geçersizlik askıda geçersizlik olup, vasinin yazılı onayı ile geçerli hale gelebilir.
Aynı konuda AMM'nin 343. maddesinin 1. fıkrasında farklı bir düzenleme getirilmektedir:"… Kısıtlı kişinin malvarlığı üzerinde yapmış olduğu tasarruf ile ilgili hukukî işlemin, vasinin talebi üzerine mahkeme tarafından geçersizliğine dair karar verilebilir." Söz konusu hüküm birçok düzenleme gibi anlatım bozukluğu ile sakat bir cümle yapısı içerisinde kaleme alınmıştır. Madde kaynak Rus Medenî Kanunundan tercüme edilerek bu şekilde ifade edilmiştir. Kaynak "tasarruf ile ilgili hukukî işlemi" ifadesi Rus Medenî Kanunun 176. maddesinde tercümesi olup, söz konusu madde de tasarruf işleminden söz edilmektedir. Belirtelim ki, madde de yer alan *tasarruf ile ilgili hukukî işlemden* maksat tasarruf işlemleridir. Bu durumda AMM'nin 32. ve 343. maddelerinde aynı konuyla ilgili iki farklı hükmün getirildiği görülmektedir. Zira 32. maddesinin 1. fıkrasında hukukî işlemin türleri arasında her hangi bir ayrım gözetmeksizin kısıtlıların yapmış oldukları hukukî işlemler askıda geçersiz kabul edilmektedir. Bunun aksine AMM'nin 343. maddesinin 1. fıkrasında ise, tasarruf

kısıtlı kişilerin yapmış oldukları hukukî işlemler, sadece kanunî temsilcilerin muvafakati ile (izin veya yazılı onay) geçerli olur. Bu durum ipotek sözleşmesi için de geçerlidir. Diğer taraftan, noter memuru, resmî sözleşme yapması halinde tarafların ehliyeti ile ilgili mahkeme kararının olup olmadığını araştırmak zorundadır. Dolayısıyla kısıtlı kişi, pratikte kanunî temsilcinin önceden verilmiş izni ile ipotek sözleşmesini yapması mümkündür.

§7. İPOTEĞE KONU OLABİLECEK TAŞINMAZLAR

I. Genel Olarak Taşınmaz Kavramı

İpoteğin tesis edilebilmesi, hangi eşyanın ipotek sözleşmesinin konusu olabileceğinin tespitine bağlıdır. Bu anlamda taşınmaz kavramının tanımı önem taşımaktadır.

Türk hukukunda taşınmaz eşya ile taşınmaz kavramları farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Taşınmaz eşya, eşyanın mekân itibariyle yer değişmesinin mümkün olmaması, onun "sabit" olma özelliğini ifade etmektedir. Dolayısıyla yerinde sabit olan eşyaya taşınmaz eşya denilir[193]. Taşınmaz eşya, onun tabiatıyla ve maddî (fizikî) yönüyle ilgili bir kavram olduğu halde, taşınmaz kavramı, aksine hukukî bir kavram olup, farklı ve daha geniş anlamda kullanılmaktadır[194].

---

işlemlerinin, kazandırıcı ve borçlandırıcı işlemlerden ayrılarak farklı sisteme tâbi tutulduğu görülmektedir. Şöyle ki, bu durumda 32. maddenin 1. fıkrasına göre, kısıtlıların yapmış oldukları hukukî işlem geçersizdir, sadece vasini muvafakati ile geçerli olabilir. Fakat 343. maddenin 1. fıkrasına göre ise, kısıtlıların yapmış oldukları tasarruf işlemleri geçerli olup, geçersizliği sadece mahkeme yoluyla sağlanabilmektedir. Burada tasarruf işlemleri diğer hukukî işlem türlerinden ayrılarak bir istisna getirilmek istendiği düşünülebilir. Fakat bu durum Azerbaycan Mülki Mecellesinin sistemine bütünüyle zıt olduğu gibi, kısıtlılık müessesesinin amacına ve ruhuna da aykırı olduğu kanaatindeyiz. Zira kısıtlılık müessesesinin temel iki amacı bulunmaktadır. Birincisi hakkında kısıtlılık kararı verilen kişinin korunması, ikincisi ailesinin korunması amaçlanmaktadır. Bu durumda malvarlığına doğrudan doğruya etkide bulunan tasarruf işlemler bakımından kısıtlı kişinin daha fazla korumaya ihtiyaç olduğu açıktır. Fakat söz konusu düzenleme ile kanun koyucunun, malvarlığına doğrudan etkide bulunmayıp sadece pasifin artmasına sebep olan borçlandırıcı işlemlerin geçersiz olduğu kabul edip, malvarlığına doğrudan etkide bulunarak aktifinin azaltılmasına sebep olan bir işlemi geçerli kabul etmesi mantıki esastan yoksundur. Dolayısıyla da kısıtlılık kararı ile de amaçlanan koruma tam gerçekleşmemektedir

[193] **ACAR** s. 1; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR** s. 285; **GÜRSOY / EREN /CANSEL,** s. 1049**, HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI,** s. 740**.**

[194] **GÜRSOY**, T., Kemal, "Birden Ziyade Gayri Menkulün Bir Borç İçin İpotek Edilmesi ve Uygulamada Çıkan Sorunlar" Ankara, 1978, s. 5.

Türk Hukukunda taşınmaz kavramı; arazi, taşınmaz üzerinde bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler olarak sınırlı biçimde belirlenmiştir (TMK m. 704 ve 998[195])[196].

Azerbaycan hukukunda taşınmaz kavramın tanımı ile ilgili AMM' nin "Taşınmaz eşyanın konusu" kenar başlığını taşıyan 135. maddenin 4. fıkrasında şu düzenleme yer verilmektedir:

"…Toprak sahaları[197](araziler), yer altı sahaları, ayrıca su kaynakları, ormanlar, uzun süreli ekimler[198], binalar, tesisatlar, toprağa sıkı bağlı olan diğer yapılar, yani yapısında aşırı değer kaybı olmaksızın yerinin değiştirilmesi mümkün olmayan eşya, taşınmaz eşyadır."

Yukarıdaki maddede hangi eşyanın hukukî anlamda taşınmaz olarak kabul edilebileceği, dolayısıyla da taşınmaz rehnin konusu olabileceği belirtilmektedir. Her ne kadar hükmün lâfzî anlamından tam anlaşılmasa da, Azerbaycan hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi taşınmazlar sınırsız değil sınırlı sayıdadır[199]. Zira kanunda sayılanların dışında bir eşyanın taşınmaz olarak işlem görmesi mümkün değildir. Söz konusu maddede arazi dışında, binalar, bitkiler, su kaynakları ve yer altı toprak sahaları taşınmaz olarak sayılmaktadır. Fakat arazi dışında sayılan taşınmaz, kural olarak[200], "birleştirme ilkesi[201]" gereği bağlı bulundukları arazi ile birlikte taşınmaz

---

[195] Türk Medenî Kanunun 998. maddesinin 1. fıkrasına göre, "*Tapu sicilinde taşınmaz olarak şunlar kaydedilir:*

1- Arazi,

2- Taşınmaz üzerinde bağımsız ve sürekli haklar

3- *Kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler"*

[196] **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR** s. 135; **GÜRSOY / EREN /CANSEL,** s. 195.

[197] "Toprak sahaları" ifadesinin kullanılması teknik olarak isabetli olmamıştır. Çünkü, bir eşyanın mülkiyete konu olabilmesi için belirli olması gerekir. Dolayısıyla burada toprak sahaları değil belirli bir "toprak sahası" taşınmaz mülkiyetinin konusu olur.

[198] Maddede "ormanlar" ve "uzun süreli ekimler" taşınmaz mülkiyeti olarak sayılmaktadır. Oysa uzun süreli ekimler zaten ormanları da kapsamaktadır. Dolayısıyla ormanların ayrıca zikir edilmesi gereksizdir.

[199]**ACAR,** s. 3; **ALTAY/ ESKİOCAK**, s. 19, No: 37; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 277.

[200] Üst hakkı, mevcut kapsam ve muhtevası ile sahibine arazideki inşaatın mülkiyetini arazi üzerinden ayırarak elde etme yetkisi verdiği için birleştirme ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. **GÜMÜŞ,** s. 535; Bu durumda üzerinde üst hakkı bulunan inşaat kendiliğinden ipoteğin kapsamına girmez.

[201] Söz konusu ilke Roma Hukukundan gelen bir deyim olan "superficies solo cedit" (üst, arza tâbidir) ile ifade edilmektedir. **ERDEN,** Hakan, "Roma Hukukunda "Superficies Solo Cedit" İlkesinin Bir İstisnası Olarak Superficies (Üst Hakkı) ve Hukukumuzda Yansıması", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1, S. 1, 1997, s. 323; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 383.

ipoteğinin konusu olabilirler (AİK m. 7.2.). Zira taşınmazlar bağlı bulundukları arazinin bütünleyici parçasıdır. Dolayısıyla bunların hukukî rejimi arazinin hukukî rejimine tâbi olur. Ayrıca belirtilmelidir ki, Azerbaycan hukukunda arazi üzerinde ipoteğin tesisi sırasında arazi bağlı bulunan bütünleyici parça niteliğindeki taşınmazlar ipoteğin kapsamına girmez (AİK m. 51.1.[202]). Başka bir ifade ile sözleşmede öngörülmedikçe, araziye bağlı bulunan taşınmaz üzerinde kendiliğinden ipotek kurulmaz. Bunun aksine, arazideki taşınmazlar üzerinde ipotek tesis edildiği zaman, taşınmazın bağlı olduğu arazi üzerinde de kendiliğinden ipotek tesis edilmiş olmaktadır (AİK m. 7.2).

Son olarak, Azerbaycan hukukunda hukukî bakımından taşınmaz kavramına verilen anlam ile Türk hukukunda verilen anlam iki noktada farklılık arz etmektedir:

Birincisi, yeryüzü zemininin taşınmaz olabilmesi için kadastro tekniğine uygun olarak sınırlarının belirlenmiş ve tapuda kendisine ayrı sayfanın açılmış olması gerekir. Türk hukukunda mevcut durumun[203] aksine Azerbaycan hukukunda kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde her hangi bir hukukî işlem yapılamaz. Zira AMM 146. maddesinin 3. fıkrasında tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlarla ilgili yapılan sözleşmelerin geçersiz olacağı belirtilmektedir[204].

İkincisi, Azerbaycan hukukunda maddî varlığa sahip ve yapısında aşırı değer kaybı olmaksızın yerinin değiştirilmesi mümkün olmayan eşyalar taşınmaz eşya sayılmaktadır. Türk hukukunda ise, farklı olarak maddî varlığa

---

[202] AİK' da "İpotek edenin bina, yapı ve tesisatın yerleştiği arazisinin ipoteği" kenar başlığını taşıyan 51. maddesinin 1. fıkrasında şu hükme yer verilmektedir: "Arazinin ipotek edilmesi durumunda, ipotek sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça, ipotek hakkı arazi üzerinde bulunan ipotek tesis edenin maliki olduğu inşaatı devam eden veya inşaatı tamamlanmış bina, yapı ve tesisatları kapsa**maz".**

[203] Türk hukukunda tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde mülkiyetin devri veya her hangi bir aynî hakkın devri sadece taşınmazın tapuya kaydının sağlanması ile olabilir. Fakat söz konusu tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz üzerinde borçlandırıcı işlem yapılabileceği kabul edilmektedir. Aynı zamanda tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz üzerinde malikin "taşınmaz rehni" kurmasına imkan olmamasına rağmen, taşınır rehni veya hak rehni kurulmasına engel olmadığı belirtilmektedir. **SUNGURBEY,** İ., "Medenî Hukukun Temel Sorunları" cilt II, İstanbul 1970, s. 743, **HATEMİ/ SEROZAN / ARPACI,** s. 578, **ACAR** s. 8.

[204] Alman Hukukunda da tapuya kayıtlı olmayanları taşınmaz olarak kabul edilmemektedir. Bunun sebebi, ülke topraklarının büyük ölçüde kadastro yoluyla tapuya kayıtlı hale getirilmiş olması olsa gerek bkz: **ACAR**, s. 4.

sahip olmayan bağımsız ve sürekli haklar taşınmaz niteliğinde değildir (TMK m. 704 ve 998).

II. Taşınmazın Tapuya Kayıtlı Olması

Azerbaycan hukukunda bir eşyanın taşınmaz olarak sözleşmenin konusu olabilmesi için onun tapu siciline kayıtlı olması gerekir. Türk hukukunda olduğu gibi, taşınmazlarla ilgili düzen, tapu sicili merkezlidir[205]. Bilindiği gibi, "kamuya açıklık ilkesi" aynî hakların varlığına hizmet edir ve kişinin eşya üzerinde doğrudan hâkimiyetini gösterir (AMM. m. 140, 142.2[206] ve TMK m. 1020). "Belirlilik ilkesi" ise, kişinin eşya üzerindeki hâkimiyetinin sınırlarını tayin edir ve böylelikle diğer kişilere karşı hak ve yükümlülüklerinin kapsamını belirler (AMM m.135.1, 269.6.[207] ve TMK m. 854[208]) Her iki ilkenin uygulanabilmesi, taşınmazın tapu siciline kayıtlı olması ile mümkündür[209]. Dolayısıyla kural olarak, bir taşınmazın ipotek sözleşmesinin konusu olabilmesi kadastro tekniğine uygun olarak sınırlarının belirlenmiş ve tapuda sicilinde kaydedilmiş olmasına bağlıdır. Başka bir ifade ile, Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan hukukunda da tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde her hangi bir tasarruf işlemi yapılamaz[210]. Zira AMM 146. maddesinin 2. fıkrasına göre, taşınmazlar üzerinde tasarrufta bulunmak taşınmazların tapuya kaydedilmeleri ile mümkündür.

---

[205] **HELVACI,** "İpotek" s. 6.

[206] Kamuya açıklık ilkesinin bir gereği olarak, Azerbaycan hukukunda taşınırlar üzerindeki hakların varlığı ve hak sahipliği eşya üzerindeki zilyetliğe göre (AMM. m. 166.1; 181.1), taşınmazlar üzerindeki hakların varlığı ve hak sahipliği tapu sicilinde kaytlara göre (AMM. m. 140; 142.2) belirlenir. **SÜLEYMANLI** "Eşya" s. 37.

[207] Azerbaycan hukukunda belirlilik ilkesinin bir gereği olarak maddî varlığa sahip cisimler eşya olarak hukukî ilişkilerin objesi olabilir (AMM m. 135.1.). Ayrıca rehin hukuku bakımından bu ilkenin açık bir tezahürü olarak rehin sadece mülkiyete konu olabilen eşyalar üzerinde tesis edilir.(AMM m. 269.6.) **SÜLEYMANLI** "Eşya" s. 36.

[208] Türk hukukunda da belirlilik ilkesi Eşya Hukukuna hâkim prensiptir. TMK m. 854 hükmü bu prensibin bir ifadesidir. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 21.

[209] **SARI,** Suat**,** "Taşınmaz Rehninde Belirlilik İlkesi" Oğuzman'a Armağan İstanbul, 2000, s. 991.

[210] Azerbaycan Ali Mahkemesi konuyla ilgili olarak de bir kararında "*Toprak Mecellesinin 78. ve AMM 139. maddesine uygun olarak arazi üzerindeki hakların kaydedilmesi mecburidir. Toprak üzerindeki hakların (mülkiyet hakkı, kira hakkı ...) ve sözleşmelerin (satım, ipotek, bağışlama, toprakla bağlı diğer işlemlerin ve miras şahadetnamesinin toprak kadastrosunda ve tapu sicilinde kaydedilmesi gerekir*". Azerbaycan Cumhuriyeti Ali Mahkemesinin Plenumunun Kararı "Toprak mevzuatının mahkemeler tarafından uygulanması dair bazı pratik meseleler hakkında" № 2, 14 Şubat 2003 tarihli kararı
http://gerarlar.supremecourt.gov.az/decisions/-doc/torpaq%20qanunvericiliyi.doc

Türk hukukunda tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde mülkiyetin devri veya her hangi bir aynî hakkın devri sadece taşınmazın tapuya kaydının sağlanması ile olabilir. Fakat tapuya kayıtlı olmayan söz konusu taşınmaz üzerinde borçlandırıcı işlem yapılabileceği doktrinde kabul edilmektedir. Aynı zamanda tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz üzerinde malikin "taşınmaz rehni" kurmasına imkân olmamasına rağmen, taşınır rehni veya hak rehni kurulmasına engel olmadığı belirtilmektedir [211] . Türk hukukundan farklı olarak Azerbaycan Hukukunda AMM m. 146.1. göre, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde yapılan her türlü işlemin geçersiz olacağı belirtilmektedir. 21 Nisan 2006 tarihinde AMM'nin 146. maddesinin 3. fıkrasına yapılan ilâve ile, söz konusu kurala bir istisna getirilmiştir. Şöyle ki, konut kredilerinin kullanılması ile elde edilen dairelerin tapu siciline kaydedilene kadar, söz konusu dairelerin satışı veya üzerinde ipotek tesis edilmesi için yapılan sözleşmeler bakımından ana kural geçerli değildir. Yani ana kural gereği, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde her hangi bir işlem yapılamaz. Fakat söz konusu düzenleme bu kurala bir istisna getirmekte ve konut kredisi ile elde edilen dairelerin tapuya kayıtları yapılmadan da üzerinde bazı tasarruflarda bulunma imkânı sağlanmaktadır. Aslında burada mülkiyet hakkını sicil dışı kazanma durumu söz konusudur[212]. Bu sebeple kanun koyucu malikin menfaati gereği, bu durumda sicil dışı kazanılan mülkiyet hakkının sağladığı imkânlardan yararlanma, yani bazı hallerde tasarruf yetkisini kullanma imkânı vermektedir.

Son olarak İpotek Kanununun 11. maddesinin 6. fıkrasına değinmekte yarar vardır. Söz konusu hükme göre, "İnşaatı (yapımı) tamamlanmamış

---

[211] **ACAR,** s. 8; **SUNGURBEY,** s. 743, **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI,** s. 578. Yargıtay, 16. , HD., 07.05.2004 T., 5201/7024 sayılı kararında taşınmazın taşınır rehni olarak hukukî ilişkiye konu olmasını geçerli kabul etmiştir. "*Taşınmazın öncesinin davacının miras bırakanı Emine'ye ait olduğu tartışılmazdır. Davalı savunmalarında açıkça menkul mal niteliğinde bulunan taşınmazı davacıya verdiği ödünç paraya karşılık rehin aldığını bildirmiştir...*" **ALTAY/ ESKİOCAK**, s. 45, No: 73.

[212] Belirtildiği gibi, bazı hallerde taşınmaz üzerinde tescil dışı hak elde edilebilir. Eğer taşınmaz üzerinde kazandırıcı zamanaşımı sonucu mülkiyet hakkı elde edilmişse bu taşınmaz üzerinde hak sahibinin tasarrufta bulunması için, taşınmazın tescil edilmesi şarttır. Azerbaycan hukukunda kamu mallarının kazandırıcı zamanaşımı ile özel mülkiyete geçip geçmeyeceği konusu tam açık değildir. Türk Hukukunda son değişikliklerden sonra kamu malları hiç bir şekilde özel mülkiyete konu olmayacağı açıkça vurgulanmıştır. **BAŞPINAR**, Veysel, "Yeni Türk Medenî Kanunu", Turgut Kapsüz'e Armağan, Ankara, 2003, s. 686.

taşınmazın ipotekle yüklü edilmesi halinde ipotek hakkı tapu siciline önceden tescil edilebilir."

Bir kişinin taşınmaz eşya üzerinde ipotek tesis edebilmesi için onun taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi olması gerekir. Taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi ise, tapuda taşınmaz üzerinde malik olarak gözüken, yani lehine mülkiyet hakkı tescil edilen kişiye aittir (AMM m. 152.1. ve TMK m. 992). Dolayısıyla ilk önce tapuya kayıtlı bir taşınmaz olmalıdır ki, onun üzerinde mülkiyet hakkı söz konusu olabilsin. Taşınmazın yapımı tamamlanmışsa onun tapu siciline tescili yapılması mümkün değildir. Tescil edilmediği için de bu taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kaydedilemez. Dolayısıyla yapımı devam eden taşınmazın bağımsız olarak ipotek sözleşmesinin konusu olması da mümkün değildir. Fakat kanun koyucu bu kurala istisnaî bir düzenleme getirmektedir. Bu düzenlemeye göre, yapımı devam eden taşınmaz üzerinde ipotek hakkı tescil edilebilir. Bu durumda söz konusu taşınmaz, tapuda kayıtlı bağımsız bir eşya hüviyetini kazanmamış ve üzerinde tescil edilmiş bir mülkiyet hakkı yoktur. Fakat bu taşınmaz üzerinde ipotek sözleşmesinin konusu olabilir. Burada ileride taşınmaz maliki olarak tescil edilecek kişiye taşınmazı tapuya kaydedilmeden önce üzerinde ipotek tesis etme yetkisi verilmektedir. İpoteğin geçerliği taşınmazın yapımının tamamlanmasından sonra da devam eder (AİK m.11.7).

Belirtelim ki, söz konusu düzenlemenin (AİK m.11.6.) temel amacı konut kredileri veren bankaların alacaklarını teminat altına almaktır. Bankalar kredi almak isteyen kişilerin borçlarının teminatı için, yapımı tamamlanmamış binaların borçluya ait olacak kısmı üzerinde ipotek tesis edebilmektedirler. Fakat bu durum kanaatimizce birçok sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Zira söz konusu düzenleme taşınmazların tapuya tescil sisteminin amacına ve fonksiyonuna aykırı olmakta ve belirlilik ilkesini de zedelemektedir. Ayrıca bu durum Azerbaycan Mülkî Mecellesinin mevcut sistemine de aykırı bulunmaktadır. Çünkü Azerbaycan Mülkî Mecellesinde, mülkiyet hakkının sicil dışı kazanılması hallerinde, taşınmaz üzerinde tasarruf

işleminin sadece tapu siciline tescilden sonra yapılabileceği kabul edilmiştir[213].

III. Taşınmazın Bağımsız Olması

Bir taşınmazın ipotek sözleşmesinin konusu olabilmesi için onun bağımsız olması gerekir. Bağımsızlık, taşınmazın devredilebilir olup olmamasına bağlıdır. Taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı bir başkasına temlik edilebiliyorsa bu durum taşınmazın devredilebilir olmasını ifade etmektedir. Bağımsızlık ise, taşınmazın bir şahsa veya bir taşınmaza bağlı olmaksızın bağımsız bir hukukî kadere sahip olmasını ifade etmektedir. Bu durumun pratik sonucu kendisini, taşınmazın devredilebilir olmasında göstermektedir[214]. Konuyla ilgili olarak AİK' nun 6. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeye göre, "… Başkasına devredilemeyen eşyaların üzerinde ipotek kurulması yasaktır." Bu hükümden de anlaşıldığı üzere, bir taşınmazın ipoteğe konu edilebilmesi için onun devredilebilir olması, kanun koyucu tarafından açıkça aranmaktadır. Bir taşınmazın devredilebilirliği kanunî veya iradî sebeplerle sınırlanabilir[215]. Bu durumlarda taşınmazın devredilebilirliği tam veya kısmî olarak sınırlandığı kabul edilmektedir[216].

Kanunî temlik yasaklarının söz konusu olduğu durumlarda, bağımsızlıktan söz edilemez. Yani taşınmazın geçerli olarak devredilebilmesi söz konusu olmaz. İradî sınırlamalar ise kanunî sınırlamalar ile aynı sonucu doğurmamaktadır. Zira, bir kimsenin taşınmazını devretmeyeceğini belirli bir

---

[213] Konuyla ilgili olarak Azerbaycan Anayasa Mahkemesi bir kararında " ... *Taşınmazla bağlı işlemlerin onaylanması ile ilgili faaliyetleri yürüten noterler eşya üzerinde tasarrufta bulunan kişilerin tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığının araştırmakla görevlidir. Ayrıca noter eşya üzerinde bir tasarruf engelinin olup olmadığını da araştırmak zorundadır. Bunu ise sadece tapu sicilinde olan bilgilere göre yapabilir... Dolayısıyla Azerbaycan Cumhuriyetinde mevcut kanunlarla tespit olunmuş mülkiyetin teminatı mekanizmaları tapu siciline tescil esasına göre gerçekleştirilmektedir. Taşınmaza ait bilgilerin tapu siciline tescil edilmesi hem kamu, hem de malikin menfaatini korunması bakımından gereklidir."* Dolayısıyla Mahkemeye göre tescil dışı kazanılması halinde eşya üzerinde tasarruf yetkisinin kullanılması sadece taşınmazın mülkiyetinin tapu siciline tescilden sonra mümkündür. "AMM 178.8. maddesinin tefsirine dair 25.10.2010 tarihli kararı". **http://www.constcourt.gov.-az/az/download/decission/-25.10.2010 .doc**;

[214] **ACAR**, s. 13; **GÜMÜŞ,** s. 537.

[215] Meselâ, çiftçilere devlet tarafından verilmiş olan arazilerin üçüncü kişilere devredilmesi yasaklanmış olabilir. Bundan başka bir kimse taşınmazını alım, geri alım, ön alım ve satış vaadi sözleşmesiyle temlik bakımından belirli ölçüde sınırlamış olabilir.

[216] **ACAR**, s. 14.

şahsa vaat etmesi halinde, Borçlar Hukuku çerçevesinde borç ilişkisi kurulmaktadır. Bu durum, söz konusu taşınmazın geçerli bir şekilde üçüncü kişiye devredilmesine engel değildir. Ancak borç ilişkisi gereği malik, borcunu ihlâl ettiği için alacaklıya karşı sorumlu olur. Fakat bu sorumluluk temlikin geçerliliğine tesir etmez. Bu durum sözleşmelerin nisbiliği ilkesinin bir sonucudur[217].

Alım (iştira), önalım (şufa), geri alım (vefa) ve satış vaadi yoluyla taşınmaz üzerinde hak elde eden kimse, bu hakları tapu sicilinde şerh verdirmek yoluyla üçüncü kişilere karşı ileri sürebilme imkânını elde etmektedir. Bu durum ciddî ölçüde taşınmazın devredilebilirlik özelliğini zayıflatmaktadır. Fakat yine bu hallerde devir kabiliyeti bütünüyle ortadan kalkmamaktadır. Bu durumda şerh verilmiş hak kullanılmadan önce, taşınmaz bir başkasına devir edilebilir, devir geçerli olur ve taşınmaz bakımından tescil yolsuz hale gelmez. Zira taşınmaz üzerinde alım, önalım, geri alım gibi hakların şerh edilmiş olması söz konusu taşınmazın üzerinde üçüncü kişiler lehine hak tesis edilmesine kendiliğinden engel değildir[218]. Fakat hak sahibi şerh edilmiş hakkını kullanırsa o zaman taşınmaz üzerinde hak elde etmiş üçüncü kişi bu duruma katlanır[219].

IV. Taşınmazın Belirli Olması

A. Genel İpotek Müessesesinin Yasak Olması

Azerbaycan hukukunda, ipoteğin sadece tapu siciline kayıtlı taşınmazlar üzerinde kurulabileceği yukarıda belirtilmiştir. Bu durumun gereği olarak da ipotek hakkı, tapu siciline kayıtlı taşınmazlar üzerinde tescil ile doğar. AİK 10. maddesinin 5. fıkrasında yer alan düzenleme de dikkate alındığında üzerinde ipotek tesis edilen taşınmaz belirli olması gerekir.

---

[217]**TEKİNAY,** Selahattin/ **AKMAN,** Sermet / **BURCOĞLU,** Haluk/ **ATOP,** Atilla, "Eşya Hukuku", C. 1, Zilyetlik, Tapu sicili, Mülkiyet, İstanbul, s. 581.

[218]Meselâ bir kişinin taşınmaz üzerinde alım hakkı olduğu halde söz konusu taşınmaz bir başkasına devredilebilir ve bu devir işlemi geçerli olur. Fakat hak sahibi alım hakkını kullanırsa yeni malik taşınmazın mülkiyetini alım hakkı sahibine devir etme borcu altına girer. **ACAR**, s. 14.

[219] Belirtmemiz gerekir ki, nisbî hakların şerhi, söz konusu hakları aynî hak haline getirmemektedir. Nisbî hakkın şerhi, hakkın niteliğini değiştirmemekte, sadece etkisini kuvvetlendirmektedir.

Dolayısıyla Azerbaycan hukukunda açıkça yasaklanmasa bile, genel ipotek şeklinde ipotek tesis edilmesi mümkün değildir. Çünkü genel ipotekte, malik kendisinde bulunan veya gelecekte mülkiyetine geçecek bütün taşınmazlar üzerinde ipotek tesis etmektedir. Bu şekilde devir ettiği taşınmazlar, ipoteğin kapsamından kendiliğinden çıkar. Buna karşılık onun iktisap ettiği taşınmazlarda kendiliğinden ipoteğin kapsamına girmektedir. Türk hukukunda böyle bir müessesenin uygulanması hukukî güvenilirliği sarstığı için kabul edilemez bulunmuştur[220]. Bu durumun Azerbaycan hukuku bakımından da geçerli olacağı açıktır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, bir kişi bütün taşınmazlarını tapu siciline tek tek tescil ettirdikten sonra, her biri üzerinde ayrı ayrı ipotek kurabilir. Fakat bu durumun da kişilik haklarının korunmasına ilişkin hükümlere aykırı olmaması gerekir (AMM m. 1.2 ve TMK m. 23)[221].

B. Taşınmazın Bir Kısmının İpotek Edilememesi

AİK'nun 6. maddesinin 3. fıkrasına göre "Bölünemez eşya üzerinde kısmî ipotek tesis edilemez". Burada fiilî olarak bölünmesi yapısında aşırı zarara sebep olmayan eşyanın, yani bölünebilir eşyanın kısmî ipotek edilmesi düzenlenmektedir. Bu hükmün yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Zira söz konusu düzenleme taşınırları dikkate alarak kaleme alınmıştır. Fiilî olarak bölünebilir taşınmazlar üzerinde de kısmî ipotek tesis edilmesi mümkün değildir. Zira fiilî olarak taşınmazın parçalanması ve birden fazla parçalara ayrılması teknik bakımından "taşınmazın bölünmesi" anlamına gelmemektedir[222]. Bir taşınmazın fiilî olarak ayrılan kısmî bağımsız hale getirildikten sonra tapu siciline ayrı sayfa olarak kaydedilmediği sürece teknik

---

[220] **HELVACI**, "İpotek" s. 36, **KÖPRÜLÜ/ KANETİ** s. 290.

[221] **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL,** s. 970, **HELVACI** "İpotek" s. 36, Kural olarak bir borcun borçlunun iktisadi varlığını tehlikeye sokması o borcun ahlaka aykırı sayılmasını mecburi kılmaz. Ancak kişinin iktisadi varlığını ahlaka aykırı sayılacak ölçüde tehlikeye sokacak derecede ağır vaatleri kişilik haklarına aykırı sayılabilir. Yargıtay HGK 11.02.1970, E: 1088, K: 209 sayılı kararında " … *bireylerin kişiliklerinin ve ekonomik varlıklarının temellerini ahlak anlayışıyla bağdaşmayacak bir biçimde tehlikeye sokan sınırlamalar aşırı olup, bu sınırlamaları öngören sözleşmelerin hükümsüz oldukları*" sonucuna varmıştır. **OĞUZMAN**, Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY**, Saibe, "Kişiler Hukuku", İstanbul, 1999, s. 127.

[222] **ACAR**, dip. 650, s. 215.

bakımdan bölünmüş sayılmaz ve üzerinde ipotek de tesis edilemez. Dolayısıyla taşınmazın belirli bir kısmının ipotek sözleşmesinin konusu olabilmesi için hukukî olarak bağımsız taşınmaz eşya niteliğine sahip olması gerekir[223].

Bölünen kısmın tapu siciline kaydedilmesi, aynı zamanda üzerinde ipotek kurulacak taşınmazın belirli olması ilkesinin de gereğidir. Zira eşyanın belirli olması, tapu sicilinin ayrı bir sayfasına kaydedilmesine bağlıdır. Taşınmazın fiilî olarak bölünen kısmı tapu siciline kaydedilmezse, söz konusu kısım eşya niteliğine sahip olmadığı gibi, üzerinde her hangi bir tasarruf işlemi de yapılamaz.

V. Birlikte Mülkiyet Konusu Taşınmaz Üzerinde İpotek

A.Genel Olarak

Mülkiyet hakkı, hak sahibinin adedi bakımından "*tek kişi mülkiyeti"* ve "*birlikte mülkiyet"* olarak ikiye ayrılmaktadır. Eşyanın birden fazla kişiye ait olması durumunda taşınmaz üzerinde birlikte mülkiyet söz konusudur. Türk ve Azerbaycan hukukunda birlikte mülkiyet iki şekilde düzenlenmektedir: Birden çok kişi, bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkında pay sahibi bulunduğu takdirde "*paylı mülkiyet" (müşterek mülkiyet),* birden çok kimse bir eşyaya ortaklaşa malik bulunuyorlarsa "*elbirliği mülkiyeti" (iştirak halinde)* söz konusu olur.

Aşağıda paylı ve elbirliği mülkiyetine konu olan taşınmazlar üzerinde ipoteğin kurulması ve özellikleri incelenmektedir.

[223]**OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 701; **KÖPRÜLÜ/ KANETİ** "Haklar" s. 290; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL,** s. 970-971.

B. Paylı Mülkiyette İpotek

1. Genel Olarak

Paylı mülkiyet[224], birden çok kişinin maddî olarak bölünmüş olmayan bir eşyanın üzerinde belirli paylarının olmasını ifade etmektedir[225]. Paylı mülkiyet ilişkisinin taşınır ve taşınmaz eşya üzerinde kurulması mümkündür. Çalışmamız bakımından taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet durumu önem arz etmektedir. Özellikle de paylı mülkiyet konusu olan bir taşımaz üzerinde ipotek kurulması ile ilgili düzenlemeler incelenmektedir. Konuyla ilgili olarak TMK'nun 688. maddesinin 3. fıkrasına göre, *"Paydaşların her biri kendi payları bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir, alacaklılar tarafında haczettirilebilir*."

AMM' nin 215. maddesinin 6. fıkrasında payı mülkiyetle ilgili aşağıdaki düzenlemeye göre, "Paylı mülkiyette pay sahibi kendi payını satabilir, bağışlayabilir, vasiyet ve rehin edebilir veya başka şekilde tasarruf edebilir". Belirtelim ki, anılan hükümde pay sahibinin pay üzerinde her türlü tasarrufta bulunulabileceğin ifade edilmesi isabetli olmamıştır. Çünkü pay sahibi pay üzerinde maddî kullanmayı hedef alan tasarrufta bulunamaz. Özellikle pay, maddî kullanmayı hedef alan irtifak haklarına konu olamaz[226]. Zira paylı mülkiyette paydaşların her birinin hakkı, eşyanın bütününe hatta en küçük parçasına da sirayet etmektedir. Meselâ bir taşınmaz payı üzerinde bir geçit irtifakı kurulmasına, gerek payın, gerekse geçit irtifakının niteliği imkân vermez. Zira geçit hakkına özgülenecek payın her noktasında diğer paydaşların da hakkı vardır. Bunların haklarını ihlâl etmeksizin o yerden geçme imkânı yoktur[227]. Benzer bir hükme Azerbaycan İpotek Kanununda da

---

[224] Bazı yazarlar, paylı mülkiyet için müşterek mülkiyet,(**ARPACI**, Abdülkadir, Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul 1990, s. 1.) bazıları ise, birlikte mülkiyet kavramları kullanmaktadırlar. (**ÖZSUNAY,** Ergun, "Medeni Hukuka Giriş" 5. Bası, İstanbul 1988, s. 271-272.) Biz kanuni terim olan paylı mülkiyet kavramını kullanmayı daha uygun buluyoruz.

[225]**OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 250; **EREN**, "Mülkiyet" s. 83.

[226] Türk hukukunda konuyla ilgili olarak geniş bilgi için bkz: **ARPACI,** "Yönetim " s. 42.

[227] **ESENLER**, Turhan / **GÜVEN**, Kudret, "Eşya Hukuku" Ankara, 1993, s. 106; **GÜRSOY / EREN /CANSEL,** s. 970-971, **KÖPRÜLÜ/ KANETİ,** "Haklar" s. 407; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 252; Aynı sebeple maddî kullanmayı gerektiren kira sözleşmesine de pay konu olamaz. Bu konuda Yargıtay İçtihadı Birleştirme 27.11.1946, E: 15 sayılı kararında "*Bir paydaşın müşterek şeyin aynındaki payını üçüncü bir şahsa veya paydaşlardan birine kiralaması esas bakımından da mümkün olamayan tasarruflardandır*" demektedir. Oğuzman'a göre, gerekçesi isabetli

yer verilmektedir. Söz konusu Kanunun 8. maddesinin 2. fıkrasına göre, **"**Paylı mülkiyette pay sahipleri kendi payları üzerinde diğer pay sahiplerinin iznine gerek olmadan ipotek tesis edebilirler."

Yukarıda anılan her iki hükümde de (AMM m. 215.6. ve AİK m. 8.2.) açık şekilde, paylı mülkiyete tâbi taşınmazlar üzerinde pay sahiplerinin payları üzerinde rehin tesis edilebileceği düzenlenmektedir. Pay sahipleri paylarını rehin edebilmeleri için diğer paydaşların iznine veya onayına gerek duyulmamaktadır.

Paylı mülkiyette pay, Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan hukukunda da ayrı bir hukuk objesi olarak hukukî işlemlerin konusu olmaktadır. Fakat burada önemli olan, payın alacağa teminat teşkil etmesi durumunda söz konusu teminatın hukukî niteliğinin ne olacağıdır. Yani, pay rehni durumunda taşınmaz rehni mi, yoksa taşınır rehni hükümlerinin mi uygulanacağının belirlenmesi gerekmektedir. Bunun için paylı mülkiyet ilişkisinin hukukî yapısının tespiti ve payın hukukî niteliğinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

Türk hukukunda paylı mülkiyet ilişkisinin hukukî niteliği ile ilgili değişik görüşler mevcuttur. Burada süjelerin çokluğunun (birden çok malikin olması) mülkiyet hakkına ve mülkiyet konusu eşyaya ne şekilde tesir edeceği ve bunun hukukî niteliğinin ne olacağı tartışılmalıdır. Bizimde gerekçelerini haklı bulduğumuz hâkim görüşe göre, süjelerin çokluğu sebebiyle eşyanın ve mülkiyetin, düşünce plânında olsa bile bölünmediği, pay sahiplerinin tam mülkiyet hakkına sahip olduklarını ve bölünmenin sadece yetkiler bazında gerçekleştiği savunulmaktadır [228] . Hâkim görüş doğrultusunda öncelikle

---

olmamakla birlikte sonuç itibariyle karar doğrudur. Söz konusu kararda iki paydaş arasında paylı olan bir şeyin paydaşlardan birini kendi payını diğerine kiralaması mümkün olabileceği ifade edilmektedir. Aslında burada önemli olan bütün paydaşların rızasının olmasıdır. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 253. Ayrıca belirtelim ki, eşyaya bağlı irtifakın pay üzerinde veya pay lehine kurulup kurulamayacağı tartışmalıdır. Payın ayrı bir sayfa olarak kaydın mümkün olmayışından hareketle eşyaya bağlı irtifak kurulamayacağını ifade edilmektedir. **EREL,** "Borç"**,** s. 250.

[228] **AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 389; **AYBAY,** Aydın, Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul, 1964, s. 10; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 249; **ACAR**, s. 41-43**; ESENLER** / **GÜVEN**, s. 114; **ARPACI**, "Yönetim" s. 3. Eşyanın ve mülkiyetin bölünmemesi, aynı zamanda eşyanın bir kısmının aynı hakka konu olamayacağını ortaya koyan belirlilik ilkesinin de gereğidir. Paylı mülkiyetin konusu olan taşınmaz tapu siciline tek bir eşya olarak tescil edilmektedir. Dolayısıyla paylı mülkiyetin konusu olan eşyanın bölünmesi söz konusu değildir. Zira bu durumda birden fazla

belirtmek gerekir ki, pay, ne eşyanın bölünmesini, ne de bir kısmını ifade etmektedir. Bu durum, eşyanın, hem düşünce plânında hem de fiilî olarak bölünmesi için geçerlidir. Yine paylı mülkiyette mülkiyet hakkının bölünmesi söz konusu değildir. Bu durumda, pay, mülkiyetin bir kısmı da değildir. Fakat aynı zamanda pay, mülkiyet hakkının muhtevasını oluşturan yetki ve yükümlülüklerden farklı bir muhtevaya da sahip değildir[229]. Dolayısıyla paylı mülkiyette bir eşya üzerinde tek bir mülkiyet hakkı vardır. Fakat mülkiyet hakkı birden çok kişiye (malike) aittir. Yani hakkın süjesi birden çok kişidir. Bu halde pay, eşya üzerinde görünmeyen ve mülkiyet hakkının sağladığı yetki ve yükümlülüklerden oluşan bağımsız malvarlığı objesini ifade etmektedir[230]. Yani, mülkiyet hakkından doğan yetki ve yükümlülüklerden oluşan mülkiyet hakkının bir görünümüdür[231]. Dolayısıyla pay, eşya değildir, bir haktır[232]. Söz konusu hak mülkiyet hakkının muhtevasından oluşmaktadır. Bu durumda payın muhtevası mülkiyeti oluşturan yetki ve yükümlülüklerden meydana geldiği için pay üzerindeki hukukî işlemlere mülkiyete ilişkin hükümlerin uygulanmasında bir engel bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile, malikin taşınmaz üzerinde tek başına yaptığı işlemlerin tâbi olduğu hükümlere, pay sahiplerinin (taşınmaz konusu eşyanın üzerinde pay sahipleri) payları üzerinde yaptığı işlemlere de tâbi olmaktadır. Mülkiyete ilişkin hükümlerin,

---

eşyanın ve birden fazla mülkiyet hakkının tescil edilmesi gerekirdi. Daha öncede belirtildiği gibi, taşınmazlar bakımından fiili bölünme hukuksal değer taşımamaktadır. Taşınmaz eşya ancak bölünerek bağımsız bir taşınmaz olarak tapu siciline kaydedilirse o zaman hukukî anlamda bölünme gerçekleşmiş olur. Hâlbuki paylı taşınmazda tek bir eşya tapu sicilinde tek bir sayfada kaydedilir ve dolayısıyla da bölünme söz konusu değildir. Diğer taraftan mülkiyet hakkının bölünmesi de söz konusu değildir. Çünkü, paylı mülkiyette paylar eşyanın bir bölümü ile sınırlı değildir, aksine eşyanın bütününe hatta en küçük parçasına da sirayet etmektedir. Bu durumda paylı mülkiyette birden çok kişinin tek bir eşya üzerinde malik bulunması ve bu mülkiyetin tek bir mülkiyet olması söz konusudur. Böylece pay sahiplerini sahip oldukları hak mülkiyet hakkını kendisidir. Fakat mülkiyet hakkının tanıdığı yetkileri pay sahibi tek başına kullanamaz, diğer pay sahiplerinin paylarını da dikkate almalıdır. Özellikle kullanma ve yararlanma konusunda bir pay sahibinin tek başına eşyanın bütünü üzerinde bu yetkileri kullanamamaktadır. Çünkü bu eşya onun ferdî mülkiyetinde değildir. Dolayısıyla pay sahibi mülkiyet hakkı sahibidir, pay ise bu mülkiyetten doğan yetkilerden ve yükümlülüklerden oluşan bir yapıyı ifade etmektedir. Bkz: **ACAR,** s. 41.

[229]**ÖZMEN**, E., Seba., "Paydaşlıktan Çıkarma Davası" Ankara, 1992, s. 25; **KURŞAT**, Zekeriya, "Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi" İstanbul, 2008, s. 25.

[230]**ÖZMEN**, s. 25; **KURŞAT**, "Paylı Mülkiyet" s. 25.

[231]**ACAR**, s. 43; Sui jeneris bir hak nitelendirilmesi için bkz: **KURŞAT,** "Paylı Mülkiyet" s. 27.

[232]**OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 250.

kanunda aksi yönde hüküm bulunmaması ve yapısına uygun düştüğü ölçüde paylara da uygulanabilir[233].

Sonuç olarak paylı mülkiyetin konusu taşınmazda, payın rehni, taşınmaz ipotek niteliğinde kabul edilmeli, yani taşınmaz ipoteğine ilişkin hükümler payın ipoteğine de uygulanmalıdır. Zira yukarıda da belirtildiği gibi pay sahibi maliktir ve payı üzerinde tasarruf edebilir. Dolayısıyla nasıl ki ferdi malikin kendi taşınmazını rehin ile yüklü etmesi durumunda söz konusu yüklülük ipotek niteliği taşıyacaksa, aynı şekilde pay sahibinin payını rehin etmesi de ipotek niteliğindedir[234].

Payın rehni ile ilgili yukarıdaki maddelerde payın rehine konu olabileceği belirtilirken AMM'de (m. 215.6) taşınır rehinini (girov) ifade eden AİK' ise (m. 8.2), taşınmaz rehnini (ipotek) ifade eden terimleri kullanılmıştır[235]. Azerbaycan İpotek Kanununun özel nitelikli kanun olması ve zaman itibariyle sonradan yürürlüğe girmesi dikkate alındığında AİK'da yer alan 8.2. maddesi esas alınarak payın ipotek konusu olarak işlem görmesi daha isabetli olur.

2. Payın İpoteğinden Sonra Taşınmazın Bütününün İpoteği

Türk hukukunda paylı mülkiyete tâbi bir taşınmazın pay veya payları üzerinde rehin veya taşınmaz yükü kurulduktan sonra taşınmazın bütünü üzerinde benzer hakların tesis edilmesi açık şekilde yasaklanmıştır (TMK m.

---

[233] **ACAR**, s. 42.

[234] Ferdi mülkiyete tâbi bir taşınmazın satışı veya rehni demek, mülkiyet hakkının satışı veya rehne konu edilmesi demektir. Bu durumda *hak satışı* yerine *taşınmaz eşya rehni, hak rehni* yerine *taşınmaz rehni* denilmektedir. Aynı taşınmazın birden fazla kişiye ait olması durumda da paylı mülkiyet sahibinin payını satmasını hak satışı veya payını rehin etmesini hak rehni olarak adlandırmak isabetli olmayacaktır. **ACAR**, s. 44.
Nitekim Yargıtay birçok kararında olduğu gibi " *müşterek mülkiyete tâbi taşınmazlarda paydaşlardan biri diğer paydaşlardan bağımsız olarak payı üzerinde ipotek tesis edebilir. Diğer paydaşlar, ileride açabilecekleri paydaşlığın giderilmesi davasından ve sahip oldukları yasal önalım hakkından bahisle ipotek hakkının tadil ve terkinini talep edemezler.*" demekle ipotek kavramını kullanmıştır. Yargıtay 14.HD., 02.03.1976, E:336, K: 1175, **ALTAY/ ESKİOCAK,** s. 527.

[235] Aslında Azerbaycan Mülkî Mecellesinde terminoloji birliğine dikkat edilmediği için düzenlemelerin lafzı yorumuna dayanarak sonuca gitmek son derece zordur. Meselâ AMM'nin 215. maddesin 4. fıkrasında paylı mülkiyetteki paylar üzerinde "ipotek" tesis edilmesinden söz ederken, aynı maddenin 6. fıkrasında paylar üzerinde taşınmaz rehni anlamında kullanılan "girov" kelimesi kullanılmaktadır.

857/2 ve 692/f2)[236]. Çünkü hem payın hem de taşınmazın rehin konusu olması rehnin paraya dönüştürülmesi sürecinde karışıklıklara ve sorunlara sebep olmaktadır. Bununla birlikte, doktrinde bu yasaklamaların, paylı mülkiyetteki pay veya paylar üzerinde bir kez rehin tesis edildikten sonra, hiç bir zaman taşınmazın tamamı üzerinde ipotek tesis edilmeyeceği anlamına gelmediği ifade edilmektedir. Gerçekten de, paylı mülkiyette pay veya paylar üzerinde bir kez rehin tesis edildikten sonra, taşınmazın tamamı üzerinde, bütün ilgililerin özellikle de ipotek hakkı sahiplerinin rızası ile ipotek kurulması mümkündür. Ancak bu rızanın yazılı şekilde olması şarttır[237].

Yukarıda bahsedilen konuyla ilgili olarak AMM'nin 215. maddesinin 4. fıkrasında aşağıdaki düzenlemeye yer verilmektedir:

"... Eğer paylı mülkiyette paylar üzerinde ipotek tesis edilmişse veya arazi yüklü edilmişse, pay sahipleri taşınmazın kendisini aynı haklarla yüklü edemezler."

Hükümden anlaşıldığı üzere, paylı mülkiyette pay veya payların üzerinde ipotek tesis edildikten sonra, taşınmazın tamamı üzerinde ipotek kurulamayacağı kabul edilmektedir. Bunun sebebi ipotek ile ilgili hükümlerde aynı gruptaki haklar arasındaki sıra düzenlemektedir. Yani ya paylı mülkiyette birden çok pay üzerinde veya taşınmaz üzerinde birden çok ipotek arasında sıra belirlenmektedir. Paylı mülkiyette paylar üzerinde kurulu ipotek hakkı ile taşınmazın bütünü üzerinde sonradan kurulacak ipotek hakları arasında her hangi bir düzenleme getirilmemektedir. Paylı mülkiyette pay üzerinde ipotek tesis edildikten sonra, taşınmazın kendisi üzerinde de farklı alacakların teminatı için ipotek tesis edilmişse, tek bir eşyanın satışı ile alacaklıların nasıl tatmin edilecekleri sorusu cevapsız kalmaktadır.

---

[236] **EREN**, "Mülkiyet" s. 95.

[237] **ACAR,** s. 291; **SİRMEN,** Lâle, "Eşya Hukuku", Ankara, 1995, s. 266; **BARLAS,** Nami "Yeni Medenî Kanunun Aynî Teminata İlişkin Düzenlemeleri", Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, cilt II, s. 577-579. Düzenlemenin amacını ve tarafların irade serbestisi ilkesi dikkate alındığında Azerbaycan hukuku bakımından da bu durumun uygulanmasının önünde bir engel olmadığı kanaatindeyiz

Kanun koyucu yukarıda belirtilen durumu ve benzeri güçlükleri dikkate alarak, paylı mülkiyet halinde pay veya paylar üzerinde rehin tesis edildikten sonra taşınmazın tamamını kapsayacak bir ipoteğin tesis edilmesini yasaklamıştır. Buna rağmen ipotek tesis edilirse ipotek sözleşmesi geçersiz olduğu için tescil de yolsuz olur.

3. Taşınmazın Tamamı Üzerinde İpotek Kurulduktan Sonra Payın İpoteği

Türk hukukunda, paylı mülkiyete tâbi bir taşınmazın tamamı üzerinde ipotek tesis edildikten sonra, pay üzerinde de ipoteğin kurulabileceği kabul edilmektedir. Bu sonuca, TMK'nun 692. maddesinin ve 857. maddesinin 2. fıkrasının zıt anlamlarından varılmaktadır[238].

Azerbaycan hukukunda ise, paylı mülkiyete tâbi bir taşınmazın tamamı üzerinde ipotek tesis edildikten sonra, pay üzerinde de ipotek tesis edilip edilemeyeceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce kanunda konuyla ilgili bir yasaklama bulunmadığı için, paylı mülkiyete tâbi bir taşınmazın tamamı üzerinde ipotek tesis edildikten sonra pay üzerinde de ipotek kurulabilir. Diğer taraftan, paylı mülkiyette paylar üzerinde kurulu ipotek ile taşınmazın bütünü üzerinde sonradan kurulacak ipotek durumunda ortaya çıkan belirsizlik burada söz konusu değildir. Dolayısıyla paylı mülkiyete tâbi bir taşınmazın tamamı üzerinde ipotek tesis edildikten sonra, pay veya paylar üzerinde ipotek tesis edilmesi mümkündür. Bu durumda taşınmazın bütünü üzerinde tesis edilen ipoteğin pay üzerinde tesis edilen ipoteğe oranla önceliği bulunur[239]. Yani cebrî icra yoluyla paraya çevirme durumunda, ele geçen paranın paylaştırılmasında, ilk olarak taşınmazın bütünü üzerinde ipotek hakkına sahip olan kişilerin alacakları tatmin edilir. Geriye kalan bedel ise, pay üzerinde ipotek hakkı sahibi kişilerin alacakları için tahsis edilir.

---

[238] **HELVACI,** "İpotek" s. 98.

[239] Zira hem AMM'ne (m. 310.), hem de AİK'na (m.9.1) göre, tescil tarihi bakımından önceliği olan ipoteklerin alacağın tahsili bakımından önceliği korunur.

C. Elbirliği Mülkiyetinde İpotek

Türk hukukunda elbirliği mülkiyeti, aralarında bir ortaklık bulunan kişilerin birlikte bir eşyaya malik olmalarını ifade etmektedir[240]. Paylı mülkiyette, malikler arasındaki ortaklık paylı mülkiyet sebebi ile ortaya çıkarken, elbirliği mülkiyetinde ise ortaklık, elbirliği mülkiyetinden önce vücut bulmakta ve mülkiyete bu vasfını kendisi (ortaklık) vermektedir[241].

Elbirliği ortaklığına ait taşınmaz, elbirliği ortaklılığının amacına tahsis edilmiş durumdadır[242]. Bu sebeple, elbirliği mülkiyetinde ortakların eşya üzerinde doğrudan doğruya hakları yoktur. Mülkiyetin sahibi, tüzel kişiliği bulunmayan ortaklık, yani ortakların hepsidir[243]. Bu yüzden söz konusu mülkiyet tarzı için *iştirak halinde mülkiyet*, *elbirliği mülkiyeti* deyimleri kullanılmaktadır[244].

Türk hukukunda olduğu gibi, Azerbaycan hukukunda da elbirliği mülkiyetine yol açan ortaklık, kanunun kendisine bu vasfı tanıdığı ortaklık olabilir. Yani elbirliği ortaklığı, kişilerin serbest iradeleri ile kısıtlanamaz, sadece kanunda gösterilen sınırlı hallerde mümkündür[245].

AMM'nin "Elbirliği mülkiyetinde olan eşya üzerinde sahiplik, onun kullanılması ve tasarrufu" kenar başlığını taşıyan 222. maddesinin 2. fıkrasında şu hüküm yer almaktadır:

"Elbirliği mülkiyetinde olan eşyaya dair tasarruf işlemi bütün ortakların izni ile gerçekleşmektedir ve eşya üzerinde tasarruf işlemi yapılırken işlemi

---

[240]**AKİPEK/ AKINTÜRK** s. 408; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCOĞLU/ ALTOP "**Eşya**"** s. 631; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 276; **EREN**, "Mülkiyet" s. 125

[241]**TEKİNAY/ AKMAN/ BURCOĞLU/ ALTOP,** "Eşya", s. 632; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 276.

[242]**AYİTER**, Nuşin**,** "Türk Medenî Kanununda ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları", Ankara, 1961, s. 102; **ACAR,** s. 334**.**

[243]Bu ortaklık tüzel kişilik vasfına sahip değildir. Eğer tüzel kişilik vasfı olsaydı o zaman birlikte mülkiyet değil, bir tüzel kişinin mülkiyeti söz konusu olurdu. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCOĞLU/ ALTOP, "**Eşya**",** s. 632; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 2**76; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL,** s. 433; Gierke göre, teorik olarak tüzel kişilik ile elbirliği ortaklığı arasında tek bir fark bulunmaktadır. Tüzel kişilikte kişiliği oluşturan fertlerin iradesinden farklı bir iradenin mevcudiyeti söz konusudur. Hâlbuki elbirliği ortaklığında ise, ortakların iradesinden bağımsız, onların iradesinden başka bir irade mevcut değildir. **GİERKE**, Otto, Von "Genossenschaftstheorie" I-V, Graz 1914, (naklen: **AYİTER**, "Elbirliği" s. 8.)

[244] **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCOĞLU/ ALTOP, "**Eşya**",** s. 632; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 2**76; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL,** s. 433.

[245]**AYİTER**, "Elbirliği" s. 69; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s**. 276.

ortaklardan hangisinin yaptığına bakılmaksızın bütün ortaklarının rızasının olduğu karine olarak kabul edilir."

Hükümden anlaşıldığı üzere, elbirliği mülkiyetinde olan eşya üzerinde bütün ortakların izni ile ipotek tesis edilebilir. Türk hukukunda olduğu gibi, Azerbaycan hukukunda da ipotek tesisi tasarrufî nitelikte bir işlem olduğu için bütün ortakların oybirliği gerekmektedir[246]. Aynı zamanda bir taşınmaz üzerinde elbirliği mülkiyeti var ise, taşınmaz sadece bütünü ile ipotek konusu olabilir. Yani elbirliği mülkiyeti halinde, paylı mülkiyette olduğu gibi ortakların kendi başlarına tasarruf işlemine konu edebilecekleri bir payları yoktur[247]. Konuyla ilgili başka bir hükme Azerbaycan İpotek Kanununda da yer verilmektedir. Kanunun 8. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Elbirliği mülkiyetinde olan eşyanın ipoteği, bütün ortakların noter tarafından onaylanmış izni ile mümkündür". Dolaysıyla elbirliği mülkiyetine dâhil taşınmaz üzerinde ortakların ipotek tesis edebilmeleri için ortakların sözlü veya yazılı izni yeterli değildir. Bunun için bütün ortakların noter tarafından onaylanmış izni gerekir.

§8. TAŞINMAZ MALİKİNİN TASARRUF YETKİSİ

I. Genel Olarak

Malikin, taşınmaz üzerinde ipotek tesis edebilmesi için, fiil ehliyeti ile birlikte taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisine de sahip olması gerekir. Tasarruf yetkisi bir kimsenin bir hakka doğrudan doğruya etki edebilme konusunda sahip olması gereken hukukî bir salahiyettir[248]. Tasarruf yetkisi mülkiyet hakkının iç muhtevasında yer alan yetkilerdendir[249]. Kural olarak, kişi taşınmaza malik olduğu takdirde tasarruf yetkisine de sahiptir. Dolayısıyla

---

[246] Borçlandırıcı işlem yapabilme açısından, elbirliği ortaklığına ait bir eşyanın borçlandırıcı işleme sadece bir ortağın iradesiyle konu edilmesi mümkündür. Ancak bu işlemin diğer ortakları bağlaması onların rızalarına tâbi olduğu gibi, tasarruf işleminin yapılabilmesi de yine diğer ortakların hepsinin katılmalarıyla mümkündür. Ortakların mevcut borç ilişkisine rıza göstermemeleri halinde tasarruf işlemi yapılamayacağından borçlu ortak borcun ifa edilememesinden sorumlu olur. **AYİTER,** s. 129.

[247] **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s. 408; **HELVACI,** "İpotek" s. 106; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 278; Elbirliği mülkiyette her ne kadar paylı mülkiyet anlamında pay söz konusu olmasa, vergi vs. konularda yine paylardan söz edilmektedir.

[248] **OĞUZMAN/ BARLAS**, s. 135; **DOĞAN,** Murat, "Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi", Ankara 2004, s. 23.

[249] **EREN**, Fikret "Mülkiyet Hukuku", Ankara 2011,s.17.

taşınmaz üzerinde ipoteğin tesisi ya malik veya onun yetkili temsilcisi tarafından yapılabilir. Fakat bazen kişinin taşınmazı üzerinde mülkiyet hakkı olmasına rağmen tasarruf yetkisi bulunmayabilir veya kısıtlanmış olabilir. Malikin tasarruf yetkisinin kısıtlandığı halleri incelemeye geçmeden belirtelim ki, Azerbaycan hukukunda uygulamada tasarruf yetkisi olmadan yapılan borçlandırıcı işlemin de geçersiz olacağı kanaati hâkimdir. Konuyla ilgili olarak Azerbaycan Anayasa Mahkemesi 8 Haziran 2007 tarihli kararında "*...satım sözleşmesi kurulduğu vakit (1 Nisan 2004) satım konusu taşınmaz üzerinde satıcının tasarruf yetkisi yoktur, uyuşmazlık konusu taşınmaz devlet mülkiyetindedir. Dolayısıyla mevzuat gereği devlet mülkiyetinde bulunan eşyalar gerçek kişiler arasında satım konusu yapılamaz. Bunun için söz konusu eşyaların ferdi mülkiyete geçirilmesi gerekir. ... Satıcı uyuşmazlık konusu taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkını ve dolayısıyla da tasarruf yetkisini 00185 numaralı şahadetnameye esasen 03.02.2005 tarihinde elde etmiştir. Sonradan elde edilmiş mülkiyet hakkı ise mülkiyet kazanmadan önce yapılmış işlemlerin geçerliliğine sebep olmaz.*"[250]. Gördüğü gibi Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkını elde etmeden yapılmış borçlandırıcı işlemin geçerli olmayacağını ifade etmektedir. Hâlbuki bu son derece yanlış ve hiç bir hukukî dayanağı olmayan bir kanaattir[251]. Zira hukukî işlemlerin geçerliliğini düzenleyen hiç bir hükümde kişinin borçlandırıcı işlem yapabilmesi için tasarruf yetkisine sahip olması şart olarak aranmamaktadır[252].

II. Türk Hukukunda Malikin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlandığı Haller

Yukarıda da belirtildiği gibi, malikin ipotek tesis edebilmesi için, taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi olmalı ve bu yetki kısıtlanmamalıdır. Fakat

---

[250] E. Kahramanov ve İ. Kahramanovun şikayeti ile ilgili olarak Azerbaycan Cumhuriyeti Ali Mahkemesinin Mülki İşler üzere mahkeme kollegiyasının 22 aralık 2005 tarihli kararının Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına uygunluğunun denetlenmesine dair", 8 haziran 2007 tarihli kararı; **Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası Mahkemesi Kararlarının Toplusu**, Bakü, 2008, s. 846-847

[251] Geniş bilgi için bkz: **SÜLEYMANLI, "**Tasarruf", s. 58-61.

[252] Kişinin borçlandırıcı işlem yapabilmesi için eşya üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmasının aranması, hem tarafların haksız yere borcun icrasından kaçınmak imkânı elde etmelerine sebep olabileceği, hem de hukukî güveni derinden sarstığı için kabul edilmesi mümkün değildir. Zira hukukî ilişki tarafları borçlandırıcı işlem yaparken bu konuda karşı tarafın tasarruf yetkisinin olup olmadığı araştırmak zorunda bırakılmaktadır. Diğer taraftan bu durum hem irade serbestliği ilkesine hem de pratik ihtiyaçlara da aykırı bulunmaktadır. **SÜLEYMANLI, "**Tasarruf", s. 60.

bazen kişiye ait taşınmaza kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi durumunda icra dairesince haciz konulmuş olabilir. Ayrıca taşınmaz maliki iflâs edebilir veya kanunda öngörülen diğer sebeplerle tasarruf yetkisi kısıtlanmış olabilir. Bu durumlarda malikin tasarruf yetkisi bazen bütünüyle sona erer, bazen ise, belirli bir oranda sınırlanmış olur[253]. Dolayısıyla da malik taşınmaz üzerinde dilediği gibi tasarruf yapamaz, yani ipotek tesis edemez. Konuyla ilgili olarak Azerbaycan hukuku bakımdan da önemine binaen, aile konutu üzerinde malikin tasarruf yetkisinin ele alınmasında fayda vardır.

Türk hukukunda kural olarak eşler kendi mülkiyetlerinde olan eşya üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilirler (TMK m. 193). Fakat kanunda öngörülen bazı hallerde bu konuda eşlere bazı kısıtlamalar getirilmektedir. TMK "aile konutu[254]" kenar başlığını taşıyan 194. maddesinde şu hükme yer verilmektedir:

"*Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu … üzerindeki hakları sınırlayamaz.*

Rızası sağlanamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir.

Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili şerhin verilmesini isteyebilir…" Görüldüğü gibi, malikin aile konutu olarak kullanılan taşınmaz üzerinde ipotek tesis edebilmesi için eşin rızası gerekir[255]. Rızanın haklı bir sebep olmadan verilmediği durumda eş, hâkimin müdahalesini de talep edebilir. Hâkimin kararı ile aile konutu üzerinde eşin rızası olmadan da ipotek tesis edilebilir.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da görüldüğü gibi, TMK m. 194 malikin tasarruf yetkisine bir kısıtlama getirmektedir. Söz konusu kısıtlama kanun doğmaktadır ve tapu siciline şerh verilmesi şart değildir. Yani eşlerin

---

[253] Türk Hukukunda taşınmaz üzerinde ipotek tesisi bakımından malikin tasarruf yetkisinin kısıtlanması ve bunun sonuçları ile bağlı geniş bilgi için bkz: **HELVACI** "İpotek" s. 67 vd.,

[254] Aile konutu eşlerin evlilik birliği içerisinde hayatlarının merkezi haline getirdikleri, ailenin barınma ihtiyacı karşılayan konuttur. Dolayısıyla aile konutu kaybedildiğinde ailenin ve diğer eşin barınma hakkının yitirileceğine sebep olabilir. **OĞUZMAN** Kemal/ **DURAL,** Mustafa**,** "Aile Hukuku" 2. Bası, İstanbul, 1998, s. 419**; KILIÇOĞLU**, "Yenilikler" s.36; **GÜMÜŞ**, s.34.

[255] **BARLAS,** s.127; **HELVACI** "İpotek" s. 89.

aile konutu olarak kullandıkları taşınmaz, tapu sicilinde "aile konutu" olduğuna dair şerh edilmemiş olması sonucu değiştirmez. Zira taşınmaz şerh olmadan da aile konutu olarak nitelendirilir, şerh ise, kurucu değil, açıklayıcıdır [256].

III. Azerbaycan Hukukunda Malikin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlandığı Haller

Yukarıda Azerbaycan hukukunda malikin tasarruf yetkisini kısıtlanması ile bağlı açıklama yapıldığı için bu başlık altında sadece elbirliği ortaklığında eşlerin tasarruf yetkisi incelenmektedir [257] . Bilindiği gibi, Azerbaycan hukukunda kanun koyucu eşler arasında sadece elbirliği mülkiyeti rejimi öngörmektedir[258]. Bu rejime göre, eşlerin evlilik süresince elde etikleri eşya üzerindeki mülkiyet, kendiliğinden elbirliği mülkiyetine çevrilir. Bu mülkiyet değişikliği Türk hukukunda olduğu gibi sicil dışı gerçekleşir[259]. Bir başka ifade ile, bu durumda mülkiyetin elbirliği mülkiyeti çevrilmesi için tapu sicilinde tescil edilmesi şart değildir[260].

Eşlerin malvarlığı üzerinde, elbirliği mülkiyeti söz konusu olduğu için, ortak eşya üzerinde tasarrufta bulunurken birlikte hareket etmek mecburiyetindedir. Gerçekten de AMM'nin "Eşlerin Birlikte Mülkiyeti" kenar başlığını taşıyan 225. maddesinin 6. fıkrasında göre, "Eşlerden birini rızası olmadan diğer eşin elbirliği mülkiyetindeki taşınmazı üzerinde tapu siciline tescil edilen haklarla ilgili yaptığı sözleşme geçersiz olur. Bu durum hak elde eden iyi niyetli üçüncü kişinin bakımından da geçerlidir." Söz konusu hüküm 24 Haziran 2005 tarihli değişiklikle AMM'nin 225. maddesine eklenmiştir. Düzenlemeye göre ortak taşınmaz üzerinde aynî haklarla ilgili olarak

---

[256] **BARLAS,** s.127; **HELVACI** "İpotek" s. 89: **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 214.
[257] Bkz: §5/I.C
[258] Azerbaycan hukukunda sadece bir kanunî rejim bulunmaktadir. Fakat bununla beraber eşler kendileri malvarlıkları üzerinde istedikleri sitemi belirleye bilmekte hatta kanunî mal rejimi olan elbirliği mülkiyetinde değişiklikler edebilmektedirler.
[259] **HELVACI,** "İpotek" s. 109.
[260] **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 331; **ÖZTAN**, "Medeni" 306, **DURAL**, Mustafa/ **OĞUZ**, Tufan/ **GÜMÜŞ**, Alper, Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, İstanbul, 2005, s. 427.

eşlerden birinin diğerinin rızası olmadan yaptığı bütün işlemlerin geçersiz olacağı ifade edilmektedir. Hak elde eden üçüncü kişilerin iyi niyetli olması durumu değiştirmez. Hak elde eden kişilerin iyiniyetli olmalarına bakılmaksızın bu tür işlemler geçersizdir.

Kanaatimizce, söz konusu hüküm hem anlatım bozukluğu ile sakattır, hem de son derece isabetsizdir. Bunun gerekçesi şu şekilde sıralanabilir:

Evvelâ, eşlerden birinin rızası olmadan diğer eşin yapmış olduğu borçlandırıcı işlemin geçersizliği için hiç bir makûl sebep bulunmamaktadır. Zira hukukî işlemlerin geçerlilik şartları bakımından borçlandırıcı işlem yapan kişinin tasarruf yetkisine sahip olması aranmadığı gibi, karşılaştırmalı hukukta da söz konusu hükmün bir benzeri yoktur[261].

İkincisi, tapu siciline güvenerek hak elde eden iyiniyetli üçüncü kişilerin korunmayacağı ifade edilmektedir. Bu ise Eşya Hukukuna hâkim olan tapu siciline itimadın korunması ilkesine bütünüyle zıttır.

Üçüncüsü, yukarıda anılan hüküm hem adil değildir, hem de tarafların menfaat dengesine aykırıdır. Zira sosyal düşünceden hareket eden kanun koyucu eşi korumayı amaçlarken işlemin geçersizliğinin bütün külfetini iyiniyetli üçüncü kişiye yüklemektedir. İyi niyetli üçüncü kişinin "suçu" devletin resmî kurumu olan tapu siciline güvenmektir. Bunun ise makûl olarak karşılamak mümkün değildir[262]. Eğer hakikaten sosyal düşünceden hareketle eşin korunması düşünülüyorsa, o zaman yolsuz tescilin sorumluluğu iyi niyetli üçüncü kişiye değil, devlete ait olmalıdır[263].

---

[261] **SÜLEYMANLI, "**Tasarruf", s. 74.
[262] **SÜLEYMANLI, "**Tasarruf", s. 75.
[263]Diğer taraftan hüküm, ilk bakışta eşin elbirliği mülkiyetinde olan bütün taşınmazları kapsadığı gibi görülmektedir. Yani söz konusu hükmün lafzî ifadesinden, eşlerden birinin üçüncü kişilerle birlikte ortak oldukları elbirliği mülkiyeti üzerinde tasarrufta bulunurken diğer eşin izninin alması gerektiği gibi bir anlam çıkmaktadır. Halbuki burada "eşlerden birinin elbirliği mülkiyetindeki taşınmazı " ifadesi yerine "eşlerin her ikisinin elbirliği mülkiyetinde olan taşınmazı" şeklinde ifade edilseydi daha isabetli olurdu. Zira, hükmün amacı eşlerin birinin tek başına hareket ederek ortak (elbirliği) mülkiyeti dahil malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunarak diğer eşi zarara sokmamasıdır. Buna göre, hükmün kapsamına sadece iki eşin ortak (elbirliği) mülkiyetlerinde olan taşınmazlar girmektedir. Dolayısıyla söz konusu hüküm eşlerden birinin üçüncü kişilerle birlikte elbirliği mülkiyetine olan taşınmazlar bakımından uygulanması mümkün değildir. Böyle bir taşınmazda diğer eşin rızasına gerek olmadan ortaklar(eş ve üçüncü kişiler) serbestçe tasarrufta bulunabilir ve ipotek tesis edebilir.

Tekrar ifade edilecek olursa, eşlerin elbirliği mülkiyetinde olan taşınmazları üzerinde, aralarında aksine bir anlaşma bulunmuyorsa ipotek tesis edilebilmesi için eşlerin ya birlikte hareket etmesi ya da diğer eşin onaylanmış resmî iznini alması gerekir. Aksi takdirde elbirliği mülkiyetinde olan taşınmaz üzerinde eşlerden birinin tek başına yaptığı tasarruf işlemi, tasarruf yetkisinin bulunmaması sebebiyle geçersizdir.

§9. İPOTEK SÖZLEŞMESİ ve ŞEKLİ

I. Genel Olarak

Türk hukukunda taşınmaz üzerinde ipotek hakkının tapu siciline tescil edilebilmesi için, kanunda öngörülen şartları haiz bir ipotek sözleşmesinin yapılması gerekir. İpotek sözleşmesi taşınmaz maliki ile ipotek alacaklısı arasında yapılmaktadır. Bu sözleşmeye göre, taşınmaz maliki, alacaklıya, taşınmazı üzerinde ipotek tesis etmek için, tapu memurundan talepte bulunma yetkisi vermektedir[264].

İpotek tesis edenin borçtan dolayı şahsî olarak sorumlu olması şart değildir. Genel olarak borçlu kendi borcunun ifasını teminat altına almak için taşınmazı üzerinde ipotek tesis etmektedir. Fakat borçtan şahsî sorumluluğu bulunmayan her hangi taşınmaz maliki de taşınmazı üzerinde borçlunun borcu için ipotek tesis edebilir.

Azerbaycan hukukunda da ipotek sözleşmesi, tescil ile doğan ipotek hakkının hukukî sebebini oluşturur. Fakat Azerbaycan hukukunda Türk hukukundan farklı olarak, ipotek sözleşmesi ile alacaklı taşınmaz malikine ileri sürebileceği şahsî bir talep değil, tapu memurundan doğrudan tescil talep etme yetkisi kazanmaktadır[265].

Son olarak belirtelim ki, ipotek sözleşmesi niteliği itibariyle borçlandırıcı bir işlemdir. Azerbaycan hukukunda bu sözleşmenin

---

[264] **ALTAY/ ESKİOCAK,** s. 131, No: 190.

[265] İpotek sözleşmesinin yapılması ile alacaklının tescilden önce malike ait tasarruf yetkisi kazanması hukukî dayanağı tartışmalıdır. Azerbaycan hukukunda konuyla ilgili olarak bkz: **SÜLEYMANLI, "**Tasarruf", s. 70-72.

yapılabilmesi için taşınmaz üzerindeki hukukunu belirten belgenin yetkili organa sunulması gerekir. AİK'nun 10. maddesinin 7. fıkrasına göre, ipotek sözleşmesi yapacak kişi, sözleşme konusu taşınmaz üzerindeki hakkını belirten belgeyi noter memuruna[266] ibraz etmek mecburiyetindedir. Taşınmaz üzerindeki hukuktan maksat, kişinin mülkiyet hakkını belirten mülkiyet şahadetnamesidir.

II. İpotek Sözleşmesinin Şekli

Türk hukukunda kural olarak ipotek sözleşmesi resmî şekilde yapılır (TMK m. 852/f.2.). Tapu Kanunu 26. maddesine göre, sözleşmeye resmiyet verecek makam tapu müdürüdür. Dolayısıyla da ipotek sözleşmesinin yer aldığı senedin tapu müdürü tarafından onaylanması mecburidir[267]. Noterlerin söz konusu sözleşmeyi yapmaları mümkün değildir. Resmî şekil bir geçerlilik şartı olduğundan, kurucu unsurları mevcut sözleşmenin hüküm doğurabilmesinin söz konusu şekil şartına uyulmasına bağlıdır[268]. Bu sebeple kanunda öngörülen şekil şartına uyulmaması sözleşmenin geçersiz, yani batıl olmasına sebep olur[269].

Azerbaycan hukukunda ise, konuyla ilgili olarak AİK'nun "İpotek Sözleşmesi" kenar başlığını taşıyan 10. maddesinin 2. fıkrasına göre, "İpotek sözleşmesi ipotek tesis eden ve ipotek alan arasında, ipotek tesis edenin şahsi sorumluluğu bulunmuyorsa, borçlunun imzaladığı senedin hazırlanması ile yazılı şekilde yapılır. Taşınmazın ipotek sözleşmesi noter tarafından onaylanmalıdır." Söz konusu hükümde ipotek sözleşmesinin geçerliliği resmî şekle tâbi tutulmuştur. Resmî şeklî kazandıracak olan noter memurudur. Zira Azerbaycan hukukunda resmî sözleşmeler noter memuru tarafından onaylanmaktadır. Söz konusu şekil şartını öngören hüküm emredici nitelikte

---

[266] Türk hukukundan farklı olarak Azerbaycan hukukunda resmi sözleşme, tapu memuru önünde değil noter memuru önünde yapılmaktadır.

[267] **ŞENER** s. 120.

[268] **ERDOĞAN,** İhsan, **"**Hukukî Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları", GÜHFD, C. I, S. 1, 1997, s. 129.

[269] **AYAN**, s. 166; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 727; **KILICOĞLU,** Ahmet, "Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı ışığında taşınmaz satımında şekil ve hakkın kötüye kullanılması**",** YD, C.15, S. 1-4, 1986, s. 296.

olup, tarafların iradesi ile aksi kararlaştırılamaz[270]. Dolayısıyla öngörülen şekle uyulmaması Türk hukukunda olduğu gibi, sözleşmenin geçersiz olmasına sebep olur.

Azerbaycan hukukunda resmî şekil, ipotek sözleşmesinin yapılacağına dair ön sözleşme için de geçerlidir[271]. Zira AMM'nin 402. maddesinin 2. fıkrasına göre, ön sözleşme esas sözleşmenin şekil şartına tâbidir. Dolayısıyla ipotek sözleşmesinin yapılacağına dair ön sözleşmenin de noter tarafından onaylanması gerekmektedir.

III. Şeklin Kapsamı

Türk hukukunda ipotek sözleşmenin geçerli olması için yapılan işlem bütün objektif ve sübjektif unsurlarını kapsamalıdır (TBK m. 2/f.1, yeni TBK m. 2)[272]. Azerbaycan Hukukunda AMM 405. maddesinin 1. fıkrasına göre, taraflar, sözleşmenin esaslı unsurları konusunda anlaşmaya varıldığı zaman sözleşme kurulmuş olur. İpotek sözleşmesinin objektif unsularına nelerin dâhil olacağı AMM'nin 309. maddesinde ve AİK'nun 10. maddesinin 5. fıkrasında açıkça belirtilmektedir. Söz konusu hükme göre ipotek sözleşmesinin objektif unsurlarını şöyle sıralanabilir:

1. İpotek tesis edenin (taşınmaz malikinin) kimliği,
2. İpotek alanın (lehine ipotek tesis edilen alacaklının) kimliği,

---

[270] Azerbaycan hukukunda ipoteğin teminat altına aldığı alacağın doğması için veya faizin işlemesi için böyle bir şekil şartı söz konusu değildir. AİK 10. maddesinin 5. fıkrasına göre, "*İpotek sözleşmesinde, tarafların isimleri ve ikamet yerleri, ipoteğin konusu, taşınmazın türü, yerleştiği yer ve belirlenmesi için gerekli olan diğer açıklamalar, esas borç ilişkisinin niteliği, teminat altına alınacak alacağın miktarı, ortaya çıkma esasları ve ifa zamanı, söz konusu esas borç ilişkisinin söz dayandığı sözleşmenin tarafları, yapıldığı yer ve tarih gösterilmelidir. Eğer teminat altına alınacak alacağın miktarı ileride belirlenecekse, ipotek sözleşmesinde söz konusu miktarı belirleme esasları gösterilmelidir."*

[271] Türk hukuku bakımından da aynı durum geçerlidir. Yargıtay uygulamasında da ipotek sözleşmesin yapılacağına dair ön sözleşmenin esas sözleşmenin şekil şartına tâbi olacağı kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay İcra İflas Dairesi'nin 17. 10. 1964., 11227/11752 sayılı kararında şu açıklamayı vermiştir: "*İpotek akdi resmi şekle tâbi akitlerden bulunduğundan, akit yapma taahhüdünün de aynı şekilde yapılması zaruridir. Aksi takdirde geçerli sayılmaz*." **UYAR,** Türk Medenî Kanunu, s. 3867-3868.

[272] **ALTAY/ ESKİOCAK,** s. 14. No:30; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 727; **HELVACI,** "İpotek" s. 116.

3. İpoteğin konusu taşınmazın kimlik bilgileri (*taşınmazın türü, yeri ve diğer bilgiler*), toplu ipotek halinde ipoteğe konu olacak taşınmazları ve ipoteğe ilişkin kayıtları,
4. İpotekle teminat altına alınan alacağın miktarı, hukukî dayanağı[273], ve ifa zamanı, eğer teminat altına alınan alacağın miktarı belli değilse nasıl belirleneceği,
5. Esas borç ilişkisinin, yani teminat altına alınan alacağın dayanağı olan borç ilişkisinin tarafları, yapıldığı yer ve tarihi,
6. İpotek sözleşmesi taraflarının taşınmaz üzerinde ipotek tesisine dair birbirlerine uygun karşılıklı irade beyanları,

Türk hukukunda ipotek sözleşmesinin, ipotek tesis eden malikin bu yöndeki irade açıklamasını ihtiva etmesi şart olduğu halde, ipotekli alacaklının irade beyanının şeklin kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır[274]. AİK'nun 10. maddesinin 2. fıkrasında açık şekilde ipotek sözleşmesinde taşınmaz üzerinde ipotek tesis eden ile ipotekli alacaklının irade açıklamalarının sözleşmede yer alması düzenlenmektedir. İpotek tesis edenin borçtan sorumlu olmadığı durumlarda ayrıca borçlunun da ipotek sözleşmesini imzalaması öngörülmektedir.

IV. İpotek Sözleşmesinin Değiştirilmesi

AMM'nin Borçlar Hukuku bölümünde "Sözleşmenin değiştirilme ve sona erdirme usulü" kenar başlığı altında yer alan 423. maddenin 1. fıkrası göre, "Kanunda, sözleşmede ve örf ve adetlerde aksi öngörülmedikçe sözleşmenin değiştirilmesi ve sona erdirilmesi ile ilgili anlaşma, sözleşmenin şekil şartına tâbidir." Hükümde sözleşmenin değiştirilmesi işleminin sözleşmenin şekil şartına tâbi olacağı açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla ipotek sözleşmesinde yapılan değişikliğin geçerli olması için resmî şekilde yapılması şarttır.

[273]Türk hukukunda ipotek sözleşmesinde alacağın sebebinin yer alması gerekip gerekmediği ile ilgili tartışmalar için bkz: **ALTAY/ ESKİOCAK,** s. 14. No:30.
[274]Bu konuda tartışmalar için bkz: **HELVACI,** "İpotek" s. 117.

Türk hukukunda da ipotek sözleşmesinde malikin borç ve yükümlülüklerini artıran sözleşme değişikliklerin ipotek sözleşmesinin şekline uygun olarak gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmektedir. Fakat malikin borç ve yükümlülüklerini ortadan kaldıran veya azaltan değişikliklerin her hangi bir şekle tâbi olmadan yapılabileceği doktrinde savunulmaktadır[275].

Kanaatimizce de, eğer değişiklik malikin durumunu ağırlaştırmıyorsa sözleşme her hangi bir şekil şartına tâbi olmadan değiştirilebilir. Zira ipotek sözleşmesinde zayıf durumda olan ve şekil şartı ile korunan kişi taşınmaz malikidir. Dolayısıyla onu korumaya gerek olmadığı hallerde şekil şartına riayet edilmeden değişiklik yapılabilir.

§10. İPOTEĞİN TESCİLİ

I. İpotek Alacaklısının Tescil Talebinde Bulunması

Azerbaycan hukukunda ipotek sözleşmesi ile ipotek alacaklısı kendi lehine taşınmaz üzerinde tapu sicilinde ipotek tesisi talebinde bulunma yetkisi kazanmaktadır. Türk hukukundan farklı olarak taşınmaz malikinin tescil talebinde bulunmasına gerek yoktur[276]. Zira Taşınmaz Eşyanın[277] Tapu Sicili

---

[275] **ALTAŞ**, Hüseyin "Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi" Ankara, 1998, s. 83; **EREN,** Fikret**,** "Borçlar Hukuku Genel Hükümler" , 9. Bası, İstanbul, 2006, s. 258; **OĞUZMAN/ ÖZ**, "Borçlar", s. 432; İsviçre Federal Mahkemesi konuyla ilgili bir kararında ipotek sözleşmesine dair değişliklerin resmi şekle tâbi olduğunu, ancak ipotek yükünü ve teminat altına alınan borcu azaltan tamamlayıcı anlaşmaların bu kuralın dışında olduğunu kabul etmiştir. Karara konu olan olayda miktarı belli olamayan alacak (cari hesap) için tesis edilen ipoteğin, ödünç verilen bir miktar para alacağını teminat altına alan bir ipoteğe dönüştürülmesi söz konusu olmuştur. Federal mahkeme konuyla ilgili olarak böyle bir sözleşme değişikliğinin geçerli olabilmesi için resmi şekle riayet edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. (naklen: **HELVACI,** "İpotek" s. 120).

[276] Türk hukukunda ipotek sözleşmesi kurulduktan sonra tescil taşınmaz malikinin talebi üzerine gerçekleşmektedir. Azerbaycan hukukunda olduğu gibi ipotek alacaklısının tescil talebinde bulunma hakkı yoktur. O sadece taşınmaz maliki tescil talebinde bulunmazsa mahkeme de dava açarak ipotek tescil edilmesini talep edebilmektedir. Azerbaycan hukukunda konunun eleştirisi için bkz: **SÜLEYMANLI,** "Tasarruf" s. 60.

[277] Orijinal metinde "eşya" yerine "malvarlığı" ifadesi kullanılmaktadır. Belirtilmesi gerekir ki, Azerbaycan Mülkî Mecellesinde de çok yaygın bir biçimde "eşya" ve "taşınmaz" kavramları yerine "malvarlığı" kavramı kullanılmaktadır. Hatta 2005 tarihinde yapılan değişiklikte Azerbaycan Mülkî Mecellesinde "Eşya Hukuku" başlığını taşıyan 3. bölmesini ismi değiştirilerek "Malvarlığı ve Eşya Hukuku" bölümü şekilde ifade edilmiştir. Söz konusu kavramların bu şekilde kullanılmasının son derece isabetsiz olduğu kanaatindeyiz. Zira, "malvarlığı" ekonomik değeri bulunan hakların ve borçların topluluğunu ifade ettiği halde, "eşya" ise sadece üzerinde ferdi hâkimiyet sağlanabilen, ekonomik değer taşıyan, şahıs dışı cismani varlıklardır. Dolayısıyla "eşya" yerine "malvarlığı" kavramının kullanılması kavramlardan beklenen fonksiyonların gerçekleştirilmesine engel olmaktadır. Ayrıca konuyla ilgili olarak Azerbaycan Mülkî Mecellesinde yer alan düzenlemelere dikkat

Kanununun (ATSK) 10. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Aynî hakların tescili, kanunla belirlenmiş usule uygun olarak hak elde eden kişinin dilekçesi esas alınarak yapılır.” Görüldüğü gibi, hükümde açık şekilde tapu sicilinde tescilin hak elde eden kişinin, yani ipotek sözleşmesi bakımından ipotek alacaklısının tescil talebi üzerine yapılacağı kabul edilmektedir.

İpotek sözleşmesinde açıkça öngörüldüğü hallerde taşınmaz maliki, taşınmazı üzerindeki tasarruf yetkisini kullanma hakkını ipotek alacaklısına devretmektedir. Tescil talebi, malvarlığına yaptığı etki bakımından bir tasarruf işlemidir. Zira ipotek hakkı sahibi ipotekle teminat altına alınan borç ifa edilmediği takdirde ipotekli taşınmazı cebrî icra yoluyla paraya çevirerek alacağını tahsil etme imkânı elde etmektedir. Bu yönüyle de malikin taşınmazı üzerinde mülkiyet hakkından ileri gelen yetkilerini kullanılması sınırlanmaktadır.

İpotek hakkının kazanılması için ilk önce ipotekli alacaklı ile taşınmaz maliki arasından geçerli bir ipotek sözleşmesi yapılmalıdır. İpotek sözleşmesi yapıldıktan sonra ipotekli alacaklı ipotek tescil talebini ihtiva eden bir dilekçe ile tapu sicil organına başvurmalıdır. Dilekçeye aynı zamanda tescil işlem harcının fişi ve noter tarafından onaylanmış ipotek sözleşmesi ilâve edilmelidir. Fakat usul gereği, ipotek sözleşmesi noterler tarafından tapu sicil organına göndermektedir.

İpotek sözleşmesi resmî olarak tapu sicili organında tescil edilmesi ile ipotek alacaklısı taşınmaz üzerinde ipotek hakkı kazanmaktadır. Konuyla ilgili olarak ATSK'nun “İpoteğin tapu siciline tescili” kenar başlığını taşıyan 20. maddesinin 1. fıkrasına göre, *“*Taşınmaz … üzerinde ipotek tesis edilmesi durumunda, ipotek konusu, ipotekle teminat altına alınan borcun ifa zamanı, ipotek tesis eden ve ipotek alanla ilgili bilgiler tapu siciline kaydedilmelidir*.”* Benzer bir hüküm AİK’nun 11. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu hükme göre, “İpotek sözleşmesinde yer alan ipotek konusu, esas

---

edildiğinde aslında ifade edilmek istenen malvarlığı değil, malvarlığını oluşturan münferit haklar veya eşyaların olduğu görülmektedir. Meselâ, malvarlığının kirası (AMM m. 675 vd.) veya birleşik malvarlığı (AMM m.135.9) kavramları ile kastedilen istenen aslında malvarlığı değil eşyadır. **SÜLEYMANLI,** “Eşya” s. 30.

borcun niteliği, ifa zamanı ve ipotek alanla ilgili bilgiler tapu siciline kaydedilmelidir”

Yukarıda metinleri verilen hükümlerden de görüldüğü üzere, ipoteğin teminat altına aldığı alacağın miktarının tapu siciline tescili öngörülmemektedir. Bunun kanun koyucunun bilinçli bir susması mı, yoksa bir kanun boşluğu mu olduğu belli değildir. Kanaatimizce bu durum bazı sakıncalara yol açabilir. Zira teminat altına alınan miktarın aleniyet kazanmaması, Eşya Hukukuna dolayısıyla da ipotekle ilgili düzenlemelere hâkim olan belirlilik ilkesine aykırıdır. Hatta söz konusu ilkenin ipotek bakımından uygulamasını son derece sınırlar. Zira taşınmaz üzerinde ipotek kurulması halinde taşınmazın hangi oranda yüklü edildiğinin belirlenmesi gerekmektedir. İpoteğin taşınmaz değerine etkisinin belirlenmesinde, gerek taşınmaz üzerinde daha sonra mülkiyet hakkı elde edenlerin, gerekse sıra itibariyle daha sonra gelen ipotekli alacaklıların, gerekse de diğer sınırlı aynî hak sahiplerinin menfaati bulunmaktadır. Bundan başka alacakları ipotekle teminat altına alınmayan taşınmaz malikinin diğer alacaklılarının da menfaati bulunmaktadır. Buraya ipotekli alacağı sonradan temlik alan kişilerinde menfaati dâhil edilebilir[278].

Miktarının belirlenmemiş olması bu kişilerin menfaatine aykırı olduğu gibi, ekonomi hayatında güven ortamına da aykırıdır. Zira kişiler, hukukî ilişkiye girdiklerinde onları nelerin beklediğini önceden aşağı yukarı bilmeleri gerekmektedir. Aksi halde ne ile karşılaşacağını bilmeyen kimse kolay bir hukukî ilişkiye girmez. Bunun ise olumsuz sonuçları ortadadır. Bu belirsizliğe yan alacaklar da ilâve edildiğinde durumun ne kadar sakıncalı olduğu daha açık ortaya çıkar. Mesalâ ipotekli taşınmazı iktisap eden kişinin belli olmayan alacak miktarı yanında belli olmayan faiz miktarı ile karşılaşması da mümkündür.

Burada şu iki sorunun cevaplanmasında yarar vardır: İpotekli alacaklının tescil talebinde bulunması bir süreye tâbidir mi, yoksa istediği

[278]**SARI,** “Rehin”, s. 964.

zaman tescil talebinde bulunabilir mi? İkincisi, ipotekli alacaklı tescil talebinde bulunduktan sonra bu talebinden dönebilir mi?

Daha önce ifade edildiği gibi, birinci halde ipotek sözleşmesi geçerli olduğu ve teminat altına alınan alacak varlığını devam ettirdiği sürece ipotek alacaklısı tescil talebinde bulunabilir. Zira tescil talebinin gecikmesinin malikin malvarlığı üzerinde her hangi bir olumsuz etkisi bulunmamaktadır. Aksine tescilin gecikmesi ipotek alacaklısı için olumsuz sonuçlara sebep olabilir. Bu durumda ipotek alacaklısı, hakkını zamanında tescil ettirmediğine göre, tescilden önce taşınmaz üzerinde hak elde eden iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ipotek hakkını ileri süremez. Burada ipotek hakkının geçerliği bir süre ile sınırlanmışsa bu süre sözleşmenin kurulması ile başlamalıdır.

Yukarıda bahsedilen ikinci halde, ipotekli alacaklının tescil talebinde bulunduktan sonra bu talepten dönebileceği kanaatindeyiz. Zira talebi geri almasının ne üçüncü kişiler ne taşınmaz maliki bakımından olumsuz sonucu bulunmamaktadır. Diğer taraftan ATSK'nun 20. maddesinin 3. fıkrasına göre, ipotek kaydı, ya mahkeme kararı ile veya lehine ipotek kurulanın başvurusu üzerine silinebilir. Dolayısıyla tescilden sonra tescil kaydının silinmesini talep etme yetkisi kendisinde bulunan alacaklının, tescilden önce de tescil talebini geri alabilmesi gerekir.

II. İpoteğin Kurulduğu An

Türk hukukunda taşınmaz üzerinde ipoteğin tesisi için öncelikle taraflar arasında ipotek sözleşmesi yapılmalıdır. Daha sonra söz konusu sözleşmeye dayanarak ipotek hakkı tapu siciline tescil edilmelidir[279]. Fakat Azerbaycan hukukunda konuyla ilgili bir birine zıt birçok düzenleme bulunmaktadır. Gerçekten AİK 11. maddesinin 2. fıkrasına göre, "İpotek hakkı ipotek sözleşmesinin resmî kaydı yapıldığı andan kurulur. İpotek sözleşmesinin resmî kaydı, bu kanunun 11.3. ve gerekli hallerde 11.4. maddelerinde öngörülen bilgilerin tapu siciline dâhil (tescil) edilmesi ile gerçekleşmektedir." Görüldüğü gibi, kanunda açık şekilde ipotek hakkının

[279]**HELVACI,** "İpotek"124.

tapu siciline tescil ile kurulacağı ifade edilmektedir. Türk hukukunda olduğu gibi bu hükümde de alacaklının, taşınmaz üzerinde ipotek hakkını, tapu siciline tescil ile kazanacağı düzenlenmektedir. Fakat AMM'nin "Taşınmaz malvarlığı[280] üzerinde hakların[281] kurulması" kenar başlığını taşıyan, 146. maddesinde farklı bir düzenleme getirildiği görülmektedir. Bu hüküm, genel nitelikli bir hüküm olması sebebi ile ipotek hakkını da kapsamaktadır. Taşınmazlar üzerindeki aynî hakların kurulmasını düzenleyen 146. maddesinin 1. fıkrası 17 Haziran 2003 tarihinde yapılan değişiklikten sonra şu şekilde kaleme alınmıştır:

"Taşınmaz üzerinde faydalanma ve kullanma yetkisi, ilgili sözleşmenin noter usulü ile onaylandığı andan kazanılır." Söz konusu hüküm, 17 Haziran 2003 tarihinde yapılan değişik sonucunda "taşınmazlar üzerinde haklar, tapu siciline tescil tarihinde kazanılır" eski hükmü, değiştirilerek bu şekilde kaleme alınmıştır. Yeni hüküm gereği, taşınmazlar üzerinde aynî hakların kazanılması tapu siciline tescil ile değil, sözleşmesinin noter tarafından onaylandığı andan kurulacağı ifade edilmektedir. Bu düzenleme yukarıda ifade edilen AİK'nun m. 11.2'e zıt olduğu gibi, isabetli de değildir. Zira söz konusu düzenleme hem menfaatler dengesine, hem de Azerbaycan Mülkî Mecellesine ve en geniş şekilde Azerbaycan Medenî Hukuk sistemine aykırıdır[282]. Mezkur hükme göre, taşınmaz üzerinde aynî haklarının kurulması, tapu siciline tescil ile değil, hak sahibine tescil yetkisi veren sözleşmenin onaylanması ile, yani kanuna uygun şekilde yapılması ile gerçekleşir. Benzer bir düzenlemeye 29 Haziran 2004 tarihinde yürürlüğe giren ATSK'nun 10. maddesinin 1. fıkrasında yer verilmektedir. Söz konusu hükme göre, "Aynî hakların tescili, kanunla belirlenmiş usule uygun olarak hak elde eden kişinin dilekçesi esasında yapılır." Söz konusu hüküm, taşınmaz üzerinde aynî haklarının sözleşmenin kurulması ile elde edileceği izlenimi vermektedir. Zira burada taşınmazın üzerinde lehine aynî bir hak tesis edilen kişiler hakkında tescilden önce, "hak elde eden" olarak ifade

[280] Burada "taşınmaz malvarlığı" değil, "taşınmaz eşya" olmamalıdır. Daha geniş bilgi için bkz: **SULEYMANOV,** s. 48.
[281] Burada da bütün "hakların" değil sadece "aynî hakların" olması gerektiği ifade edilmektedir. Geniş bilgi için bkz: **SULEYMANOV**, s. 48.
[282] **SULEYMANOV,** s. 45.

edilir. Yani sanki söz konusu sözleşmelerin kurulması ile kişi hak elde etmiş olur. Tapu sicilinde tescil bu durumda açıklayıcı niteliktedir. Maalesef uygulamada da bu kanaat hâkimdir[283].

Azerbaycan Tapu Sicili Kanunu, AMM 146. maddesinde yer alan "taşınmazlar üzerinde haklar, tapu siciline tescil tarihinde kazanılır" hükmünün değiştirilmesinden sonra yürürlüğe girmesi, Azerbaycan hukukunda yeni bir sistemin benimsendiği fikrini uyandırabilir. Hâlbuki böyle bir sistemin kabulü, yani aynî hakların, ilgili sözleşmenin onaylanması ile kurulacağının kabulü Azerbaycan Medenî Hukuk sitemi bakımından uygulanması mümkün değildir. Zira bu hüküm (sistem), Azerbaycan Medenî Hukuk sisteminde tapu sicili organını varlık sebebine, onun fonksiyonuna, taşınmaz üzerindeki aynî hakların tescil edilmesi ile güdülen amaca, Azerbaycan Mülkî Mecellesinde de kabul edilmiş ilkelere ve bütünüyle Azerbaycan Mülkî Mecellesinin sistemine aykırıdır[284]. Diğer taraftan taşınmaz üzerinde aynî haklarının sözleşmenin kurulması ile elde edileceğini bir anlık kabul edilse, taşınmaz maliki, taşınmazını üzerinde birbirleriyle bir araya sığmayan aynî haklar tesis edebilir. Bu durumda söz konusu hakların sıra düzeninin ne olacağı taşınmazın mukadderatının nasıl belirleneceği ile ilgili bir düzenleme mevcut değildir[285]. Yine Azerbaycan hukukunda taşınırlar

---

[283] Bu konuda, yani tescil dışı hak elde edilmesi ile ilgili olarak Azerbaycan Anayasa Mahkemesi bir kararında şu şekilde bir görüş bildirmektedir: *"Kara Avrupa'sı devletlerinin hukuk sistemlerinde olduğu gibi Azerbaycan Cumhuriyetinde de taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının ve diğer sınırlı aynî hakların elde edilmesi, temliki, sona ermesi ve sınırlandırılması söz konusu hakların tapu siciline tescili ile gerçekleşmektedir. AMM m. 139.1' e göre de, taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı ve diğer sınırlı aynî hakların elde edilmesi, temliki, sona ermesi ve sınırlandırılması işlemi tapu siciline tescil edilmelidir. Fakat aynı zamanda, Azerbaycan Medenî Hukuk mevzuatında taşınmaz üzerinde (mülkiyet hakkının temin ettiği) faydalanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerinin kazanılması ile ilgili farklı esasların kabul edildiği görülmektedir. Meselâ AMM m. 146.1'e göre, taşınmaz üzerinde faydalanma ve yararlanma yetkisinin sözleşmenin resmî şekilde onaylanması ile kazanılacağı belirtilmektedir. Tasarruf yetkisinin ise AMM m. 146. 2'e göre, tapu siciline tescil ile elde edileceği düzenlenmektedir..."* "AMM 178.8. maddesinin tefsirine dair 25.10.2010 tarihli kararı" **http://www.constcourt.gov.-az/az/download/decission/-25.10.2010.doc**; Dolayısıyla Azerbaycan Anayasa Mahkemesi kanunda öngörülen hallerde taşınmaz üzerinde tescil dışı aynî hakların kazanılabileceğini kabul etmektedir. Fakat bununla birlikte söz konusu haklar üzerinde tasarruf yetkisinin sadece hakkın tapu siciline tescil edilmesinden sonra elde edileceğini ifade etmektedir. Sonuç olarak mahkemenin vermiş olduğu karar ile ipotek hakkı tescil dışı kazanılır, fakat hak üzerinde tasarruf yetkisinin elde edilebilmesi için hakkın tapu tesciline tescili gerekir.

[284] **SULEYMANOV**, s. 46.

[285] Meselâ, taşınmaz maliki 10.09.04 tarihinde H1 noterliğinde A lehine, 11.9.04 tarihinde ise H2 noterliğinde B lehine taşınmazı üzerinde ipotek sözleşmesi yapılmıştır. Daha sonra noterlikler tarafından B'nin dilekçesinin 12.09.04. tarihinde, A dilekçesinin ise 13.09.04. tarihinde tapu siciline

üzerinde bile bir çok halde aynî hakların sözleşmenin kurulması ile kazanıla**ma**yacağı düzenlenmektedir. Böyle bir durumda çok daha büyük önem arz eden taşınmazlar üzerinde sözleşmenin kurulması ile aynî hakların elde edilebileceğinin kabulü hukuk mantığına da aykırıdır[286].

Sonuç olarak, Azerbaycan hukukunda ipotek sözleşmesinin yapılması ile taşınmaz üzerinde ipotek hakkının kazanması mümkün değildir. Dolayısıyla kanun sistemine zıt olması sebebiyle bütün aynî haklar bakımından olduğu gibi ipoteğin kurulması bakımından da AİK'nun 11. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenleme esas alınarak ipotek hakkının tescil ile kazanılacağının kabulü gerekir.

III. Tescillin Sonucu

Türk hukukunda olduğu gibi[287], Azerbaycan Hukukunda da ipotek alacaklısı tapu sicilinde tescil işlemi ile birlikte taşınmaz üzerinde ipotek hakkı kazanır. İpotek hakkı sahibi, bu tescil sonucunda hakkını herkese karşı ileri sürebilme ve teminat altına alınan borç ifa edilmezse taşınmazı paraya çevirerek alacağını tahsil edebilme imkânını elde eder.

Tescil işlemi tamamlandıktan sonra, ipotek hakkı sahibi, tapu memurundan kendisine bir ipotek belgesi verilmesini talep edebilir (ATSK m. 12). Bu talep üzerine ipotek hakkı sahibine ipotek belgesi verilir. Türk hukukunda olduğu gibi (TMK m. 882/f.2.) Azerbaycan hukukunda da bu belge, kıymetli evrak niteliğinde olmayan[288], sadece alacaklı lehine taşınmaz üzerinde ipotek hakkının varlığını ispata yarayan bir senettir.

---

gönderilmiş ve aynı tarihte kaydedilmiştir. Bu durumda AMM m. 146.7. ve ATSK m. 9.3. göre, dilekçenin tapu siciline dahil olduğu an esas alınarak tescil yapılmalıdır. Dolayısıyla ilk sözleşme A ile yapılmasına rağmen ipotek hakkı B lehine ilk sırada tescil edilir. Bu sistemin taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının temliki ve diğer aynî haklar bakımından uygulanmasını göz önüne getirildiğinde ne kadar ağır sonuçlara yol açabileceği görülür. **SULEYMANOV**, s. 47.

[286] **SULEYMANOV**, s. 47.

[287] Türk hukukunda bkz**: OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 680.

[288] Burada Azerbaycan İpotek Kanunun 17. maddesinde düzenlenen "ipotek belgesi" ile Azerbaycan Tapu Sicili Kanununun 12. maddesinde düzenlenen Tapu Sicilinden verilen resmi "belgenin" karıştırılmaması gerekir. AİK'nun 17. maddesinde düzenlenen ipotek evrakı olarak ifade edilen senet, ipotek borç senedidir ve kıymetli evrak niteliğindedir. Bunun aksine ATSK'nun 12. maddesinde ise tapu sicilinden aynî hak sahiplerine verilen, kıymetli evrak niteliğinde olmayan ve sadece söz konusu hakkın varlığını ispat eden resmi senettir.

Tescilin geçerli bir sonuç doğurması için ipotek sözleşmesinin kanuna uygun şekilde kurulması şarttır. Dolayısıyla taraflar arasında yapılan ipotek sözleşmesi geçerli değilse alacaklı adına yapılan tescil de yolsuz olur. Diğer taraftan, ipotek hakkının fer'î nitelikte olduğu ve ipoteğin geçerliliği teminat altına alınan alacağın sebebini oluşturan borç ilişkisinin geçerliliğine bağlı olduğu açıktır. Dolayısıyla ipotekle teminat altına alınan alacağın hukukî sebebini oluşturan işlem geçerli değilse, alacaklı lehine yapılan ipoteğin tescili de yolsuz olur.

IV. Yolsuz Tescilin Sonuçları

Tapu sicilinde alacaklı lehine yapılan tescil, farklı sebeplerle yolsuz olabilir. Meselâ, ipotek sözleşmesinin geçersiz olması, taşınmaz malikinin tasarruf yetkisi bulunmaması veya tasarruf ehliyetinin bulunmaması, alacağın hukukî sebebini oluşturan borç ilişkisinin geçersiz olması ve kanunda gösterilen diğer sebepler de bunlar arasındadır. Bu durumda alacaklı ipotek hakkı kazanamaz ve sadece ipotek, terkin edilene kadar şeklî varlığını sürdürmektedir. Bununla birlikte bir üçüncü kişi tapu sicilinde alacaklı lehine yapılan yolsuz tescile güvenerek ipotek ile teminat altına alınan alacağı devir almış olabilir. Bu durumda acaba üçünü kişi taşınmaz üzerinde ipotek hakkı kazanabilecek midir? Konuyla ilgili olarak, AMM'nin 314. maddesine göre, "İpotek hakkı ve alacak, yeni ipotek sahibine daha önceki ipotek sahibinde olduğu şekilde geçmektedir. Taşınmazların ve taşınırların tapu sicilinde tescil edilmiş bilgilerinin doğruluğu, ipotek alanın menfaati dikkate alınarak, karine olarak kabul edilmektedir. Bu halde ipotek tesis eden alacağın mevcut olmadığına (tescilin yolsuz olduğuna) istinat edemez. Eğer yeni ipotek sahibi tescilin yolsuz olduğunu biliyorsa, bu kural uygulanmaz." Benzer bir hükme AMM'nin "İpoteğin tapu siciline tescili" kenar başlığını taşıyan 309. maddesinde de yer verilmektedir. Söz konusu maddenin 24 Haziran 2005 tarihinde yapılan değişiklik sonucunda ilâve edilen 3. fıkrasına göre, "İpotek hakkı ve alacak yeni alacaklıya önceki alacaklıda olduğu gibi (hacimde) geçer. Taşınmazların tapu sicilinde yapılmış tescil alacaklının menfaatine

uygun olduğu oranda doğru kabul edilir. Bu halde borçlu alacağın mevcut olmadığına (tescilin yolsuz olduğuna) istinat edemez. Eğer yeni alacaklı tescilin yolsuz olduğunu biliyorsa, bu kural uygulanmaz.

Yukarıda metinleri verilen düzenlemeler, hem anlatım bozukluğu ile sakattır, hem de değişiklik ile yeni hiç bir şey getirilmemekte, tam aksine AMM'nin 314. maddesi tekrarlamaktadır. Gerçekten de söz konusu düzenlemeler birçok yönden de yeterli değildir. Zira, metinde "ipotek tesis eden alacağın mevcut olmadığına (tescilin yolsuz olduğuna) istinat edemez" hükmü yer almaktadır. Yani taşınmaz malikinin, tapu sicilindeki tescile güvenerek ipotek hakkı elde eden üçüncü kişiye karşı teminat altına alınan alacağın mevcut olmadığını ileri süremez. Burada yolsuz tescile sebep olabilecek hallerden sadece birinin ifade edilmesi doğru değildir. Zira söz konusu hükümden, sanki üçüncü kişinin korunması sadece alacağın mevcut olmaması halleri ile sınırlanmaktadır. Hâlbuki tescil, malikin tasarruf yetkisi bulunmaması, irade sakatlığı ve diğer sebeplerle yolsuz olsa bile, tapu siciline güvenerek hak elde eden iyi niyetli üçüncü kişiler korunur[289]. Fakat Azerbaycan Hukukunda yolsuz tescil hallerinde iyiniyetli üçüncü kişilerin çok yaygın bir şekilde mağdur edildiği görülür. Yani uygulamada iyiniyetli üçüncü kişi tapu siciline güvenerek hak iktisap etmiş olsa bile, tescil yolsuzsa, üçüncü kişilerin hak elde edemeyeceği kanaati hâkimdir. Konuyla ilgili Azerbaycan Ali Mahkemesi[290] bir kararında eşlerin elbirliği mülkiyetinde bulunan taşınmaz üzerinde yapılan tasarrufun diğer eşin rızasının geçersiz olması sebebiyle tescilin yolsuzluğuna hükmetmiştir. Yüksek mahkeme tescile güvenerek hak elde eden iyiniyetli üçüncü kişilerin olmasına rağmen taşınmazın yeniden eşlerin adına elbirliği mülkiyeti olarak tescil edilmesine karar vermiştir. Karara konu olan olayda evli çift olan C (bey) ile A (hanım) evlilik döneminde satın almış oldukları daireyi (elbirliği mülkiyet olan daireyi)

[289] AMM m. 225.6. göre aynî haklarla ilgili olarak eşlerden birinin diğerinin rızası olmadan yaptığı bütün işlemlerin geçersiz olacağı ifade edilmektedir. Hak elde eden iyi niyetli üçüncü kişilerin korunmayacağı düzenlenmektedir. Söz konusu hükmün eleştirisi için bkz: "Eşlerin Elbirliği Mülkiyetinde Bulunan Taşınmaz Üzerinde Tasarruf Yetkisi" §8/ III

[290] Azerbaycan Ali Mahkemesinin 17 ocak 2011 tarihli, N: № 2(102)-129/11 kararı, **http://www.supremecourt.gov.az/store/Mulki/qerar/2011/2_129+17.01.2011 (1)pdf**

14 Aralık 1999 tarihinde A'nın babası T'ye bağışlamışlar ve C'nin de bu konuda rızası alınmıştır. Söz konusu taşınmaz 06 Temmuz 2006 tarihinde T tarafından M'e satılmış, M ise 03 Kasım 2007 tarihinde İsmailov Mehman Sadık oğluna satmış ve tapu siciline de tescil yapılmıştır. Daha sonralar C yapılan bağışlamanın geçersizliğini ireli sürerek daire üzerinde yeniden elbirliği ortaklığı tesisini mahkemeden talep etmiştir. Mahkeme konuyla ilgili olarak şu sonuca varmıştır: "… *yapılan sözleşmede C'nin bağışlanmaya dair gerçek bir niyeti ve irade olmamıştır. Aksine A, C'nin ona olan güveninden yararlanarak bağışlamaya dair dilekçeyi ona imzalatmıştır. Taraflar arasında olan ilişki ve olayın somut şartları değerlendirildiğinde dilekçenin hukuki bir sonuç doğurmayacağı açıktır. Dolayısıyla taşınmazın bağışlanmasına dair yapılan sözleşmede geçerli değildir. Bu sebeple de taşınmaz yeniden eşlerin adına elbirliği mülkiyet olarak tescil edilmelidir*." Görüldüğü gibi Yüksek Mahkeme bağışlamanın üzerinden 13 yıl geçmesine ve taşınmazın iki defa el değiştirmesine hiç değinmemiştir. Yani taşınmaz üzerinde hak elde edenin iyiniyetli olup olmamasını araştırmadan üçüncü kişinin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını sona erdirmiştir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi kural olarak, üçüncü kişilerin tapu siciline olan güvenleri korunur ve tescilin yolsuz olmasına bakılmaksızın, alacaklarla birlikte ipotek hakkı da kazanırlar. Fakat belirtilmesi gerekir ki, alacağın mevcut olmaması durumunda alacağa bağlı hak elde eden iyiniyetli üçüncü kişiler korunmaz. İpotek hakkının fer'î niteliği gereği, alacağın mevcut olmaması durumunda ona bağlı olan ipotekte aslında mevcut değildir. Bu halde ipotek, terkin edilinceye kadar şeklî varlığı sürdürür. Dolayısıyla böyle bir yolsuz tescile güvenerek hak elde edilmişse, taşınmaz maliki, üçüncü kişinin hak iktisabına itirazda bulunabilmelidir. Yani yolsuz tescilin gerekçesi ipotekle teminat altına alınan alacağın mevcut olmaması; alacağın hukukî sebebini oluşturan borç ilişkisinin geçersiz olması, alacağın hiç doğmaması veya başlangıçta mevcut alacağın ortadan kalkması ise, iyi niyetli üçüncü kişi korunamaz. Bu durumda ortada bir alacak olmadığı için, bu alacağın temliki ve dolayısıyla alacağa bağlı olarak da ipotek hakkının üçüncü kişiye geçmesi söz konusu olamaz. Yani temlik işlemi konusu imkânsız olması yüzünden

geçersizdir ve üçüncü kişiye alacak geçmediği için ona bağlı ipotek hakkını da kazanması mümkün değildir[291].

Son olarak belirtelim ki, yukarıda metni verilen maddede (AMM m. 314) üçüncü kişinin iyi niyetli sayılması için hukukî sakatlığı sadece bilmemesi aranmaktadır. Bu hükmün yeterli olmadığı düşüncesindeyiz. Zira, bir kişinin iyi niyetliliğinin ölçüsü ile ilgili Azerbaycan Mülkî Mecellesinde yer alan düzenlemelerde bir bütünlük mevcut değildir. Bazı hükümlerde bilmemesinin yeterli olduğu, bazı düzenlemelerde ise bilmemesi ve bilmesinin de gerekmemesinin şart olduğu görülmektedir. Bu sebeple söz konusu durumun bir tercüme hatasının sonucunda böyle bir hal aldığı kanaatindeyiz. Zira kaynak Fransız ve Alman hukukunda böyle bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla üçüncü kişinin taşınmaz üzerinde ipotek hakkı kazanabilmesi için, iyiniyetli olması, yani tescilin yolsuz olduğunu bilmemesi ve bilmesinin de gerekmemesi ölçü olarak kabul edilmelidir.

Sonuç olarak üçüncü kişi, tapuda yapılan tescile güvenerek iyi niyetle, tapuda yapılan tescilin yolsuz olduğunu bilmeden ve bilmesi gerekmeden söz konusu tescilli alacağı devralacak olursa alacakla birlikte ipotek hakkını da kazanmış olur. Yeter ki alacağın temlikine ilişkin işlem geçerli olsun.

§11. YABANCI PARA ÜZERİNDEN TAŞINMAZ İPOTEĞİ

I.Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun 83. maddesinde para borçları ile bağlı şu hükme yer verilmiştir:

"*Mevzuu para olan borç memleket parasıyla ödenir.*

Akit tediye mahallinde kanunî rayici olmayan bir para üzerine varit olmuş ise akdin harfiyen icrası "aynen ödemek" kelimeleri veya buna muadil sair tabirat ile şart edilmiş olmadıkça borç vadenin hulülü günündeki rayici üzerindeki memleket parasıyla ödenir.

[291]**OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR** , s. 193; **HELVACI,** "İpotek" s. 134.

Yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklı, bu borcu vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parasıyla ödenmesini isteyebilir."

Azerbaycan hukukunda konuyla ilgili olarak AMM'nin Borçlar Hukuku bölümünde "Para borçlarının ifası" kenar başlıklı 439. maddesinin 1. fıkrasında şu hükme yer verilmektedir:

"Para borçları manatla [292] ifade edilmelidir. Eğer sözleşme taraflarından biri yabancı gerçek veya tüzel kişiyse, bu kanunda her hangi bir yasaklama bulunmadığı takdirde, taraflar para borcunu yabancı para ile kararlaştırabilirler."

Yukarıda metinleri verilen maddelerden de görüldüğü gibi Türk hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir sonucu olarak para borcu millî (memleket) para veya yabancı para ile belirlenebilir[293]. Fakat Azerbaycan hukukunda kural olarak para borçları miktarının millî para ile kararlaştırılması gerekmektedir. Başka bir ifade ile, para borçlarının miktarı Azerbaycan Manatı ile ifade edilir ve borcun ifası manat üzerinden yapılmalıdır. Fakat bu kuralın istisnası yok değildir. Söz konusu hükme göre, sözleşme taraflarından biri veya her ikisi yabancı tüzel veya gerçek kişi ise, o zaman para borcunun miktarı yabancı para üzerinden gösterilebilir[294].

Belirtilmelidir ki, Azerbaycan hukukunda para borcunun mutlaka yabancı para ile ödeneceğinin kararlaştırmamışlarsa, AMM m. 439.2. gereği borç, ifa yerindeki ve vade günündeki kur üzerinden Azerbaycan parasıyla ödenilir [295] . Türk hukukunda ise bu konuda borçlunun seçim hakkı bununmaktadır. Yani borçlu yabancı para üzerinden ödeneceği kararlaştırılan

---

[292] Manat Azerbaycan Cumhuriyetinin millî parasıdır.

[293] **BATTAL,** Ahmet, "Yabancı Para Üzerinden Düzenlenen ve Aynen Ödeme Kaydı İçeren Çeklerin Tahsili Konusundaki Çeşitli İhtimallerin İncelenmesi" İÜHFM, C. LVI, S. 1-4, 1998, 219; **NAR,** Ahmet "Yabancı Para İpoteği" Ankara 2009, s.21.

[294] Kaynak Almanya Hukukunda Almanya'da ikamet eden kişilerin yabancı para üzerinden borç sözleşmesi kurmaları yetkili makamın iznine bağlanmaktadır. Fakat ülke sakinleri ile yurt dışında ikamet eden kişiler arasında yabancı para üzerinden borç sözleşmesi bu izinden muaf tutulmaktadır. Alman Para Kanununun 3. paragrafında şu hüküm öngörülmüştür: " Para borçları sadece döviz izni vermeğe yetkili makamın izni ile yabancı bir para üzerinden yapılabilir" Konuyla ilgili olarak geniş bilgi için bkz: **REHBINDER**, Manfred, "Alman Sözleşmelerinde Değerin Korunmasına İlişkin Klozlar" (çev: Füsun Nomer) Reha Poroy'a Armağan, 1995, s. 364.

[295] Azerbaycan Anayasası "Para Birimi" kenar başlığı altında yer alan m. 17.3'e göre, "Azerbaycan Cumhuriyetinin sınırları içinde manat dışında para biriminin ödeme vasitesi olarak kullanılması yasaktır."

borcu isterse yabacı para ile, isterse de vade günündeki rayici üzerinden Türk parası ile de ödeyebilir.

Sonuç olarak para borçların konusu millî para olabileceği gibi, yabancı para da olabilir. Millî para ve yabancı para ayrımı edim konusunun hangi para birimi ile ifa edilmesi ile belirlenir. Aşağıda millî para ve yabancı para kavramları açıklandıktan sonra yabancı para üzerinden taşınmaz ipoteğinin kurulması ele alınmaktadır.

II. Millî Para (Memleket Parası) ve Yabancı Para Kavramı

Yukarıda metni verilen TBK m. 83'te yer alan memleket parasından ne anlaşılması gerektiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde meleket parası ile Türk parasının kastedildiği kabul edilmektedir [296] . Dolayısıyla memleket parası üzerinden yapılan sözleşmelerde borçlu kararlaştırılan borç miktarını Türk parası ile ödemek zorundadır. Ayrca alacaklı da söz konusu Türk parası ile yapılan ödemeyi kabul etmekle yükümlüdür[297].

Türk hukukunda tedavülde bulunan Türk parası dışında kalan bütün paralar "yabancı para" olarak kabul edilir. Türk hukukunda tedavül gücü olan veya Türk kanunlarına göre tedavül gücü bulunmayan bütün paralar yabancı para olarak kabul edilmiştir[298].

Azerbaycan hukukunda ise, Azerbaycan Anayasası "Para Birimi" kenar başlığı altında yer alan m. 17.1'e göre "Azerbaycan Cumhuriyetinin para birimi manatdır." Dolayısıyla Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan hukukunda da millî paranın, yani Manatın dışında kalan bütün para birimleri yabancı para olarak kabul edilir. Bunun sonucu olarak da millî para (memleket parası) dışında kalan para birimleri üzerinden belirlenen borçların ipoteği zamanı, yabancı para ipoteği hükümleri uygulanır.

---

[296] Geniş bilgi için bkz: **NAR,** s. 22.
[297] **EREN,** "Borçlar" s. 934
[298] Türk Parasının kıymetini Koruma hakkında ki Kanuna istinaden Bakanlar Kurulunca kabul edilen 32 sayılı Karar'ın 2. Madesine göre, Türkiye de tedavülde olan tek para "Türkiye parası"dır. Bunun dışında kalan bütün paralar "yabancı para"dır. Konuyla ilgili olarak bkz: **AYRANCI**, Hasan, "Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar", Ankara 2006, s. 31; Geniş bilgi için bkz: **NAR,** s. 22.

III. Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz İpoteği

743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinde (m. 766) taşınmaz ipoteğinin Türk parasıyla kurulması esası kabul edilmiştir. Fakat sonradan 1990 yılında ekonomik hayatın ihtiyaçlarını karşılamağa yönelik olarak söz konusu hükümde yapılan değişiklikler[299] ile yabancı para üzerinden ipotek kurulması imkânı sağlanmıştır[300]. Yeni Türk Medenî Kanunu ile yabancı para üzerinden taşınmaz ipoteğinin uygulama alanı daha da genişletilmiştir (TMK m.851.2.)[301].

Türk hukukunda yabancı para üzerinden ipotek tesisi için alacaklının bir kredi kuruluşu olması, bu kredi kuruluşu tarafından kredi[302] verilmiş olması ve söz konusu kredinin yabancı para üzerinden veya yabancı paraya endeksli olarak verilmiş olması gerekir. Taraflar, ipotekle teminat altına alınacak miktarı gösterirken istedikleri yabancı para birimini seçmekte serbest değildirler. Burada taşımaz ipoteği, sadece Türkiye Cumhuriyeti Merkez bankası tarafından alım-satım konusu yapılan yabancı para birimleri üzerinden kurulabilir[303].

Azerbaycan hukukunda taşınmaz ipoteğinin teminat altına aldığı miktarın hangi para ile gösterileceğine dair ne Azerbaycan Mülkî Mecellesinin ipotekle ilgili düzenlemelerinde ne de İpotek Kanununda her hangi bir hüküm mevcuttur. Bu konuda, yukarıda metni verilen[304] AMM'nin 439.1'de yer alan hükmün, ipotek sözleşmesi için de geçerli olacağı

---

[299] Söz konusu değişikliğe göre, yabancı para birimi üzerinden ipotek tesis edilebilmesi için teminat altına alınan borcun dış kaynaklı kredi ilişkisinden ileri gelmesi ve bu kredinin en az beş yıllık bir döviz kredisi olması gerekirdi. **BARLAS, "** Teminat", s. 581; **SARI**, "Rehin" s. 988; **SİRMEN,** Lâle**, "**Yeni Türk Medenî Kanununda Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehini Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler", AÜHFD, C:52, 2003, s. 1; **KUNTALP,** Erden "Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehini", Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul, 1995, s. 293; **SEROZAN**, Rona, "Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu Değişikliklerinin Özellikle yabancı Para Borçlarında ve Bunların Teminat Altına Alınmalarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi" İBD, C: 65, S: 1-2-3, İstanbul, 1991, s. 194; **HELVACI,** "İpotek" s. 159.

[300]Bu konuda geniş bir bilgi için bkz: **İMAMOĞLU**, Hulya, "Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehni Tesisi" Ankara 1994, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi) s. 176 vd.

[301] Bu değişiklerin taşımaz rehni sistemini önemli ölçüde yaralamış ve bu sebeple yoğun biçimde eleştirilmiştir. bkz: **SİRMEN**, "Para", s. 1; **BAŞPINAR**, "Kanun", s. 686.

[302] Yapılan düzenlemenin istisnaî bir nitelik taşıdığı, bu sebeple uygulama alının dar tutulması gerektiğini dikkate alınarak, buradaki kredi kavramının teknik anlamda banka kredisi şeklinde anlaşılması gerekmektedir. **GÜLEKLİ,** s. 69; **KÜNTALP,** "Yabancı Para Üzerinden Rehin" s. 295.

[303]**ALTAY/ EKSİOCAK**, s. 35. No: 62. **HELVACI**, "İpotek" s. 160, **SİRMEN**, "Para", s. 3-7.

[304] §11/I

kanaatindeyiz. Yukarıda da belirtildiği gibi, söz konusu hükme göre sözleşme taraflarından biri veya her ikisi yabancı tüzel veya gerçek kişi ise, o zaman para borcunun miktarı yabancı para üzerinden gösterilebilir Söz konusu hüküm genel niteliği gereği, ipotek sözleşmesi bakımından da uygulanabilir. Bu durumda yabancı gerçek ve tüzel kişiler ipotek sözleşmesinde, ipoteğin teminat miktarını yabancı para üzerinden kararlaştırabilirler. Burada, Türk hukukunda olduğu gibi, alacaklının bir kredi kuruluşu olması ve kredi verilmiş olmasına gerek yoktur. Taraflardan birinin yabancı tüzel veya gerçek kişi olması teminatın yabancı para üzerinden gösterilebilmesi için yeterlidir.

Azerbaycan hukukunda, ipoteğin sağladığı teminat miktarının hangi yabancı para üzerinden gösterilebileceği ile ilgili mevzuatta bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce, Türk hukukunda geçerli olan, taşınmaz ipoteğinin sadece Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından alım-satım konusu yapılan yabancı para birimleri üzerinden kurulabileceğine dair düzenleme, hem uygulanabilirlik yönüyle, hem de belirlilik ilkesi gereği Azerbaycan hukuku bakımından kabulü isabetli olur[305]. Zira tutarının Azerbaycan Manatı ile veya Azerbaycan Merkez Bankasının alım-satım konusu yaptığı yabancı para ile gösterilmesi belirlilik ilkesi açısından önem arz etmektedir. Özellikle bu durumda, ipotek kurulduktan sonra, ipotekli taşınmaz üzerinde rehin hakkı kazanmak isteyen alacaklılara, kendilerinden önceki rehinli alacaklıların elde edebilecekleri teminatın kapsamını belirleyebilme imkânı sağlanmaktadır. Ayrıca taşınmazı satın almak isteyen üçüncü kişilerin ve malikin diğer alacaklılarının veya lehine ipotek dışında aynî hak tesis edilmiş kişilerin veyahut da ipotekli alacağı devir alacak kişilerin taşınmaz üzerindeki teminat yükünü bilmelerinde menfaatleri vardır[306].

[305] Türk hukukunda hakim görüşe göre, ipotek yabancı para üzerinden kurulmuş olsa bile, ipotekle teminat altına alınacak alacağın miktarının tapu sicilinde Türk parası gösterilmesi mecburi olduğu, aksi takdirde ipotek geçerli olmayacağı ifade edilmektedir. **ALTAY/ EKSİOCAK**, s. 35. No: 62. **KÖRPÜLÜ/ KANETİ,** s. 283; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s. 962; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR** , s. 742; **HELVACI**, "İpotek" s. 140.
[306]**GÜLEKLİ**, s. 65; **SARI**, "Rehin" s. 964-965.

Sonuç olarak yabancı gerçek ve tüzel kişilerin Azerbaycan Merkezi Bankası tarafından alım-satım konusu olarak işlem gören yabancı para birimleri üzerinden ipotek kurabilmelerinin kabulü gerekir.

§ 12 TAŞINMAZ İPOTEĞİNİN SIRA DÜZENİNE HÂKİM OLAN SİSTEMLER ve İPOTEĞİN DİĞER SINIRLI AYNÎ HAKLAR KARŞISINDA SIRASI

I. Genel Olarak

Bir taşınmazın üzerinde birden fazla sınırlı aynî hakkın kurulması mümkündür. Zira sınırlı aynî hakların kapsamı ve sahiplerine sağladıkları yetkileri birbirinden farklıdır. Bu sebeple, hak sahiplerinin hem kendi aralarında, hem de malik ile aralarında olan ilişkilerinde sahip oldukları yetkilerin kapsamının belirlenmesi için, sınırlı aynî hakların bir sıra düzenine tâbi tutulması gereklidir.

Sıra düzeni, taşınmaz üzerinde aynı anda bulunan sınırlı aynî hakların birbiriyle olan ilişkilerini ve bu hakların sağladığı yetkilerin kullanılmasına, hukuk düzeni tarafından getirilen sınırlama ve düzenlemeleri ifade eder[307]. Başka bir ifade ile, söz konusu düzen, sınırlı aynî hakların çeşitli yönlerden önceliklerini belirlenmektedir[308].

Sıra düzeni, hukukî niteliği gereği sadece sınırlı aynî haklar arasında olabilir. Bunun aksine, bir taşınmazın üzerinde aynı anda bulunan mülkiyet ile sınırlı aynî haklar arasında bir sıra düzenin kabulüne gerek yoktur[309]. Zira mülkiyet hakkı ile sınırlı aynî haklar arasında bir yetki çatışması söz konusu değildir. Çünkü malik, taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak tesis etmekle, mülkiyet hakkından ileri gelen bazı yetkilerinin sınırlı aynî hak sahibi tarafından kullanılmasına katlanmak veya bazı yetkileri bizzat kullanmaktan

[307]**AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 768; **BAŞPINAR,** Veysel, "Sınırlı Aynî Hakların Sırası", TNBHD, s. 78; 1993; s. 50; **EREL, "**Sıra", s. 1.
[308]**AKİPEK / AKINTÜRK,** s. 768; **EREL,** "Sıra" s. 1; **GÜRSOY**, s. 297.
[309]**ÜNAL,** "Sıra" s. 735; **EREL,** "Sıra" s. 2.

kaçınma borcu altına girmektedir. Bu sebeple sıra bakımından mülkiyet hakkı, her zaman sınırlı aynî haklardan sonra gelir[310].

Muhtevaları birbirleri ile çatışan birden çok sınırlı aynî haklar aynı türden olabileceği gibi, ayrı türden de olabilir. Meselâ, rehin haklarının kendi aralarında, irtifak haklarının kendi aralarında veya rehin hakları ile irtifak hakları arasında bir çatışma olabilir. Bu durumlar sıra düzeni, sınırlı aynî haklar arasında mevcut bir çatışmayı çözmek için değil, hakların kapsamını belirleyerek muhtemel bir çatışmanın doğmasını önlemeye yöneliktir[311].

Taşınmaz rehni bakımından sıra düzeni, taşınmaz üzerinde bulunan rehin hakkının, diğer rehin hakları ve sınırlı aynî haklar karşısındaki hukukî durumunu belirlemektedir. Sıra düzeni, taşınmaz üzerinde bulunan bütün rehin haklarını kapsamaktadır. Belirlilik ilkesi gereği, sıra düzenine tâbi olmayan, yani rehin hakkının diğer rehin hakları karşısındaki durumu belirli veya belirlenebilir olmayan bir rehin hakkı söz konusu olamaz[312].

Taşınmaz rehni bakımından sıra düzenin önemi, özellikle rehin konusu taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen paranın rehinli alacaklıları tatmin etmeye yetmediği hallerde ortaya çıkmaktadır. Zira taşınmazın paraya çevrilmesi durumunda elde edilen bedel, bütün rehinli alacaklıların alacağını tatmin etmeye yettiği hallerde taşınmaz üzerindeki rehinler arasında bulunan sıra düzeni her hangi bir önem arz etmez. Çünkü bütün alacaklılar alacaklarını elde etmiş olur. Fakat durum tersine de olabilir. Yani taşınmaz değerini aşacak şekilde rehin hakları ile yüklü olabilir. Taşınmazın gerçek değerinin üzerinde rehin hakları ile yüklü olması halinde, taşınmazın paraya çevrilmesi sonucu elde edilen bedelden bazı alacaklıların alacaklarını kısmen veya tamamen tahsil edememeleri mümkündür. Bu durumda söz konusu bedelin rehinli alacaklılara hangi esaslara göre verileceği ve aralarından hangilerine öncelik tanınacağı sıra düzenine göre belirlenir[313].

---

[310]**SAYMEN/ ELBİR**, s. 550; **AKİPEK / AKINTÜRK,** s. 768; **GÜRSOY**, s. 296.
[311]**EREL,** "Sıra" s. 2.
[312]**EREL,** "Sıra" s. 2.
[313]**HELVACI,** "İpotek" s. 349.

Aşağıda ilk önce taşınmaz üzerinde birden çok rehnin tesis edilmesi durumunda rehin hakları arasında sıra düzeninin belirlenmesi hususunda mevcut sistemler açıklanmaktadır. Ayrıca Azerbaycan Hukukunda benimsenen sistemin özellikleri, hükümleri ve ilgili düzenlemeleri incelenmektedir. Bunun dışında bu paragrafta taşınmaz rehninin diğer sınırlı aynî haklar ve şerh edilmiş nisbî haklar karşısındaki durumu ele alınmaktadır.

Taşınmaz üzerinde tesis edilen rehin haklarının belirlenmesi ile ilgili Kara Avrupa Hukukunda iki farklı sitem hâkim bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, Roma ve Müşterek Hukukta benimsenen ve Fransız ve Alman Hukukunda da uygulanan ilerleme sistemidir. İkincisi ise, Germen Hukukundan gelen sabit dereceler sistemidir. Aşağıda ilk önce sabit dereceler sistemi, daha sonra ise ilerleme sistemi ele alınmaktadır.

II. Türk Hukukunda Sabit Dereceler Sisteminin Temel Özellikleri

Sabit dereceler sistemi esasını Germen Hukukunun taşınmaz rehni sisteminden almaktadır[314]. Germen Hukukunda, taşınmazın farazî olarak değer parçalarına bölünüp taşınmaz rehninin taşınmaz değerinin bir parçası ile sınırlandırılarak kurulabileceği kabul edilmektedir. Roma hukukunda olduğu gibi taşınmaz rehninin mutlaka taşınmazın değerinin tamamını kapsaması gerekli değildir[315].

Sabit derecek sisteminin temel özelliklerini taşınmaz ipoteği bakımından şu şekilde sıralanabilir.

---

[314] **AYAN,** C: III, s. 123; **KUNTALP,** Erden, **"**İpotek Dereceleri –Borç Dereceden İstifade ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", Ankara, 1979, s. 8; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 712; **AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 768; **EREL,** "Sıra" s. 25; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s. 1055.

[315] Tarihi gelişimine baktığımızda eski Bavyera ve Mecklenburg rehin hukukları sabit dereceler sistemine çok yakın bazı düzenlemeler getirdiği görülmektedir. Bavyera hukukunda malik lehine rehin hakkı tesis edilmeksizin malike rehin sırasını boş tutulması imkanı tanınmaktaydı. Mecklenburg rehin hukukunda da, tarım arazileri üzerinde rehin hakkı kurulurken rehin sırasının boş ve saklı tutulması imkânı düzenlendiği görülmektedir. Rehin konusu taşınmazın değeri parçalara bölünerek tescil edilmek suretiyle her bir parça üzerinde rehin tesis edilene kadar boş tutuluyordu. Bundan başka bir rehinli alacaklının, sonraki sırada bulunan alacaklıların iznine gerek olmadan, farklı sıralar taşıyan rehinli alacaklara bölünmesi ve sıra numaralarının buna uygun olarak değiştirilmesi de mümkündü. Taşınmaz paraya çevrilirken boş olan veya malik lehine rehin edilen sıralar dikkate alınmamaktaydı. Bir rehin hakkının sona ermesi halinde sonraki sırada bulunan rehinlerin ilerlemesi de kabul edilmemiştir. Bundan başka İsviçre Medenî Kanununun kabulünden önce İsviçre'nin bazı kantonlarında da sabit dereceler sitemin kabul edildiği bilinmektedir. **EREL,** "Rehinde Sıra" s. 25-26.

Taşınmazın değerinin bir kısmı ile alacağa teminat teşkil etmesi. Sabit dereceler sisteminde rehin edilen taşınmazın değeri derece denilen kısımlara bölünmektedir. Her bir rehin hakkı ilerleme sisteminde olduğu gibi taşınmazın değerinin tamamını değil, sadece rehin derecesinde belirlenen kısmını kapsamaktadır. Dolayısıyla bu sistemde alacak taşınmazın değerinin bir kısmı ile teminat altına alınabilmektedir. Başka bir ifade ile, ipotek hakkının sağladığı teminat, sadece bağlı bulunduğu rehin hakkının miktarı ile sınırlıdır[316].

İpoteğin sırasının bağlı bulunduğu dereceye göre belirlenmesi. İpotek hakkının sırası, tescil tarihine göre değil bağlı bulundukları dereceye göre belirlenir. Alacaklı lehine kurulan ipoteğin, taşınmaz üzerinde hangi derecede yer alacağı esasen ipotekli alacaklı ile taşınmazın maliki arasındaki ipotek sözleşmesi ile tespit edilir. Sırası tespit edilen bir ipotek hakkı tescil edilince, taşınmaz değerinin bir kısmı ipotekli alacağının miktarı oranında doldurularak, bir derece tesis edilir. Bu dereceden sonra tescil edilecek her ipotek hakkı, derecenin tesisinde esas olan ipotek hakkının sırasını taşır[317].

Derecelerin bağımsızlığı. Sabit dereceler sistemin en temel özelliği, bu sistemde, ipotek hakkında meydana gelen değişikliklerin rehin derecelerine tesir etmemesidir. Bir ipotek hakkının kısmen veya tamamen ortadan kalkması halinde, rehin derecesinin kapsamında bir değişiklik olmaz. Sadece rehin derecesi kısmen veya tamamen boşalmış olur. Dolayısıyla malik,

---

[316] **AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 770; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 714; **KUNTALP, "**İpotek" s. 14; **EREL,** "Sıra" s. 26; Doktrinde bazı yazarlar rehin teminatının derecenin miktarı ile sınırlı olduğu ve rehinli alacaklının hakkının bir derecedeki değer sınırını aşamayacağını ileri sürmektedirler. **KÖRPÜLÜ / KANETTİ,** s. 352; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 714; **EREL,** "Sıra" s. 26. Helvacıya göre ise, söz konusu durumun, yani rehin teminatının derecenin miktarı ile sınırlı olmasını görüşünün sadece limit ipoteği için doğrudur. Zira limit ipoteğinde tapu siciline tescil edilen yük miktarının ipoteğin teminat altına aldığı alacak bakımından bir üst sınır teşkil etmektedir. Halbuki anapara ipoteğinde tapu siciline tescil edilen yük miktarının ipoteğin teminat altına aldığı alacaklar bakımından bir üst sınır teşkil etmediği gözden uzak kaçmalıdır. Erel de eserinde (**EREL,** "Sıra" s. 26;) Webere atfen " Bir rehin hakkının sağladığı teminat ancak bağlı bulunduğu rehin derecesinin miktarıyla sınırlıdır." ifadesine yer verdikten sonra eserin 38. sayfasında isabetli olarak " Ancak bir rehin derecesinin sağladığı teminat her zaman ve sadece tescilde alacak meblağı olarak gösterilen miktarla sınırlı değildir." diyerek anapara ipoteğini üst sınır ipoteğinden ayırmıştır. **HELVACI,** "İpotek" s. 350, dp. 3.

[317] **AKİPEK / AKINTÜRK,** s. 770; **EREL,** "Sıra" s. 26. Burada malikin ipoteği üzerinde her hangi bir ipotek mevcut değilse, hayatın tabiî akışında olayın bir çoğunda taraflar ipoteğin birinci dereceye tescil edildiği kabul edilir. Eğer ipotek kurulduğu sırada taşınmaz üzerinde birinci derecede bir ipotek mevcutsa o zaman taraflar söz konusu ipoteğin derecesini ve miktarını dikkate alarak ikinci dereceden ipotek kurmaktadırlar. Fakat belirtelim ki, malik öndeki bir kaç dereceyi saklı tutarak daha alt derecede ipotek kurması mümkündür. **HELVACI,** "İpotek" s. 354.

boşalan dereceye, boşalan miktar ile sınırlı olmak şartıyla yeni bir ipotek tesis edebileceği gibi, bu dereceyi ileride ipotek tesis etmek maksadıyla da saklı tutabilir[318]. Ayrıca rehin dereceleri ve bunların bağlı bulundukları ipotek hakları da birbirinden bağımsızdır. Bir dereceye bağlı ipotek hakkında meydana gelen değişiklikler, diğer derecelerde bulunan ipotek haklarına tesir etmez. Başka bir ifade ile, bir derece boşaldığı takdirde, sonraki derecede bulunan ipotek hakları ilerleme sisteminde olduğu gibi, kendiliklerinden ilerleyerek boş dereceye geçmeleri söz konusu değildir. Boşalan derecenin sağladığı sıra saklı kalmaktadır[319].

Derecelerin saklı tutulabilmesi. Taşınmaz maliki, taşınmazın değerini kısımlara bölerek taşınmaz üzerinde bir kaç boş derece tesis ederek önceki dereceleri saklı tutup, kurulacak ipotek hakkını daha sonraki dereceye bağlı tesis edebilir. Fakat boş derecelerin kapsamını malik, sonradan tek taraflı tasarrufu ile genişletemez. Zira burada, sonraki derecelere bağlı ipotek hakkı sahiplerinin menfaati bulunmaktadır[320]. Bunun aksine boş derecelerin aynı veya farklı sıra taşıyan derecelere bölünmesine bir engel yoktur. Çünkü sonraki derecede bulunanlar için önemli olan, önlerinde bulunan derecelerin sayısının çokluğu değil, derecelerin kapsamıdır[321]. Dolayısıyla önde bulunan derecelerin kapsamını değiştirmeden, üzerinde yapılan değişiklikler, sonraki derecede bulunan hak sahiplerinin menfaatine zıt bir durum oluşturmamaktadır.

---

[318]**AKİPEK / AKINTÜRK,** s. 771; **HELVACI,** "İpotek" s. 354; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 714; **EREL,** "Sıra" s. 27; Doktrinde bir düşünceye göre sona eren ipotek bir limit ipoteği ise boşalan bu dereceye aynı ve sonraki derecelerdeki bütün ipotekli alacaklıların rıza göstermedikleri sürece, ancak bir limit ipoteği kurulabilir, anapara ipoteği kurulmaz. Sona eren ipotek anapara ipoteği ise boşalan derecede sona eren para ipoteği ile aynı miktarı ve aynı faiz oranında yeni bir anapara ipoteği kurulabilir veya sona eren anapara ipoteğinin terkin edildiği anda bütün yan alacaklar dahil olmak üzere bir limit ipoteği kurulabilir. **ALTOP,** s. 33-34; **KUNTALP, "** Maxsimal" s. 44.

[319]**OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 714; **KUNTALP, "**İpotek" s. 18; **EREL,** "Sıra" s. 27; Hemen belirtelim ki, ilerleme hakkı kanun veya sözleşme ile tanınabilir. bu durumda ilerleme siteminde olduğu gibi sonraki sırada bulanan ipotek hakkı ilerleyerek boşalan dereceni işgal edebilir.

[320]**HELVACI,** "İpotek" s. 358; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 715.

[321] **EREL,** "Sıra" s. 27.

III. İlerleme Sistemi ve Azerbaycan Hukukundaki Yeri

A. Genel Olarak

Taşınmaz ipoteği ve genel olarak rehinle ilgili kabul edilecek sistem, bu alanda var olan menfaat çatışması karşısında kanun koyucunun tercihine bağlıdır. Bilindiği gibi söz konusu sistemlerden sabit dereceler sisteminde taşınmaz maliki, ilerleme sisteminde ise ipotekli alacaklının menfaati daha önde korunmaktadır. Bu durumda kanun koyucunun neyi amaçladığının bilinmesi ile hangi sistemin benimsendiği tespit edebilir. Zira sistemler güdülen amaca göre şekillenmektedir.

İlerleme sistemi ile ilgili olarak hem Azerbaycan Mülkî Mecellesinde, hem de Azerbaycan İpotek Kanununda yer alan düzenlemeler incelendiğinde kanun koyucunun ipotekli alacaklıların menfaatini daha ön planda tuttuğu görülmektedir. Dolayısıyla da Almanya ve Fransa hukuklarında olduğu gibi[322], Azerbaycan Hukukunda da ilerleme sistemi esas alınmaktadır. Fakat kanun koyucu ilerleme sisteminin bazı sakıncalarını önlemek ve modern rehin anlayışının ihtiyaçlarına cevap vermek maksadıyla bazı düzenlemeler getirmektedir. Söz konusu önlemlerden ilki, ön sırada bulunan ipoteğin sona ermesi halinde sonraki sırada yer alan ipotek haklarının kendiliklerinden ilerleyerek hak etmedikleri menfaatleri elde etmelerini önlemek ve malike ipotek sıraları üzerinde tasarruf yetkisi sağlamak amacıyla getirilen düzenlemelerdir[323]. Diğer bir önlem ise, ipotekli alacaklılar kendi aralarında veya malik ile ipotekli alacaklılar anlaşarak sonradan kurulacak ipoteğe, ileriki sırada bir ipotek hakkı tesis edebilirler. Yani bu durumda ipoteğin sıra önceliği tesis tarihine göre değil, tarafların anlaşmalarına göre belirlenmiş olur.

Azerbaycan hukukunda, ipotekli alacaklıların, malik aleyhine olarak aşırı derecede, hatta haksız denilebilecek derecede korunduğu

---

[322] İlerleme sistemi yukarıda zikredilenden başka, 31 ekim 1922 tarihli Sovyet Medenî Kanununda (m.91) da benimsenmiştir.

[323] Meselâ AMM m. 308.2. ile kanun koyucu, ipotekle teminat altına alınan borç ilişkisinin geçerli olarak doğmadığı veya sona erdiği ve yahut da ipoteğin bağlı olduğu alacağın malike temlik edildiği hallerinde, malike ipoteğin bağlı olduğu sıra üzerinde serbestçe tasarruf imkanı sağlamaktır. Bununla sonraki sırada bulunan ipoteklerin ilerleme sistemi gereği boşalan sıraya geçmeleri önlenmektedir.

görülmektedir. Aynı zamanda sistemle ilgili getirilen düzenlemeler, taşınmazın tedavülü bakımından da son derece elverişsizdir.

İlerleme sistemi ve Azerbaycan Hukukunda konuyla ilgili getirilen düzenlemeler aşağıda ayrıca incelenmektedir.

B. Azerbaycan Hukukunda İlerleme Sisteminin Özellikleri

1.Sıranın Tescil Tarihine Göre Belirlenmesi

İlerleme sisteminde, ipotek hakları arasında sıranın belirlenmesinde "zaman bakımdan öncelik ilkesi" (*prior tempone potior iure*), sabit dereceler sisteminde ise "derece önceliği" ilkesi benimsenmektedir. Zaman önceliği ilkesine göre, ipoteğin kuruluş tarihi esas alınmakta ve bununla da en eski tarihli ipoteğin ilk sırada yer alacağı kabul edilmektedir. Burada lehine ipotek tesis edilen alacaklının menfaatinin korunmasına öncelik tanındığı görülmektedir. Şüphesiz bu sistemin de kendi içinde bir mantıkî esası bulunmaktadır. Zira ilk ipotek kurulduğu zaman taşınmaz üzerinde başka bir ipotek hakkının bulunmamasından, söz konusu ilk ipoteğin birinci sırayı alması, bundan sonra kurulacak ipoteklerin bundan sonraki sıraları alması kabul edilebilir[324]. Konuyla ilgili olarak AMM' in 310. maddesinde göre, "...İpotekler arasında sıra tesis tarihine göre belirlenecektir." Ayrıca AİK 9. maddesinin 4. fıkrasına göre ise, "İpotek alacaklıların sıra bakımından önceliği ipoteğin tescil anına göre belirlenir".

Yukarıda verilen metinlerde de görüldüğü gibi, söz konusu düzenlemelerde ipotek hakkının sırası alacaklı ve borçlunun iradesine bakılmaksızın tesis tarihine göre tespit olunur. İpotek hakkı en eski tarihli olan alacaklı, ilk sıraya sahiptir. Her bir ipoteğin sırası, kendisinden önce tescil edilen ipotek haklarının sayısına bağlıdır[325].

Taşınmaz ipoteğinin hangisinin önce hangisinin sonra kurulduğu taşınmazın tapu sicilindeki sayfasına göre belirlenir. Konuyla ilgili olarak AİK

[324]**KUNTALP,** "İpotek", s. 9.
[325]**AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 768; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL,** s. 1053; **KUNTALP,** "İpotek", s. 8; **EREL,** "Sıra", s. 18; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 711.

m. 11.3.'e göre, ipotek hakkının kurulması, kanunda öngörülen bilgilerin[326] tapu siciline kaydedilmesi ile gerçekleşmiş olur.

Türk hukukunda ipoteğin kuruluş tarihinin belirlenmesinde esas alınacak kayıt, tapu siciline yapılan değil, yevmiye defterine yapılan kayıttır. Zira, tapu siciline yapılan tescil yevmiye defterine yapılan kayıttan itibaren sonuç doğurur[327].Yevmiye defterindeki tarihle, sicil kaydındaki tarih birbirine uymazsa, yevmiye defterindeki tarihe itibar olunur. Fakat iyi niyetli üçüncü kişilerin kazanacakları haklar bakımından sicildeki kayıt tarihi esas alınmalıdır[328].

2. Her Bir Taşınmazın Bütün Değeri İle Alacağa Teminat Oluşturması

AİK' un 9. maddesinin 3. fıkrasına göre, "Sıra bakımından sonra gelen ipotek alacaklılarının alacakları, borcun ifa zamanına bakılmaksızın, önceki sırada bulunan ipotek alacaklılarının alacakları tam ödendikten sonra ödenilir". Görüldüğü gibi, ilerleme sisteminde sıra bakımından önce gelen ipotek hakkı sahibi, taşınmazın değerinden bütün alacağını alma yetkisi bulunmaktadır. Sabit dereceler sisteminde olduğu gibi, taşınmazın değerinin farazî kısımlara bölünerek derece tesis edilmesi mümkün değildir. İpotekli taşınmazın paraya çevrilmesi halinde, ilk sıradaki alacaklıya en önce ve alacağın tamamı miktarında ödeme yapılır. Taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen bedelin ilk sıradaki alacaklının alacağını aşan kısmı sonraki sıradaki alacaklıların alacakları temin etmeleri için kullanılır. Sıra bakımından sonra gelen ipotekli alacaklılar, kalan kısım ile yetinmek zorundadırlar. Bu kısmın alacakları tamamen karşılamaya yetmemesi durumu değiştirmez[329].

---

[326] Söz konusu bilgiler, "*İpotek sözleşmesinde yer alan ipotek konusu, esas borcun niteliği, ifa zamanı ve ipotek alanla ilgili bilgilerdir"*
[327]**KÖRPÜLÜ/ KANETİ,** s. 24; **ÜNAL**, "Sıra", s. 737.
[328]**AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 390.
[329]**AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 769; **EREL,** "Sıra" s. 18.

3. İlerleme Hakkı

İlerleme sisteminde sabit dereceler sisteminden farklı olarak sıra düzeninde bir boşluk doğmaz. Zira sıra bakımından önde gelen, ipotek hakkının her hangi bir sebeple sona ermesi halinde, sıra bakımından bundan sonra gelen ipotek haklarının her biri ilerleyerek sona eren ipotek hakkının yerine geçerler. Bunun için her hangi bir işleme gerek yoktur. Sonraki sıradaki alacak, kendiliğinden ilerleyerek boşluğu doldurur. Bu durum, ipotek hakları arasında sıranın kuruluş tarihine göre belli olmasının tabiî bir sonucudur[330].

4.İlerleme Sisteminin İstisnaları

a. İpotek hakkının belirlenmesi bakımından

Yukarıda da belirtildiği gibi, kural olarak kurulacak ipotek hakkı, mevcut ipoteklerden sonraki sırayı alır. Zira ilerleme sisteminde sabit dereceler sisteminin aksine, sonradan doldurulacak boş sıranın bırakılması gibi bir imkân bulunmamaktadır. Fakat kanun koruyucunun bu kurala bazı istisnalar getirdiği görülmektedir. Gerçekten de AİK'nun 9. maddesinin 5. fıkrasına göre, "İpotek hakları arasında sıra önceliğini ipotekli alacaklılar istedikleri zaman anlaşarak değiştirebilirler. Taşınmaz üzerinde ikiden çok ipotek hakkının varlığı durumunda sıra önceliğinin değiştirilmesi için menfaati bulunan her bir ipotekli alacaklının rızası gerekir." Hükme göre, ilerleme sisteminde haklar arasındaki sıra düzeninin ipotek haklarının tescil tarihine göre belirleneceği kuralı emredici nitelikte değildir. Söz konusu hüküm gereği ipotekli alacaklılar, anlaşarak ipotek hakkının sırasını değiştirebilirler. Bu anlaşmaya göre, yeni tarihli ipotek hakkı, eski tarihli ipotek haklarından daha öndeki sıraya sahip olabilir. Başka bir ifade ile, tarih bakımından yeni tesis edilmiş ipoteğe daha eski tarihli ipotekler karşısında alacağını tahsil etmede öncelik tanınabilir. Meselâ, 01.01.2010 tarihinde taşınmaz üzerinde **A** lehine bir ipotek hakkı tesis edildikten sonra, 01.01.2011 tarihinde aynı taşınmaz

[330]**AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 769; **KUNTALP,** "İpotek", s. 8; **EREL,** "Sıra" s. 18; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 710.

üzerinde ikinci bir ipotek hakkı **B** lehine tesis edilmiş olsun. Burada zaman önceliği ilkesine göre **A,** eski tarihli ipotek hakkına sahip olması sebebiyle birinci sırada bulunmaktadır. İpotekli taşınmazın paraya çevrilmesi durumunda alacağını ilk olarak tahsil etme imkânına sahiptir. Fakat ipotekli alacaklılar (A ile B) anlaşıp sıra düzenini değiştirerek, B' ye öncelikli olarak alacağını tahsil etme imkânı tanıyabilirler. Söz konusu hükme göre, sıra düzeninin değiştirtmesine dair anlaşmasının geçerli olması için menfaati bulunan bütün ipotekli alacaklıların rızası aranmaktadır. Özellikle taşınmaz ikiden çok ipotek hakkı ile yüklü ise, iki ipotekli alacaklı anlaşarak sıra düzeni değiştirmek istediklerinde, bundan menfaatinin zedelenme tehlikesi bulunan her bir ipotekli alacaklının rızasını almaları şarttır.

Yukarıda bahsedilen hükümde açık şekilde ifade edilmese de, sıra düzenin değiştirilmesi, sadece ipotekli alacaklıların kendi aralarında değil, taşınmaz malikinin ile ipotekli alacaklılarla anlaşması halinde de mümkün olması gerekir. Zira malike böyle bir hakkın tanınması, ilerleme sisteminin bazı sakıncalarının önlenmesi bakımından son derece önemlidir. Burada Türk hukukunda olduğu gibi, bir rehin derecesinin boş bırakıp tapu siciline bu şekilde tescil edilmesi söz konusu değildir. Sadece taşınmaz maliki ile ipotekli alacaklı anlaşarak sonradan tesis edilecek ipotek hakkının önceki sırada yer almasına izin verilmektedir. Bu anlaşmaya göre ipotekli alacaklı, kendisinden sonra gelecek bir ipotek hakkının kendisinin önüne geçmesine izin vermektedir. Söz konusu anlaşma, sadece anlaşma taraflarını bağlar ve tesis edilecek bütün ipotekler bakımından hüküm ve sonuç doğurmaz. Dolayısıyla burada nisbî bir sıra ilişkisi söz konusudur. Bu ilişki gereği ipotekli alacaklı, kendi sırasının önünde nisbî bir saklı sıranın tesisine rıza göstermektedir. Bu durumda ipotekli alacaklı, saklı sıradan faydalandırdığı ipotekten sonra gelir[331].

Bir ipotek hakkının saklı tutulan sıradan faydalanabilmesi için, hak sahibi ile taşınmaz maliki veya ipotekli alacaklılar arasında yapılan anlaşmanın tapu siciline kaydedilmesi gerekir. Zira AİK m. 14 gereği, ipotekle ilgili bütün değişiklilerin tapu sicilline kaydedilmesi gerekir.

---

[331] **EREL,** "Sıra" s. 23.

b. Malikin boşalan sıra üzerinde tasarruf yetkisi (malik lehine ipotek)

Kural olarak İlk sırada bir ipotek hakkı mevcut olmadığı hallerde sonraki sıralarda ipotek tesisi mümkün değildir. Borçlu veya taşınmaz maliki bir ipotek sırasını sonradan kullanmak üzere boş veya saklı tutamazlar. Bunun sonucu olarak, tesis edilecek ipotek hakkı mutlaka en son sırada yer alması gerekir[332]. Fakat kanun koyucunun bu kurula bazı istisnalar getirdiği görülmektedir. İlerleme sistemine getirilen ikinci önemli istisna, malik lehine ipotek müessesesidir. Konuyla ilgili olarak düzenlemeler, AMM m. 308.2'de yer almaktadır[333]. Düzenlemelere dikkat edildiğinde kanun koyucu, ipotekle teminat altına alına borç ilişkisinin geçerli olmaması veya sona ermesi durumunun sonraki sırada bulunan ipotek haklarının ilerlemesini önleyerek, malike boşalan sıra üzerinde serbestçe tasarruf etme imkânı vermektedir. Dolayısıyla burada boşalan sıraya bağlı ipotek hakkı kendiliğinden malike geçer[334]. Görüldüğü gibi, Azerbaycan hukukunda kanun koyucu, Roma rehin hukukunun ilkelerinden hareket etmekle birlikte, ilerleme sistemine getirdiği istisnalarla fiilen sabit dereceler sistemine yaklaşan bir uygulama içine girmektedir. Bu sayede taşınmazın tedavülü bakımından ilerleme sisteminin bazı sakıncaları önlenmeye çalışılmaktadır.

IV. Taşınmaz İpoteği İle Sınırlı Aynî Haklar Arasındaki Sıra Düzeni

Sınırlı aynî hakla yüklü taşınmaz üzerinde, ipotek hakkı kurulabileceği gibi, bunun aksine ipotekli taşınmaz üzerinde de sınırlı aynî hak da tesis edilebilir. Meselâ, taşınmaz üzerinde ipotek tesis edildikten sonra, geçit

---

[332]**EREL,** " Sıra" s. 18; Hemen belirtmemiz gerekir ki, sadece ipotekli alacaklıların rızası ile önceki sıraya ipotek tesis edilebilir. Fakat bu durumun tapu sicilinde tescil edilmediği sürece iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün değildir.

[333]Malik lehine ipotekle ilgili olarak AMM m. 316 yer alan hükmün eleştirisi için bkz: § 5/ I. C. 3.

[334] Alman Hukukunda (BGB m. 1196) malikin baştan itibaren önceki sırada kendi lehine bir ipotek tesis ederek, sonradan tesis edilecek ipotekli alacaklıların rızasına bağlı olamadan, söz konusu sıra üzerinde tasarrufta bulunabilir. Konuyla ilgili Azerbaycan hukukunda bir hüküm bulunmamakla birlikte, yasaklayıcı bir durum söz konusu olmaması sebebiyle bunun yapılabileceği kanaatindeyiz.

irtifakı, kaynak irtifakı, taşınmaz yükü vb. sınırlı aynî haklar kurulabilir. Taşınmaz üzerindeki bu hakların bir arada bulunmasına bir engel yoktur. Taşınmaz paraya çevrilmedikçe bu hakların muhtevasında de bir çatışma olmaz. Fakat taşınmaz paraya çevrilecek olursa, söz konusu haklar arasında bir çatışmanın ortaya çıkması muhtemeldir. Bu durum, Azerbaycan hukukunda, "zaman bakımdan öncelik ilkesi"ne (*prior tempone potior iure*) göre çözüme kavuşturulur. Söz konusu ilkeye göre, "zaman bakımından önde olan, hak bakımından da önde olur"[335]. Başka bir ifade ile hakların önceliği tesis tarihlerine göre belirlenerek, ortaya çıkması muhtemel çatışma önlenmiş olmaktadır.

Bu durumlarda iki ihtimalle karşılaşılması muhtemeldir[336]:

Birinci ihtimalde eşya üzerinde önce sınırlı bir aynî hak, sonra ipotek kurulmuştur. Bu ihtimalde ipotekli alacaklı tarafından önce sınırlı aynî hakla sonra da ipotekle yüklü edilmiş eşyanın paraya çevrilmesi durumunda, önce kurulmuş sınırlı aynî haklar sonra kurulmuş olan ipotek hakkından önce gelir. Bu zaman, sırada sonra gelen ipotek hakkı, önceliğe sahip sınırlı aynî hak karşısında aynı etkiye sahip değildir[337]. Bu sebeple taşınmaz, sınırlı aynî hakla yüklü olarak satışa çıkartılır.

Yapılan satış sonucunda taşınmazı elde eden yeni malik, taşınmazı yüklü bir halde, yani üzerinde bulunan sınırlı aynî hakla birlikte kazanır. Bu durum, taşınmazın satışından elde edilen bedelin, ipotekli alacaklının alacağını karşılamaya yetmese de değişmez. Yeni malik, taşınmaz üzerinde bulunan sınırlı aynî hakka katlanmak mecburiyetindedir.

İkinci ihtimalde ise, eşya üzerinde önce ipotek hakkı sonra sınırlı aynî hak kurulmuştur. Taşınmazın üzerinde önce ipotek hakkının kurulmuş olması sonradan sınırlı aynî hakkın kurulmasına engel değildir. Zira ipotek hakkı kural olarak taşınmaz üzerinde malikin tasarruf yetkisini kaldırmaz.

---

[335] Türk hukukunda da bu durumda haklar arasında öncelik tesis tarihine göre belirlenecektir. bkz: **HELVACI,** "İpotek" s. 388; **ÜNAL**, "Sıra" s. 743; **EREL,** "Sıra" s. 80.

[336] Ünal'a göre, bu durumda iki değil, üç ihtimal söz konusu olabilir. Birinci ihtimalde ipotek, ikinci ihtimalde diğer sınırlı aynî haklar önce, üçüncü ihtimalde ise sınırlı aynî haklar ile ipotek aynı anda kurulmuş olabilir. **ÜNAL**, "Sıra" s. 743.

[337] **KÖRPÜLÜ/ KANETİ,** s. 26.

Dolayısıyla AİK m. 30.1'e[338] yer alan düzenlemeye rağmen taşınmaz maliki, ipotekli taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurarken ipotek hakkı sahibin iznini almak zorunda değildir. Bu şekilde ipotek hakkından sonra taşınmaz üzerinde sınırlı bir aynî hakkın tesis edilmesi durumda ipotek hakkı önceliğini korur. Yani gerektiğinde taşınmaz, üzerinde bulunan sınırlı aynî haktan arındırılarak satışa çıkarılır[339]. Fakat Türk doktrinde sınırlı bir aynî hakkın kurulmasına izin veren ipotekli alacaklının bu beyanının, sıra önceliğinden feragat olarak değerlendirileceği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, sınırlı aynî hak, ipotekten sonra kurulmuş olsa bile, taşınmaz sınırlı aynî hakla yüklü olarak satışa çıkartılır[340]. Dolayısıyla taşınmaz onu elde eden üçüncü kişiye, üzerindeki yükle birlikte intikal eder. Bu da sonuç itibariyle taşınmazın değerinin düşmesine yol açar. Fakat ipotekli alacaklı, sınırlı aynî hakların kurulmasına izin verdiği için bu hukukî sonuca katlanmak durumdadır.

İpotekli alacaklının izni olmadan sınırlı aynî hak tesis edilmişse, kural olarak taşınmaz söz konusu sınırlı aynî haktan arınmış biçimde satışa çıkartılır. Bu durumda ele geçen bedel, ipotekli alacaklının alacağını karşılamaya yeterse, geriye kalan miktarın terkin edilmiş sınırlı aynî hak sahiplerinin sırasına göre dağıtılır[341].

---

[338] İpotekli taşınmaz üzerinde malikin tasarruf yetkisinin ipotekli alacaklının yazılı iznine tâbi tutan söz konusu maddede yer alan düzenleme hem mülkiyet hakkına haksız bir müdahale, hem menfaat dengesinin ağır ihlâli, hem de her zaman hakkı kötüye kullanılması hali teşkil edeceğinden ilga edilmesi veya değiştirilmesi gereklidir. Konuyla ilgili bkz: 68.

[339] Türk doktrininde bazı yazarlar, ipotekli alacaklının taşınmazın bu haklarla veya bu haklardan arınmış bir biçimde doğrudan doğruya talep edemeyeceğini ve taşınmaz kademeli olarak satışa sunulacağını ileri sürmektedirler. Bu yazarların düşüncesine göre, taşınmaz önce üzerindeki sınırlı aynî hakla birlikte, eğer bu durumda teklif edilen bedel, ipotekli alacaklının alacağını karşılamayacak olursa, o zaman taşınmaz sınırlı aynî haklardan arınmış bir biçimde satışa sunulur. **GÜRDOĞAN,** s. 73; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 600; **EREL,** "Sıra", s. 84.

[340] **ÜNAL**, "Sıra" s. 745; **EREL,** "Sıra" s. 83; **HELVACI,** "İpotek" s. 389-390.

[341] **HELVACI**, "İpotek" s. 392.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TAŞINMAZ İPOTEĞININ HÜKÜMLERİ ve SONA ERMESİ

§ 13. TAŞINMAZ İPOTEĞİNİN ALACAKLAR BAKIMINDAN KAPSAMI

I. Genel olarak

Taşınmaz ipoteği ile teminat altına alınan alacak, ifa zamanı geldiğinde ifa edilmezse, hak sahibi alacağını taşınmazın değerinden elde etme imkânına sahiptir. Burada öncelikli olarak, taşınmazın hangi oranda borç için teminat teşkil ettiğinin belirlenmesi gerekir. Miktarı belli olan borçlarda ipotek söz konusu miktar için teminat teşkil eder. Bununla birlikte, cari hesap gibi ilişkilerde, miktarı belli olmayan borçların teminat kapsamının ne şekilde belirleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, taşınmaz ipoteği hangi alacaklar için kurulabileceği ve ipoteğin sağladığı teminatın kapsamına hangi taleplerin girip girmeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

İpotekli alacaklı, ipotek konusu taşınmazın paraya çevrilmesi durumunda elde edilecek bedelden önce anapara (asıl) alacağını tahsil edebilir. Bunun dışında faiz borçları, taşınmazın paraya çevrilmesi için yapılan masraflar ve alacağa bağlı diğer yan borçlar söz konusu olabilir. Burada ipotekli alacaklının, anapara borcunun tamamını, yan alacakları ve masrafları talep edip edemeyeceği, edebilirse bunları hangi miktarda talep edebileceğinin tespiti önem arz etmektedir.

Teminat kapsamındaki alacakları belirlemeden önce, hangi borç ilişkilerinden doğan alacaklar için ipotek kurulup kurulamayacağı konusunu ele almakta yarar vardır. İpoteğin teminat altına alabileceği alacaklarla ilgili olarak AİK'nun "İpoteğin uygulama alanı " kenar başlığını taşıyan 3. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında şu hükümlere yer verilmektedir:

"3.1. Karz, alım satım, eser ve diğer özel hukuk sözleşmelerinden ileri gelen alacaklar ipotekle teminat altına alınabilir.

3.2. İleride (gelecekte) ortaya çıkabilecek alacakların ifasının teminatı için ipotek tesis edilebilir. Bu halde bu kanunun 10. maddesinin 5. fıkrasında öngörülen şartlara uyulmalıdır."

Yukarıda metni verilen hükümlerden görüldüğü gibi, AİK m. 3.1'de sadece özel hukuk sözleşmelerinden doğan alacaklarının ipotek ile teminat altına alınabileceğine ilişkin düzenleme isabetli olmamıştır. Zira her türlü borç ilişkisinden ileri gelen alacaklar ipotekle teminat altına alınabilir. Bunun önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla AİK m. 3.2 de dikkate alındığında, hukukî sebebinin neden ibaret olmasına bakılmaksızın her türlü alacak ipotek ile teminat altına alınabilir. Yani ister sözleşmelerden, ister haksız fiilden, isterse de sebepsiz zenginleşmeden ileri gelsin, bütün alacaklar ipotekle teminat altına alınabilir. Diğer taraftan, alacağın doğmuş veya doğacak, miktarının belirli veya belirsiz olması ipotek tesisi için engel değildir.

Aşağıda, taşınmaz ipoteğinin sağladığı teminatın kapsamına hangi alacakların dâhil olacağı konusu ele alınmaktadır. Bu konu anapara ipoteği ve üst sınır ipoteği açısından ayrı ayrı incelenmektedir.

II. Teminat Altına Alınan Alacağın Miktarı Belirli ise

İpotekle teminat altına alınacak alacağın belirli olması veya belirlenebilir olması şarttır. İpotekle teminat altına alınacak alacağın miktarı belirliyse, bunun ne kadarlık kısmının ipotekle teminat altına alınacağını taraflar belirleyebilir. Dolayısıyla borç ilişkisinde borç miktarı olarak gösterilen miktar değil, tarafların ipotek sözleşmesinde gösterdikleri alacak miktarı ipotekle teminat altına alınmış sayılır[342].

İpoteğin, doğmuş ve miktarı belirli bir para alacağını teminat altına alınması için tesis edildiği hallerde anapara ipoteği söz konusu olur. Bu

[342] Meselâ borç ilişkisine göre alacaklının 10.000 TL alacağı varsa, taraflar isterlerse 10.000 TL miktarın tamamını veya isterlerse 5.000 TL kısmını ipotek sözleşmesinde teminat altına alınacağını kararlaştırabilirler. Alacağın tamamının ipotek sözleşmesinde gösterilmesi halinde taşınmaz 10.000 TL üzerinden, 5.000 kısmının gösterilmesi halinde ise taşınmaz sadece söz konusu 5.000 TL'lik kısım üzerinden teminat teşkil eder.

durumda ipotek sözleşmesinde gösterilen anapara miktarı ipotekle teminat altına alınan anapara alacağı için bir üst sınır teşkil eder. Fakat diğer yan alacaklar için bir üst sınır meydana getirmez. Yani anapara dışında kalan faizler, ipoteğin paraya çevrilmesi için yapılan masraflar ve kanunda gösterilen diğer masraflar teminat kapsamına ayrıca dâhil edilir[343].

III. Teminat Altına Alınan Alacağın Miktarı Belirli Değil ise

Türk hukukunda taşınmaz ipoteği, mevcut bir ilişkiden doğmuş ve miktarı belirli olan bir alacağı teminat altına alabileceği gibi, mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş, fakat miktarı belirli olmayan alacakları da teminat altına alabilir. Hatta henüz doğmamış fakat ileride doğacak alacak içinde ipotek tesis edilebilir[344].

TMK m. 851/f.2'e göre, para alacağının tutarı belirli değilse, taşınmaz üzerinde kurulacak ipoteğin hangi tutara kadar teminat teşkil edeceği belirlenmelidir. İpoteğin miktarının belirli olmayan bir para alacağı için kurulduğu bu ihtimalde üst sınır ipoteği (azamî had, azamî meblağ, maksimal ipotek) söz konusu olur[345]. Dolayısıyla ipotek sözleşmesinde gösterilen üst sınır miktarı, kural olarak alacaklının bütün talepleri için bir üst sınır teşkil eder[346]. Fakat yukarıda da belirtildiği gibi Azerbaycan hukukunda Türk

---

[343] **ALTOP,** Atilla**, "**4489 *Sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılmasına Hakkında Kanun Çerçevesinde İpoteğin Alacak Bakımından Anapara İpoteği - Limit (Üst Sınır) İpoteği Ayrımının Uygulamada Yansıyan Sonuçları",* MHB, S. 1-2, 1999-2000 (Aysel Çelikel'e Armağan) s. 23., **KÖRPÜLÜ/KANETİ**, s. 287; **YALÇINDURAN,** Türker, K**.,** "Ana Para Ve Üst Sınır İpoteği Arasında Farklılıklar" Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul, 2004; s. 675; **KUNTUALP,** Erden**,** "Ana Para Ve Üst Sınır İpoteği" s. 22; **HELVACI,** "İpotek" s. 141. Konuyla ilgili olarak Yargıtay 12. HD, 23.0. 1999, tarih ve E: 7514 K. 8579 sayılı kararında "*İpotek akit tablosunun incelenmesinden taraflar arasında bir anapara ipoteği kurulduğu anlaşılmaktadır. Anapara ipoteği tapu ... (kütüğünde) ...rehinler hanesine yazılmış olan alacak miktarını, takip giderlerini, yasal sınırlamalara uyularak sözleşmelerdeki faizleri teminat altına alır. Böylece borçlu anaparadan başka ferileri ile de sorumlu olur... Alacağın muayyenliği ilkesine göre, aparanın tür ve miktar olarak değiştirilmesine söz konusu olamayacağına göre ipotek akit tablosunda belirtilen ... TL esas alınarak ipotek belgesine yazılı ... % faiz oranına göre, itirazın değerlendirilmesi gerekir."* şeklinde hüküm etmiştir. (**UYAR**, **Talih**, Türk Medenî Kanunu (Gerekçeli- İçtihatlı) C: IV, Eşya Hukuku (MK 683-1030) Ankara, 2003, s. 3969.

[344] **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 14; **GÜNEL,** Cahit, Mustafa, "Taşınmaz Rehininin Alacak Bakımından Kapsamı" Özel Seliçi'ye Armağan, Ankara, 2006,s. 250.

[345] **HELVACI,** "İpotek" s. 143.

[346] Banka uygulamalarında, cari hesap şeklinde çalışan kredilerde, bankalar kural olarak muhtemel alacağı üst sınır ipoteği ile garanti edilmektedir. Zira bu durumlarda belli bir alacak olmadığı için

hukukundan farklı olarak, alacağın miktarının belirlenebilir olması şarttır. Gerçekten de Azerbaycan İpotek Kanununun 10. maddesinin 5. fıkrasına göre, "Eğer teminat altına alınacak alacağın miktarı ileride belirlenecekse, ipotek sözleşmesinde söz konusu miktarı belirleme esasları gösterilmelidir." Söz konusu hükme göre alacak ister mevcut bir ilişkiden doğmuş olsun, ister ileride kurulacak bir ilişkiden doğacak olsun, önemli olan alacağın miktarının belirli veya belirlenebilir olmasıdır. Yani alacağın miktarı belirli değilse ipotek sözleşmesinde nasıl belirleneceğinin gösterilmesi şarttır.

IV. İpoteğin Teminat Kapsamı

A. Genel Olarak Anapara İpoteği İle Üst sınır (Maksimal) İpoteği Kavramları

Daha önce de ifade edildiği üzere, Azerbaycan hukukunda taşınmaz ipoteğin teminat kapsamının belirlenmesi bakımından iki ipotek türü öngörülmektedir. Bunlar anapara ipoteği ve üst sınır ipoteğidir. Anapara ipoteği ile üst sınır ipoteği türleri arasında, alacağın kapsamının belirlenmesinde önemli farklılıklar vardır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, ipoteğin kuruluşu sırasında, teminat altına alınmak istenen alacağın miktarı belli ise, kural olarak anapara ipoteği kurulur. Bu tür ipoteğe Türk hukukunda "sabit meblağ ipoteği" veya "kesin borç ipoteği" de denilmektedir[347]. Azerbaycan hukukunda anapara ipoteğinin kapsamı, AİK'nun 4. [348] ve 5. [349] maddelerinde düzenlenmektedir. Bu

---

"anapara ipoteği" kurulması imkânı yoktur. **OY**, Osman/ **GÜNGÜLER**, Gülcan, "Türk Hukuk Mevzuatına Göre Kredi ve Kredi Teminatları", İstanbul, 2008, s. 43.

[347]**ALTOP,** s. 13; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 733**.**

[348] AİK'nun "İpotek ile teminat altına alınan alacağın kapsamı" kenar başlığını taşıyan 4. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

4.1. "Eğer ipotek sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamıştıysa, ipotek hakkı sahibinin alacağı aşağıdakiler de (kalemler) dâhil edilmekle tam hacimde temin ediliyor:

4.1.1. anapara (esas borç)

4.1.2. faizler

4.1.3. borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde cezaî şartın ve değmiş zararların ödenilmesi

4.1.4. ipoteğin paraya çevrilmesi ile ilgili mahkeme masrafları ve diğer masrafların ödenilmesi"

[349]"İpotek hakkı sahibinin yapmış olduğu ilâve masrafların ipotek ile temin edilmesi" kenar başlığını taşıyan 5. maddeye göre, "İpotek sözleşmesinin şartları veya kanunun hükmü gereği ipotek konusu eşyanın zilyetliği ipotek alana verilecekse, söz konusu eşyanın bakımı ve korunması için yapılmış

maddelerde anılan yan alacaklar sözleşmede gösterilen anapara borcunun dışında, teminat kapsamından yararlanabilir. Söz konusu hükümlere göre, ipotek kapsamına, sözleşmede belirtilen anapara, faizler, takip giderleri, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda uğranılan zararlar dâhil edilmektedir. Bunun dışında ipotek alacaklısı, ipotek konusu eşyanın bakımı ve korunması için yaptığı masrafları da teminat kapsamında talep edebilir. Görüldüğü gibi, Azerbaycan hukukunda Türk hukukundan farklı olarak anapara ipoteğinin teminat kapsamı çok geniş tutulmuştur.

Üst sınır ipoteğinde ise, ipotek sözleşmesinde gösterilen meblağ ipotekli alacaklının taleplerinin azamî haddini teşkil etmektedir. Yani ipoteğin teminat kapsamı, sözleşmede gösterilen miktarla sınırlıdır. Fakat Azerbaycan hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak, üst sınır ipoteğinde, ipotekli alacaklının bazı masraflarının sözleşmede gösterilen üst sınırı aşabileceği düzenlenmektedir. Aşağıda her iki ipotek türünün teminat kapsamı ayrıntılı olarak incelenmektedir.

B. Anapara İpoteğinin Teminat Kapsamı

1. Anapara Alacağı

Taşınmaz üzerinde kurulan ipoteğin kapsamına ilk önce, anapara alacağı girer. Bu konuda Azerbaycan hukukunda, Türk hukukundan farklı bir düzenleme getirilmektedir. Gerçekten de Azerbaycan hukukunda ipoteğin kurulmasında, ipotek hakkı tapu siciline tescil edilirken, teminat altına alınan alacağın tescil edilmesine gerek yoktur. Yani Azerbaycan hukukunda tapu siciline alacağın miktarının kaydedilmesi şart değildir. Zira, yukarıda belirtildiği gibi, ipoteğin tapu siciline tescil şartlarını düzenleyen ATSK'nun 20. maddesinin 1. fıkrasına göre, tescili zamanında ipotek konusu, borcun ifa zamanı, ipotek tesis eden ve lehine ipotek tesis edilenle ilgili bilgiler kaydedilmelidir. Fakat ipotek sözleşmesinin bir örneği tapu sicilinde

---

makul masraflar, …ipotek konusu eşyanın değerinden ödeniliyor." Belirtelim ki, eşyanın bakımı ve korunması için yapılmış makul masraflar kanun gereği ipoteğin teminat kapsamından yararlanır. Yani söz konusu masraflar için taşınmaz üzerinde kanunî bir rehin hakkı kurulmaktadır.

tutulmaktadır. Dolayısıyla Azerbaycan hukukunda, teminat altına alınacak alacağın miktarı ipotek sözleşmesinde tarafların anlaşarak belirtikleri miktara göre tespit edilir.

İpoteğin tesis edildiği tarihteki anapara alacağı zaman içerisinde azalmış hatta ortadan kalkmış olabilir. Bu sebeple ipotek sözleşmesinde öngörülen miktar, alacak için karine teşkil etmez[350]. İpotek sahibi taşınmaz üzerinden tahsil etmek istediği alacağın varlığını ve miktarını ayrıca ispat etmesi gerekir. Bu durumda teminat altına alınan miktar, borç ilişkisinden ileri gelen alacağın miktardan daha az olabileceği gibi, aynı veya daha yüksek de olabilir. Ayrıca alacak miktarı, ipotek sözleşmesinde teminat altına alınan anapara miktarından fazla olması, taşınmaz malikini bağlamaz, teminat kapsamına girmez. Bu durumda alacak, en fazla sözleşmede gösterilen miktarda ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla tahsil edilebilir. Diğer bir ifade ile, alacağın ipotek sözleşmesinde gösterilmeyen kısmı, taşınmaz ipoteğinin teminat kapsamına dâhil edilmez. Meselâ, borç sözleşmesi gereği anapara borcu 12.000 TL olabilir, fakat taraflar, ipotekle teminat altına alınacak miktarı, yani taşınmaz üzerinde ipotek yükünün 7.000 TL olacağını kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda ipoteğin sağladığı teminatın kapsamına, anaparanın 7000 TL'lik kısmı dâhil edilir[351]. Burada borçlu, 12.000 TL'lik borcun 9000 TL'lik kısmını öderse, borcun ipotekle teminat altına alınmış 7.000 TL'lik kısmı kendiliğinden sona ermez. Bu durumda borçlu, seçim yapmamışsa, yapılan ödeme öncelikle teminat altına alınmamış kısma sayılır. Zira, AMM'nin "Para borçlarının ödenilmesinde sıra" kenar başlığı altında düzenlenen 440. maddesinin 3. fıkrasına göre[352], ödeme daha az teminatı olan kısım için geçerli olur. Fakat Türk hukukundan

[350] **HELVACI,** "İpotek" s. 147.

[351] **ALTOP,** s. 14, **RESİOĞLU, Seza, "**İpoteğin kapsamı, hükümleri ve uygulamada ortaya çıkan sorunlar" Ankara, 1978, s. 9, **HELVACI,** "İpotek" s. 147; Konuyla ilgili olarak Yargıtay 12. HD, 30.10.2000. T. ve E. 15575, K. 1304 sayılı kararında "*... Alacağın muayyenliği ilkesine göre anaparanın tür ve miktar olarak değiştirilmesi söz konusu olmayacağına göre ipotek akit tablosunda belirtilen miktar esas alınarak hesap yapılması... gerekirken...*" şeklinde hükümde bulunarak, ipotekle teminat altına alınan anapara alacağının miktarının ipotek akit tablosunda belirtilen miktarla sınırlı olduğunu ifade etmiştir. **UYAR**, s. 3968.

[352] Söz konusu hükme göre, "Eşit derece olan alacaklar arasından daha az temin edilmiş alacak ilk sırada ödenilmiş sayılır."

farklı olarak[353] Azerbaycan hukukunda, borçluya seçim hakkı tanınmaktadır. Yani, borçlu isterse, yaptığı kısmî ifanın, borcun ipotekle teminat altına alınmış kısmına sayılmasını talep edebilir.

2. Temerrüt (Gecikme) Faizi

Genel olarak kanunlarda faizler olarak ifade edilen yan borçlar, gecikme faizi ve anapara faizi[354] başlığı altında incelenmektedir. İpoteğin teminat kapsamının belirlenmesi çerçevesinde, özellikle faizlerin, gerek anapara faizinin, gerekse temerrüt faizinin ne oranda ipoteğin sağladığı teminatın kapsamına dâhil edileceği konusu önem arz etmektedir[355].

Anapara alacağının yanında taşınmaz ipoteğinin kapsamına dâhil edilen bir diğer yan borç, temerrüt faizdir. Bir para borcunu ödemekte temerrüde düşen borçlu, temerrüt tarihinden itibaren duruma göre sözleşme veya kanunda belirlenen oranda temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür[356]. Söz konusu faiz ödeme yükümlülüğü, kanun gereği kendiliğinden oluşmaktadır. Temerrüt halinde uygulanacak faiz oranını, taraflar isterlerse kendi aralarında anlaşarak belirleyebilirler. Böyle bir anlaşma olmadığı takdirde, kanunda gösterilen oran esas alınarak temerrüt faizi tespit edilebilir.

Türk hukukunda borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat etmekle temerrüt faizi ödemekten kurtulamaz[357]. Bunun aksine Azerbaycan hukukunda borçlu, diğer borçlar bakımından olduğu gibi temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını[358] ispat ederse temerrüt faizi ödemekten kurtulur[359]. Fakat

---

[353] Türk Borçlar Kanunu 84. maddesinin 2. fıkrası gereği "borçlu kısmen icra eylediği tediyenin temin edilen veya teminatı daha iyi olan kısma mahsup etmek hakkına haiz değildir."

[354] Doktrinde anapara faizi için genellikle "sözleşmesel faiz", "kapital faiz", "akdi faiz" gibi kavramlar altında ifade edilmektedir. "Sözleşmesel" ve "akdi" faiz kavramlarının isabetli olmadığı düşüncesindeyim. Zira temerrüt faizi de sözleşmesel (akdi) olabilir. "Kapital" veya "anapara" faizi kavramlarını daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

[355] **ALTOP,** s. 11.

[356] **SARI,** "Rehin" s. 971.

[357] Türk hukukunda borçlu diğer borçlarda temerrüde düşmekte kusurlu olmadığı ispat ederek gecikme tazminatı ödemekten kurtulabilirken, aynı imkan temerrüt faizi için söz konusu değildir. **OĞUZMAN/ ÖZ,** "Borçlar" s. 377; **SEROZAN,** Rona, "İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme", İstanbul, 2002, s. 124.

[358] Kanaatimizce Azerbaycan hukuku bakımından da borçlunun kusuru belirlenirken Türk hukukunda hâkim görüş tarafından savunulan objektif teoriden yararlanılması isabetli olur. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 530; **EREN**, "Borçlar" s. 531; **BİNGÖL, F.** Itır, "Temerrüde Düşen Borçlunun Ödeyeceği Tazminat

Türk hukukunda olduğu gibi, alacaklının temerrüt faizini talep edebilmesi için zararının bulunduğunu ispat etmesi gerekmemektedir[360]. Temerrüt faizi, alacaklının parasını zamanında almadığı için doğduğu varsayılan zararı karşılamak amacıyla, kanun gereği öngörülmüş bir tazminat niteliğindedir[361]. Burada ipoteğin teminat kapsamına girecek faiz miktarı, faiz oranı ile faizin işleyeceği süreye göre tespit edilmektedir. Bu konuda ilk önce kanunî temerrüt faiz oranı ile ilgili Azerbaycan Mülkî Mecellesinde yer alan düzenlemelere değinmekte yarar vardır.

AMM'nin "Borçlunun temerrüdü" kenar başlığı taşıyan 445. maddesinin 7. fıkrasına göre, "Borçlu para borcunun ödenilmesinde temerrüde düşmüşse, alacaklı başka hukukî esaslardan hareketle daha yüksek faiz oranı talebinde bulunamadığı halde, borçlu geciken süre için yıllık yüzde beş faiz oranında faiz ödemekle yükümlüdür. Faize faiz işlemesi yasaktır." Görüldüğü gibi hüküm, temerrüt faizinin oranını tespit edilmekte ve para borçlarında temerrüt faizinin işleyebilmesi için borçlunun temerrüde

---

Miktarına, Alacaklının Üçüncü Kişiye Ödeyeceği Cezaî Şartın Etkisi", Mualla Öncel'e Armağan, Ankara, 2006, s. 1404; **KARAHASAN,** R. Mustafa, "Sorumluluk Hukuku Sözleşmeden Doğan Sorumluluk", İstanbul, 2003 s. 248; Objektif teoride borca aykırı davranan borçlunun kusurunun bulunup bulunmadığı tespit edilirken aynı şartlarda borçluyla aynı mesleki faaliyetleri yürüten ortalama bir kişi kıstas olarak alınmaktadır. Bu kişinin borcu yerine getirmesi mümkün olduğu halde borçlu borcunu yerine getirememişse kusurlu kabul edilir. Örnek olarak alınan makul kişi borçluyla aynı şartlar altındayken borcunu yerine getirmediği takdirde doğacak zararı görüp bunu önlemek için tedbir alabilecekken borçlu bunu yapamamışsa kusurlu sayılır. Bir başka ifade ile objektif teoride kusurun varlığı için iki unsurun gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar zararlı sonucun öngörülebilmesi ve bunu engellemek için tedbir alınmasıdır. **EREN**, "Eşya" s. 531; Objektif teoriye göre, borçlunun çok üzüntülü olduğu için kendisinden beklenen özeni gösteremeyerek borca aykırı davranmış olması sorumluluktan kurtulmasını sağlayacak geçerli bir hukukî sebep sayılmaz. **EREN**, "Borçlar" s. 539; **OĞUZMAN/ ÖZ**, "Borçlar" s. 530.

[359] Belirtelim ki, Azerbaycan hukukunda Türk hukukundan farklı olarak borçlunun sorumluluğu için kusur esası kabul edilmiştir. AMM. m. 445.5'e göre, *"borcun ifası borçlunun kusurlu olmaması halinde geciktirilmişse bu durumda borçlu temerrüde düşmez"*. Söz konusu esasın Alman Hukukundan esinlenerek kabul edildiği görülmektedir. Zira, Alman Hukukunda da borçlunun temerrüdü için kusurun şart olduğu kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir (BGB.§.285) **OĞUZMAN/ ÖZ, "**Borçlar" s. 291, dp.66;

[360] **AYRANCI**, s. 151; **OĞUZMAN/ ÖZ,** "Borçlar", s. 378; **BARLAS,** Nami, "Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar", İstanbul, 1992, s. 124.

[361] **OĞUZMAN/ ÖZ,** "Borçlar", s. 378; **GÜNEL**, "Kapsamı" s. 256; Konuyla ilgili olarak, Yargıtay HGK, 16.06. 2004, tarih ve E. 2004/19-357 K. 2004/30 sayılı kararında temerrüdü faizini "*Borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetinde varlığını sürdüren; alacaklının zararın varlığını ve miktarını ve borçlunun kusurunu ispat zorunda kalmaksızın borçlunun ödediği ve miktarı yasallarla belirlenmiş asgari, maktu bir tazminat*" olarak tanımlamıştır. **www.kazanci.com.tr**

düşmesini şart koşmaktadır[362]. Zira söz konusu hüküm (AMM. m. 445.7), Borçlar Hukukunda genel olarak borçlunun temerrüde düşme anını ve bunun hukukî sonuçlarını[363] düzenleyen AMM'nin 445. maddenin bir alt fıkrasıdır. Konuyla ilgili olarak bir başka düzenleme, AMM'nin "Para borçlarının ifa edilmemesinden dolayı sorumluluk" kenar başlığı taşıyan 449. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında yer almaktadır:

"Başkasın parasını haksız tutmakla, iadeden kaçınmakla, ödenilmesinin diğer şekilde geciktirmekle veya başkasının parasını haksız elde etmekle veya biriktirmekle ondan faydalanılması durumunda para üzerinden faiz ödenilmelidir. Faiz oranı, para borcunun tamamının veya bir kısmının ifa edildiği günkü banka faiz oranına göre belirlenir. Borç mahkeme yoluyla tahsil edilirse mahkeme kararının verildiği günkü banka faiz oranına göre tespit edilir.[364]

Banka faiz oranı Azerbaycan Merkezi Bankası tarafından belirlenir."

Yukarıda metni verilen hükümlerde, para borcunun borçlusu temerrüde düşerse temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacağı düzenlenmektedir. Fakat temerrüt faizinin belirlenmesi ile ilgili söz konusu düzenlemelerde (AMM m. 445.7 ve 449.2'de) iki farklı oranın öngörüldüğü görülmektedir.

Temerrüt halinde uygulanacak temerrüt faizi oranı ile ilgili konuyu değerlendirmeye geçmeden, AMM m. 449.1'de yer alan düzenlemenin incelenmesi yaralı olur. Söz konusu hükümde (AMM m. 449.1.), temerrüt faizi uygulanabilmesinin, gecikmiş para borcunun konusu meblağdan borçlunun faydalanması şartına bağlanmasının isabetsiz olduğu kanaatindeyiz. Zira bu hüküm, hem uygulanabilirlik bakımından sakattır, hem de temerrüt faizi ile güdülen amaca, genel olarak da temerrüt faizi müessesesinin tesis amacına zıttır:

---

[362] Ayrıca, bu hüküm (AMM.m.445.7) göre, gecikme faizinin istenebilmesini, alacaklının başka bir hukukî esastan hareketle daha yüksek bir meblağı (Meselâ, munzam zarar) talep edememe şartına da bağlamaktadır.

[363] Bkz. **KURBANOV,** E / **KARABALOV,** E.**,** "Azerbaycan Respublikası Mülkî Mecellesinin 385-566. maddelerinin Komentariyası", Bakü, 2004, s. 218.

[364] AMM m. 449. 1. Rus Medenî Kanunun "Para borçlarının ifa edilmemesi durumunda sorumluluk" kenar başlığını taşıyan m. 339.1.'nın birinci cümlesi tercüme edilerek düzenlenmiştir.

Evvelâ, temerrüt faizinin temel fonksiyonu borçlunun borcunu zamanında ifaya teşvik etmek ve para alacaklısının korunmasını temin etmektir[365]. Bu sebepledir ki, kanun koyucu para borcu zamanında ifa edilmediği takdirde alacaklıya her hangi bir ispat külfeti yüklemeden, onun zarara uğradığını varsayarak temerrüt faizi ödenmesine hükmetmiştir. Böyle bir durumda temerrüt faizinin uygulanabilmesi için ayrıca borçlunun söz konusu meblağdan faydalanıp faydalanmamasının aranması temerrüt faizinden beklenen foksiyonların yerine getirilmesini zorlaştırmaktadır.

İkincisi, borçlunun meblağdan faydalanıp faydalanmadığını ve faydalanmışsa söz konusu meblağın kimin parası olduğunun tespiti imkânsız denilecek derece zordur. Zira para niteliği itibariyle mislî eşya olduğu için miktar olarak meydana getirdiği bir kül halinde aynî hakkın konusunu teşkil eder[366]. Dolayısıyla borçlunun parasına karışmış banknotların ferden tayin edilmesi mümkün olmadıkça borçlunun kullandığı meblağın alacaklıya ait olduğunun ispat edilmesi mümkün değildir[367].

---

[365] **AYRANCI**, s. 69-70.

[366] **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 8.

[367] Paranın parayla karışması konusunda geniş bilgi için bkz: **BURCUOĞLU**, Haluk "Paranın Başkasının Parası ile Karışması Üstüne Bir Deneme", Türkiye Barolar Birliği Yayını No: 8, Faruk Erem Armağanı, 1999, s. 79 vd. Bilindiği gibi para mislî ve tüketilebilir bir eşyadır. Türk hukukunda paranın para ile karışmasının hukukî sonucunu konusunda iki farklı görüş bulunmaktadır. Hâkim görüşe göre, bir kimsenin parasının kendi parası ile karıştıran, her hal ve kârda karıştırdığı paranın mülkiyetini iktisap eder. Zira para, karıştırıldığında ferdi olarak tespit edilemiyorsa zilyede istihkak talebi ireli sürülemez, sadece nisbî bir talepte bulunulabilir. **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI,** s. 336. **TEKİNAY,** Selâhattin, S. Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî haklar, Eşya hukuku" İstanbul 1994, s.22-23 (naklen: **BURCUOĞLU** s. 89.). İkinci görüşe göre, eşyalar tahrip edilmeksizin veya aşırı emek veya masraf yapılmadan ayırdedilemeyecek şekilde karışmışsa hangisinin asıl şey, hangisinin bu asla tabi şey olduğu belirlenemiyorsa karışan veya birleşen şeyler üzerinde paylı mülkiyet söz konusu olur. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 582; **AKIPEK/ AKINTÜRK,** s. 530. *Burucoğlu*, hâkim görüşü eleştirerek TMK m. 988'in ancak iyiniyetli kişilerin para üzerinde mülkiyet hakkı kazanmasına imkân verdiği belirtmektedir. Ayrıca TBK m. 306 ve 472 (yeni TBK m. 386 ve m. 570) incelendiğinde kanun koyucu mülkiyetin devrine yönelik sözleşme olmadığında paranın mülkiyetinin zilyede keçeceğine dair özel hüküm koymuştur. Özel hüküm olmayan hallerde ise genel hüküm, yani TMK m. 776 uygulanmalıdır. Dolayısıyla paranın parayla karışması durumunda TMK m. 776' kıyas yoluyla uygulanarak paylı mülkiyetin varlığı kabul edilmelidir. **BURCUOĞLU** s. 99; *Oğuzman* ikinci görüşü benimsemekle birlikte paranın karışması halinde TMK m. 776'nın uygulanmaması gerektiğini ireli sürmektedir. Zira para mislî eşya olarak kabul edilse de, sadece itibari değere sahip olma fonksiyonu dolayısıyla menkul mülkiyeti ile ilgili kuralların doğrudan uygulanması yerinde değildir. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 582-583.

Paranın parayla karışmasıyla ilgili olarak Azerbaycan Anayasa Mahkemesin bir kararında [368] AMM m. 449.1'de yer alan "*faydalanma"* kavramını açıklarken temerrüt faizinin işlemesi için ayrıca faydalanmanın gerçekleşmesine gerek olmadığını ifade etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, AMM m. 449.1'de ifade edilen "*paranın haksız tutulması, iadeden kaçınılması, haksız elde edilmesi, biriktirilmesi ve ödenilmesinin diğer şekilde geciktirmesi halleri*" söz konusu olduğunda faydalanma gerçekleşmiş olur. Dolayısıyla kararda paradan özel olarak faydalanma aranmayacağı ifade edilmekle, bu konudaki endişeleri kısmen de olsa giderilmiştir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, para borçlusunun temerrüdü halinde temerrüt faizinin hangi oran üzerinden belirleneceği tartışmalıdır. Zira, AMM m. 445.7'e göre, temerrüt faizi oranı olarak yıllık yüzde beş faiz, AMM m. 449.2'ye göre ise, Azerbaycan Merkez Bankasının belirlediği faiz oranının uygulanacağı öngörülmektedir. Konuyla ilgili olarak, Azerbaycan Anayasa Mahkemesi söz konusu kararına göre, [369] AMM m. 445.7.'da, AMM m. 449.1'in aksine, öngörülen temerrüt faizi oranının uygulanabilmesi için paradan faydalanmış olma şartı aranmamakta, sadece daha yüksek oranda temerrüt faizi talep etme imkânı bulunmadığı hallerde, AMM m. 445.7'nin uygulanacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla da para borcunun borçlusu temerrüde düşerse, alacaklı, faydalanma gerçekleştiği hallerde AMM m.

[368] Azerbaycan Anayasa Mahkemesinin "AMM'nin 449. maddesinde yer alan bazı düzenlemelerinin şerhine dair" 09 temmuz 2009 tarihli kararı, **http://www.constcourt.gov.az/az/download/decission/-09[1].07.09.doc;**

[369] Karara konu olan olayda Azernakliyatbank ile C.M. isimli kişi arasında kurulmuş kredi sözleşmesi gereği, banka C.M.-ye bir yıllığına 45.000 Amerikan Doları miktarında kredi vermiştir. Söz konusu kredi alacağı C.M.-in mülkiyetinde olan taşımaz ile de teminat altına alınmıştır. C.M. ödemesi gereken kısmı ödemeleri iki kez üst üste ihlâl etmesi sebebiyle banka sözleşme gereği elde ettiği imkanı kullanarak alacağın tamamını, faizler ve cezaî şartla birlikte ödemesi talebiyle dava açmıştır. Yerel mahkeme 02 nisan 2008 tarihinde, 43.750 anapara, 6.299 geciktirme faizi borcu ve 5.466 ise cezaî şart olmak üzere toplamda 55.515 Amerikan Doları miktarında borcun ipotek konusu taşınmazdan tahsil edilmesine hükmetmiştir. C.M. karara uygun olarak söz konusu taşınmazı boşaltarak satışın gerçekleştirilmesi için ilgili makamlara teslim etmiştir. Fakat belli olmayan sebeplerden satış gerçekleşmemiştir. Bunun üzerine banka 10 eylül 2008 tarihinde yeniden dava açarak kararın verildiği tarihten 5 aylık bir süre geçmesine rağmen, alacağını tahsil edemediğini ve bu sebeple söz konusu 5 aylık süre için yeniden temerrüt faizi hesaplanmasını talep etmiştir. Bunun üzerine yerel mahkeme davayı durdurarak, AMM m. 449.1'de öngörülen faydalanma kavramını ve bu kavramın AMM m. 449.4 bakımından nasıl uygulanması gerektiği konusunda tefsir yapması için Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Azerbaycan Anayasa Mahkemesinin "AMM'nin 449. maddesinde yer alan bazı düzenlemelerinin şerhine dair" 09 temmuz 2009 tarihli kararı, **http://www.constcourt.gov.az/az/download/decission/-09[1].07.09.doc**

449.2'ye, faydalanma olmadığı hallerde ise 445.7'ye dayanarak temerrüt faizi talep edebilir[370].

Azerbaycan Anayasa Mahkemesinin bu konudaki görüşüne katılmamız mümkün değildir. Bunun sebepleri birden fazladır:

Her şeyden önce yukarıda da ifade edildiği gibi, Anayasa Mahkemesine göre, AMM m. 449.1'de öngörülen haller[371] mevcut olduğu takdirde "*faydalanma*" kendiliğinden gerçekleşmiş olur. Yani, karara göre özel olarak faydalanmanın olup olmaması aranmamaktadır. Sadece kanunda öngörülen hallerin bulunması durumunda faydalanmanın gerçekleştiği kabul edilir. Burada önemli olan kanunda öngörülen (AMM m. 449.1) hallerin olmasıdır. Başka bir ifade ile, temerrüt faizi bakımından esas olan faydalanma olması değil, maddede öngörülen hallerin gerçekleşmesidir[372]. Böyle bir durumda temerrüt faizinin işlemesi bakımından "*faydalanmaya*" her hangi bir sonuç bağlamayan Yüksek Mahkemenin AMM m.445.7. ile m. 449.1. faydalanmanın olup olmamasına göre birbirlerinden ayırması, isabetli olmadığı gibi, kendi içinde de çeliştiği kanaatindeyiz.

İkincisi, AMM m. 449.1'e bakıldığında borçlunun temerrüdüne sebep olabilecek bütün hallerin sayıldığı görülmektedir. Özellikle AMM m. 449.1'de *"ödenilmesini diğer şekilde geciktirme"* ifadesi, maddede sayılan ve sayılmayan bütün temerrüt hallerinin hükmün uygulama alanına almaktadır.

---

[370] Kararın gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir: "*AMM m. 445.7-de borçlunun para borcunu zamanında ifa etmemesi durumunda bazı şartların gerçekleşmesi ile temerrüt faizi ödenmesinin mümkünlüğü düzenlenmektedir. Fakat söz konusu düzenleme incelendiğinde hükümde, AMM m. 449.1-den farklı olarak para borcunun temerrüdü halinde temerrüt faizinin uygulanabilmesi için paradan faydalanma şartı aranmamakta, sadece diğer esaslarla daha yüksek oranda zarar talep edilmesi imkanı olmadığı hallerde, 445.7-de öngörülen faiz oranı uygulanacağı düzenlenmektedir"*. Azerbaycan Anayasa Mahkemesinin "AMM'nin 449. maddesinde yer alan bazı düzenlemelerinin şerhine dair" 09 temmuz 2009 tarihli kararı, **http://www.constcourt.gov.az/az/-download/decission/09[1].07.09.doc**

[371] Söz konusu haller: haksız saklama, iadeden kaçınma, ödenilmesini diğer şekilde geciktirme, başkasının parasını haksız elde etme ve biriktirme halleridir.

[372] Kararın gerekçesi şu şekilde ifade edilmektedir: "*Söz konusu düzenlemeye (AMM m.449.1) göre, borçlu aşağıdaki şu dört davranışta bulunursa başkasının parasından faydalanmış oluyor: 1-Haksız saklama, 2-iadeden kaçınma,3-ödenilmesini diğer şekilde geciktirme, 4-başkasının parasını haksız elde etme ve biriktirme. ... Dolayısıyla borcun ifa edilememesi durumunda borçlunun sorumluluğunu düzenleyen 449. maddesinde "**faydalanma**" ve "**haksız kullanma**" kelimeleri aynı anlam taşımakta ve söz konusu dört davranış sonucunda gelir, kar, fayda ve s. elde etmeyi ifade etmektedir*". Azerbaycan Anayasa Mahkemesinin "AMM'nin 449. maddesinde yer alan bazı düzenlemelerinin şerhine dair" 09 temmuz 2009 tarihli kararı, **http://www.constcourt.gov.az/az/-download/decission/09[1].07.09.doc**

Dolayısıyla para borçlusunun temerrüdü söz konusu ise, AMM m. 449.1'de yer alan hallerden biri gerçekleşmiş olur. Anayasa Mahkemesine göre, söz konusu haller gerçekleşmişse faydalanma da kendiliğinden gerçekleşir. Bunun sonucu olarak bütün temerrüt halleri AMM m. 449.1'nin kapsamına gireceğinden temerrüt faizi oranı sadece AMM m. 449.2'ye göre belirlenir. Yani, Anayasa Mahkemesi her iki düzenlemeyi (AMM m. 445.7.ve m. 449.2.) ayakta tutmak isterken, fiilî olarak AMM m. 445.7'nin uygulanamayacağına hükmetmiştir. Bunun ise doğru olmadığı kanaatindeyiz.

Kanaatimizce, burada AMM m. 449.2'deki faiz oranının kredi sözleşmelerinden (ödünç sözleşmelerinden) ileri gelen para borçlarına uygulanmalıdır. AMM m. 445.7'de öngörülen oranın ise, kredi sözleşmeleri dışında kalan para borçları bakımından esas alınması daha isabetlidir. Bu şekilde her iki madde de ayakta tutulmuş olur. Zira AMM m. 445.7 genel nitelikte bir hüküm olup, borçlun temerrüdünün genel sonuçlarını düzenlemektedir. AMM m. 449. ise özel nitelikte olup, para borçlarında temerrüdün sonuçlarını düzenlemektedir. Burada kredi sözleşmeleri kavramlarını sadece kredi kuruluşları tarafından verilen borçlarla sınırlı tutmadan, kredi kuruluşları dışında gerçek veya tüzel kişiler tarafından paranın satın alma gücünü kullandırmasına yönelik yapılan bütün sözleşmelerinden ileri gelen para borçlarının da kredi sözleşmesi kapsamda değerlendirilmesi gerekir[373].

Yukarıda bahsedilen maddelerde öngörülen faiz oranı, kanunî gecikme faizi oranı olup, tarafların kendi aralarında temerrüt faizi kararlaştırmadıkları durumlarda uygulanır. Eğer taraflar kanunda öngörülen gecikme faizi oranından daha yüksek oran kararlaştırmak istiyorlarsa, bunu ipotek sözleşmesinde göstermeleri gerekmektedir. Bu durum aynî haklara hâkim olan belirlilik ilkesinin de bir gereğidir. Bununla birlikte kanunda öngörülen temerrüt faizi miktarının teminat kapsamından yararlanması için, ipotek sözleşmesinde gösterilmesine gerek yoktur. Para borcunun borçlusu

[373] *"Kredi, hazır satın alınma gücünün kullanılmasından belli bir süreyle bir kişi lehine vazgeçilmesi veya ona terk edilmesidir".* Geniş bilgi için bkz*:* **Tekinalp,** Ünal, "Banka Hukukunun Esasları", İstanbul, 1988, N.1. 350; N. 4, s. 352. **İMAMOĞLU**, s. 172

temerrüde düşerse, ipotek sözleşmesinde faiz şartı yer almasa bile, alacaklı kanunî temerrüt faizinden ipoteğin sağladığı teminat kapsamında yararlanır[374].

Temerrüt faizi oranın tespitinde dikkate alınacak bir diğer husus; taraflar, ipotek sözleşmesinde, anapara ipoteği için faiz kararlaştırmış olmakla beraber, temerrüt faizi oranı kararlaştırmamış olabilirler. Eğer taraflar ipotek sözleşmesinde anapara ipoteği için bir faiz oranı tespit etmişlerse, temerrüt halinde uygulanacak faiz oranı anapara faizinden aşağı olmamalıdır. Konuyla ilgili Azerbaycan Mülkî Mecellesi'nde bir düzenleme bulunmamakla birlikte, aksinin kabulü, yani temerrüt faizin anapara faizinde aşağı olması, temerrüt faizi müessesesinin tesis amacına bütünüyle zıttır. Zira ipotek sözleşmesi ile daha yüksek bir faiz oranı ödeyen borçlunun, temerrüt halinde daha düşük bir faiz oranı ödemesi borçluyu borca aykırı davranışa teşvik ettiği gibi, temerrüde düştüğü için de mükâfatlandırmış olur[375]. Bunun kabulünün ise mümkün olmadığı gayet açıktır.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda ifade edilenler, temerrüt faizini tarafların belirlemediği durumlar için geçerlidir. Yani taraflar isterlerse, kendi hür iradeleri ile temerrüt faizinin oranını, anapara faizinden daha aşağı oranda tespit edebilirler.

Azerbaycan hukukunda, temerrüt faizi oranının sınırlanması ile ilgili bir düzenleme mevcut değildir. Konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi yukarıda bahsedilen kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin "Zvierzinski-Polonya" davasındaki 19 Haziran 2001 tarihli kararına atıfta bulunarak, temerrüt faizi oranın menfaat dengesi ilkesine uygun olması gerektiğini ifade etmiştir[376]. Yani Yüksek Mahkemeye göre, temerrüt faizi,

---

[374] **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s. 190; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 734; **GÜLEKLİ** s. 83; **KÖRPÜLÜ/ KANETİ** s. 284; **SARI,** "Rehin" s. 972-973; **ALTOP,** s. 16.

[375] **BARLAS,** Nami, "Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar", İstanbul, 1992, s. 110.

[376] *"Söz konusu kararda ("Zvierzinski - Polonya" 19 haziran 2001 tarihli kararı) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özel mülkiyete bütün mudahalelerin menfaatler dengesi ilkesine uygun olması gerektiğini belirterek, mudahalenin kamu menfaati ile ferdî menfaat arasında "adil dengeyi" sağlaması gerektiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte bankların da müşterilerinden aldıkları kredileri sözleşmeye uygun olarak iade etmek yükümlülüklerinin olduğu unutulmamalıdır. Söz konusu borcun banklar tarafından hiç ifa edilmemesi veya zamanında ifa edilmediğinde bank sistemine olan*

menfaat dengesini bozacak şekilde borçluyu ağır yükümlülük altında bırakmaması gerekir. Bu ise olayın somut şartları değerlendirilerek mahkeme tarafından tespit edilir.

Bazı durumlarda para alacaklısının temerrütten doğan zararı temerrüt faizi ile karşılanmayabilir. Zararın temerrüt faizini aşması durumunda, söz konusu zarar, ipoteğin sağladığı teminat kapsamına dâhil olacak mıdır? Konuyla ilgili olarak Türk hukukunda temerrüt faizini aşan zararın (munzam zarar) ipoteğin sağladığı teminatın kapsamına dâhil olmayacağı belirtilmektedir. Fakat taraflar, yapacakları başka bir ipotek sözleşmesi ile doğması muhtemel ve tutarı belirsiz bu alacak için ayrıca bir üst sınır ipoteği tesis edebilirler[377].

Kanaatimizce, Azerbaycan hukukunda temerrüt faizini aşan zarar, ipoteğin teminat kapsamına dâhil olmaktadır. AİK m. 4.1.[378] ve m. 4.1.3.[379] yer alan düzenlemeler incelediğinde temerrüt faizini aşan zararın ipoteğin teminat kapsamında olduğu sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla Azerbaycan hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak temerrüt faizini aşan zarar (munzam zarar) ipoteğin teminat kapsamına dâhildir. Konu aşağıda "diğer zararlar" başlığı altında ayrıca incelenmektedir.

Temerrüt faizi ile ilgili açıklamalara son vermeden önce bir hususa daha değinilmesi gerekir. Bazı durumlarda taşınmaz malikinin ipotekten şahsî sorumluluğu olmayabilir. Bu durumda teminat altına alınan alacağın muaccelliyeti, alacaklının ihbarına bağlanmışsa, alacaklı ihbarı hem borçluya

---

güvenin azalmasına sebep olabilir. Bu ise ülkedeki ekonomik hayatın işleyişine olumsuz etki edebilir. Diğer taraftan da borçlunun menfaatleri korunmalı ve onun aşırı şekilde tazminatla yükle edilmesine engel olunmalıdır. Yukarıda ifade edilen ilkeler ışığında söz konusu dava ve benzer olaylarla ilgili karar verilirken bankaların kendi alacaklıları önünde borçlarını gereği gibi yerine getirilmesi şeklinde tezahür eden kamu menfaati ile kişinin mülkiyet hakkının korunması arasında adaletli dengeyi sağlamak gerekir." Azerbaycan Anayasa Mahkemesinin "AMM'nin 449. maddesinde yer alan bazı düzenlemelerinin şerhine dair" 09 temmuz 2009 tarihli kararı**,** **http://www.constcourt.gov.az/az/download/decission/09[1].07.09.doc**

[377]**HELVACI**, "İpotek" s. 150-151; **GÜLEKLİ**, s 83; **SARI,** "Rehin" s. 974; **GÜNEL**, "Kapsamı" s. 258.

[378] *4.1. "... ipotek hakkı sahibinin alacağı aşağıdakiler de dâhil edilmekle tam hacimde temin ediliyor:*

[379] *4.1.3. borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde cezaî şartın ve değmiş zararların ödenilmesi*

hem de taşınmazı ipotekle yüklü olan malike yapması gerekir. Konuyla ilgili olarak Azerbaycan hukukunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat ihbarın aynı zamanda, hem borçluya hem de taşınmaz malikine gönderilmesi gerekir. Aksi halde borçluya gönderilen ihbarın alacaklı bakımından sonuç doğurmayacağı kanaatindeyiz. Zira muaccelliyet ihbarı yapılmadan, ipotekli taşınmazın malikine esas borçla birlikte borçlunun temerrüdünün sonuçlarının da yüklenilmesi adil görünmemektedir. Dolayısıyla ihtar gönderilmediği sürece, malik, borçlunun temerrüdünün sonuçlarına katlanmak zorunda değildir. Borçtan şahsî sorumluluğu bulunmayan kişinin, ipotekli taşınmazı sonradan iktisap ettiğinde de durum değişmez.

Borçluya ihbar yapılmadan malike ihbar yapıldığı durumda da bu, her hangi bir hukukî sonuç doğurmaz. Zira borç muaccel olmadığı için malik itiraz edebilir[380].

3. Anapara (Kapital) Faizleri

Temerrüt faizi, zamanında ödenmeyen alacağa vadesi geçen günler için işletilen faizdir. Anapara faizi ise, bir alacağa kanun veya sözleşme gereği vadeye (ifa zamanına) kadar işletilen faizdir[381]. Bu faiz para alacaklısının paradan mahrum kaldığı için ödenen ve paranın belli bir yüzdesini ifade eden bir meblağdır.

Taraflar, kural olarak, anapara faizi oranını istedikleri gibi belirleyebilirler. Temerrütle ilgili açıklamalarda ifade edildiği gibi, Azerbaycan Mülkî Mecellesinde ve ilgili mevzuatta faiz konusunda bir sınırlamaya yer verilmemektedir. Fakat bu durum, tarafların bütünüyle serbest oldukları anlamına gelmemektedir. Zira hem gabin hükümleri, hem Azerbaycan Anayasa Mahkemesinin bir kararı ile kabul ettiği kıstas[382] çerçevesinde sınırlama getirilebilmektedir. Eğer taraflar sözleşmede anapara kararlaştırmış

---

[380] **SAYMEN / ELBİR,** s. 572;

[381] **YASAMAN,** Hamdi, "Faizle İlgili Bazı Sorunlar", Hayri Domaniç'e Armağan, 1995, İstanbul, s. 235.

[382] Yukarıda temerrüt faizi ile ilgili açıklamalar için bkz: Azerbaycan Anayasa Mahkemesinin "AMM'nin 449. maddesinde yer alan bazı düzenlemelerinin şerhine dair" 09 temmuz 2009 tarihli kararı

ve fakat bunun oranını tespit etmemişlerse, kanunda öngörülen oran uygulanır. AMM'nin "Para borçlarının ifası" kenar başlığını taşıyan 439. maddesinin 3. fıkrasına göre, "Kanun veya sözleşme gereği borç üzerinden faiz hesaplanacaksa, bu kanunda veya sözleşmede aksi yönde bir hüküm bulunmuyorsa, Azerbaycan Merkez Bankası tarafından belirlenen faiz oranının üzerine yüzde iki faiz ilâve edilerek, fakat en azı yıllık yüzde beş olarak hesaplanmaktadır."

Metni yukarıda verilen hükümden de anlaşıldığı üzere, anapara faizinin oranı, Azerbaycan Merkez Bankası tarafından kredilere uygulanan yıllık faiz oranının üzerine yüzde iki faiz (2%) ilâve edilerek belirlenir. Meselâ, Azerbaycan Merkez Bankasını faiz oranı 11% olarak belirlemişse, bu durumda 11% oranı üzerine 2% oranı ilâve edilerek elde edilecek 13% oranı, anapara faizi oranı olarak tespit edilir. Fakat hesaplama sonucunda elde edilen faiz oranı yıllık yüzde 5%'den aşağı olmamalıdır. Aksi olursa anapara faizi olarak yıllık yüzde 5% bir oran uygulanır.

Sözleşmede kararlaştırılan faizin taşınmaz ipoteğinin kapsamına girebilmesi için ipotek sözleşmesinde belirtilmesi gerekir. Bu, taşınmaz ipoteğinde belirlilik ilkesinin de bir sonucudur.

4. Takip Masrafları (Giderleri)

İpotekli taşınmazın paraya çevrilmesi sürecinde, ipotekli alacaklı bir çok takip masrafları yapmağa mecbur kalır. Takip masrafları, icra takibinin uygulanabilmesi için yapılan harcamalardır[383]. Bu açıdan takip masrafları harçlar ve dar anlamda takip masrafları olmak üzere ikiye ayrılabilir[384].

Takip masrafları kapsamına borçluya ve taşınmaz malikine gönderilen ihbar mektubu, taşınmazın değerini tayini için bilirkişiye verilecek ücret, taşınmazın açık artırma ile satışa çıkarılması için gereken bu ve benzeri harcamalar girmektedir. Azerbaycan hukukunda taşınmazın paraya çevrilmesi ile ilgili işlemler kural olarak mahkeme yoluyla gerçekleştiği için,

[383]**ALTOP**, s. 14, **GÜNEL**, "Kapsamı" s. 255; **HELVACI,** "İpotek" s. 148.
[384]**ÜSTÜNDAĞ,** Sami, "İcra İflas Hukukunun Esasları", 6. Bası İstanbul, 1995, s. 67.

özellikle mahkeme harçları takip masrafları içerisinde yer alır. Ayrıca borçlu aleyhine ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilmesi için, alacaklı tarafından ödenen icra harçlarının da takip masrafları kapsamında değerlendirilmesi gerekir[385]. Zira bu gibi giderler ilk başta alacaklı tarafından ödenilmesine karşılık, sonuçta borçlunun sorumluluğundadır. Fakat borçlunun bunlardan sorumluluğu icra, takibinin sonuçlandırılması halinde söz konusu olmaktadır. Eğer alacaklı, başlattığı icra takibini satış ve paylaştırma aşamasına götürerek sonuçlandırmazsa, borçlu takip masraflarından sorumlu tutulmaz. Fakat ipotek konusu alacağın, borçlu dışında bir üçünü kişi tarafından ödenmesi durumunda, borçlunun takip masraflarından sorumluluğu devam eder[386].

Ayrıca, alacaklının vekil aracılığı ile icra takibini yaptığı durumlarda, vekâlet ücreti de takip masraflarına dâhildir. Bu durumda, vekile ödenen ücret esas alınır. Fakat hâkim isterse, söz konusu ücrette indirime gidebilir. Yani, bu durumda ödenen ücretin tamamı değil, bir kısmı takip masraflarına dâhil edilir.

Son olarak, ipotekli alacaklının alacağını elde edebilmesi için, hem alacaklı hem icra organlarınca yapılan bütün masraflar, taşınmaz ipoteğinin sağladığı teminatın kapsamındadır. Bunun için, ipotek sözleşmesinde ayrıca bir hüküm koyulmasına gerek yoktur. Bu masraflar kanun gereği ipoteğin kapsamına dâhil edilir[387].

5. Cezaî Şart

Azerbaycan İpotek Kanununda ipoteğin kapsamını düzenleyen m. 4.1.3.[388] göre, borcun ifa edilememesi veya gereği gibi ifa edilememesi halinde ipoteğin teminat kapsamına, sözleşmede kararlaştırılan cezaî şart talebi ve diğer zararlar da dâhil edilir. Kanun koyucu, anapara, faiz, takip ve

[385] **ALTOP**, s. 14; **HELVACI,** "İpotek" s. 149.
[386] **ALTOP,** s. 15.
[387] **KÖPRÜLÜ/ KANETİ**, "Haklar" s. 284; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR** s. 720, **GÜNEL,** "Kapsamı" s. 256.
[388] Söz konusu maddeye göre ipoteğin teminat kapsamına "4.1.3. borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde cezaî şartın ve değmiş zararların ödenilmesi" dâhildir.

koruma masraflarını ipoteğin teminat kapsamına dâhil etmekle yetinmemiş, ayrıca cezaî şartın ve diğer her türlü zararların da ipotek kapsamında teminattan yararlanabileceğini hükme bağlamıştır. Kanaatimizce, söz konusu düzenleme (AİK m. 4.), bu şekliyle belirlilik ilkesi bakımından son derece sakıncalıdır. Bundan başka Azerbaycan hukukunda, hem İpotek Kanunu hem de Azerbaycan Mülki Mecellesinin ilgili düzenlemelerinde borçlunun temerrüt faizi ile cezaî şarttan aynî anda sorumlu tutulduğu görülmektedir [389]. Uygulamada bu duruma, özellikle para borçları ihtiva eden sözleşmelerde çok yaygın şekilde rastlanmaktadır. Kanaatimizce, borçlunun temerrüt faizi ile cezaî şarttan aynı anda sorumlu olması adil olmadığı gibi, hem taraflarının menfaatler dengesine, hem de Tazminat Hukuku ilkelerine aykırı düşmektedir. Konuyu incelemeye geçmeden önce, Türk Hukukunda doktrine ve Yargıtay uygulamasına kısaca değinmekte yarar olacağı kanaatindeyiz. Yargıtay'ın 1970'lere kadar olan kararlarının hemen hepsinde, para borçlarının cezaî şarta bağlanamayacağı görüşü hâkimdir[390]. Hâkim olan görüşe göre, para borçlarının ifa edilmemesi varsayımına dayalı olarak sözleşme ile getirilen cezaî şartın, geçerli olmayacağı ve temerrüt faizini aşan zarar, sadece TBK m. 105 (yeni TBK m.122) kapsamında istenebilir[391].

---

[389] Meselâ, Azerbaycan Anayasa Mahkemesinin yukarıda incelenen kararına konu olan olayda da, borçlu temerrüt faizi ile birlikte cezaî şarttan da sorumlu tutulmaktadır. Bu konuda mahkemenin bir taraftan borçlunun mükellefiyetini belirlerken tarafların menfaat dengesine riayet edilmesi gerektiğini ifade etmesi, diğer taraftan da borçluyu hem cezaî şarttan hem de temerrüt faizinden ayrıca sorumlu tutması kendi içinde çeliştiğinin ifadesi olduğu kanaatindeyiz; Azerbaycan Anayasa Mahkemesinin "AMM'nin 449. maddesinde yer alan bazı düzenlemelerinin şerhine dair" 09 temmuz 2009 tarihli kararı. **http://www.constcourt.gov.az/az/download/decission/09[1].07.09.doc**; Azerbaycan Ali Mahkemesinin uygulamasında da borçlu temerrüt faizi ile birlikte ve cezaî şart faizden de sorumlu tutulduğu görülür; 05 ocak 2011 tarihli, N: 2(102)-17/11 karar **http://www.supremecourt.gov.az/storeMulki/qerar/-2011/2_17+05.01.2011.pdf**

[390] Yargıtay 4. HD, 12.01. 1965, tarih ve E. 1964 / 1042 K. 1965 / 85 sayılı kararına göre, " *Para borçlarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümlemesinde ana paraya ve istenildiğinde faize ve Borçlar Kanunu'nun 105. maddesi gereğince ek zarara hükmedilmesi gerekli olup, başkaca istenilen cezaî şartı ... kanunî sınırdan yukarı faiz talebi niteliğinde olduğundan kabulüne imkan yoktur.*" Geniş bilgi için bkz: **KOCAĞA,** Köksal, "Türk Özel Hukukunda Cezaî Şart" (BK m.158- 161) Ankara, 2003, s. 86, dp. 18;

[391] Yargıtay 4. HD, 07.12.1965, tarih ve E1964/9146 K. 1965/6973 sayılı başka bir kararında "*Ceza şartı, sözleşmeye aykırı davranarak zamanında para borcu eda edemeyen borçlu tarafından davacının önceden hesaplanan zararının karşılanılmasından ibarettir. Oysaki kanunen temerrüt sonuçları belli edilmiş ve borçlunun ödeyeceği zarar ziyan muayyen hale sokulmuş iken taraflar bunun aksini gösterir ve faizden fazla bir miktarı ceza şartı olarak kabul etmeleri kanuna karşı hile niteliğinde olup, geçerlilikten yoksundur. Şayet alacaklının faizden fazla bir zararı varsa ise BK 105. maddesi uyarınca bunu isteye bilir. O halde para borçlarında cezaî şart temerrüt faizini geçtiği oranda batıldır.*" Geniş bilgi için bkz: **KOCAĞA,** s. 86, dp. 19;

Yargıtay yukarıda sözü edilen eğiliminden daha sonraki yıllarda vazgeçerek, borçlunun cezaî şarttan ve temerrüt faizinden aynı anda sorumlu olacağına hükmetmiştir [392] . Yüksek Mahkeme'ye göre, Sözleşmeler Hukukuna hâkim olan irade serbestîsi ilkesi çerçevesinde, taraflar istediği muhtevada sözleşme yapabilirler. Dolayısıyla da taraflar, karşılıklı anlaşmaları sonucunda temerrüt faizi ile birlikte cezaî şartı da kararlaştırabilirler. Doktrinde de Yargıtay'ın söz konusu görüşü isabetli bulunduğu görülmektedir[393].

Yukarıda ifade edildiği üzere, para borçları bakımından cezaî şart ile temerrüt faizinin bir arada uygulanmasının, özellikle Azerbaycan hukuku bakımından doğru olmadığı kanaatindeyiz. Zira Azerbaycan hukukunda genellikle cezaî şart olarak "geciktirilmiş meblağ üzerinden belirli bir oranda faiz" ödenmesi öngörülmektedir.

Evvelâ, para borçları bakımından bu şekilde bir cezaî şartın öngörülmesi, aslında gecikme faizi oranın artırılmasıdır. Bu durumda ise, cezaî şarttan söz etmek doğru olmaz. Zira aynı fonksiyonu ifa eden başka ad altında bir müessesenin sırf ad olsun diye kabul etmek mantıklı değildir.

İkincisi, eğer cezaî şartın öngörülmesi temerrüt faizinin artırılması değilse, ya faize faiz uygulanması veya tarafların menfaat dengesinin ağır şekilde ihlâlidir. Zira bu durumda, para borcunun geciktirilmesi halinde söz konusu meblağa, hem geciktirme faizi, hem de cezaî şart olarak öngörülen faizin bir arada uygulanması söz konusudur. Bu ise aslında faize faiz uygulanması ile aynı sonucu doğurmaktadır. Diğer taraftan, cezaî şartın da aynen temerrüt faizinde olduğu gibi amacı, bir taraftan borçluyu ifaya

[392] Yargıtay 13. HD, 18.04.1995, tarih ve E1995/3746 K. 1996/3964 sayılı bir kararına göre, "*BK m. 158 ve devam eden maddelerinde sözü edilen ceza koşulu geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belirli bir yerde ve belirli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borcun ödenmesi gereken alacaklıya ispat yükü olmadan zararı alabilme yetkisi sağlayan feri nitelikte götürü bir edimdir. Bu tanımlamada da belirtildiği üzere geçerli olan her sözleşmede cezaî koşul kararlaştırılabilir. Bu kural Borçlar Yasasında tanımı yapılan sözleşmelerin serbestliği ilkesine dayanmaktadır. O sebeple para borçlarının ödenmesine ilişkin sözleşmelerde de cezaî koşul kararlaştırılabilir. Dahası para borçlarının ödenmemesi veya eksik veya geç ödenmesi halleri için ceza koşulu yanında ayrıca temerrüt faizi ödenmesi de öngörüle bilir. Bu nitelikte bir sözleşmenin yapılmasına engel bir hüküm yasalarımızda bulunmamaktadır*." Geniş bilgi için bkz: **DİRİCAN,** Gökhan, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezaî Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2007, s. 132-133.

[393]Geniş bilgi için bkz: **DİRİCAN,** s. 133-134.

zorlamak ve ifanın zamanında yapılmasına teşvik etmek[394], diğer taraftan ise alacaklının zararı ispat etmesine gerek olmadan, ifanın hiç veya gereği gibi yapılmadığı durumlarda öngörülen miktarın alacaklıya ödenmesini temin etmektir[395]. Bu durumda aynı fonksiyonu taşıyan iki müesseseden aynı anda borçlunun sorumlu olması, Tazminat Hukukuna hâkim olan ilkelere aykırı olduğu kanaatindeyiz. Zira bu durum, tazminat miktarı alacaklının uğradığı zararla sınırlıdır ilkesini, ağır şekilde zedeleyebilmektedir. Ayrıca alacaklı, her iki müesseseye dayanarak tazminat talebinde bulunması için zararın varlığını ispat etmesine de gerek yoktur. Böyle bir imkân, alacaklıya deyim yerinde ise, "ne iyi oldu da borç zamanında ödenmedi" dedirtebilmektedir.

Üçüncüsü, genel olarak uygulamada, bankaların vermiş oldukları kredileri teminat altına almak için ipoteğe başvurdukları görülmektedir. Burada kredi sözleşmesinin tarafının hem maddî hem de hukukî bakımdan zayıf durumda olduğu ve zaten ince ayrıntılarına kadar bankanın lehine hazırlanan sözleşmeyle muhatap olduğu unutulmamalıdır. Diğer taraftan kredi alan kişi, genellikle akıbetini düşünmeden veya tam bilmeden sözleşmeye taraf olmaktadırlar. Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, yeterince kendi aleyhine olan durumlarla karşılaşan kredi alana, ayrıca temerrüt faizi ile birlikte cezaî şartı da ödemekten sorumlu tutmak, adil olmadığı gibi, menfaatler dengesine de aykırıdır.

Dördüncüsü, cezaî şartla temerrüt faizinin birlikte uygulanacağını savunanların en önemli gerekçesi, tarafların irade serbestîsi ilkesidir. Hâlbuki irade serbestîsi ilkesi mutlak bir ilke olmayıp, özellikle tarafların menfaat dengesinin korunması ilkesi ile sınırlanmaktadır. Meselâ gabin hükümleri, faize faiz veya lex commissoria yasağı çerçevesinde tarafların iradesine bakılmaksızın irade serbestisi ilkesi sınırlanmaktadır. Dolayısıyla hem Azerbaycan Mülkî Mecellesinin sistemi, hem Anayasa Mahkemesinin tarafların menfaat dengesi korunması ilkesi gereği "borçlunun ağır şekilde

[394]**GÜNAY**, C., İlhan, "Cezaî Şart" Ankara, 2002, s. 74; **DİRİCAN,** s. 27.
[395]**KOCAĞA,** s. 41; **DİRİCAN,** s. 27.

yükümlü edilemeyeceği" kararı[396] ışığında konuyu değerlendiğimizde cezaî şartla temerrüt faizi birlikte uygulanamaz. Zira bu durum, hem Azerbaycan Anayasa Mahkemesinin yukarıda ifade edilen kararı ile getirilen kıstasa, hem de genel olarak Azerbaycan Mülkî Mecellesinin sistemine zıt olduğu kanaatindeyiz[397].

Son olarak belirtelim ki, cezaî şart ve temerrüt faizi, sözleşmeye genel işlem şartları çerçevesinde bir arada konulmuş olabilir. Böyle bir halde tam anlamıyla irade serbestîsinden söz edilemez. Zira genel işlem şartlarında kişi, sadece hazır olarak önüne konulan sözleşmeye taraf olup, olmamayı seçmekte ve kural olarak sözleşmenin muhtevasını değiştirme yetkisi bulunmamakta veya çok sınırlı olmaktadır. Sözleşmesin muhtevasını değiştirme veya seçme imkânı olmayan kişinin tam anlamıyla irade serbestîsi olmadığı gibi, tarafların serbest iradeleri ile cezaî şartın ve temerrüt faizini kararlaştırmaları da söz konusu olamaz.

6. Taşınmazın Korunması İçin Yapılan Makûl Masraflar

TMK 876. maddesine göre, taşınmazın korunması için yapılan mecburi masraflar da ipoteğin sağladığı teminatın kapsamına girer. Bu durumda alacaklı, taşınmaz eşyanın korunması için yaptığı masrafları, ipoteğin teminat kapsamından talep edebilir. Zira ipotekli taşınmazın değerinin korunması için gerekli masraflar yapılmayacak olursa ipotekli alacaklının zarara uğrayacağı açıktır[398].

---

[396] Yukarıda da ifade edildiği gibi mahkeme alacaklı ve borçlunun menfaatlerini dikkate alırken "*adaletli dengeyi sağlanması gerektiğine ve borçlunun aşırı derecede yüklü edilmesine hükmetmiştir"*. Azerbaycan Anayasa Mahkemesinin "AMM'nin 449. maddesinde yer alan bazı düzenlemelerinin şerhine dair" 09 temmuz 2009 tarihli kararı**,**
http://www.constcourt.gov.az/az/download/decission/-09[1].07.09.doc

[397] Zira Azerbaycan Mülkî Mecellesinde borçlunun sorumluluğu için her zaman kusurlu olması şarttır. Dolayısıyla kabul edilen sistem gereği Türk hukukundan farklı olarak borçlu daha çok korunmaktadır. Diğer taraftan da tazminat talebi için zararın ispatı da şarttır. Böyle bir sistemde alacaklıya hiç bir ispat yükü yüklemeden borçluyu hem cezaî şarttan hem de temerrüt faizinden sorumlu tutulması Azerbaycan Mülkî Mecellesinde kabul edilen sistem ile de bağdaşmaz.

[398] **HELVACI,** "İpotek" s. 156; **SARI**, "Rehin" s. 979; **GÜNEL**, "Kapsamı" s. 263; Fakat Azerbaycan hukukunda açık şekilde bu masrafın ipotek kapsamında talep edilebileceği düzenlenme**me**ktedir. Bu durumda taşınmaz üzerinde ipotekli alacaklı yaptığı masraflardan dolayı kanunî ipotek hakkı kazanmasa da ortaya çıkan talep yetkisi en azından vekaletsiz iş görmeye dayalı bir alacak hakkı

AİK 5. maddesine göre, *"İpotek sözleşmesinin şartları veya kanunun hükmü gereği ipotek konusu eşyanın bakımını ve korunmasını sağlama yükümlülüğü ipotek alanın üzerinde olduğu hallerde, söz konusu eşyanın bakımı ve korunması için yapılmış makûl masraflar, bundan başka vergiler ve diğer masraflar, ipotek konusu eşyanın değerinden ödenilir.*"

Madde metninden de görüldüğü üzere, ipoteğin sağladığı teminatın kapsamına girecek alacaklardan biri de, taşınmazın korunması için yapılan makûl masraflardır. Eğer ipotekli alacaklı, sözleşme veya kanunun hükmü gereği eşyanın bakımı ve korunmasından sorumluysa, bu durumda yaptığı masraflar ipoteğin teminat kapsamına dâhil edilir. Burada ipotekli alacaklı, yapmış olduğu masraflar sebebiyle taşınmaz üzerinde, kanunî ipotek hakkına sahip olur. Söz konusu masraflardan, taşınmaz maliki, kendisi ipotekli alacağın borçlusu olmasa dahi sorumludur[399].

Belirtelim ki, ipoteğin teminatı kapsamına taşınmazın korunması için yapılan her türlü masraf değil, sadece makûl masraflar girer. Makûl masraflar, eşyanın bakımı ve korunması için yapılan mecburi masraflarla sınırlı olmalıdır. Zira bu konuda ortaya çıkabilecek uyuşmazlığın, AMM'nin 157. maddesinde yer alan zilyedin iade borcunun kapsamını düzenleyen hükümler çerçevesinde çözülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Söz konusu hükümlere göre, iyiniyetli zilyet, zilyetliğinde bulunan eşya için yapmış olduğu mecburi ve faydalı masrafları malikten talep edebilir. Kanaatimizce, zilyet burada mecburi masrafları ipoteğin teminatı kapsamında (AİK m. 5), faydalı masraflar ise, adi alacak olarak talep edilebilir. Başka bir ifade ile, ipotekli alacaklı, faydalı masrafları malikten talep edebilir ama bu alacak, ipoteğin teminatı kapsamına dâhil edilmez. Burada özellikle ödenilen vergiler ve taşınmazın bakımı için yapılan diğer masrafların asıl alacakla beraber ipoteğin teminat kapsamına dâhil olmalıdır. Bundan başka malikin ödemediği sigorta primlerini ödeyen ipotekli alacaklının yaptığı masraf, teminat kapsamında değerlenmektedir. Zira bunların hepsi mecburi masraflardır.

---

niteliğindedir. Türk hukukunda bu yönde görüş için bkz: **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR** s. 738, dp. 184.

[399]**OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 732.

Son olarak belirtelim ki, Türk hukukunda ipotekli alacaklı, ipotek konusu eşyanın korunmasından bizzat sorumlu değilse, gerekli tedbirleri alması için mahkeme kararı ile yetki alması gerekir. Mahkeme gerekli yetkiyi verirse, yapılan masraflar ipoteğin sağladığı teminat kapsamına dâhil edilir. Fakat gecikme tehlikesi bulunan hallerde ipotekli alacaklı, mahkemeden izin almadan gerekli tedbirleri bizzat alabileceği ifade edilir[400].

7. Diğer Zararlar

Diğer zararlar kapsamına ilk olarak temerrüt faizini aşan zararın gireceği kanaatindeyiz. Munzam zarar olarak ifade edilen bu zararın talep edilebilmesi için temerrüt faizi ile karşılanamayan bir zararın bulunması gerekir. Munzam zararın varlığını ve miktarını, zararı talep eden alacaklı ispat etmelidir. Burada ayrıca temerrüt ile munzam zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir[401]. Sadece mantıki illiyet bağının bulunması yeterli değildir[402].

Zamanında para alacağını tahsil edemeyen alacaklı temerrütten önce bir takım hukukî ilişkilere girmiş olabilir. Bu hukukî ilişkilerden dolayı vaatlerini zamanında yerine getiremeyen alacaklı, kendisi temerrüde düşebilir veya borcun imkânsızlığından sorumlu olabilir. Alacaklı bu yüzden üçüncü kişilere ödemekle yükümlü olduğu gecikme tazminatı, cezaî şart ve benzeri giderler dolayısıyla bir zarara uğramış olabilir. Bu durumda, temerrüt faizinin miktarı ortaya çıkan zararı karşılamıyorsa ve borçlunun temerrüdü ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunuyorsa, alacaklı bütün zararları talep edebilir. Ancak bunun için alacaklı, temerrüt sebebiyle gecikme tazminatı, cezaî şart veya kredi faizi ödediğini, masraf yaptığını, mallarının değerinden daha düşük

---

[400] **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 73; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s. 1016.

[401] Türk hukukunda munzam zararın şartları ve hesaplanması konusunda geniş bilgi için bkz: **AYRANCI**, s. 123 vd.

[402] Konuyla ilgili olarak Yargıtay 18. HD, 22.03.1994, tarih ve E 994/2060 K. 94/3571 sayılı bir kararında " *Alacağı bankaya koyup daha yüksek faiz alacağına dair genel, afaki ve doğrudan davacının zararını ifade etmeyen, genel konjöktürel olgular BK'nun 105. maddesinde sözü edilen munzam zarar tazminatı gerektirmez*" sonucuna varmıştır. **YASAMAN,** s. 236**.**

fiyatla sattığını ispat yükü altındadır[403]. Bundan başka, enflasyon[404] ve devalüasyon[405] veya döviz kurunda meydana gelen değişikler sebebiyle yabancı para borçlarında, para değerini kaybeder ve bunlara bağlı olarak temerrüt faizi ile karşılanamayan bir zarar ortaya çıkarsa, borçlu bundan da sorumlu tutulabilir. Belirtelim ki, devalüasyon sebebiyle alacaklı doğrudan zarara uğramaz. Fakat devalüasyon paranın değerini kaybetmesine yol açmış ise ve borçlu temerrüde düşmesi sebebiyle alacaklı bu zarardan korunamamışsa, alacaklı söz konusu zararı talep edebiler[406].

Azerbaycan hukukunda, yukarıda sözü edilen konu ile ilgili olarak AMM'nin 449. maddesinin 3. fıkrasında[407] yer alan düzenlemeye göre, borçlunun temerrüdü sonucunda alacaklının uğradığı zarar, temerrüt faizini aşıyorsa, o zaman temerrüt faizini aşan kısmını borçludan talep edilebilir.

Türk hukukunda olduğu gibi, Azerbaycan hukukunda da borçlunun munzam zarar sorumluluğundan kurtulabilmesi için kusursuz olduğunu

---

[403]**YASAMAN,** s. 236; Alacaklının uğradığı munzam zararın belirlenmesinden sonra borçlu yeniden temerrüde düşerse tekrar bir munzam zarar talep edilemez. Konuyla ilgili olarak Yargıtay 11. HD, 04.11.2003 tarih ve E 2003/5282 K. 2003/10398 sayılı bir kararında "… *yasa, asıl ilişkiden kaynaklanan ana borcun geç ödenmesi sebebiyle kusurlu borçluyu munzam zararın ödenmesinde yükümlü tutmuş olup, temerrüt faizini aşan zararı faizi ile birlikte ödeyen borçlunun bu alacağın da munzam zararını ödemekle yükümlü olacağı yönünde bir düzenleme getirilmemiştir. Diğer bir değişle munzam zararın munzam zararı kavramına yer verilmemiştir. Dahası yasa koyucu bu tür uyuşmazlıkları bir an evvel kesmek için aynı maddenin ikinci fıkrasında, asıl davada munzam zararın karşılana bileceğini de hüküm altına almıştır. Esasen yasa koyucunun bu düzenlemedeki amacı, asıl borç ilişkisi sebebiyle geç ödemede bulunan borçlunun ödediği temerrüt faizini aşan zararı karşılamak ve o aşamada taraflar arasında alacak borç ilişkisini bitirmektir. Aksi düşüncenin kabulü, yasa koyucun bu amacına ters düşecektir.*" şeklinde hüküm etmiştir. **(**naklen: **AYRANCI,** s. 151.)

[404]Yargıtay 11. HD, 04.11.2003 tarih ve E 2003/5282 K. 2003/10398 sayılı bir kararında "… satış bedeli olarak verilen paranın alım gücünün ilk ödeme tarihindeki alım gücüne ulaştırılması ve o şekilde iadeye karar verilmesi uygun olacaktır. Aksi takdirde kısmi iade durumu oluşacak, iade dışındaki zenginleşme iade borçlusu yedinde haksız zenginleşme olarak kalacak, iade borçlularının direnmelerine sebep olacaktır…" demektedir. **ALBAŞ,** Hakan, "Para Değerinden Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği", İstanbul, 2004, s. 93-94**.**

[405] Devalüasyon paranın değerinin yetkili organlarca düşürülmesidir. Başka bir ifade ile devalüasyon ulusal paranın satın alma gücünün yabancı paraya oranla düşürülmesidir. **YILMAZ**, Ejder "Hukuk Sözlüğü" Ankara, 2004; s. 273.

[406]**AYRANCI**, s. 174**.**

[407] AMM m. 449.3. göre, " Eğer alacaklıya ait meblağının (para kütlesinin) haksız kullanılması sonucunda onun uğradığı zarar bu Mecellenin 449.1. maddesi ile öngörülen faizlerin miktarını aşıyorsa, alacaklı söz konusu miktarı aşan kısmın ödenmesini talep edebilir." Hükümde her ne kadar "449.1. maddede öngörülen faizlerin miktarını" aşan zarardan söz edilse de, burada faizi aşan zararın tazmini sadece 449.1'de öngörülen kanunî faiz oranı uygulandığı hallerle sınırlı olmamalıdır. Diğer temerrüt faizi oranları uygulandığı hallerde de temerrüt faizini aşan kısmın ödenilmesi bu maddenin kapsamında talep edilebilir.

ispatlaması gerekir. Borçlu her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun kusurlu olduğu karine olarak kabul edilir.

Son olarak da belirtelim ki, ipotek alacaklısı yukarıda bahsedilen kapsamda munzam dışında ortaya çıkan diğer zararları da talep edebilir. Özellikle ipoteğin teminat altına aldığı alacağın para dışında diğer alacaklar olduğunda bu durum söz konusu olabilir.

C. Üst Sınır İpoteği (Maksimal, Maximal İpotek)

Kural olarak bir borç ilişkisinden doğmuş, fakat miktarı henüz belli olmayan bir alacağın veya henüz doğmamış, yani ileride doğacak bir alacağın ipotekle teminat altına alınması mümkündür. Bu durumda, alacağın miktarı bilinmediğinden belirlilik ilkesinin bir gereği, taşınmazın azamî olarak ne miktar için teminat teşkil edeceğinin sözleşmede belirtilmesi gerekir. Üst sınır ipoteği olarak ifade etmeyi tercih ettiğimiz bu müessese, Türk doktrininde "üst limit ipoteği", "azami meblağ ipoteği", "azami had ipoteği", "en çok meblağ ipoteği", "maksimal ipotek" gibi farklı isimlerle anılmaktadır[408].

Türk hukukunda, hâkim görüşe göre, üst sınır ipoteği, tapu siciline tescil edilen yük miktarında ipotekli alacaklının bütün alacakları için en yüksek haddi teşkil etmektedir[409]. Dolayısıyla alacaklı, tapu siciline tescil edilen yük miktarı dışında kalan anapara, takip masrafları, temerrüt faizi ve anapara faizi ve diğer alacakların üst sınırı aşmadıkları takdirde, teminattan yararlanabilecekleri kabul edilmektedir. İpotek konusu taşınmaz, paraya çevrilmesi yoluyla ele geçen bütün yan alacakları karşılasa bile, teminat kapsamı, tapu sicilinde belirtilen üst sınırı geçemez. Üst sınırı aşan alacaklar, ipoteğin sağladığı teminattan yararlanamaz ve birer adi alacak olarak kalırlar[410].

---

[408] **ALTOP**, s. 24.

[409] **ALTOP**, s. 24; **GÜLEKLİ**, s. 96; **KÖRPÜLÜ / KANETİ**, s. 288; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL** s. 968.

[410] **HELVACI,** "İpotek" s. 157; Aksi görüşü savunan, Reisoğlu'ya göre**,** üst sınır ipoteği ile ilgili düzenlemeler, ireli de doğacak alacağın ipoteği zamanı, söz konusu alacağın azami miktarını tapuda göstermeye yöneliktir. Diğer bir ifade ile üst sınır ipoteğinde öngörülen azami miktar anapara miktarı için sınır teşkil etmesi gerekir ve yan alacaklar bu sınıra tâbi değildir. Fakat taraflar karşılıklı

Yargıtay'ın önceleri birbiriyle çelişen kararlar verdiği[411] sonralar ise, hâkim görüşü benimsediği görülmektedir[412]. Ayrıca tarafların, üst sınır ipoteği ile ilgili kabul edilen düzenlemelerin aksini kararlaştırmalarının mümkün olmadığı, Yargıtay kararlarında açıkça belirtilmektedir[413].

Azerbaycan hukukunda, üst sınır ipoteği ile ilgili olarak AİK'nun 4. maddesinin 2. fıkrasında şu düzenlemeye yer verilmektedir: "Kanunun 4.1.4.[414] veya 5.[415] maddesinde öngörülen talepler istisna olmak şartıyla, ipotek sözleşmesinde esas borcun (anaparanın) miktarı net olarak belirtilmişse, söz konusu borç sadece bu miktarda teminat altına alınmış sayılma**ma**ktadır"

Hüküm hem anlatım hem de cümle yapısı yönüyle sakattır. Aynı zamanda düzenleme bir çok yönüyle de isabetsizdir:

Evvelâ, maddede "ipotek sözleşmesinde esas borcun (anaparanın) miktarı net olarak belirtilmişse, söz konusu borç sadece bu miktarda teminat altına alınmış sayılma***ma***ktadır" demektedir. Yanı üst sınır gösterilse bile üst sınırı aşan kısım teminattan yararlanılabilir. Bu durumda üst sınır gösterilmesi anlamı nedir?! Tam aksine hükmün bir önem arz etmesi için üst sınırı aşan kısım teminattan yararlanmaması gerekir.

İkincisi, maddeye göre, sadece kanunun m. 4.1.4. ve 5. maddesinde öngörülen talepler, üst sınırı aşarsa, teminat altına alınmış

---

anlaşarak bunun aksini, yani belirlenen meblağın yan alacakları da kapsadığı ve kesinlikle aşılmayacağını geçerli olarak kararlaştırabilirer. **REİSOĞLU,** "Kapsam", s. 15.

[411] Konuyla ilgili olarak geniş bilgi için bkz: **ALTOP,** s. 25.

[412] Yargıtay 11. HD, 26.12. 1985 tarih ve 75 / 981 sayılı bir kararına göre, "… *üst sınır veya maksimal ipotekte MK.-nun /90 maddesinin uygulama imkanı olmayıp, taşınmazlar ancak saptanmış miktar kadar güvence oluşturur. Dolayısıyla da anapara, faiz ve giderler ile ve s. toplamı ipotek sözleşmesinde belirtilmiş olan üst sınırı geçemez. Bu itibarla alacaklının tapunun rehinler hanesinde kaydedilmiş olan miktardan daha fazla alacağı gerçekleştiği takdirde, üst sınırı geçen miktar, ipotekli değil, ancak adi alacak olarak borçludan istenebilir. İpotek veren üçüncü kişi ise bu şahıs adi alacaktan sorumlu olmaz.*" Konuyla ilgili bu ve diğer kararlar için bkz. **ALTOP,** s. 26.

[413] Yargıtay 11. HD, 08.03.1990 tarih ve E 88 / 9717 K. 1883 sayılı bir kararında " *İpotek veren kişinin sorumluluğu, ipotek sözleşmesinde belirtilen miktar ile sınırlıdır. Taraflara arasındaki akit toplam (9.950.000)lira üst sınır olup, ipoteği verenin temerrüdü ve sonuçlarından taşınmazın sorumlu tutulması mümkün değildir."*

[414] 4.1.4. ipoteğin paraya çevrilmesi ile ilgili mahkeme masrafları ve diğer masrafların ödenilmesi

[415] Söz konusu hükme göre, "İpotek sözleşmesinin şartları veya kanunun hükmü gereği ipotek konusu eşyanın bakımını ve korunmasını sağlama yükümlülüğü ipotek alanın üzerinde olduğu hallerde, söz konusu eşyanın bakımı ve korunması için çekilmiş makul masraflar, bundan başka vergiler ve diğer masraflar, ipotek konusu eşyanın değerinden ödeniliyor."

sayılmayacaklardır. Yani sadece ipoteğin paraya çevrilmesi ile ilgili çekilmiş masraflar, ipotek konusu eşyanın bakımı ve korunması için yapılmış masraflar üst sınırı aşarsa teminattan yararlanamayacaklardır. Bunun dışında diğer alacaklar ipoteğin teminatı kapsamına dâhil edilir. Yani, anapara borcu, faizler veya ifanın gecikmesi sebebiyle uğranılan zararlar ipotek sözleşmesinde gösterilen üst sınırı aşsa bile, teminat kapsamında talep edilebilir. Teminatın kapsamının bu şekilde genişletilmesi, hem üst sınır müessesesini anlamsız kılmakla, hem de üst sınır ile amaçlanan teminat miktarının belirli olması ilkesini zedelemektedir. Dolayısıyla söz konusu hüküm Eşya Hukukunda hâkim olan genel ilkelere de aykırıdır.

Kanaatimizce, yukarıda bahsedilen hüküm, Rus İpotek Kanunun 3. maddesinin 3. fıkrasından[416] alınmıştır. Fakat tercüme hatasının bir sonucu bu şekilde düzenlenmiştir. Zira söz konusu düzenlemede anapara borcu, faizler veya ifanın gecikmesi yüzünden uğranılan zararların üst sınır miktarını aşması durumunda, ipoteğin sağladığı teminattan yararlanmayacakları ifade edilmektedir. Bunun aksine, ipoteğin paraya çevrilmesi ile ilgili çekilmiş masraflar ve ipotek konusu eşyanın bakımı ve korunması için yapılmış masraflar, üst sınırı aşabileceği kabul edilmektedir. Yani sözleşmede üst sınır olarak belirtilmiş olan meblağı aşsa bile ipoteğin teminatı kapsamına dâhil edilir.

Üçüncüsü, "Kanunun 4.1.4. **veya** 5. maddesinde öngörülen talepler müstesna…" denilmektedir. Burada "**ve**" değil de "**veya**" kullanılmasının hiç bir makûl gerekçesi görünmemektedir[417].

Sonuç olarak, söz konusu maddenin bu şeklî ile uygulanmasının isabetli olmayacağı kanaatindeyiz. Dikkat edilirse söz konusu maddede yer alan "sayılmamaktadır" kelimesini olumlu kullanırsak kaynak Rus İpotek Kanunun 3. maddesinin 3. fıkrasının "aynısı" olduğu görülür. Dolayısıyla

[416] Söz konusu hürkme göre, "Bu maddenin 1. fıkrasının 3. ve 4. bentlerinde ve bu kanunun 4. maddesinde yer alan talepler istisna olması şartıyla, eğer ipotek sözleşmesinde alacaklının ipotekle teminat altına alınan talepleri bakımından net bir miktar belirtilmişse, borçlunun ipotekli alacaklı karşısındaki borcunun söz konusu miktarı aşan kısmı ipotekle teminat altına alınmış sayılmayacaktır". İstisnalar, ipoteğin paraya çevrilmesi ile ilgili ortaya çıkan masraflar (3.1.3 ve 3.1.4.) ve taşınmazın bakımını ve korunması (m.4.) için yapılan masraflardır.

[417] Rus İpotek Kanunun 3. maddesinde "ve" kelimesi kullanılmaktadır.

AİK'nun 4. maddesinin 2. fıkrasının son kelimesi olan "sayılma**ma**ktadır" kelimesi tercüme hatası olarak olumsuz kullanılmış ve burada "sayılacaktır" şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Bu durumda maddede yer alan üst sınır bir anlam kazanır, hem düzenleme daha anlaşılır olur, hem de kaynak kanununda yer alan hükme uygun düzenleme getirilmiş olur. Ayrıca "sayılacaktır" ifadesi maddenin cümle yapısına da uygundur.

§14. TAŞINMAZ İPOTEĞİNİN TEMİNAT YÜKÜNÜN KAPSAMINDAKİ DEĞERLER

I. Genel Olarak

Bir taşınmaz ipoteği ile teminat altına alınan alacağın, zamanında ifa edilmemesi dolayısıyla, ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesi durumunda, teminat kapsamına hangi değerlerin girip girmediğinin tespiti önem arz etmektedir. Başka bir ifade ile, hangi değerler paraya çevrilerek ipotekli alacaklının alacağı karşılanabilir. Tabiî ki ilk önce ipotekli taşınmazın kendisi alacağı teminat kapsamına alınmaktadır. Bunun dışında AİK'nun 7. maddesine göre, şartları gerçekleştiğinde eklenti (teferruat) ve bütünleyici parça[418] (mütemmim cüz) da ipoteğin teminat kapsamında değerlendirilebilir. Ayrıca buna, taşınmazın yerine geçen sigorta tazminatı (surrogat) ve kamulaştırma bedeli gibi kaim değerlerin de, ipoteğin teminatı kapsamına eklemek gerekmektedir.

İpotek konusu taşınmaz lehine, bir diğer taşınmaz üzerinde gerek ipotek tesis edilmeden önce gerekse ipotek tesis edildikten sonra bir irtifak hakkı kurulmuş olabilir[419]. Bu irtifak haklarının ipotek konusu taşınmazın değerini artıracağına ve dolayısıyla da ipotekli alacaklının tatmin edilmesine yönelik değerler arasına gireceğine hiçbir şüphe yoktur[420].

---

[418] Azerbaycan hukukunda eklenti "*levazımat",* bütünleyici parça ise "*terkip hisse"* olarak ifade edilmektedir.

[419] Meselâ ana yola çıkışı olmayan ipotekli taşınmaz lehine bir diğer taşınmaz üzerinde bir geçit irtifakı kurulmuş olabilir veya üzerinde su kaynağı olmayan ipotekli taşınmaz lehine bir diğer taşınmaz üzerinde kaynak irtifakı kurulmuş olabilir.

[420] **SARI,** "Rehin", s. 994; **GÜNEL,** C., Mustafa, **"**Taşınmaz Rehninin Kapsamı Çerçevesinde Eklentinin Durumu" (yayınlanmamış yüksek lisans tezi) İstanbul, 2002, s. 17.

Aşağıda taşınmaz ipoteğin teminat çerçevesini oluşturan değerler ayrı başlıklar altında incelenmektedir.

II. İpotek Konusu Taşınmaz

İpoteğin konusunu her şeyden önce taşınmazın kendisi teşkil etmektedir. Yani ipoteğin paraya çevrilmesi sırasında ilk olarak üzerinde ipotek hakkı tesis edilmiş taşınmaz satışa çıkarılır. Söz konusu taşınmaz bir bütün olarak ipotekli alacağı teminat altına almaktadır. Taşınmaz ipoteğinin miktarı ve sırası ne olursa olsun, ipotekli taşınmaz, teminat altına aldığı alacağının tamamını kapsamaktadır[421].

İpoteğe konu olabilecek taşınmaz malvarlığı değerlerinin hangileri olduğu daha önce de ele alındığından[422] burada yeniden incelenme konusu yapılmamaktadır.

III. Taşınmazın Eklentileri (Teferruatı)

A. Eklenti Kavramı

TMK'nun 686. maddesinin 2. ve 3. fıkrasında taşınmazın eklentisi ile ilgili olarak şu hükümlere yer verilmiştir:

"*Eklenti asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel adetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlanması için asıl şeye sürekli olarak özgülenen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır.*

Eklenti asıl şeyden geçici olarak ayrılmakla bu niteliğini kaybetmez."

Bu madde, TMK m. 687 ile birlikte değerlendirildiğinde eklenti, ekonomik amaç yönünden asıl şeye sürekli olarak tahsis edilen ve

[421] **RESİOĞLU**, "İpoteğin Kapsamı," s. 16; **GÜNEL, "**Eklenti**",** s. 17.
[422] Bkz: İpeteğe Konu Olabilecek Taşınamazlar, §6

kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir şekilde asıl şeye bağlı olan bağımsız taşınır eşyadır[423].

AMM'nin "Eşya haklarının konusu" kenar başlığını taşıyan 135. maddenin 11. fıkrasında eklentinin tarifi şu şekilde verilmektedir:

"Genel anlamda veya esas eşyanın malikinin açık idaresindeki eşyanın sürekli kullanılması, esas eşyanın işletilmesi veya korunması için öngörülen ve ona bağlanan (uygunlaştırılan) taşınır eşyalar eklentidir. Eğer eşya eklenti sayılırsa, onun bu niteliği eşyadan geçici olarak ayrıldığı durumlarda da korunur. Eğer aksi kararlaştırılmamışsa, esas eşya üzerindeki zilyetlik, eklenti için de geçerlidir."

Maddede geçen "süreklilik" kavramının sadece "kullanılma" bakımından arandığı gibi bir anlam çıkmaktadır. Fakat söz konusu maddenin bir tercüme olduğu ve eklenti müessesesinin mahiyeti dikkate alındığında sürekliliğin hem kullanılma, hem işletilme, hem de korunma bakımından şart olduğu kabul edilmelidir. Diğer taraftan burada, esas eşya üzerindeki zilyetliğin eklenti için de geçerli olmasının ifade edilmesi, isabetli olmamıştır. Zira öncelikli olarak belirtelim ki, esas eşya üzerinde zilyet her zaman eklenti üzerinde de zilyet değildir. Zilyetlik bir fiilî hâkimiyeti ifade eder ve esas eşya üzerinde fiilî hâkimiyetin kurulması her zaman eklenti üzerinde de hâkimiyetin kurulması anlamına gelmez[424].

İkincisi, söz konusu düzenlemenin AMM'nin konuyla ilgili diğer maddeleri (m. 191.2, 278, 395 vs.) ile birlikte değerlendirildiğinde aslında burada ifade edilmek istenilen, malikin esas eşya üzerindeki tasarrufunun eklenti için de geçerli olacağıdır. Fakat belirtelim ki, bu kural emredici nitelikte olmayıp, taraflar isterse bunun aksini kararlaştırabilirler.

---

[423] **EREN,** "Mülkiyet" s.71; **ÜNAL,** Mehmet/ **BAŞPINAR,** Veysel, "Şeklî Eşya Hukuku" 4. Baskı, Ankara 2008, s. 74-75. **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s. 72; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 242; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCOĞLU/ ATOP,** "Eşya" s. 543; **SAYMEN/ ELBİR** s. 230; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**; s. 388; **GÜNEL, "**Eklenti", s. 4.
Yargıtay 04. HD, 06.03.1985 tarih ve E 550K. 1842 sayılı bir kararında eklentiyi şu şekilde tarif etmektedir: "teferruat, anamalı korumak, verimini artırmak, ondan yaralanmak için onunla sürekli bir biçimde birleştirilen taşınırlara denir" **KARAHASAN**, **M. R.**, Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku, Mülkiyet Hukuku; C. 1, İstanbul, 1999, s. 85, dp. 74.

[424] **SÜLEYMANLI,** "Eşya"**,** s. 83**.**

Yukarıda zikredilen hükme göre, eklenti, taşınır veya taşınmaz bir eşyanın ekonomik olarak kullanılması, işletilmesi ve korunması için o eşyaya devamlı şekilde tahsis olunan taşınır eşyadır. Ayrıca hükümde, bağımsız nitelikte bir taşınır eşyanın[425] bir taşınmazın eklentisi olabilmesi, ilk önce onunla taşınmaz arasında bir bağlantının olmasını aramaktadır. Bunun için eklenti niteliğini kazanacak taşınır eşyanın kullanılırken taşınmaza takılması, onunla birleştirilmesi veya ona tâbi olması gerekir[426]. Bunun dışında, taşınmazla bu şekilde bağlantılı olan taşınır eşyanın taşınmazın, işletilmesi, kullanılması veya koruması için ona tahsis edilmiş olması gerekir. Bu tahsis olunma ya malikin iradesinden veya yerel adetlerden ileri gelmelidir[427]. Yine söz konusu hükme göre, taşınmazın eklentisi niteliğini kazanmış taşınır bir eşyanın taşınmazdan geçici olarak ayrılması onun, bu niteliğini etkilemez. Meselâ bir işletmenin makinelerin bakımı ve onarımı için bir süreliğine işletmeden uzaklaştırılmaları durumunda eşyanın eklenti durumu sona ermez.

B. Taşınmaz İpoteği Kapsamındaki Eklenti

TMK'nun 862. maddesinin 1. fıkrasına göre, "*Rehin, taşınmazı bütünleyici parçaları ve eklentileri ile birlikte yükümlü kılar.*" Türk hukukunda eklenti, aksi kararlaştırılmadıkça kendiliğinden ipoteğin kapsamına dâhil olmaktadır. Eklentinin ipoteğin kapsamına dâhil olması durumunda, malik elindeki taşınırları teslim şartlı rehin kurmadan teminat kapsamında değerlendirebilme imkânını elde etmektedir. Bununla da malik, hem taşınmazın değerini artırmakta hem de teminat altına alınacak kredi imkânını genişletmektedir. Diğer taraftan da eklenti taşınmazın bir parçası olarak

[425] Bir taşınmaz malvarlığı değerinin eklenti niteliğinde olması mümkün değildir. Fakat, bir taşınmaz değeri esas eşyanın bütünleyici parçası olabilir.
[426] Türk hukukunda bkz: **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR** s. 245; **ÜNAL/ BAŞPINAR,** s. 74-75**; HELVACI**, "İpotek" s. 179; Bu bağlantının bütünleyici parça ile taşınmaz arasında bulunması gereken bir nitelikte yani, sıkı şekilde olması gerekmemektedir. Meselâ, konutun mobilyaları arasında sıkı bir bağlantı bulunmasa da mobilyalar konutun eklentileridir. Yargıtay, 12. HD, 13.03.1995 tarih ve E: 2916, K: 3359; **UYAR,** s. 2892-3893.
[427] **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 244; **ÜNAL/ BAŞPINAR,** s. 74**; HELVACI**, "İpotek" s. 179.

ipoteğin konusu olduğunda malik, vasıtasız zilyetliği koruyarak onu kullanmaya devam edebilmektedir[428].

AİK'nun "İpoteğin özellikleri" kenar başlığı altında yer alan 7. maddenin 1. fıkrasına göre, "Eğer sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, ipotekli alacaklının ipotek konusu eşya üzerindeki hakkı, eşyanın eklentisini de kapsamaktadır."

Metinden de görüldüğü üzere, taşınmaz üzerinde ipotek kurmak isteyen kişi, taşınmazın eklentilerini de ipoteğin kapsamına dâhil ederek ipoteğin teminat kapsamını artırabilmektedir. Eklentinin ipoteğin teminat kapsamına dâhil olmasının sonucu, ipotek konusu taşınmazın paraya çevrilerken taşınmazın eklentisinin de paraya çevrilmesidir. Dolayısıyla taşınmazın eklentisi ile birlikte satılmasından ele geçen bedel, ipotekle teminat altına alınmış alacağın tahsili için kullanılabilir.

Eklentilerin ipoteğin kapsamına dâhil olmaları için, ne zaman eklenti haline geldiklerinin hiç bir önemi yoktur. Eklentinin ipotek konusu taşınmaza, ipotek tesis edildikten sonra veya önce tahsis edilmiş olması önemli değildir. Türk Hukukunda olduğu gibi, Azerbaycan hukukunda da sözleşmede aksi yönde hüküm bulunmadığı sürece eklenti, kendiliğinden ipoteğin teminat kapsamına girer [429] . Bundan başka, ipotekli alacaklının, eklentinin mevcudiyetini bilip bilmemesinin de hiç bir önemi yoktur. Yani ipotek hakkı sahibi, eklentinin durumundan haberdar olmasa bile, sözleşmede aksine bir şart öngörülmedikçe, eklenti ipoteğin teminat kapsamına dâhil edilir[430].

Son olarak belirtelim ki, Azerbaycan hukukunda eklentinin tapu kütüğünde kaydı yapılmalıdır. Zira ATSK'nun m. 13.9.1. göre taşınmazla ilgili bütün zarurî bilgilerin, tapu sicilinin beyanlar sütununa yazılması gerekir.

---

[428] **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 724; **HELVACI,** "İpotekse. 177.

[429] Konuyla ilgili olarak Yargıtay 12. HD, T: 20.04. 2004, E 2004/5739, K. 9830 sayılı bir kararında "… (Türk) Medeni Kanunun 862. Maddesine göre taşınmaz rehni taşınmazın bütünleyici parçaları ve eklentileri (teferruatı) kapsamına alır. İpotek tesisten sonra taşınmaza dahil edilen bütünleyici parçalar ve eklentiler de ipotek kapsamına girer. Kaldı ki ipotek akit tablosunda sonradan ilâve edilen menkullerin ipotek kapsamına gireceğinin belirlendiği görülmüştür…" (Kazancı İçtihat Bankası)

[430]**OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 726; Belirtelim ki, Azerbaycan'da uygulamaya bakıldığında genellikle ipotek sözleşmesinde eklenti ile ilgili bir anlaşma öngörülmemekte ve buna rağmen ipotek paraya çevrilerken kural olarak malik taşınmazlara ait eklentileri alıp götürmektedir.

Böyle bir kaydın, yani ipotek kurulurken taşınmazın eklentisi olarak gösterilmesi ve tapu siciline bu şekilde yazılması, taşınır eşyanın ipotekli taşınmazın eklentisi olduğuna dair bir karine teşkil etmektedir. Aksinin ispatı mümkündür. Bunu iddia eden kişi iddiasını ispatla yükümlüdür[431].

C. Eşyanın Eklenti Niteliğini Yitirmesi

Malik, ipoteğin kurulduğu sırada mevcut olup, ipoteğin kapsamına dâhil edilen eklentiyi, taşınmazdan ayırabilir mi ve bu ayırma gerçekleşirse bunun şartları ve sonuçları ne olur? İpotekli taşınmazın maliki eklentiyi ayırırsa, ipoteğin kapsamını bu durum nasıl etkiler ve üçüncü kişinin eklenti üzerinde elde ettiği haklar korunur mu? Bu soruların cevabını Türk ve Azerbaycan hukuku bakımından incelemek gerekir.

Türk hukukunda malik ipoteğin kurulduğu sırada mevcut olup ipoteğin kapsamına dâhil edilen eklentiyi ayırabilir. Fakat bunun ipotekli alacaklıya zarar vermemesi gerekir. Malik eklentiyi ipotekli taşınmazdan ancak iyi bir idarenin gereği ise ayırabilir. Bunun için ayrılmanın taşınmaza faydalı olması gerekir. Aksi takdirde bu yetkiye sahip değildir[432].

AİK'da (m.25.3.1.) ve AMM'de (m.312) yer alan hükümlere göre, ipotekli taşınmazın maliki, ipotek konusu eşyanın değerini korumakla yükümlüdür. Ayrıca ipotekli alacaklının ipotek konusu taşınmazın değerinin

---

[431] Konuyla ilgili Yargıtay' aynı görüşü benimsediği görülür. bkz: 12. HD, T: 21.03.2002, E 2002/3961, K.2002/5736. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında aynı sonuca vardığı görülmektedir. " … *taşınırların ipotekli taşınmazların eklentisi niteliğine sahip olarak ipoteğin kapsamına girip girmeyeceği hususunda (MK m. 862 /f2) çerçevesinde tapu kütüğüne yapılan kaydın bir karine yarattığı ve bu karinenin aksinin ispatının her zaman mümkün olduğu, yalnız ipotek konusu taşınmazın işletilmesi, korunması ondan yararlanılması için ya da ipotekli taşınmaz üzerinde gerçekleştirilen sınai ve endüstriyel bir faaliyet için gerekli yada yararlı olan taşınır nesnelerin ipotekli taşınmazın eklentisi niteliğine sahip olabileceklerini, halbuki somut olayda taşınırların ipotekli taşınmazın ekonomik amacına sürekli olarak tahsis edilmesine ilişkin objektif şartın gerçekleşmediğini, zira söz konusu araç ve gereçlerin, üzerinde büronun kurulu olduğu taşınmazın işletilmesi, korunması yada ondan yararlanılması için gerekli olmadığı, bilakis taşınırlardan başka yerdeki inşaat alanlarında yararlanıldığını, bu sebeple bunların ipotekle yükümlü taşınmazın eklentisi olarak kabul edilmelerinin mümkün olmadığını, tapudaki kaydın eklenti için gerekli yasal şartların yerini almayacağını, bu kaydın kanunen gerekli şartlara sahip olmayan taşınırları taşınmazın eklentisi haline getirmeyeceğini ve ipoteğin kapsamına dahil edilmelerine yetmeyeceğinin kabul etmiştir*." (naklen: **HELVACI,** "İpotek" s. 182).

[432] Türk Hukukunda bu konuda bkz: **GÜNEL,** "Eklenti" s. 55; **GÜLEKLİ,** s. 24; **DAVRAN,** Bülent, Gayrimenkul Rehninin Teferruata Şümulü, İstanbul,1956, s. 570.

korunmasını herkesten talep edebileceği ifade edilir. Hatta taşınmazın zarara uğrama tehlikesi bulunduğu durumlarda, şartlar gerçekleşmişse ipotekli alacaklının, borç muaccel olmadan ifasını talep etme yetkisi bulunmaktadır. Borç ifa edilmediği takdirde, öngörülen süreyi beklemeden, ipotekli taşınmazı paraya çevirtme hakkı elde ettiği kabul edilmiştir[433].

Azerbaycan hukukunda taşınmaz ipoteğinin kurulduğu sırada ipoteğin kapsamına dâhil edilen eklentinin taşınmazdan ayrılabilmesi ile ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce Türk hukukunda olduğu gibi[434], Azerbaycan hukukunda da, malik eklentiyi ipotekli taşınmazdan ancak iyi bir idarenin gereği ise ayırabilir. Ayrıca AMM m. 318.2 göre malik, ipotek kurulduktan sonra taşınmazla bir araya getirerek ipoteğin kapsamına dâhil edilen eklentileri taşınmazdan ayırmak ve dolayısıyla da ipoteğin teminat kapsamından çıkartmak konusunda bütünüyle serbesttir. Bununla birlikte, Türk hukukunda olduğu gibi[435], Azerbaycan hukukunda da malikin, bu eklentileri taşınmazdan ayırırken taşınmazın ipotek tesis edildiği sıradaki değerine zarar vermemesi gerekir. Aksi halde ipotekli alacaklı, taşınmazın değerinin korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanma yoluna gidebilir.

Eğer malik ipotek kurulurken ipoteğin kapsamında bulunan eklentiyi iyi bir idarenin gereği olmadan taşınmazdan ayırırsa, bu durumda eklenti üzerinde hak elde eden üçüncü kişilerin durumu, iyiniyetli olup olmamasına göre değişir. Üçüncü kişi, eklenti niteliğini yitiren bu eşya üzerinde alacaklının ipotek hakkının bulunduğunu biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, iyiniyet iddiasında bulunamaz (AMM m. 157.5, 182.1 ve TMK m. 3). Dolayısıyla da eşyanın üzerinde ipoteğin kapsamından çıkarılmış biçimde bir hak elde edemez ve taşınır üzerinde rehin hakkı varlığını sürdürür (AMM m. 182.1 ve TMK m. 988).

---

[433] Azerbaycan İpotek Kanunun m. 30.1. göre, ipotek konusu taşınmaz üzerinde malikin yaptığı her türlü tasarruf işlemi, sözleşmede aksi öngörülmedikçe, ipotek hakkı sahibinin yazılı iznine tâbidir. Bu hüküm hem AMM-de yer alan mevcut hükümlere (m. 312.4) açık şekilde zıt olduğunu, hem ipotek müessesesi ile hedeflen amaca aykırı bulunduğunu hem de mülkiyet hakkına hiçbir makul gerekçe olmadan keyfi bir müdahale niteliğinde sayılacağını ve bu sebeple hükmün uygulanmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu konuda AMM m. 312.4.-de taşınmazın malikin tasarruf yetkisini düzenleyen hükmün esas alınacağından, eklenti ile ilgili konu bu maddeni dikkate almadan incelenecektir.

[434] **GÜLEKLİ,** s. 24; **DAVRAN,** s.570.

[435] **HELVACI**, "İpotek" s. 188; **GÜNEL,** "Eklenti" s. 57; **GÜLEKLİ,** s. 25.

Eğer üçüncü kişi, eklenti niteliğini yitiren taşınır eşya üzerinde ipotekli alacaklının rehin hakkının bulunduğunu bilmiyor ve bilmesi de gerekmeyebilir. Bu durumda Türk hukukunda olduğu[436] gibi, Azerbaycan hukukunda da (AMM m.182.1.), üçüncü kişi rehinden arınmış bir şekilde eşya üzerinde hak elde eder.

Azerbaycan hukukunda taşınmazın değerinin azalma veya yok olma tehlikesi ortaya çıkarsa, ipotekli alacaklı eşyanın sözleşme kurulduğu sıradaki değeri üzerinden sigorta ettirilmesini malikten talep edebilir. Eğer bu talebi karşılanmazsa, ifa zamanı gelmeden borcun ifasını talep etme ve ifa edilmediği takdirde taşınmazı paraya çevirtme yetkisini kazanmaktadır (AİK m. 27.3.).

D. Eklentiler Üzerinde Üçüncü Kişilerin Hakları

Taşınmaza eklenti olarak bağlanan taşınır eşya, bir üçüncü kişiye ait olabilir. Söz konusu taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilirse, bu durumda üçüncü kişiye ait eklentinin taşınmaz ipoteğinin kapsamına girip girmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Konuyla ilgili Azerbaycan hukukunda bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece AMM 182. maddenin 1. fıkrasına göre, eşyanın zilyedi olan kişi, üçüncü kişiye ait taşınırın emin sıfatıyla zilyedi konumundaysa ve hak iktisap eden kişi de iyiniyetliyse, taşınır üzerinde geçerli bir şekilde mülkiyet elde eder. Yani hak elde eden kişi, eşyayı elinde emin sıfatıyla zilyedin malik olmadığını veya taşınır üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmadığını bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa onun menfaati korunur.

Türk hukukunda yukarıda bahsedilen konuyla ilgili olarak iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, malik emin sıfatı ile zilyet ise,

---

[436] **DAVRAN**, s. 576; Burada tartışmalı olan konu eklenti üzerinde mülkiyet veya bir sınırlı aynî hak elde eden kişinin hangi hallerde iyi niyetli sayılıp sayılmayacağıdır. Bu konuda kanaatimizce de isabetli olan düşünceye göre, taşınırın eklentisi üzerinde aynî hak elde eden kişinden, o taşınırın bir taşınmazın eklentisi olup olmadığını, eğer eklentisi ise o taşınmaz üzerinde ipotek hakkının olup olmadığının araştırılmasını beklemek mümkün olmasa gerekir. Zaten bir taşınır eşya üzerinde hakları aleni hale getiren tapu sicili olmayan onun üzerinde tasarrufta bulunan kişinin zilyetliğidir. **HELVACI**, "İpotek" s. 188; **GÜNEL,** "Eklenti" s. 57; **GÜLEKLİ,** s. 25.

ipotekli alacaklının iyiniyeti korunacak ve eklenti ipoteğin teminat kapsamında değerlendirilir[437].

İkinci görüşe göre, ipotek hakkının, mülkiyeti üçüncü kişiye ait eklentilere uzanması ve onları da kapsaması mümkün değildir. İpotekli alacaklının taşınmaz eklentisini meydana getiren taşınırları, taşınmaz malikinden teslim almadığını dikkate alındığında, üçüncü kişilerin eklenti üzerinde mülkiyet hakları korunmalıdır[438]. Yargıtay da, bu konuda ikinci görüşü benimsemiş ve ipotekli alacaklı iyiniyetli olsa bile, onun taşınmaz üzerindeki ipotek hakkının, mülkiyeti üçüncü kişiye ait eklentiyi kapsamayacağı sonucuna varmıştır[439].

Azerbaycan hukuku bakımından son görüşün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Yani Azerbaycan hukukunda, üçüncü kişinin ipotekli taşınmazın eklentisi üzerinde mülkiyet hakkını muhafaza etmesi ve söz konusu eklentinin ipoteğin kapsamında değerlendiril**me**mesi gerekir. İpotek hakkı, üçüncü kişiye ait eklentiyi kapsamaz. Zira AMM m. 182.1'de açık şekilde, iyiniyetli üçüncü kişinin emin sıfatıyla zilyetten elde ettiği taşınırlar üzerinde *mülkiyet haklarının korunacağı* ifade edilmektedir. Dolayısıyla da bu hükümde, mülkiyet hakkından söz edildiği dikkate alındığında, taşınır üzerinde rehin hakkı elde eden kişinin iyiniyetli olsa bile, düzenlemenin sağladığı korunmanın dışında kalır.

---

[437] **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s. 173; **RESİOĞLU, "**İpotek", s. 21; **DAVRAN,** s. 576.

[438] **GÜLEKLİ**, s. 23; **KÖRPÜLÜ/ KANETİ**, s. 269; **HATEMİ /SEROZAN/ ARPACI**, s. 726; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCOĞLU/ ATOP,** "Eşya" s. 556-557; **GÜNEL,** "Eklenti", s. 52-53; Bu görüş esasen Türk Medeni Kanunun 862.maddesinin 3. fıkrasında yer alan "*Üçüncü kişilerin eklentiler üzerindeki hakları saklıdır*" hükmüne dayandırılmakta ve bu düzenlemenin iyi niyetli iktisap hallerine bir istisna getirdiği savunulmaktadır.
İsviçre Federal Mahkemesi konuyla ilgili bir kararında bu görüşü benimsemektedir. Karara konu olan olayda, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satın alınıp bir otelin mefruşatı dolayısıyla da eklentisi haline gelen, gerçekte mülkiyeti satıcıya ait olan taşınır eşyanın ipoteğin kapsamına girip girmeyeceği tartışılmış ve mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış yapan malikin hakkının ipotekli alacaklıların ipotek haklarından daha önce geleceği zira ipotekli alacaklının zilyet olmadığı üçüncü kişiye ait eklenti üzerinde iyiniyetli olsa dahi her hangi hak iddia edemeyeceği kabul edilmiştir. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR** s. 728, **HELVACI,** "İpotek" s. 190

[439] Yargıtay 19 HD, T: 01.06.2000, E: 2000/969, K: 2000/ 4282 sayılı kararında "*... Medeni Kanunun 777/son maddesi" (MK m.862.f.son) "... MK m.901..." (MK m.988) "maddesinin teyit eden bir hüküm değil onun istisnası olarak düzenlenmiş özel bir hüküm niteliğinde bulunduğundan ipotekli alacaklı, üçüncü kişiye ait teferruat üzerinde rehin hakkı kazanmaz. Mahkemece üçüncü kişiye ait teferruat niteliğindeki menkul mallar yönünden ipoteğin geçersiz olduğunun kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığından...*(**UYAR**, Türk Medeni Kanunu, s. 3888-3890)

IV. Taşınmazın Bütünleyici Parçaları (Mütemmim Cüzleri)

A. Bütünleyici Parça Kavramı

TMK'nun 862. maddesinin 1. fıkrasına göre, "*Rehin, taşınmazı bütünleyici parçaları ve eklentileri ile birlikte yükümlü kılar.*" Görüldüğü gibi, Türk hukukunda bütünleyici parça da kendiliğinden ipoteğin kapsamına dâhil olur. Bir şeyin bütünleyici parça olabilmesi için, asıl eşyaya sıkı bir bağlantı içinde bulunması gerekir[440]. Bu bağlantı aynı zamanda kalıcı olması gerekir. Kalıcı olmaksızın sadece geçici olarak asıl eşyaya bağlanan şey sıkı bir biçimde bağlanmış olsa bile, bütünleyici parça sayılmaz. Konuyla ilgili olarak Yargıtay bir kararında[441] *"… kavak ağacı belli bir süre arz üzerinde kaldıktan ve belli bir büyüme süresine geldikten sonra kesilecek ağaç türlerinden olduğundan menkul mal hükmündedir ve bu sebeple mütemmim cüzü değildir. Ağaç sahibi istediği zaman dikip yetiştirdiği menkul hükmündeki kavak ağaçlarını söküp götürebilir…"* denilmektedir.

Türk hukukunda bütünleyici parçanın ipoteğin kapsamına dâhil olması için, taşınmaz ile ne zaman birleştiğinin bir önemi yoktur[442]. Hatta taraflar arasında bütünleyici parçanın ipoteğin kapsamına dâhil olmayacağına dair sözleşme yapılmış olsa bile bunun bir etkisi olmaz[443]. Zira bütünleyici parçanın niteliği gereği bağımsız bir hüviyeti olmayıp, asıl eşyanın hukukî rejimine tâbidir.

AMM'nin "Eşya haklarının konusu" kenar başlığını taşıyan 135. maddenin 11. fıkrasında bütünleyici parçanın tarifi şu şekilde verilmektedir:

"Eşyanın yapısına dâhil olan ve yok olmadan, zarara uğratılmadan veya değiştirilmeden ondan ayrılamayan her şey eşyanın bütünleyici parçasıdır. Haksız inşaat halleri dışında, asıl şeyin maliki bütünleyici parçanın da malikidir."

---

[440] **EREN,** "Mülkiyet" s. 53; **GÜNEL, "**Eklenti**",** s. 18, **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 237, **SARI,** "Rehin", s. 994-995.
[441] T: 23.09.1993, E:1992/ 7153, K: 1993/10964 sayılı kararı (naklen: **HELVACI**, "İpotek" s. 172).
[442] **GÜNEL, "**Eklenti**",** s. 18, **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 725.
[443] **SARI,** s. 995; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 725; **HELVACI**, "İpotek" s. 170.

Yukarıda metni verilen hükme göre, bir şeyin eşyanın bütünleyici parçası olabilmesi için, bütünleyici parçanın asıl eşyaya sıkı bir şekilde bağlı olması gerekir. Söz konusu bağlantı o kadar sıkı bir biçimde olmalıdır ki, bütünleyici parçanın asıl eşyadan ayrılması, ancak eşyanın yok edilmesi, zarara uğratılması veya yapısının değiştirilmesi ile mümkün olabilsin.

Maddenin sözlü anlamından yok olma, zarar görme ve değiştirilme bütünleyici parça bakımından arandığı gibi bir sonuç çıkmaktadır. Oysa bu durumun sadece bütünleyici parçaya ile sınırlı tutulmaması, asıl eşya bakımından da aranması gereklidir[444]. Dolayısıyla ayrılma sonucu, kanunda öngörülen şartların gerçekleşip gerçekleşmediği hem asıl eşya hem de bütünleyici parça bakımından aranmakta ve şeyin bütünleyici parça niteliği buna göre tespit edilmektedir. Yani, asıl eşya zarara uğramayıp bütünleyici parçanın zarara uğraması veya bütünleyici parçaya zarar değmemesine rağmen asıl eşyada zararın gerçekleşmiş olması sonucu değiştirmemelidir. Her iki halde de asıl eşyaya bağlı bulunan şeylerin bütünleyici parça niteliği kabul edilmelidir[445]. Bunun dışında maddede açık şekilde bertilmemiş olsa bile, Türk hukukunda olduğu gibi, Azerbaycan hukukunda da bütünleyici parça ile asil eşya arasında olan bağlantı kalıcı olmamalıdır. Zira müessesenin niteliği gereği, kalıcı olmaksızın sadece geçici olarak asıl eşyaya bağlanan şey sıkı bir biçimde bağlanmış olsa bile, bütünleyici parça sayılmaması gerekir.

Bazen asıl eşya ile şey arasındaki bağlılık çok sıkı olmamakla birlikte aralarındaki ilişki büyük önem arz etmektedir. Bu durumda, aralarındaki bağlantı ekonomik ağırlıklı olup, ayrılma halinde asıl eşyanın ekonomik amacını gerçekleştiren niteliklerin veya ekonomik öneminin azalmasına sebep olmaktadır. AMM 135. maddenin 10. fıkrasına ve bütünleyici parça ile ilgili diğer hükümlere bakıldığında, bu konuda her hangi bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir. Fakat bütünleyici parça müessesesinin niteliğini ve asıl eşya ile olan ilişkisinin önemini dikkate alarak, bazen aralarında çok

[444] **SÜLEYMANLI,** "Eşya" s. 90.
[445] Türk hukukunda bu konuda görüşler için bkz: **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s. 378; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 237; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCOĞLU/ ATOP**, "Eşya" s. 520.

sıkı bir ilişki olmasa bile, asıl eşyaya bağlı şeyin bütünleyici parça niteliğinde kabul edilmesi gerekebilir. Bu durumlarda asıl eşya ile bütünleyici parça, tahsis edildikleri ekonomik amacı gerçekleştirmek için bir ekonomik bütünlük teşkil etmektedir. Dolayısıyla bütünleyici parça asıl eşyanın ekonomik amacına sürekli hizmet etmektedir. Öyle ki, bütünleyici parçanın asıl eşyadan ayrılması, onun ekonomik bakımından tahsis amacını gerçekleştiremeyecek duruma düşmesine sebep olabilmektedir. İşte bu şartların varlığı halinde, sıkı maddî bir bağlantı bulunmasa bile, söz konusu şey asıl eşyanın bütünleyici parçası sayılmalıdır[446].

Yukarıda belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediği, Türk hukukunda yerel âdete ve ortak kanaate göre tespit edilir. Başka bir ifade ile asıl eşyayla ekonomik bir birlik içinde bulunan şeyin, bağımsızlığını kaybederek bütünleyici parça haline gelip gelmediği, yerel adetlere ve ortak kanaate göre belirlenmemektedir[447].

B. Taşınmaz İpoteğinin Kapsamındaki Bütünleyici Parça

1. Genel olarak

TMK m. 862.1, AMM m. 135.11. ve konuyla ilgili Azerbaycan hukukunda yer alan diğer maddelerde[448] öngörülen ana kural çerçevesinde, asıl eşya ile bütünleyici parça tek bir hakkın konusu olmaktadır. Bu sebeple de asıl eşyanın maliki, bütünleyici parçanın da malikidir. Bunun gereği olarak taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilmesi durumunda bütünleyici parça da kendiliğinden ipoteğin teminatı kapsamına girer.

---

[446] **ESENER/ GÜVEN**, s. 142; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s. 377; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 238; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCOĞLU/ ATOP**, "Eşya" s. 522.
Yargıtay konuyla ilgili 6. HD, T: 24.04.1979, K: 544/3493 sayılı bir kararında "*Bir yapıya birleştirilmiş bulunan makinelerin o yapının bütünleyici parçası olup olmadığını tayini için binanın sırf makineleri yerleştirmek maksadıyla özel bir şekilde yapılmış olup olmadığına bakılması gerekir. Makineler binadan çıkarılırsa, bina yapılışı bakımından kolaylıkla başka amaçla kullanılmayacak ise makine binanın bütünleyici parçası olur*". YKD, S. 7, 1979, s. 983;

[447] Bu durumlarda aynı eşyanın bir bölgede asıl şeyin bütünleyici parçası sayılması, diğer bölgede ise sayılmaması mümkün olacaktır.

[448] AMM m. 135.10. ve 152.9. bütünleyici parça ile ilgili düzenlemelere yer verilmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi[449], bütünleyici parçanın ipoteğin teminatı kapsamına dâhil edilebilmesi için taşınmaz ile ne zaman birleşmiş olduğunun her hangi bir önemi yoktur. İpotek konusu taşınmaz üzerinde ipotek tesis edildikten sonra veya önce eklenen bütünleyici parçalar kendiliğinden ipoteğin teminatı kapsamına dâhildir. Fakat belirtelim ki, Azerbaycan hukukunda bütünleyici parçanın ipoteğin teminatı kapsamına dâhil olup olmayacağı konusu bu kadar açık değildir. Zira özellikle tabiî ürünler ve taşınmaz üzerinde bulunan yapılarla ilgili farklı ve bir çok halde de bir birine zıt hükümler bulunmaktadır. Aşağıda ana kuralın istisnası hükmünde olan söz konusu düzenlemeler, ayrı başlıklar altında incelenmektedir. Özellikle bütünleyici parçanın hangi hallerde ipoteğin teminat kapsamında değerlendirilebileceğinin tespit edilmesi gerekir.

2. Tabiî ve Hukukî Ürünler

Türk hukukunda TMK 865. maddesinin 3. fikrasi gereği *"Tabiî ürünler asıl şeyden ayrılıncaya kadar onun bütünleyici parçasıdır".* Dolayısıyla ipoteğin kapsamına bütünleyici parçaların dâhil olacağını ifade eden TMK 862/f.1 de dikkate alındığında tabiî ürünlerin de ipoteğin teminat kapsamında değerlendirileceği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır[450].

Azerbaycan hukukunda, tabiî ürünlerle ilgili Azerbaycan Mülkî Mecellesinde ve Azerbaycan İpotek Kanununda iki farklı düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. İlk önce AMM'de "Eşya haklarının konusu" kenar başlığını taşıyan 135. maddesinin 12. fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır:

"Eşyadan alınan kâr, artış ve fayda eşyanın ürünüdür. Ayrılana kadar ürün, eşyanın bütünleyici parçasıdır. Asıl eşyanın maliki, eşyanın tabiî ürünü üzerinde de mülkiyet hakkına sahiptir[451]." Söz konusu hükümde açık şekilde

[449] Bkz: §13/ IV/ A
[450] **HELVACI,** "İpotek" s. 173.
[451] Belirtelim ki, her ne kadar bazı hükümde bazı kelimeler hukukî anlamda ürünü çağrıştırsalar da burada sadece tabiî ürünler ile ilgili düzenleme getirilmektedir. Zira maddenin son cümlesine baktığımızda hükümde tabiî ürünlerin kastedildiği açık şekilde ifade dilmektedir.

asıl eşyanın malikinin bütünleyici parça olan tabiî ürünlerin[452] de maliki olacağı belirtilmektedir. Bütünleyici parça, asıl eşya ile birleşerek bağımsız eşya hüviyetini kaybetmektedir. Bu sebeple de, asıl eşya ile sadece bir tek mülkiyet hakkının konusu olmaktadırlar. Yani bütünleyici parça asıl eşya ile aynı hukukî rejime tâbi bulunmaktadır.

AİK'nun "İpoteğin özellikleri" kenar başlığını taşıyan 7. maddesinin 1. fıkrasının[453] 2. cümlesine göre, "İpotek konusu eşyanın kullanılması sonucu elde edilen mahsul ve kâr ipotek sözleşmesinde öngörüldüğü hallerde ipoteğin teminatı kapsamına girer."

Yukarıda metni verilen hükümde hem tabiî hem de hukukî ürünlerle ilgili düzenleme söz konusudur. Burada eşyanın kullanılması sonucu elde edilen "mahsul" ile tabiî ürünlerin, "kâr" ile ise hukukî ürünlerin kastedildiği kanaatindeyiz. Bu durumda söz konusu hüküm AMM'nin 135. maddesinin 12. fıkrasında yer alan düzenleme ile çelişmektedir. Zira AMM'nin 135. maddesinin 12. fıkrasına göre, tabiî ürünler asıl eşyanın bütünleyici parçasıdır. Dolayısıyla da asıl eşyanın maliki tabiî ürünlerinde malikidir. Tabiî ürünler, asıl eşyanın bütünleyici parçası olduğu sürece, her ikisi aynı "kaderi" paylaşmalıdırlar. Hâlbuki AİK'nun 7. maddesinin 1. fıkrasında, bütünleyici parça niteliğinde olan ürünlerin, ipoteğin teminat kapsamına, sadece sözleşmede gösterildiği halde gireceği belirtilmektedir[454]. Burada aynı konuyla ilgili iki farklı düzenlemenin olduğu görülmektedir. Kanunların uygulanmasına hâkim olan ilkeler çerçevesinde, özel hükmün genel hüküm karşısında, zaman itibariyle sonra gelenin eski kanun karşısında üstünlüğü

[452] Tabiî ürünler esasen, insanoğlunun müdahalesi olsun veya olmasın, bir şeyin az çok düzenli aralıklarla meydana getirdiği ürünler (meyveler, tahıllar ve s.) ile bir şeyin tahsis edildiği amaca göre adetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimlerinin (ağaçlar, küçük hayvanlar, taş, kum, su, tuz vb.) anlaşılması gerekir. **STEİNAUER,** Paul-Henri; Les Droit Reels, Tome I, İntroduction a İ'etude de Droits reels, Possession et registre foncier, Dispositions generales sur la propriete, Propriete par etages, Trossıeme edition, Berne 1997 s. 296; (naklen: **HELVACI,** "İpotek" s. 173)

[453] Söz konusu hüküm AMM'nin 278. maddesinde taşınır rehni ile ilgili düzenlemenin aynısıdır. Yani taşınır rehni ile ilgili düzenleme aynen, hiçbir değişiklik etmeden Azerbaycan İpotek Kanununa alınmıştır.

[454] Kaynak Rus İpotek Kanunun 6. maddesinin 6. fıkrasında bütünleyici parçanın sözleşmede aksi öngörülmedikçe ipoteğin teminat kapsamına dahil olacağı düzenlenmektedir.

bulunmaktadır[455]. Bu durumda Azerbaycan İpotek Kanununda yer alan hüküm, hem zaman hem de nitelik bakımından (özel nitelikli olması itibariyle) Azerbaycan Mülkî Mecellesinde yer alan hükümden daha üstündür. Buna rağmen kanaatimizce, AİK yer alan hükmün (m. 7.1.) uygulanması hem bütünleyici parça müessesesinin niteliği ile bağdaşmamakta, hem kanunun sistematiğine aykırı bulunmakta, hem de pratikte uygulanabilirliği mümkün görünmemektedir.

İlk önce, söz konusu maddenin (AİK m. 7.1.) ilk cümlesine göre, eklenti aksi öngörülmedikçe ipoteğin teminatı kapsamında değerlendirilmektedir. Fakat kanun koyucu maddenin ikinci cümlesinde, bütünleyici parçanın sözleşmede öngörüldüğü halde ipoteğin kapsamına gireceğini belirtmektedir. Bu ise mantıkî bir zıddiyete sebep olmakta ve bütünleyici parça ile ilgili düzenlemelerin sistematik bütünlüğüne aykırılık oluşturmaktadır. Zira bir taraftan eklentinin taşınmaza bağlılığı bütünleyici parça kadar sıkı değildir. Diğer taraftan ise, asıl eşyaya bağlanmakla da bütünleyici parçadan farklı olarak bağımsız eşya niteliğini yitirmemektedir. Yani eklenti asıl eşyaya tahsis edilmekle bağımsız eşya hüviyetini devam ettirmektedir. Dolayısıyla asıl eşyadan farklı bir mülkiyet hakkının konusu olabilmesine rağmen kendiliğinden ipoteğin teminat kapsamına girmektedir[456]. Fakat bütünleyici parça ise hem asıl eşya ile aynı hakkın konusu olmasına, hem de sıkı bir bağlantı içerisinde olmasına rağmen, eklentiden farklı olarak kendiliğinden ipoteğin kapsamına gir**mez**. Bu ise hem mantıki hem de teorik esastan yoksundur. Diğer taraftan bu hüküm, AMM'de bütünleyici parçanın asıl eşya ile aynı mülkiyet hakkın konusu olacağını ve asıl eşya üzerindeki işlemlerin her ikisi bakımından da geçerli olacağını düzenleyen hükümlerin (AMM m. 135.10, 135.12 ve 152.9) oluşturdukları sistematik bütünlüğe de aykırı bulunmaktadır[457].

İkincisi, söz konusu hükmün pratik olarak uygulanması da mümkün değildir. Zira düzenleme gereği, bütünleyici parça, ipoteğin teminat

[455]**SEROZAN**, Rona, "Medeni Hukuk", İstanbul 2005, s. 136; **OĞUZMAN/ BARLAS**, s. 38.
[456]**SULEYMANLİ,** "Eşya " s. 50.
[457] **SULEYMANLİ,** "Eşya " s. 51.

kapsamına kendiliğinden girmez. Bu ise, sözleşmede öngörülmedikçe ipotek konusu taşınmazın paraya çevrilmesi durumunda asıl eşyaya bağlı bütünleyici parçanın paraya çevril**me**yeceği anlamına gelir. Yani asıl eşya satılarak mülkiyeti üçüncü kişiye geçirildiği halde, bu satış işlemi bütünleyici parça için geçerli olmaktadır. Dolayısıyla asıl eşya ile bütünleyici parça iki farklı kişinin mülkiyetinde bulunacaktır. Bu durumda bir eşya üzerinde iki farklı kişiye ait iki farklı mülkiyet hakkı olur. Bunun ise imkânsız olduğunu söylemeye bile gerek yoktur. Zira bütünleyici parça asıl eşyadan ayrılana kadar asıl eşya ile birlikte, tek bir eşyanın konusu olabileceğinden üzerlerinde sadece bir mülkiyet hakkı söz konusu olabilir.

Kanaatimizce, yukarıda bahsedilen hükmün ayakta tutulabilmesi için, tabiî ve hukukî ürünlerin[458] ipoteğin teminat kapsamına dâhil olamaz şeklinde değil, söz konusu ürünlerden ipotekli alacaklının faydalanamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Özellikle taşınmaz zilyetliğinin ipotekli alacaklıya verilmesi durumunda alacaklı, ürünlerden sözleşmede öngörülmedikçe faydalanamaz. Yani ipotek konusu eşyanın zilyetliği bazen ipotek hakkı sahibine verilebilir. Bu durumlarda, ipotekli alacaklı taşınmazdan elde edilen ürünlerden sadece sözleşmede kararlaştırılmışsa yararlanabilir[459]. Dolayısıyla ürünlerin ipoteğin teminat kapsamının dışında tutulması hiçbir şekilde söz konusu değildir.

3. Bütünleyici Parça Niteliğindeki Taşınmazların İpoteği

Bütünleyici parça niteliğinde olan taşınmazların durumunun tespiti, ipoteğin sağladığı teminat kapsamının belirlenmesi bakımından büyük önem

---

[458]Hukukî ürünlere örnek olarak, ipotekli taşınmazın kiraya verilmesi durumda kira bedeli, ipotekli taşınmaz üzerinde bedelli üst hakkı kurulmuşsa üst hakkı parası vd. verilebilir. Kira bedelinin çeşitleri için bkz: **CANSEL,** Erol, "İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk hukukunda Hasılat Kirası" Ankara, 1953, s. 107.
Türk Medeni Kanunun 863.maddesinin 1.ve 2. fıkralarına göre, "*kiraya verilmiş taşınmaz rehninin kapsamına, borçluya karşı rehin para çevrilmeye başlamasından veya borçlunun iflasının ilânından başlayarak rehnin paraya çevrilmesi anına kadar işleyen kira bedelleri de girer.*" *Türk hukukunda hacizden itibaren işleyen kira bedelinin teminat kapsamına dâhil olmaktadır. Konuyla ilgili olarak Azerbaycan Hukukunda bir düzenleme bulunmamaktadır.*

[459] Söz konusu hükmün sadece ipotek ilişkisinin tarafları arasında geçerli olacağını, ipoteğin paraya çevrilmesinden sonra yeni malikin bu durumu bilip bilmemesine bakılmaksızın bu konuda her hangi talep ireli sürülemeyecektir. **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s. 1008; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 725; Aslında bu durum da kendi kendiliğinde ipotek konusu taşınmazını değerinin sıkı bir biçimde korunmasını düzenleyen ve bu konuda ipotekli alacaklıya geniş yetkiler veren düzenlemelerin ruhuna da zıt bulunmaktadır.

arz etmektedir. Türk hukukunda konuyla ilgili olarak TMK m. 718/f1 ve 2'de şu hükümlere yer verilmiştir:

"*Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar.*

Bu mülkiyetin kapsamına yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer." Görüldüğü gibi, arazi üzerinde ve altında bulunan bütün yapılar mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir. Aynı zamanda bir binanın ve ya her hangi bir taşınmazın, bulunduğu araziden, yok olmadan, zarara uğratılmadan veya yapısını değiştirilmeden ayrılmasının mümkün olup olmasına ve yerel âdetlere bakılmaksızın bina veya taşınmaz bütünleyici parça sayılırlar. Türk hukukunda malik, asıl eşya ile birlikte bütünleyici parça üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi vardır (TMK m. 684). Fakat bütünleyici parça asıl eşyadan ayrılmadığı sürece bütünleyici parça bağımsız olarak bir tasarruf işlemine konu olmaz. Bütünleyici parça üzerinde asıl eşya ile birlikte tasarrufta bulunulur[460].

Azerbaycan İpotek Kanununda konuyla ilgili farklı düzenlemeler bulunmaktadır. AİK'nun 7. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, *"Binalar, yapılar, tesisatlar veya diğer taşınmaz eşyalar sadece üzerinde bulundukları veya tahsis edildikleri arazi ile birlikte ipoteğin konusu olabilirler."*

Yukarıda metni verilen madde emredici şekilde, arazinin bütünleyici parçası niteliğinde bulunan taşınmazlar üzerinde, sadece bağlı bulundukları arazi ile birlikte ipotek tesis edilebileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla binalar, tesisatlar, yapılar veya diğer taşınmaz eşyanın üzerinde ipotek tesis edileceği zaman ipoteğin teminat kapsamına, söz konusu taşınmazların bağlı bulundukları araziler de kendiliğinden dâhildir. Bu durum, bütünleyici parça ile arazinin bir tek eşyanın konusu olmasının sonucudur. Aynı zamanda Azerbaycan Mülkî Mecellesinde[461] ve Azerbaycan Tapu Sicili Kanunu'nda[462]

[460] **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 246.
[461] AMM 135.10, 135.12 ve 152.9. maddelerinde konuyla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır.

yer alan düzenlemelerin oluşturdukları sistematik bütünlüğe de uygun bulunmaktadır.

AİK'nun "Arazileri İpotek Edilmesinin Özellikleri" başlığı altında yer alan altıncı bölümde, arazilerin ipoteği ile ilgili özel düzenlemeler yer almaktadır. Söz konusu bölümde, "İpotek konusu olan bina, yapı ve tesisatın yerleştiği arazisinin ipoteği" kenar başlığını taşıyan 51. maddesinin 1. fıkrasında şu hükme yer verilmektedir:

"Arazinin ipotek edilmesi durumunda, ipotek sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça, ipotek hakkı, arazi üzerinde bulunan ipotek tesis edene ait inşaatı devam etmekte olan veya inşaatı tamamlanmış binaları, yapıları ve tesisatları kapsa**ma**yacaktır".[463] Söz konusu hükümde, arazinin ipoteği zamanı arazi üzerinde bulunan taşınmazların kendiliğinden ipoteğin kapsamına girmeyeceği ifade edilmektedir. Bu durum, bütünleyici parça ile ilgili Azerbaycan Mülkî Mecellesi'nde yer alan düzenlemelerin sistematik bütünlüğüne aykırı bulunmaktadır. Aynı zamanda söz konusu hüküm, AİK'nun 52. maddesine de aykırıdır[464].

AİK'nun m. 51.1'na göre, ipotek kurulduğu sırada arazi üzerinde bulunan taşınmaz yapılar, sözleşmede öngörülmediği sürece ipoteğin teminatı kapsamına dâhil ola**maz**. Tam aksine AİK'nun m. 52'ye göre ise, ipotek kurulduktan sonra arazi üzerinde yapılan taşınmaz yapılar dikililer kendiliğinden ipoteğin teminat kapsamına dâhil olur. Diğer taraftan AİK m. 51.1'de yer alan düzenleme teorik esaslardan da yoksundur. Zira söz konusu

---

[462] Konuyla ilgili olarak Azerbaycan Tapu Sicili Kanununun 13. maddesinin 7. fıkrasında şu düzenlemeye yer verilmektedir: *"Taşınmazlar, üzerinde yerleştikleri tapuda kayıtlı araziler ile birlikte tek bir taşınmaz eşya olarak işlem görmektedirler.*

[463] Rus İpotek Kanunun " İpotek tesis edenin mülkiyetinde olan bina ve tesisatlar yerleştikleri arazilerin ipoteği" kenar başlığını taşıyan 64. maddesinin 1. fıkrasında konuyla ilgili, 22.12.2008 tarihli değişiklikten sonra şu hükme yer verilmektedir: "Arazinin ipotek edilmesi durumunda, ipotek sözleşmesinde ve kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, ipotek hakkı arazi üzerinde bulunan ipotek tesis edenin maliki olduğu inşaatı devam eden veya inşaatı tamamlanmış binalar ve tesisatları kapsamaz". Görüldüğü gibi kanun koyucu AİK m. 7.2. söz konusu hükümden tercüme ederek almış, fakat son kelimeni olumsuz olarak düzenlemeyi tercih etmiştir. Bununla da Azerbaycan hukukundan farklı olarak kaynak Rus hukukunda arazinin ipoteği zamanı araziye bağlı yapıların ipoteğin kapsamına değerlendirilmektedir.

[464] AİK'nun 52. maddesinin ikinci cümlesindeki düzenlemeye göre, eğer ipotek konusu arazi üzerinde ipotek kurulduktan sonra bina, yapı veya bir tesisat inşa edilmişse "Bu durumda söz konusu bina, yapı ve tesisat arazi üzerindeki ipoteğin teminat kapsamına dâhil olur. Sözleşmede de aksi öngörülmediği sürece ipotek tesis edenin bu bunlar üzerinde tasarruf yetkisi bulunmamaktadır".

maddenin uygulanması halinde arazi ile bütünleyici parça bir tek eşya olmalarına rağmen, üzerlerinde iki farkı mülkiyet hakkı tesis edilmesi gerekebilir. Bunun ise mümkün olmadığı açıktır.

Kanaatimizce**,** bütünleyici parça kavramını, AMM'nin sistematiği ve tapu sicili sisteminin sağladığı imkânlar dikkate alınarak AİK m. 51.1'in amacına uygun sınırlandırılması gerekir[465]. Söz konusu hüküm sadece arazi üzerinde bulunan taşınmaz yapılar ayrı bir taşınmaz olarak tapu sicilinde kaydedilmesi durumunda uygulanmalıdır. Bunun için arazi ve arazi üzerinde bulunan taşınmazlar bağımsız bir eşya olarak kaydedilmelidir. Bu durumda arazi ve arazi üzerindeki taşınmaz yapılar birbirinden bağımsız iki farklı eşya hüviyetini kazanacağına göre, iki farklı hakka da konu olmaları mümkün olur. Bu sonuç, AMM'nin 251. maddenin 1. fıkrasında yer alan düzenleme ile de bağdaşmaktadır. AMM m. 251.2'e göre, taşınmaz üzerinde bir üçüncü kişi lehine üst hakkı çerçevesinde yapılan binalar bütünleyici parça niteliğinde sayılmaz[466]. Yani üst hakkı çerçevesinde yapılan taşınmazlar, bağımsız eşya olduğu için, araziye bağlı olamadan başka bir hakkın konusu olabilir.

4. Bütünleyici Parça Niteliğinin Yitirilmesi

Bütünleyici parça, taşınmazdan geçici olarak ayrılarsa ipoteğin teminat kapsamında kalmaya devam eder. Bütünleyici parça, daha sonra taşınmaza tekrar bağlanmak niyeti ile ayrılıyorsa, bütünleyici parça niteliği ortadan kalkmadığı için ipoteğin teminatı kapsamından çıkmamaktadır[467]. Fakat bütünleyici parça, taşınmazdan geçici olarak değil, kalıcı bir biçimde

---

[465] Örtülü kanun boşluklarının amaca uygun sınırlandırılması ile ilgili geniş bilgi için bkz: **KIRCA,** Çiğdem, Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama", AÜHF, C. 50, S. 1, 2001, s. 98 vd.

[466] Meselâ, malik arazi üzerinde bir üçüncü kişi veya bir taşınmaz maliki lehine üst hakkı tesis etmişse, üst hakkı sahibi taşınmazın altında veya üstünde bir yapı inşa etmişse, bu yapı bütünleyici parça niteliğine sahip olmaz. Dolayısıyla da bu durumda söz konusu yapının üst hakkı sahibinin izni olmadan ipoteğin kapsamına girmesi mümkün değildir. Türk hukukunda ipoteğin paraya çevrilmesinden önce üst hakkı sona ermişse bina ipotekli arazinin bütünleyici parçası haline gelir ve kendiliğinden ipoteğin kapsamına dâhil olur. **GÜLEKLİ**, s. 6; **GÜNEL**, "Eklenti", s. 21. Azerbaycan hukukunda da üst hakkının sonra ermesi ile üst hakkı çerçevesinde inşa edilen bina arazinin bütünleyici parçası niteliğini kazanır. Fakat ipotek sözleşmesinde öngörülmedikçe binanın kendiliğinden ipoteğin teminat kapsamına girmesi söz konusu değildir.

[467] **HELVACI**, "İpotek" s. 175.

ayrılmışsa, o zaman bütünleyici parçanın hukukî niteliği konusunda aşağıdaki ihtimaller ortaya çıkabilir:

Bütünleyici parça, taşınmazdan ayrılınca tamamen bağımsız bir taşınır eşya haline dönüşmüşse, kural olarak ipoteğin teminatı kapsamına dâhil edilmez. Zira artık söz konusu eşya, taşınmaz ile aynı hukukî rejime tâbi olmayacağından, taşınmaz için geçerli olan ipotek ayrılan eşya için geçerli değildir. Bu sonuç malikin ipotekli eşyayı taşınmazın dışına çıkarma mecburiyeti olmaksızın kendiliğinden meydana gelir[468]. Diğer yandan bütünleyici parçanın esas eşyadan ayrılmasının hukuka uygun olup olmamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır[469]. Ayrıca ayrılmanın kimin tarafından gerçekleştiğinin veya ayrılan eşyanın mülkiyetinin taşınmazın malikine ait olup olmamasının da herhangi bir önemi yoktur.

Bütünleyici parça, taşınmazdan ayrılması sebebiyle bu niteliğini yitiriyor olmasına rağmen, taşınmazın eklentisi niteliğini kazanmışsa ipoteğin teminatı kapsamında kalır. Zira AİK m. 7.1'e göre, sözleşmede aksi öngörülmedikçe eklenti taşınmazın teminat kapsamında değerlendirilir.

Bütünleyici parça niteliğinin yitirilmesi üzerine yeni bir taşınmaz parçası meydana geliyorsa ipotek hakkının bu yeni parsel üzerinde devam etmesi gerekir[470].

5. Kaim Değerler

İpoteğin kapsamına giren malvarlığı değerlerinden biri de kaim değerlerdir. Bunlardan biri taşınmazın sigortalanması halinde riskin gerçekleşmesi üzerine ortaya çıkan sigorta tazminatı (surrogat), diğeri ise taşınmazın kamulaştırılması durumunda devlet tarafından ödenen kamulaştırma bedelidir[471].

---

[468] **GÜLEKLİ,** s. 9.
[469] **GÜLEKLİ,** s. 8; Bütünleyici parçanın ayrılması taşınmazın bir değer azalmasına sebep olmuşsa ipotekli alacaklı taşınmazın değerin korunması ilişkin düzenlemelerden yararlanabilir. **GÜNEL**, "Eklenti", s. 23.
[470] **STEİNAUER,** T: III, s. 190, (naklen: **HELVACI**, "İpotek" s. 177)
[471] **HELVACI**, "İpotek" s. 177.

a. Sigorta Tazminatı

TMK'nun "*sigorta tazminatı üzerinde hak*" kenar başlığını taşıyan 879. maddesinin 1. fıkrasına göre, "*Muaccel olan sigorta tazminatı, malike ancak bütün rehinli alacaklıların rızasıyla ödenebilir.*" Görüldüğü üzere maddede sigorta tazminatının malike ödenmesi rehin hakkı sahiplerinin rızasına bağlıdır. Bununla da ipotekli alacaklılar ipotek konusu taşınmazın değerinin azalmasına veya taşınmazın yok olmasına karşı korunmaktadır[472]. Hükmün kapsamına hem kanunen mecburi sigortalar hem de isteye bağlı sigortalar dâhildir. Ayrıca hükmün, uygulama alanı bulabilmesi için, sigorta sözleşmesinin, ipoteğin kurulmasında önce veya sonra kurulmuş olmasının da her hangi bir önemi yoktur[473].

Azerbaycan hukukunda, ipotek sözleşmesi taraflarının, ipotek konusu taşınmazı sigorta ettirme yükümlülükleri bulunmamaktadır[474]. Fakat malik kendi iradesi ile veya ipotek sözleşmesi gereği, ipotek konusu taşınmazı sigorta ettirilebilir[475]. Ayrıca taşınmazın bir üçüncü kişi veya bizzat ipotekli alacaklı tarafından sigortalanması da mümkündür[476].

AMM'nin 269. maddesinin 8. fıkrasında konuyla ilgili olarak şu hükme yer verilmektedir:

---

[472] **KÖRPÜLÜ/ KANETİ,** s. 274; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 729.

[473] **HELVACI,** "İpotek" s. 203.

[474] AİK 27.maddesinin 1. fıkrasına göre, ipotek konusu eşyanın yok olma veya değerinde bir azalma riskinin sigortalanması halinde ipotekli eşyanın tam değeri üzerinden veya en azından ipotekle teminat altına alınan alacağın miktarı üzerinden "sigortalanmalıdır". Kanaatimizce söz konusu hüküm her ne kadar emredici bir cümle yapısı içerisinde kalem alınmış olsa da ipotekli konusu taşınmazı sigortalayıp sigortalamama konusunda irade serbestisi bulunan tarafların sigorta miktarını belirleme konusunda da serbest olmaları gerekir. Aksinin kabulü, makul bir sebep olmadan tarafların irade serbestîsine müdahale teşkil eder.

[475] AİK'nun 27. maddesinin 3. fıkrasına göre, malik sözleşmede öngörülmesine rağmen ipotekli taşınmazı sigortalamazsa, ipotekli alacaklı ifa zamanı gelmeden borcun ifasını talep edebilir ve eğer borç ödenmezse ipotekli taşınmazın paraya çevirttirerek alacağını tahsil edebilir. Türk hukukunda ise, taşınmaz maliki, sözleşmedeki vaadine rağmen ipotekli taşınmazı sigortalamazsa, sigortalanması vaat edilen rizikonun gerçekleşmesi ve taşınmazın tümüyle yok olması veya değerinde bir azalma olması sebebiyle ipotekli alacaklının bir zarara uğraması üzerine bu zararı gidermekle yükümlü olur. **GÜLEKLİ**, s. 54; **KÖRPÜLÜ/ KANETİ,** s. 274.

[476] **ARKAN**, Sabih, İpotekli Gayrimenkulün Sigortalanması Durumunda Alacaklının Hukukî Durumu, BATIDER, C: XIV, S: 3, 1988, s. 67; Bu durumda tam üçüncü kişi lehine sözleşme söz konusu olacaktır. **AKYOL,** " Sözleşme", s. 48.

"… Rehin veya ipotek konusu[477]eşyanın yok olması veya değerinde bir azalma olması hallerinde onun (söz konusu eşyanın) kimin lehine sigorta ettirilmesine bakılmaksızın rehin alanın/ ipotek alanın sigorta bedelinden teminat alma hakkı bulunmaktadır, bu şartla ki, eşyanın yok olması veya zarara uğramasından ipotekli alacaklı sorumlu olmasın."

Azerbaycan hukukunda ipoteğin teminat kapsamı sigorta tazminatını da ihtiva edir. Sigorta tazminatı sigortalanan taşınmazın kaim değeridir. Kanaatimizce, Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan hukukunda da, ipotekli alacaklısının sigorta tazminatı[478] üzerindeki hakkı, nitelik itibariyle kanunî rehin hakkıdır. Zira söz konusu madde de "sigorta bedelinden teminat alma hakkı" ifadesi ile rehin hakkı kastedilmektedir. Bu durumda, sigorta tazminatının muaccel hale gelmesi ile birlikte, ipotekli alacaklı, sigorta bedeli üzerinde kanundan doğan rehin hakkı elde eder[479]. Fakat ipotekli alacaklının sigorta tazminatı üzerinde rehin hakkı kazanabilmesi için, ipotekli taşınmazda ortaya çıkan zarardan kendisinin sorumlu olmaması gerekir. Zira ipotekli alacaklının sigorta tazminatını talep edebilmesi, zararın ortaya çıkmasından sorumlu olmamasına bağlıdır (AMM m.269.8).

Son olarak belirtilmelidir ki, bazen Türk hukukunda sigortacının sigorta tazminatını ipotekli alacaklının rızası olmadan malike ödeyebilir (TMK m. 879/ f. 2.). Bunun için malikin söz konusu bedeli taşınmazın eski hale iadesi için harcayacak olması ve bu konuda yeterli teminat göstermesi aranmaktadır.

---

[477] Daha önce de belirtildiği gibi, AMM'de ipotek rehnin bir alt türü olarak kabul edilmediği için düzenlemelerde rehinle birlikte ipotek de ayrıca ifade edilmektedir.

[478]Belirtilmelidir ki, ipotekli taşınmaz için yapılan sigorta sonuç itibariyle bir zarar sigortasıdır ve bu tarz sigortalarda önemli olan gerçek zararın hacmidir. Zira sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan bedel daha yüksek olsa bile sigortacı malike gerçek zararı ödemekle yükümlüdür. **YOLÇİYEV,** Mübariz, "Türkiye Hukukuyla Mukayeseli Olarak Azerbaycan hukukunda Sigortacının Rücu Hakkı" (yayınlanmamış doktora tezi) s. 162.

[479] Türk hukukunda bir görüşe göre, sigorta tazminatının ipotekli taşınmazın değerinin yerine geçtiği kabul edilmektedir. **DAVRAN,** s. 16; Bir başka görüşe göre ise, taşınmaz her şeye rağmen ipotekle yüklü olarak kalmaya devam ettiği için burada gerçek anlamı ile bir aynî ikameden söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla burada taşınmaz üzerindeki ipotek hakkının sigorta tazminatını da kapsaması söz konusudur. **HELVACI**, "İpotek" dp: 105, s. 204; Kanaatimizce ikinci görüş isabetli olmamakla birlikte taşınmazın bütünüyle ortadan kalktığı hallerde (Meselâ yanma, deprem, toprak kayması ve s. sebeplerle taşınmazın bütünüyle ortadan kalkması mümkündür) sigorta tazminatının taşınmazın değerinin yerine geçtiği kabul edilmelidir.

Teminatın yeterli olup olması konusunda ihtilaf çıkarsa bu ihtilafın mahkeme tarafından çözüme kavuşturulması gerekir[480].

Azerbaycan hukukunda ise, sigorta tazminatı malike ödenmeden önce, AMM 312. maddesinin 2. fıkrasına göre,[481] sigortacının ipotekli alacaklıya ihbar göndermesi gerekir. Bu durumda ipotekli alacaklının sigorta tazminatının malike ödenmesine itiraz etme hakkı bulunmaktadır. İpotekli alacaklı itiraz hakkını, söz konusu bedelin taşınmazın eski hale iadesi için harcanıp harcanmayacağı konusunda "şüphesi" varsa, kullanabilir. Burada kanun koyucu itiraz hakkını kullanılıp kullanılmamasını ipotekli alacaklının "şüphesine" bağlasa bile, söz konusu şüphenin somut olması ve hakkın kötüye kullanılma halini teşkil etmemesi gerekir. Bu durumda ipotekli alacaklı, tazminatın ödenmesine itiraz ederse, sigortacının, sigorta tazminatını taşınmazın malikine ödemesi mümkün olmaz[482]. İpotekli alacaklının, itirazına rağmen sigortacı, ödeyecek olursa, ipotekli alacaklıya ikinci kez ödeme yapmakla yükümlü olması gerekir. Kanaatimizce, bu durumda ödemeyi engelleyecek bir kanun hükmünü ihlâl eden sigortacı, davranışının sonucuna katlanmalıdır. Bu aynı zamanda sigortacının ihbar etme yükümlülüğünün ve alacaklıya itiraz hakkı tanınmış olmasının bir gereğidir[483].

b. Kamulaştırma

Kamulaştırılan taşınmaz, devlet, belediye veya ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının mülkiyetine geçer. Böyle bir durumda kamulaştırma konusu taşınmaz üzerinde bulunan bütün şahsî ve aynî haklar kendiliğinden sona erer.

---

[480] **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR** s. 730; **GÜLEKLİ**, s. 60; **KÖRPÜLÜ / KANETİ,** s. 274; **SARI**, "Rehin", s. 1003.

[481] AMM m. 312.2'ye göre " sigortacı sigortalıya sigorta bedelini, zararın vukuunu alacaklıya ihbar ettiği vakit ödeyebilir". Söz konusu "ihbar ettiği vakit ödeyebilir" ifadesini ihbardan sonra ödeyebilir şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi halde ipotekli alacaklıya tanınan itiraz hakkının bir anlamı kalmaz.

[482] Azerbaycan hukukunda konuyla ilgili bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kanaatimizce, taşınmaz üzerinde birden çok ipotekli alacaklının hakkı bulunduğu durumlarda, sigortacı tarafından her bir ipotekli alacaklıya ihbar gönderilmeli ve ipotekli alacaklıların rehin sırasına bakılmaksızın itiraz haklarını kullanma yetkileri bulunmaktadır.

[483] Bu durumda sigortacı malike yaptığı ödemeleri sebepsiz zenginleşe hükümleri çerçevesinde kendisine iade etmesi için talepte bulunabilir (AMM m.1091).

Türk hukukunda konu ile ilgili olarak TMK "rehnin sona ermesi" kenar başlığını taşıyan 858. maddesinde, ipotekli taşınmazın kamulaştırılması halinde ipoteğin sora erip ermeyeceğinin kamulaştırmaya ilişkin kanun hükümlerine göre belirleneceği ifade edilmektedir. Fakat 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda konu ile ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır[484]. Doktrinde taşınmazın kamulaştırılması halinde üzerinde bulunan bütün şahsî hakların sona ereceği kabul edilmektedir [485] . Fakat ipotek hakkının, kamulaştırılan taşınmaza karşılık verilen bedel veya eşya üzerinde devam edeceği savunulmaktadır[486].

AİK'nun 32. maddesinin 1. fıkrasına göre, ipotekli taşınmaz üzerinde malikin mülkiyet hakkı, kanunda öngörülmüş hallerde devlet veya belediye ihtiyacı için kamulaştırılması sebebiyle sona ermişse, ipotek tesis edene başka eşya veya yerine bir bedel verilirse, ipotek hakkı taşınmaza karşılık olarak verilen eşya veya bedel üzerinde devam eder. *Bu durumda* malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının sona ermesi ile birlikte taşınmaz üzerinde bulunan bütün haklar da sona erer. Fakat ipotekli alacaklının hakkı tamamen ortadan kalkmaz. İpotekli alacaklının, taşınmaz üzerindeki ipotek hakkının sona ermesi ile birlikte, taşınmazın kamulaştırılması karşılığında verilen eşya veya bedel üzerinde yeni bir hak kazanır. Karşılık olarak verilen eşya taşınmaz ise, ipotekli alacaklı taşınmaz üzerinde yeni bir ipotek hakkı elde eder. Bunun dışında (verilen eşya taşınmaz değilse) alacaklının eşya ve bedel üzerinde taşınır rehni kazanır[487]. Her iki durumda da kanundan doğan hak söz konusu olur. Mezkûr hükme göre, eğer kamulaştırma sonucunda verilen bedel veya eşya ipotekli taşınmazın değerini karşılamazsa, ipotekli alacaklı ifa zamanı gelmeden borçludan borcun ifasını talep edebilir. Yani

---

[484] **HELVACI,** "İpotek" s. 208.
[485] **OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 710.
[486] **GÜLEKLİ,** s. 62.
[487] Türk hukukunda Yargıtay bir kararında her hangi bir gerekçe göstermemekle birlikte ipotekli taşınmazın kamulaştırma bedelini ipotekli alacaklıya ödenmesine hükmetmiştir. Yargıtay söz konusu 12. HD, T: 09.04.1984, E: 2909, K: 4192 sayılı kararında " *tapu kaydına göre kamulaştırılan gayri menkul üzerinde ... alacaklılar lehine tesis edilmiş muhtelif derecede ipotek haklarının varlığı sabittir. BU durum karşısında, ipotekler hukukî değerini koruyor ve ipotek kayıtlarının ... kamulaştırma bedeline dönüştüğü, kamulaştırma bedelinin ödenmesi sırasında bu halin idarece nazara alınması zorunlu olduğu gözden uzak tutulamaz ... Kamulaştırma bedelinin ipotekler karşılığı olarak idare tarafından muhafaza ve ipotek sahipleri adına depo edilmesi gerekçesi ile vaki yasaldır, kabulü gerekir."* **UYAR,** Tahir, İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, 2. Baskı, Ankara, 1992, s. 553;

ipotek hakkının teminat kapsamı azalırsa, ipotekli alacaklı ifa zamanını beklemeden borcun ifasını isteyebilme ve borç ifa edilmezse taşınmazın değeri karşılığında verilen eşya veya bedelden alacağını tahsil etme yetkisi kazanır.

Kanaatimizce, borçlu kusurlu değilse, kamulaştırma dolayısıyla taşınmaz karşılığında verilen eşyanın veya ödenen bedelin taşınmazın değerini karşılamaması sebebi ile borçlunu bu kadar ağır bir duruma düşürmek adil görünmemektedir. Zira borçlu hem kamu menfaati için "fedakârlıkta" bulunmakta hem de ipotekli alacaklı karşısında ifa zamanı gelmeden borcunu ifa etmek zorunda kalmaktadır.

§15. TAŞINMAZIN DEĞERİNİN KORUNMASI

I. Genel Olarak

Taşınmazın değerinin korunması ipotekli alacaklı bakımından çok büyük önem taşımaktadır. Çünkü alacaklı, ipotekle teminat altına alınan borç vadesinde ödenmediği takdirde, taşınmazın satışından ele geçen bedel ile alacağını tahsil etmeye çalışır. İpotekli taşınmaz, zaman içinde değer kaybedebilir. Bu durum onun satışından elde edilecek bedelin azalmasına ve dolayısıyla da ipotekli alacaklının alacağını elde edememesine sebep olabilir.

Azerbaycan hukukunda taşınmaz değerinde ortaya çıkabilecek azalmalar dikkate alınarak, ipotekli alacaklıya, taşınmazı paraya çevrime dışında, taşınmazın değerinin korunmasını talep edebilme yetkisi de verilmiştir. Konuyla ilgili olarak hem Azerbaycan Mülki Mecellesinde hem Azerbaycan İpotek Kanunu'nda özel düzenlemeler getirilmiştir.

Türk hukukuyla karşılaştırdığında, Azerbaycan hukukunda ipotekli alacaklının daha geniş yetkilere sahip olduğu söylenebilir. Ayrıca, taşınmazın korunması yükümlülüğü bakımından, malikin kusurlu olup olmaması arasında bir fark gözetilmekte ve ipotekli alacaklı her iki durumda da aynı yetkilere sahip olduğu görülmektedir.

Aşağıda, taşınmazın değer azalması kavramı ve bu durumunda ipotekli alacaklının elde ettiği imkânlar ele alınmaktadır.

II. Değer Azalması Kavramı

Değer azalması esasen ipoteğin kurulmasından sonra ipotek konusu taşınmazın değerinin eksilmesini ifade eder. İpotekli taşınmazın üzerindeki değer azalması, malikin taşınmaz üzerindeki fiillerinden[488] veya malike istinat edilemeyecek bir sebepten kaynaklanmış olabilir.

Türk hukukunda taşınmazın değer azalmasının tespiti ile bağlı açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeble doktrinde iki farklı görüş savunulmaktadır. Bir görüşe göre, değer azalmasının tespitinde rehinin kurulması sırasında değeri esas alınır. Bir diğer görüşe göre ise, değer azalmasına yol açan olayın vuku bulduğu anda taşınmazın sahip olduğu değerin esas alınması gerektiği ireli sürülmektedir[489].

Azerbaycan hukukunda, değer azalmasının tespiti için, sadece ipotek kurulduğu sıradaki değeri esas alınmaktadır. Zira AMM'nin 318. maddesinin 2. fıkrasında, taşınmaz malikinin taşınmazın ipotek kurulduğu sıradaki değerinin korunmasından sorumlu olduğu hükmü yer almaktadır. Hükme göre malik, ipotek konusu taşınmaz üzerinde ilâve ve değişikler yapmışsa, bunları söküp alabilir. Yani ipotek konusu eşyaya, ipotek kurulduktan sonra eklenen bütünleyici parçalar veya eklentileri, malik isterse taşınmazdan ayırabilir ve ipotekli alacaklı buna karşı itiraz edemez.

Mezkûr hüküm gereği, taşınmazın değer azalması tespit edilirken sadece ipoteğin kurulduğu sıradaki değerinin esas alınması gerekir. Zira ipotekli alacaklı, taşınmazın ipoteğin tesis edildiği andaki durumunu ve

---

[488] Malikin eylemi ipotekli taşınmaz üzerindeki binayı yıkma, yakma, ağaçları kesme gibi aktif eylemler şeklinde ortaya çıkabileceği gibi taşınmazın bakımını yapmama veya yaptırmama, ipotekli tarlayı kullanmama gibi pasif eylemler olarak da karşımıza çıkabilir. **HELVACI,** "İpotek" s**.** 236.

[489] İpotekli taşınmazın değeri deprem, su baskını, toprak kayması gibi sebeplerle azalmışsa malike istinat edilebilecek bir durum söz konusu olamaz. Ayrıca, taşınmazın normal kullanımı ve ya mecburi irtifak hakkının kurulması ve yahut da taşınmazın değerini düşüren ekonomik krizin meydana getirdiği değer azalmalarında da malike istinat edilebilecek her hangi kusurdan söz konusu değildir. **HELVACI,** "İpotek" s**.** 243-244.

değerini dikkate alarak, ipotek sözleşmesine taraf olmaktadır. Alacak, ipotek kurulduğu sıradaki değeri ile teminat altına alınmaktadır. Malikin, bunun ötesinde ipotek sözleşmesinde ayrıca vaatte bulunmadığı sürece, taşınmaza sonradan eklenecek bütünleyici parçalardan ve eklentilerden sorumlu tutulması ve onların muhafaza etme mükellefiyeti yüklenmesi mümkün değildir[490].

III. Taşınmazın Değerinin Azalmasına Karşı İpotekli Alacaklının Sahip Olduğu İmkânlar

A. Genel Olarak

İpotekli alacaklının, ipotek hakkı dolayısıyla taşınmazın paraya çevrilmesini talep ve elde edilen parayla alacağını tahsil yetkisi vardır. İpotek hakkı, kural olarak, bunun dışında taşınmaz üzerinde bir yetki vermez. Fakat taşınmazın yok olma veya değerinde azalma tehlikesi ortaya çıkarsa ipotekli alacaklının paraya çevirme yetkisi zarara uğrayabilir. Bu yüzden ipotekli alacaklı, taşınmazın değerini korunmasını da talep edebilir. Malik, ipotek konusu eşyanın değerini korumakla yükümlüdür. Bu konuda ipotekli alacaklının da sınırlı denetim ve yönetim imkânı da bulunmaktadır.

Aşağıda Türk ve Azerbaycan hukuklarında taşınmazın değerinin azalmasına karşı ipotekli alacaklının sahip olduğu imkânlar incelenmektedir.

B. Önleme ve Sona Erdirme Hakkı

TMK'nun "koruma önlemleri" kenar başlığını taşıyan 865. maddesinin 1. fıkrasına göre, "*Malik, rehinli taşınmazın değerini düşüren davranışlarda bulunursa; alacaklı, hâkimden bu gibi davranışları yasaklamasını isteyebilir*". Görüldüğü gibi, malik, rehinli taşınmazın değerini düşüren davranışlarda bulunursa veya değerin azalmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri almıyorsa veya alamıyorsa, ipotekli alacaklı bazı yetkilerden yararlanabilir. Bu yetkilerden, ipotekli alacaklının yararlanabilmesi için, taşınmaz ipoteğin

[490] Her iki görüş için bkz: **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** dp. 163, s. 730.

teminat kapsamını tehlikeye sokacak bir kötüleşmenin meydana gelmesi mecburidir. Diğer bir ifade ile, bu kötüleşme dolayısıyla ipotekli alacaklının, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla elde edilecek meblağdan, alacağını kötüleşmeden önceki oranda alamaması tehlikesi ile karşı karşıya bulunması gerekir[491].

Türk hukukunda taşınmazın değer azalması malikin kusuru sebebiyle ortaya çıkmışsa, ipotekli alacaklı hâkimden malikin davranışların yasaklanmasını talep edebilir. Diğer taraftan eğer değerinin azalmasında malik kusurlu değilse, ipotekli alacaklının gerekli önemleri kendisi alabilir (TMK m. 867/ f.2).

AİK'nun m. 26.1.4. göre, ipotek alanın " İpotek konusu eşyanın değerinin azalmasına sebep olan davranışa son verilmesini, söz konusu davranışı yapan kişilerden talep etme" hakkı bulunmaktadır. Konuyla ilgili olarak, AMM'nin 312. maddesinin 1. fıkrasında ise, " … Eğer şartların kötüleşmesi, ipotek konusu eşya için bir tehlike oluşturursa, ipotek alan bu tehlikeyi sona erdirmek için ipotek tesis edene makûl bir süre verebilir."

Yukarıdaki metinlerden de görüldüğü gibi, ipotekli taşınmazın değerinin düşmesine sebep olabilecek tehlike varsa[492] veya değer azalması gerçekleşmişse, ipotekli alacaklı, tehlikenin önlenmesini talep edebilir. Ayrıca değer azalmasına sebep olan davranışların durdurmasını da talep yetkisi vardır. Bu anlamda olmak üzere, ipotekli alacaklı, malike makûl süre vererek gerekli tedbirlerin almasını isteyebilir[493]. Söz konusu talep hakkı aynî nitelikte olduğu için, üçüncü kişilerin davranışları bakımından da uygulama alanı bulabilir[494]. Zira AİK'nun m. 26.1.4. hükmünde, ipotek konusu taşınmazın

[491] **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 732; **HELVACI**, "İpotek" s. 238.
[492]Türk hukukunda savunulan bir görüşe göre, değer azalması tehlikesinin varlığından söz edebilmesi için söz konusu davranışlara engel olunmadığı takdirde taşınmazın değerinin düşeceği pek muhtemel olmalıdır. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 732; **HELVACI**, "İpotek" s. 238.
[493] Meselâ burada tarım arazisinin değerini düşmesine sebep olabilecek selin karşısını alınması veya selin tarım arazisine etkisini minimuma indirilmesi için malikten önleyici tedbirlerin alınmasını isteyebilir. Yine ipotekli taşınmazda bulunan ağaçların kesilmesinin durdurulmasını isteyebilir.
[494] Türk hukukunda söz konusu hakkın niteliği konusunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte doktrinde hakkın aynî niteliği kabul edilmekte ve hakkın üçüncü kişilerin eylemleri bakımından da kullanılabileceği savunulmaktadır. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 731.

değerin azalmasına yol açabilecek davranışta bulunan herkese karşı talep hakkının ileri sürülebileceği açık şekilde ifade edilmektedir.

C. Eşyanın Zilyetliğinin Kendisine Verilmesini Talep Hakkı

Hemen belirtelim ki, Türk hukukunda ipotekli alacaklının, taşınmazın korunması amacıyla, onun zilyetliğinin kendisine verilmesini talep hakkı düzenlenmemektedir. Fakat Türk hukukunda kanunda öngörülen şartlar gerçekleşirse, ipotekli alacaklının, gerekli tedbirleri bizzat alma hakkı bulunmaktadır. Konuyla ilgili olarak TMK m. 865/f. 2'de şu hükme yer verilmektedir:

"*Alacaklıya, gerekli önlemleri almak üzere hâkim tarafından yetki verilebileceği gibi; gecikmesinde tehlike bulunan hallerde alacaklı, böyle bir yetki verilmeden de gerekli önlemleri kendiliğinden alabilir*."

Yukarıda metni aynen verilen hükme göre, ipotekli alacaklının ipotek konusu eşya üzerinde bizzat tedbir alma yetkisi mahkeme kararı ile verilmektedir. Ancak gecikme tehlikesi bulunan hallerde, ipotekli alacaklının, mahkemeden izin almadan gerekli tedbirleri alabileceği kabul edilmektedir[495]. Meselâ ipotekli tarım arazisini sel basma tehlikesi varsa, ipotekli alacaklının, sel sularına karşı mahkemeye müracaat etmek zorunda kalmaksızın gerekli tedbirleri bizzat alması mümkündür.

Azerbaycan hukukunda ise, ipotek konusu eşyanın yok olma veya değerinin düşme tehlikesi[496] varsa, ipotekli alacaklı, malike makûl süre vererek gerekli tedbirleri almasını talep edebilir. Malik gerekli tedbirleri almıyorsa veya alamıyorsa ipotekli alacaklı, taşınmaz üzerinde zilyetliğin ona verilmesini mahkemeden talep edebilir. Bu konuda "İpotek konusu eşyayı koruma yükümlülüğü" kenar başlığı altına yer alan AMM'nin m. 312.3'e göre, "Eğer ipotek tesis edenin yükümlülüklerini yerine getiremeyeceği ortaya çıkarsa (aşikâr olursa), ipotek alan eşyanın ona verilmesini talep edebilir.

[495]**OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 731; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s. 1016.

[496] Tehlike söz konusu olduğu hallerde taşınmazın değerinde düşme gerçekleşmemiş fakat gerçekleşebilir. Meselâ arazide bulunan ağaçların sulanmaması sebebiyle kuruma tehlikesi varsa, ipotekli alacaklı ağaçların sulanması hususunda kendisine yetki verilmesini talep edebilir.

Talep konusunda karar, mahkeme tarafından verilir." Konuyla ilgili olarak AİK'nun m. 26.1.4'de yer alan hükme göre, ipotekli alacaklının "ipotek tesis edenin yükümlülüklerini yerine getiremeyeceği ortaya çıkarsa (aşikâr olursa) mahkemeden ipotek konusu eşyanın kendisine verilmesini talep etmek" hakkı bulunmaktadır. Görüldüğü gibi, malikin ipotek konusu eşyayı korunması ile ilgili gerekli tedbirleri almaması durumunda ipotekli alacaklının eşyanın kendisine verilmesini talep etme hakkından söz edilmektedir. Burada eşyanın verilmesinden maksat, zilyetliğinin devri, yani taşınmaz üzerinde fiilî hâkimiyetin kurulmasıdır.

AMM m. 312.1. göre, İpotekli alacaklının ipotek konusu taşınmazın değerinin düşmesi tehlikesine karşı gerekli önemleri alması için, malike makûl bir süre vermesi gerekir[497]. Söz konusu sürede malik, gerekli tedbirleri almazsa, ipotekli alacaklı mahkemeden eşyanın zilyetliğini kendisine verilmesini talep edebilir. İpotekli taşınmazın zilyetliği ipotekli alacaklıya verildikten sonra bizzat gerekli tedbirleri alabilir.

Belirtelim ki, AİK' nu 5. maddesine göre, ipotekli alacaklının taşınmazın korunması için yapmış olduğu masraflar kendiliğinden, ipoteğin teminat kapmasına girer. Söz konusu alacaklar sebebiyle taşınmaz üzerinde, kanunî ipotek hakkına sahip olur. İpotekli alacaklının yapmış olduğu masraflardan, taşınmaz maliki kendisi alacağın borçlusu olmasa dahi sorumludur. Bu konuda Türk hukukunda, ipotekli alacaklı TMK m. 865/ f. 3 göre, taşınmazın korunması için çektiği masrafları malikten talep edebilir. Ayrıca ipotekli alacaklının bu masrafların ödenmesine yönelik alacak hakkı, taşınmaz üzerindeki diğer yüklerden önce gelen rehin ile teminat altına alınmıştır[498].

---

[497] Belirtildiği gibi Azerbaycan hukukunda gerekli önlemlerin alınması için malike makul bir süre verilmesi germektedir. Türk hukukunda ise, bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bazı yazarlara göre, ipotekli alacaklının bizzat tedbir alma hakkını kullana bilmesinin, malike mahkeme kararı ile bir süre verilmesi ve bu süreye rağmen malikin gereken tedbirler almamış olmasına bağlıdır. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 732; **KÖRPÜLÜ/ KANETİ,** s. 277.

[498] Türk hukukunda bu konuda bkz: **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 732; **HELVACI**, "İpotek" s. 240.

D. Teminat Talep Hakkı

Teminat talep hakkı ile ilgili olarak TMK'nun 886. maddesinin 2. ve 3. fıkrasında şu hükümlere yer verilmiştir:

"Alacaklı, rehinli taşınmazın değerinin düşmesi tehlikesinin mevcut olması halinde de güvence isteyebilir.

Yeterli güvence hâkim tarafından belirlenen süre içinde verilmediği takdirde alacaklı, güvence eksikliğini karşılayacak miktardaki alacak kısmının ödenmesinin isteyebilir." Görüldüğü gibi, ipotek konusu eşyanın değerinde azalma gerçekleşmişse, ipotekli alacaklı, diğer yetkileriyle birlikte, meydana gelen eksilme oranında teminat isteyebilir. Malik, ipotekli alacaklının bu talebi üzerine, yeni bir teminat sağlayabilir veya mevcut teminatı iyileştirebilir. Malikin yeni bir teminat sağlarken, bunun aynî veya şahsî olmasının bir önemi yoktur, önemli olan alacaklıya gerekli teminatın sağlanmış olmasıdır[499].

Değeri düşme tehlikesi bulunan ipotekli taşınmaz, borçtan şahsî olarak sorumlu olmayan bir üçüncü kişiye aitse, teminat açığının kapatılmasına ilişkin talebin borçluya yönetilmesi gerekir. Zira borçtan sorumlu olmayan ipotekli taşınmaz malikin, böyle bir yükümlülüğü (teminat verme yükümlülüğü) söz konusu değildir[500].

Bu konuda AMM'nin rehine ilişkin genel hükümleri arasında yer alan 269. maddesinin 10. fıkrasına göre, "Rehin tesis edilmiş veya üzerinde ipotek kurulmuş eşya yok olursa veya değerinde bir azalma olursa rehin alan/ ipotek alan ... karşılık talep etmeyi ileri sürebilme hakkı kazanır."

Tercüme hatası ile sakat bir cümle yapısı içerisinde kaleme alınan düzenlemeye göre, ipotekli alacaklı, ipotek konusu taşınmazın yok olması veya değerinde bir azalma olması hallerinde malikten teminat isteyebilir. Söz konusu madde de "*karşılık talep etmeyi ileri sürebilme hakkı*"ndan maksat, ipotekli alacaklının teminat talep etme hakkıdır.

---

[499] **HELVACI**, "İpotek" s. 241.
[500] **HELVACI**, "İpotek" s. 242.

Taşınmaz yok olursa veya değeri azalırsa ipotekli alacaklı alacağının teminatsız kalan kısmı için teminat talep edebilir. Genel kural gereği bu durumlarda ipotekli alacaklı, malike teminat vermesi için belirli bir süre tanıyabilir[501]. Bu süre sonunda malik, gerekli teminatı sağlamadığı takdirde, diğer yetkilerini kullanabilir.

E. Borcun İfasını Talep Hakkı

Türk hukukunda taşınmazın değer azalmasından dolayı malike isnat edilen bir kusurun olup olmamasına göre iki farklı düzenlemeye yer verilmektedir. Malik kusurlu ise, TMK m. 866. 3. göre, "*Yeterli güvence hâkim tarafından belirlenen süre içinde verilmediği takdirde alacaklı, güvence eksikliğini karşılayacak miktardaki alacak kısmının ödenmesini isteyebilir*". Konuyla ilgili olarak TMK m. 867.1'e göre, "*Değer düşmesi malikin kusuru olmadan meydana gelmişse alacaklı, ancak malikin zarardan ötürü aldığı tazminat miktarını aşmayacak ölçüde borçludan güvence vermesini veya kısmî ödeme yapmasını isteyebilir."* Görüldüğü gibi, taşınmazın değer azalması durumunda ipotekli alacaklı, maddelerde öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde kısmî ödeme talep edebilir[502].

Azerbaycan hukukunda ipotekli alacaklının, taşınmazın değerini koruma yükümlülüğünü ihlâl eden malikten, bazı şartların gerçekleşmesi halinde borcun ifasını ve ipoteğin paraya çevrilmesini talep etme yetkisi bulunmaktadır. Konuyla ilgili olarak AİK'de 27. maddenin 1. fıkrasında şu hükme yer verilmektedir:

"İpotek tesis edenin ipotek konusu taşınmaz eşyanın kullanılmasına ve korunmasına ilişkin yükümlülüklerinin ağır şekilde ihlâl etmesi sonucunda eşyanın yok olma veya değerinde bir azalma tehlikesi ortaya çıkarsa veyahut ipotek konusu eşyanın sigortalanması ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmezse, ipotek alan borcun ifasını ifa zamanı gelmeden talep edebilir.

[501] Belirtilmesi gerekir ki, AMM m. 312. 1. öngörülen makûl süre verilmesi ipotekli alacaklının yetkilerini kullanabilmesini bir ön şart olup olmaması belli değildir. Kanaatimizce eşyanın ona verilmesi bakımından bir ön şart olsa da diğer yetkileri kullanma bakımından ön şart olmamalıdır.
[502] Geniş bilgi için bkz: **HELVACI**, "İpotek" s. 242 vd..

Borç ifa edilmezse ipotek konusu eşyanın haczini talep edebilir". Görüldüğü gibi, Azerbaycan hukukunda ipotekli alacaklı, bu konuda daha geniş imkânlara sahiptir. Söz konusu maddede ve konuyla ilgili diğer maddelerde ipotekli alacaklı aşağıdaki hallerde borcun ifa zamanı gelmeden ifanı talep edebilir:

AİK'nun 27. maddesinin 1. fıkrasına göre, malikin taşınmazın korunması ve kullanılması yükümlülüklerinin ağır ihlâli sonucu bir değer kaybı tehlikesi ortaya çıkarsa veya sigorta ettirme yükümlülüklerini yerine getirmiyorsa, ipotekli alacaklı, borcun ifasını borç muaccel olmadan talep etmek imkânını elde eder.

AİK'nun 32. maddesinin 1. fıkrasına göre, ipotek konusu taşınmazın kamulaştırılması sonucunda elde edilen kaim değerin ipotek konusu taşınmazın değerinden aşağı olması durumunda "ipotek alan borcun ifasını ifa zamanı gelmeden talep edebilir, talep yerine getirilmezse kaim değerin haczini isteyebilir." Yani, kamulaştırma sonucunda taşınmazın yerine geçen değerin ipotekli taşınmazın değerinden aşağı olması durumda böyle bir imkân elde eder. Fakat burada belirtelim ki, kamulaştırma bedelinin aşağı olması halinde borçlu, gerekli teminatı verirse, değerin azalmasını giderirse, ipotekli alacaklı artık borcun ifasını isteyemez. Zira artık meşru bir menfaati söz konusu değildir.

AİK 31.1.2. maddesine göre borçlunun, ipotek konusu taşınmaz üzerinde kanuna aykırı biçimde tasarrufta bulunması durumunda ipotekli alacaklının, borcun ifasını talep etme yetkisi vardır.

İpotekli alacaklıya borcun ifasını talep etme yetkisi veren bir diğer düzenleme AİK 32. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu hükme göre, "İpotek konusu eşyanın malikinin üçüncü bir kişi olması sebebiyle, kanuna uygun olarak ipotek edenden ipotekli eşya alınırsa (ipotek edenin taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkına son verilerse) ipotek hakkı da son bulur. Bu durumda, mahkemenin konuyla ilgili kararının kesinleşmesi ile ipotekli alacaklı, ana borcun ifasını ifa zamanı gelmeden talep edebilir." Söz konusu maddede, yolsuz tescil sonucu taşınmaz üzerinde malik olarak

görünen kişinin, ipotek tesis etmesinden sonra tapu sicilindeki tescil düzeltilerse ipoteğin sona ereceği kabul edilmiştir. Kanaatimizce AİK 32. maddesinin 3. fıkrası bir çok düzenlemede olduğu gibi hem tercüme hataları ile sakattır, hem de isabetsizdir. Evvelâ, maddede yolsuz tescil sebebiyle "ipotek tesis edenden ipotekli eşya alınırsa" ifadesi kullanılmaktadır. Hâlbuki burada taşınmazın geri alınması değil, taşınmaz üzerinde yolsuz tescilin düzeltilmesi bahis konusudur. Zira taşınmazın üzerindeki asıl malikin zilyet olması yeterli değildir. Ayrıca tapu sicilindeki kaydın tashihi de gerekir. İkincisi, burada ipoteğin sona ermesi teknik anlamda söz konusu olmaz. Zira ipotekli alacaklı iyiniyetli değilse, yolsuz tescil sebebiyle malik olarak görünen kişinin zaten her hangi bir tasarruf yetkisi bulunmaması sebebiyle yapmış olduğu işlemler geçersiz olur. Dolayısıyla ipotek hakkı kurulmadığından sona ermesi de mümkün değildir. Diğer taraftan ipotekli alacaklı tapu sicilindeki kayda güvenerek hak elde etmişse ve iyi niyetli ise, yani bir hukukî engelin bulunduğunu bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa hakkını kazanır. Bu durumda da tapu siciline güvenerek hak elde eden iyi niyetli ipotekli alacaklının ipotek hakkının sona ermesi söz konusu olamaz. Dolayısıyla söz konusu maddenin uygulama alanı, sadece yolsuz tescili bilerek taşınmaz üzerinde kendi lehine ipotek tescil ettiren ipotekli alacaklını adına görünen ipotek kaydının tapu sicilinden silinmesi ile sınırlı olmaktadır.

§16. İPOTEKLİ ALACAKLININ İPOTEKLİ TAŞINMAZI MÜLKİYETİNE GEÇİRME YASAĞI (LEX COMMİSSORİA)

I. Genel Olarak

Roma hukukundan günümüze kadar gelen lex commissoria [503] yasağına göre, rehin konusu eşyayı rehinli alacaklının mülkiyetine geçirileceğine dair yapılan sözleşmeler geçersizdir. Söz konusu yasak ile ihtiyaç içinde olduğu için sonuçlarının ne olduğunu düşünmeden ve nasıl olsa

[503] *Lex commissoria,* sözlük manası itibariyle "akde birleşik kayıt" anlamına gelmekte ve *pignus* anlaşmasına eklenen bir kayıt ile borç vadesinde ödenmediği takdirde alacaklının eşyanın mülkiyetini kazanmasını öngörmekte idi. Roma Hukukunda lex commissoria bkz: **KARADENİZ,** s. 311.

vadesinde borcunu ödeyeceği inancıyla hareket eden borçlunun korunması amaçlanmaktadır[504].

Türk hukukunda konuyla ilgili olarak TMK m.873/ f. 2'de şu hükme yer verilmektedir:

"Borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir." Söz konusu hüküm lex commissoria olarak bilinen kuralı düzenlemektedir. Bu hükme göre, rehin ile teminat altına alınan borcun ödenmediği takdirde rehin konusu taşınmazın alacaklıya geçeceğine dair sözleşme yapılması yasaklanmıştır. Böyle bir sözleşmenin kesin hükümsüzlükle sakat olacağı kabul edilmiştir[505].

AMM'nin 273. ve 319. maddesinin 1. fıkrasına göre, borç ödenmediği takdirde, rehin konusu eşyanın rehinli alacaklının mülkiyetine geçirileceğine dair yapılan her türlü anlaşmanın geçersizdir. Azerbaycan Mülkî Mecellesinin söz konusu hükümleri ve Azerbaycan İpotek Kanununun konuyla ilgili hükümlerini değerlendirdiğinde, Azerbaycan hukukunda lex commissoria yasağının taşınmaz ipoteği bakımından uygulanabilmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekir[506]:

İpotek veren ile ipotekli alacaklı arasında, teminat altına alınan borç ödenmediği takdirde, ipotek konusu taşınmazın ipotekli alacaklıya geçeceğine dair bir anlaşma olmalıdır. (AMM m. 273 ve 319)

Bu anlaşma ipotekle teminat altına alınan borcun muaccel olmasından önce gerçekleşmiş olmalıdır. Zira AİK 45. maddesinin 2. fıkrasına göre, ipotek konusu taşınmaz açık pazarda satılamazsa, taşınmazın satışı için belirlenmiş ilk fiyat üzerinden ipotekli alacaklı alabilir. Bu durumda lex

---

[504] **AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 753; **POSATCIOĞLU,** İlhan, "İpotekli Alacaklısına İpotekli Gayrimenkulü Kendi Eliyle Paraya Çevrilmesi Yetkisinin Verilmesi Problemi" Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 536; **HELVACI**, "İpotek" s. 263.

[505] **HELVACI,** İlhan, "Türk hukukunda Lex commissoria Yasağı", İstanbul, 1997, s. 80 vd.

[506] Türk hukukunda lex commissoria yasağı Azerbaycan hukuku benzerlik arz etmektedir. Türk hukukunda lex commissoria yasağının uygulama alanı ile ilgili geniş bilgi için bkz: **GÜNEL,** K. Onur, "Lex commissoria Yasağı", Ankara, 1998, s. 18; **HELVACI,** "Lex commissoria" s. 80; **KUNTALP**, Erden, "Lex commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı", Galatasaray Üniversitesi Yayınları, No: 1. İnan Kıraç'a Armağan, İstanbul, 1994, 154-155

commissoria yasağının kapsamına sadece rehinle teminat altına alınan borcun muaccel olduktan önce yapılan anlaşmalar dâhildir.

Bu anlaşma, alacaklının tatmin edilmesine yönelik olmalıdır. Bu konuda her ne kadar Azerbaycan hukukunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, yasağın amacından hareketle bu şartın aranması gerekir. Zira lex commissoria yasağının sebebi borçluyu karşılaşabileceği olumsuz durumlardan korumaktır. Yapılan sözleşme borçlunun lehine ise, burada onun korunmasına ve dolayısıyla da yasağın uygulanmasına gerek yoktur. Meselâ, taşınmazın değeri ipotekle teminat altına alınan alacağın değerinden daha düşükse, söz konusu taşınmazın ipotekli alacaklının mülkiyetine geçeceğine dair anlaşma geçersiz olmamalıdır. Zira kural olarak bu durumda borçlunun korunmağa değer menfaati olmaz. Bu durumda söz konusu anlaşma ifa yerine eda hükmünde olursa hem daha az değerli eşya ile borcunun ödemiş olur, hem de taşınmazı paraya çevirme masraflarından kurtulmuş olur.

Lex commissoria yasağı, emredici nitelikte bir hüküm olup, tarafların ipotek sözleşmesinde böyle bir sözleşme kaydına yer vermeleri kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbidir (AMM m. 273 ve 319.1.). Bu durumda AMM'nin 352. maddesine[507] göre, sözleşmenin kalan kısmı kural olarak geçerli olur. Fakat söz konusu kayıt olmadan taraflar ipotek sözleşmesini yapmayacakları sonucuna varıldığı hallerde sözleşmenin tamamı geçersiz olur[508].

Son olarak belirtelim ki, ipotek konusu taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya belirli bir bedel karşılığında geçeceğine dair anlaşma da hem lex commissoria yasağına hem de AİK m. 45.2'ye aykırıdır. Ayrıca ipotek konusu eşyayı sattırmak veya malik olmak hususunda alacaklıya seçimlik bir hak

[507] Söz konusu hükme göre " *Geçersiz kısım olmadan da taraflar hukukî işlemi yapacaktılarsa, o zaman hukukî işlemin bir kısmının geçersizliği işlemin tamamının geçersizliğine sebep olmaz.*"

[508] Türk hukukunda yasağa aykırılık hallerinde kısmı hükümsüzlük görüşü için bkz: **AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 755; **BAŞPINAR,** Veysel, "Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı", Ankara, 1998; s. 127, dp: 119; **CANSEL,** Erol, "Teslim şartlı Menkul Rehni", Ankara, 1967; s. 192-193, **HELVACI, "**Lex commissoria", s. 106; TBK-nun 20. maddesinin 2. fıkrasının (yeni TMK m. 27/f.2) dikkate alınmayacağı ve Lex commissoria halinde sözleşmenin geri kalan kısmının, tarafların farazi iradelerini araştırmasına gerek olmaksızın, her halükarda geçerliliğini koruyacağı yönünde (mecburi kısmî hükümsüzlük görüşü için bkz: **EREN,** "Borçlar Hukuku, s. 305)

tanıyan anlaşmalar da lex commissoria yasağı sebebiyle geçersiz kabul edilmektedir[509].

II. Lex Commissoria Yasağının Kapsamı

A. Kanuna Karşı Hile Niteliği Taşıyan Sözleşmeler

1. Teminat Maksadıyla Yapılan Taşınmaz Satış Vaatleri

Teminat maksadı ile yapılan taşınmaz satış vaatlerinde, borçlu taraf alacaklının alacağını teminat altına almak amacıyla borç ödenmediği takdirde ipotekli taşınmazı alacaklıya satmak vaadinde bulunur[510]. Genellikle burada borçlu kredi ihtiyacı için kredi almak isteyen, alacaklı ise kredi veren olarak hukukî ilişkiye taraf olmaktadırlar. Söz konusu sözleşme, sonucunda borç ödenmediği takdirde alacaklı ön sözleşmeye dayanarak ipotekli taşınmazın mülkiyetini elde edebilmektedir. Dolayısıyla da lex Commissoria yasağı ile emredici şekilde yasaklanmaya çalışılan sonuca, taraflar kanunun yasaklamadığı başka bir yolla ulaşmış bulunmaktadırlar. Bu ise kanuna karşı hiledir[511]. Bu durumda teminat maksadı ile yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi geçersiz olur. Zira hükmün doğrudan doğruya ihlâli hangi yaptırıma tâbi ise kanuna karşı hile yoluyla ihlâli de aynı yaptırıma tâbidir[512]. Dolayısıyla söz konusu sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür[513].

Doktrinde azınlıkta kalan bir görüşe göre, teminat maksadıyla alacaklı lehine yapılan satış vaadi kanuna karşı hile değildir. Zira bu işlemin yapılması ile birlikte mülkiyetin alacaklıya devri borcu altına girildiği bilinmektedir. Alacaklı da bu işlemin yapılması ile birlikte mülkiyetin kendisine devrini talep

---

[509] **AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 753, Yazarlara göre, rehin konusu taşınmazın mülkiyetinin satış bedelinin alacak ile mahsup edilmesi suretiyle alacaklıya geçeceğine dair alacağın muaccel olmasından önce yapılan anlaşmaların geçerli olacaktır.

[510] Belirtmemiz gerekir ki, Azerbaycan hukukunda Söz konusu sözleşmeler resmi şekilde yapılması mecburidir. Zira AMM'nin 402.maddesinin 2.fıkrası gereği ön sözleşmeler esas sözleşmelerin şekil şartına tâbi olacaktır.

[511] **OĞUZMAN / BARLAS,** s. 189;

[512] **TOPÇUOĞLU,** Hamide, "Kanuna Karşı Hile", (Kanundan kaçınma yolları), İzmit, 1950, s. 252; **TEKINAY / AKMAN / BURCOĞLU / ALTOP**, "Borçlar Hukuku", s. 424; **OĞUZMAN / BARLAS,** s. 190; **EREN**, s. 337;

[513] **ADAY**, Nejat, "Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa", İstanbul, 1992, s. 92; **EREN,** s. 336-337; **TEKINAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP**, "Borçlar Hukuku", s. 423; **NOMER**, Haluk, "Vefa Hakkı", İstanbul 1992; s. 43;

etme yetkisine sahip olur. Hâlbuki lex commissoria yasağında borçlu borcu vadesinde ödemediği takdirde ipotekli taşınmazı devir etme borcu altına girmektedir[514].

Azınlıkta kalan görüşe göre, lex commissoria da borç ödenmediği takdirde alacaklı mülkiyet hakkı elde eder. Teminat amaçlı satış vaatlerinde ise, sözleşmenin kurulması ile alacaklı, şartların gerçekleşmesi durumunda satış sözleşme kurulması konusunda talep hakkı elde etmektedir. Dolayısıyla kanuna karşı hile yoktur. Kanaatimizce bu gerekçeye dayanılması isabetli olmamıştır. Zaten kural olarak teminat amaçlı satış vaatlerinin hüküm ifade etmesi borcun ifa edilmemesi geciktirici şartına bağlıdır. Burada maksat borcun ödenmemesini teminat altına almaktır. Dolayısıyla da hükmün amacını dikkate aldığında nitelik itibariyle bu işlemlerin birbirlerinde ayrılması doğru olmaz. Sonuç olarak bu konuda çoğunluğun görüşünün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Lex commissoria yasağı ile ilgili olarak Yargıtay'ın bazı kararlarında, teminat maksadıyla yapılan taşınmaz satış vaatlerini, lex commissoria bakımından kanuna karşı hile hali meydana getireceğini kabul etmiştir[515]. Fakat Yargıtay bir çok kararlarında ise, teminat maksadıyla yapılan taşınmaz satış vaatlerine dayanarak tescile icbar davalarını lex commissoria sebebiyle değil, sözleşmelerin nisbî muvazaası sebebiyle reddetmiştir[516]. Yargıtay'a göre, taraflar teminat maksadıyla taşınmaz satış vaadi yaptıkları hallerde, aslında bu satış sözleşmelerinin hüküm ifade etmesini istememektedirler. Özellikle de taşınmaz malikine, evvelce peşinen almış olduğu satış bedelini, belli bir süre içinde iade ederek bu sözleşmeden dönme hakkının tanınması, tarafların bu hukukî işlemin hüküm ifade etmesini istememelerinin başlıca delilidir. Dolayısıyla da bu tür sözleşmeler nisbî muvazaa sebebiyle geçersiz olur.

---

[514] **AKİPEK/ AKINTÜRK,** s. 754;

[515] Yargıtay 14. HD, 20.3.1979, E: 1978 /6247, K: 1979 /1715 sayılı kararında şu şekilde hükmetmiştir: "*Davaya dayanak yapılan taşınmaz satış sözleşmesinin aslında karz akdinin garantisi teşkil etmek ve ipotekli taşınmazın alacaklı tarafından temellük edilmesini önleyen ...(lex commissoria yasağı) hükmünü ortadan kaldırmak amacına yönelik olduğu kabul edilmelidir...*" YKD, C:V, S:7, 1979, s. 1028- 1029.

[516] Yargıtay 14. HD, 6.11.1979, E: 19789 /3198, K: 1979 /5202; (YKD, C:VI, S:1, 1980, s. 88- 89)

Türk doktrininde Yargıtay'ın bu görüşü isabetli olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Zira tarafların teminat maksadıyla yaptıkları satış vaatlerinde sözleşmenin hüküm ifade etmemesini değil, tam aksine hükümlerini doğurmasını istemektedirler. Yani burada tarafların irade beyanları ile iradeleri arasında her hangi bir uyuşmazlık bulunmamakta ve dolayısıyla da muvazaa söz konusu olmamaktadır[517].

2. Teminat Maksadıyla Yapılan Vefaen Satış Sözleşmeleri

Borç ilişkisinin tarafları, alacaklının alacağını teminat altına almak maksadıyla, borçluya geri alım (vefa) hakkı tanınmak suretiyle eşyayı alacaklıya satabilirler. Kural olarak anlaşma gereği, borçluya sözleşmenin vadesine kadar kullanabilecek bir geri alım hakkı tanınmaktadır. Bu durumda, sözleşme çerçevesinde borç ifa edilmediği takdirde, borçlunun geri alım hakkı sona ermektedir. Böylece alacaklı artık her hangi bir sınırlama olmadan eşya üzerinde malik olmaktadır. Görüldüğü gibi, bu sözleşmelerde de lex commissoria yasağı ile engellenmeye çalışılan sonuç, başka bir yolla elde edilmektedir. Söz konusu sözleşmelerin akıbetinin ne olacağı ile ilgili doktrinde farklı görüşler mevcuttur:

Bazı yazarlara göre, lex commissoria durumu ile teminat maksatlı vefaen satışların birbirinden ayrılması gerekir. Teminat maksatlı vefaen satışlarda borçlu kredi ihtiyacını karşılamak için aldığı parayı vaktinde ödeyeceğine dair teminat vermek amacıyla geri alım sözleşmesi yaparak eşyasını satan kimsenin, zaten malvarlığı değerini elinden çıkarmış bulunduğunu ve dolayısıyla durumun ağırlığının bilincinde olduğu kabul edilmelidir. Bu kişinin malvarlığı değeri henüz elinden çıkma tehlikesi ile karşı karşıya kalmayan ve nasıl olsa borcunu ödeyeceği inancıyla davranan kimsenin hesapsızlığı içinde hareket etmeyeceğinden lex commissoria

[517] **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** 313; **HELVACI,** "İpotek" s. 271; **ESENLER**, Turhan, "Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler", İstanbul, 1958, s. 155.

yasağının korumasından da yararlanması doğru olmaz. Dolayısıyla burada kanuna karşı hile hali de söz konusu değildir[518].

İkinci görüşe göre, ise teminat maksatlı satış vaadi sözleşmesi yapan kişinin içinde bulunduğu durum ile ipotek konusu taşınmazın, borç ifa edilmediği takdirde alacaklıya ait olacağı anlaşmasını ihtiva eden ipotek sözleşmesini yapan kişinin içinde bulunduğu durum arasında her hangi bir fark yoktur. Her iki halde de teminat veren, borcu vadesinde nasıl olsa ödeyeceğine inanmakta dolayısıyla da taşınmazını yitirmeyeceğini düşünmektedir. Böylece her iki ihtimalde de teminat veren alacaklının muhtemel sömürüsüne karşı korunması gerekmektedir[519].

Kanaatimizce**,** konuyla ilgili olarak önemli olan lex commissoria ile yasaklanmaya çalışılan sonucun gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Eğer yasaklanmaya çalışılan sonuç gerçekleşmişse, borçlunun koruması gerekir. Teminat maksatlı vefaen satışlarda, lex commissoria ile engellenmeye çalışılan sonuç gerçekleşmektedir. Diğer taraftan, bu durumda borçlu sömürülmeye açık bir konumdadır. Dolayısıyla ikinci görüş Azerbaycan hukuku bakımından daha isabetlidir.

Son olarak belirtelim ki, doktrinde rehin karşılığı ödünç vermeye yetkili kurumlar, ödünç verene geri alım (vefa) hakkı tanıyarak alımlar yaparlarsa,

---

[518]**TEKİNAY**, S. Selahattin, " İştira ve Vefa Hakları", İBD, C: 61, S: 7-8-9, 1987, s. 518; **TEKİNAY**, S. Selahattin, " Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri", C: II, İstanbul, 1988, s. 13-15; **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI,** s. 321-322; **ADAY**, s. 93-94; **NOMER**, "Vefa hakkı" s. 42;

[519] *Helvacı,* kanunun yorumunda Kaynak Kanundan da yararlanmak gerektiği şeklindeki yorum ilkesine işaret ederek, TMK m. 969. hükmünün asıl amacının "rehin mukabili ödünç para verme işleriyle uğraşan kişilerin tâbi oldukları hükümden sıyrılmaları sonucunu doğuracak vefa hakkı ile alımlara engel olmaktan ibaret bulunduğunu kabul etmekte ve vefaen satışla ödünç verilen parayı teminata altına almak amacıyla yapılan bütün hallerde, vefaen satışın *lex commissoria* yasağı bakımından kanuna karşı hile hali meydana getireceği sonucuna varmaktadır. **HELVACI**, "Lex commissoria" s. 140 vd.; *Budak* ise, genel olarak teminat maksadı ile yapılan vefaen satışlarda, kanuna karşı hile hali olduğunu kabul etmekle birlikte *Helvacının* görüşüne tam katılmamaktadır. *Budak*, "TMK'nın 969. maddesinin lafzı ile Kaynak Kanunun metni arasındaki farklılığın iki hukuk sistemi için ayrı sonuçlara varmağı gerektirecek kadar önemli olmadığını düşünmektedir. Diğer taraftan kanun koyucunun teminat maksatlı vefaen satışları yasaklamak isteseydi TMK'nun m. 969'daki hükmünden farklı bir düzenleme getirmesi gerekirdi ve aynı zamanda teminat maksatlı vefaen satışların yasak olduğunu düzenlemek isteyen kanun koyucunun daha çok önem taşıyan taşınmazlar bakımından sessiz kalması ve sadece taşınırlar bakımından bunu yasaklaması izah edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla TMK'nun m. 969. hükmün amacını, sistematiğini ve lafzını birlikte değerlendirdiğimizde, sadece devlet denetimdeki kredi kurumlarının yaptığı ödünç sözleşmeleri için ve yine sadece taşınırlar bakımından olmak üzere teminat maksatlı vefaen satışlara cevaz verildiğini ireli sürmektedir. **BUDAK,** C. Ali, "İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip", İstanbul, 2010, s. 72.

bu işlem, kanun gereği tahvil yoluyla rehin karşılığı ödünce çevrilerek ayakta tutulur[520]. Kanundan doğan bu tahvilin amacı söz konusu işlemlerin kanuna karşı hile yoluyla rehin karşılığında ödünç verme kurumunun ödünç alanı koruyucu kurallarını dolanmalarını engellemektir[521].

3. Teminat Maksadıyla Taşınmazın Devri Sözleşmeleri

Teminat maksadıyla taşınmazın devri sözleşmelerinde borçlu, alacağı teminat altına almak için, bir taşınmazın mülkiyetini inançlı olarak devretmekte, alacaklı ise, teminat konusu taşınmazı, teminatın kapsamına çıkmayacak şekilde kullanmayı ve borç ifa edildiği takdirde taşınmazı iadeyi vaat etmektedir[522]. Söz konusu sözleşmenin geçerli olup olmadığı hususunda farklı görüşler mevcuttur.

Bir görüşe göre, alacağı teminat altına almak maksadıyla bir taşınmazın mülkiyetinin inançlı olarak devir edilmesinde bir engel bulunmamaktadır[523]. Zira borçlunun malvarlığında bulunan taşınmaz, onun mülkiyetinden çıkacağına göre burada borçlunun düşünmeden ve tehlikenin idrakinde olmadan hareket etmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla lex commissoria bakımından kanuna karşı hileden söz edilemez. Bu görüşü savunanlar, lex commissoria yasağını taşınmazın teminat maksadıyla devri sözleşmelerine uygulanması gerektiğini kabul etmektedirler. Yani kural olarak bu sözleşmeler geçerli olmakla birlikte lex commissoria yasağını ihlâl eden haller bulunduğunda hükümsüzlük yaptırımına maruz kalır[524]. Bu konuda azınlıkta olan görüşe göre, teminat maksadıyla mülkiyetin devri sözleşmeleri

---

[520] **KANETİ, "**Hukukî İşlemlerin Çevrilmesi(Tahvil)" İstanbul, 1972; s. 159-160; **ESENLER**, Turhan, "Hukukî Muamelelerde Tahvil", AÜHFD, C: XVI, S: 1-4; 1959, s. 242; **KÖRPÜLÜ / KANETİ,** s. 557; İşlemin tahvil yoluyla ayakta tutulabilmesi için öncelikli olarak tarafların bunu arzu etmeleri gerekir. **ERDOĞAN,** s. 130. Fakat burada doktrinde kanun gereği tahvil yoluna gidilecektir.
[521]**KANETİ**, s. 160; **KÖRPÜLÜ / KANETİ,** s. 557-558.
[522]**ÖZDEMİR,** s. 658.
[523]**ADAY,** s. 93; **ÖZSUNAY**, Ergun, " Türk hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler", İstanbul, 1968, s. 222, (bununla birlikte yazar inançlı mülkiyetin devri sözleşmelerinin kanuna karşı hile yaratmak bakımından elverişli olduğunu belirtmektedir), **ÖZKAYA,** Eraslan, "İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları", Ankara, 1999, 11-12; **ÖZDEMİR,** s. 670.
[524]**HELVACI**, "Lex commissoria" s. 122, **KUNTALP**, "Lex commissoria" s. 160; **ÖZSUNAY**, "İnançlı Muameleler", s. 140; **SEROZAN**, Rona, " Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik", Erdoğan Moroğluna Armağan, İstanbul, 1999, s. 1004.

lex commissoria yasağının kapsamına girer. Böylece borçlunun korunması gereken menfaati bakımından " teminat maksatlı taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri" ve "teminat maksatlı vefaen satış sözleşmeleri"nden bir farkının olmadığını ileri sürmektedir. Çünkü sözleşmeyi yaparken, taşınmaz mülkiyetini tamamen kaybetmeyeceği inancıyla hareket eden borçlunun sömürülmesi ve alacaklının taşınmazı özel yoldan paraya çevirmesi halinde borçlunun menfaatini gereği gibi korunamayacağı hakkındaki sakıncalar, lex commissoria yasağını dolanmak için uygulan diğer usullerde olduğu gibi, teminat maksadıyla mülkiyetin devri sözleşmelerinde de mevcuttur[525].

Kanaatimizce**,** ihtiyaç içinde olan ve borcunu nasıl olsa ödeyeceğini düşünen borçlu önüne getirilen sözleşme şartlarını rahatlıkla kabul etmekte, ona göre de sömürülmeye açık bulunmamaktadır. Diğer taraftan, teminat maksadıyla taşınmaz devri sözleşmelerin geçerli kabul eden yazarlar bile, burada kanuna karşı hile hali için elverişli bir durumun varlığını kabul etmekte ve lex commissoria yasağının bu sözleşmeler bakımından kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar. Aslında aynı yaklaşımla diğer bütün kanuna karşı hile hali oluşturacak sözleşmeler (teminat maksadıyla satış vaadi, teminat maksadıyla vefaen satışlar vb.) ayakta tutulabilir. Dolayısıyla kanaatimizce, teminat maksadıyla taşınmazın mülkiyetinin devri sözleşmelerinin diğer kanuna karşı hile oluşturabilecek durumlardan ayrılması için, ikna edici bir sebep bulunmamaktadır.

Son olarak belirtelim ki, uygulamada taşınmaz mülkiyetinin teminat maksadıyla devredilmesi ile elde edilecek hukukî ve ekonomik sonuçlara ulaşmak amacıyla, başka hukukî yollara başvurulduğu görülmektedir. Taraflar, aslında bir karma inançlı işlem olan bu işlemi, tapu sicilinde genellikle satım akdi olarak göstermekte ve aralarında yaptıkları gizli sözleşme ile de borç ödendiği takdirde söz konusu taşınmazın mülkiyetini borçluya iade edileceğini kararlaştırmaktadırlar. Bu durumda görünürdeki işlem, tarafların gerçek arzularına uymadığı, yani muvazaalı olduğu için, gizli

[525]**BURAK,** s. 75;

akit ise resmî şekilde yapılmadığı gerekçesiyle hükümsüzlük yaptırımına maruz kalmaktadır[526].

B. Lex Commissoria Yasağının Kapsamına Girmeyen Durumlar

Tarafların teminat altına alınan borcun muaccel olmasından sonra yaptıkları anlaşmalar genel olarak lex Commissoria yasağının kapsamına girmemektedir. Borcun muacceliyetinden sonra taraflar, ipotek konusu taşınmazın alacaklıya devredilmesini suretiyle ifası hususunda sözleşme yapabilirler. Bu durumda ya "*ifa yerine geçen edim*" veya "*ifa uğruna edim*" söz konusu olmaktadır.

İfa yerine geçen edim anlaşmasının özelliği gereği, ipotek konusu taşınmazın değerinin borçtan az ya da çok olmasının her hangi bir önemi yoktur. Her iki halde de taşınmazın mülkiyetinin ipotekli alacaklıya devri ile borç sona ermekte ve taraflar birbirlerinden herhangi bir talepte bulunamamaktadır[527].

İfa uğruna edim de ise, tarafların anlaşması durumunda ipotekli alacaklı ipotek konusu taşınmazı kendi eliyle paraya çevirir ve elde ettiği bedel oranında alacağı sona erer. Taşınmazın paraya çevrilmesi üzerine elde edilen bedel ipotekli alacaklının alacağını karşılamaya yetmeyebilir. Bu durumda borçlunun sorumluluğu, haczi mümkün diğer malvarlığı değerleri ile devam eder. Taşınmazın ipotekli alacaklı tarafından paraya çevrilme sonucunda ele geçen bedel alacağının miktarını aşıyorsa, bedelin artan kısmının taşınmaz malikine iadesi gerekir[528].

Borcun muaccel olmasından sonra taşınmazın ipotekli alacaklıya satışı konusunda bir engel bulunmadığı gibi[529], ipotekli alacaklının açık

---

[526]**HELVACI,** "İpotek"s. 281; **BURAK**, s. 76; (Yazara göre, bu tür sözleşmelerde borcun ödenmesine rağmen taşınmazın borçluya iade edilmemesi halinde borçlu, ödünç sözleşmesini, borcun ödendiğini gösteren makbuzu ve taşınmazın eski malike iade edileceğini gösteren sözleşmeyi ibraz ederek alacaklı aleyhine tescile zorlama davası açabilecektir.)

[527] **OĞUZMAN / ÖZ,** s. 218.

[528]**OĞUZMAN / ÖZ,** s. 218.

[529] Belirtelim ki, burada taşınmazın ipotekli alacaklıya satışı her hangi bir fiyat üzerinden değil kanunun ifadesiyle "ilkin fiyat" üzerinden gerçekleşecektir. İlkin fiyattan maksat söz konusu taşınmazın pazar fiyatıdır.

artırmaya katılması da mümkündür. Yani, taşınmazın cebrî icra yoluyla açık artırma suretiyle paraya çevrilmesi durumunda ipotekli alacaklının en yüksek teklifte bulunarak taşınmazın mülkiyetini elde edebilir.

§17. İPOTEKLİ TAŞINMAZIN DEVRİ

I. Genel Olarak

Diğer taşınmazlar olduğu gibi ipotekli taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı da üçüncü kişilere devredilebilir. Türk hukukunda TMK 888. maddesinin 1. fıkrasına göre bu durumda ipotekli alacaklı, her hangi bir hak kaybına uğramaz. Borcun ifa edilmemesi üzerine ipoteğin paraya çevrilmesi yoluna gidebilir. Bu durum, ipoteğin sınırlı aynî hak, mutlak hak olmasının bir gereği, yani herkese karşı ireli sürülebilir olmasının bir sonucudur.

Azerbaycan Hukukunda AİK'nun "İpotek konusu üzerinde tasarruf" kenar başlığını taşıyan 30. maddenin 2. fıkrasına göre, ipotek konusu taşınmazın maliki değişirse, "... ipoteğin teminatı değişmiyor ve ipotek sözleşmesi gereği yeni malik eski malikin bütün yükümlülüklerden, ayrıca eski malikin borcunu gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle ortaya çıkan yükümlülüklerden de sorumludur". Düzenlemeye göre, ipotek konusu taşınmazın üçüncü kişilere devrine rağmen ipotekli alacaklı her hangi bir hak kaybına uğramadan, borcu ödenmediği takdirde taşınmazın paraya çevrilmesini talep edebilir.

İpotekli taşınmazın devri, yani ipotek ilişkisinin taraflarından birinin değişmesi, borç ilişkisinin taraflarının da değişmesine sebep olmamaktadır. Başka bir ifade ile, borç ilişkisinin borçlusunun, alacaklı karşısında şahsî sorumluluğu devam etmektedir. Burada üçüncü kişi, ipotekli alacaklı üzerinde mülkiyeti elde ettiğinde, ipotekle teminat altına alınan borçtan şahsî olarak sorumlu olmaz. Taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı elde eden üçüncü kişinin sorumluluğu, taşınmazın değeri ile sınırlı bir sorumluluktur. İpotekle teminat altına alınan borç, borçlu tarafından ifa edilmediği hallerde, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla elde edilen bedel alacağı karşılamayabilir. Bu durumda ipotekli alacaklı, alacağının karşılanmayan kısmı için sadece borçtan şahsî

sorumluluğu bulunan borçlu aleyhine dava veya takip yoluna müracaat edebilir.

Yeni malikin borcun nakli sözleşmesi yaparak borcu üstlenmesi mümkündür. Bu durumda ipotekli taşınmazı devir alan kişi hem taşınmazın maliki sıfatı ile sorumlu olur hem de teminat altına alınan borç ilişkisinin borçlusu olarak şahsî sorumluluk taşır.

II. Taşınmazın İpotek Yükü Bölünerek Devri

Yukarıda da belirtildiği gibi, ipotekli taşınmazın üçüncü kişilere devri, kural olarak ipoteğin sağladığı teminat bakımından her hangi bir değişiklik meydana getirmemektedir. Fakat doktrinde ve mevzuatta bazı hallerde taraflar arasından aksine bir anlaşma olmadığı takdirde, ipoteğin teminat yükünün bölünebileceğini kabul edilmektedir. Gerçekten de AİK'nun 30. maddesinin 3. fıkrasına göre, "İpotek konusu taşınmazın (kanunda öngörülen esaslar üzere) birden çok kişinin mülkiyetine geçmesi halinde (teminat altına alınan) borcun ifa edilmemesinden, ipotek edenin (yeni) halefleri taşınmazın onlara geçen değeri oranında sorumludurlar."

İlk bakışta ilk bakışta yukarıda metni verilen hüküm, sanki ipotekli taşınmazın birden çok kişinin paylı mülkiyetine geçmesi halinde pay sahiplerinin payları oranında ipoteğin teminat yükünden sorumlu olacakları şeklinde anlaşılmaktadır. Hâlbuki hüküm AİK'nun 30. maddesinin 4. fıkrasında[530] yer alan düzenleme ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bu durumda taşınmazın bölünerek birden çok kişinin mülkiyetine geçmesi mümkündür. Yani burada ipotekli taşınmazın bölünerek birden çok kişinin mülkiyet hakkının konusu olmasından söz edilmektedir. Söz konusu hükmün kapsamına girebilecek bazı ihtimaller şu şekilde sıralanabilir[531]:

İpotekli taşınmazdan bir parça ayrılarak ve bu parçanın mülkiyeti üçüncü kişiye devredilmektedir;

---

[530] AİK m. 30.4. göre, "Eğer ipotek konusu eşya bölünmez eşya olması veya başka sebeplerle üzerinde birlikte mülkiyet kurulmuşsa, ipotek edenin halefleri müteselsil sorumlu olurlar".

[531] **KÖRPÜLÜ / KANETİ**, s. 392; **DAVRAN** s. 52; **HELVACI,** "İpotek" s. 313.

İpotekli taşınmaz parsellere bölünerek ve bu parsellerden en az birinin mülkiyeti bir üçüncü kişiye devredilmektedir[532];

Birden çok taşınmaz üzerinde toplu ipotek kurularak toplu ipotek konusu taşınmazların mülkiyeti üçüncü kişilere devredilmektedir;

Birlikte mülkiyet konusu ipotekli taşınmaz malikler arasında bölünerek birden çok taşınmaz haline gelmektedir.

Yukarıdaki bütün ihtimallerde ipoteğin teminat yükü bölünmektedir. Bununla da kanun koyucu, teminat yükünün bölünmesini esas kabul ederek, toplu ipoteği sadece birden çok taşınmazın aynı kişiye ait olması durumu ile sınırlı tutmaktadır.

İhtimallerin varlığı halinde, ipoteğin teminat yükü bölünmekte ve bölünen taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı elde eden üçüncü kişilerin sorumluluğu onlara geçen taşınmazın değeri oranına göre belirlenmektedir. Başka bir ifade ile, taşınmaz ipotek yükü, taşınmazın üçüncü kişilere geçen değeri esas alınarak bölünür.

İpotekli taşınmazın bir parçasını veya bir parselini ya da toplu ipotek konusu taşınmazlardan birini iktisap eden yeni malik, ipotekle teminat altına alınan borçtan şahsî olarak sorumlu olmaz. Söz konusu taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı elde eden üçüncü kişinin sorumluluğu, taşınmazın değeri ile sınırlı sorumluluktur. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, üzerinde ipotek tesis edilen bir taşınmazın kat mülkiyetine geçmesine her hangi bir engel yoktur. Ana taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilerek bu taşınmaz kat mülkiyetine konu edilmişse, taşınmaz üzerinde bulunan ipotek yükü her bir bağımsız bölüm sayfasına arsa payı oranında nakledilir. Bundan başka kat mülkiyetine geçilirken taşınmazın tapu kütüğünde kapatılan sayfası ile kat mülkiyeti kütüğünde her bir bağımsız bölüm için açılan sayfalar arasında bağlantı kurulur[533].

---

[532] İpotekli taşınmaz parsellere bölünse bile, ipotek edenin kendi mülkiyetinde kaldığı sürece bütün parseller tam değerleri ile ipoteğin teminat kapsamında değerlendirilebileceklerdir.

[533] Kat mülkiyetine çevrilecek taşınmaz birlikte mülkiyete de konu edilebilir ve bazı müşterek maliklerin payları daha önce ipotek edilmiş olabilir. Bu ihtimalde de kat mülkiyetine geçilirken taşınmazın tapu kütüğünde kapatılan sayfası ile kat mülkiyeti kütüğünde her bir bağımsız bölüm için açılan sayfalar arasında bağlantı kurulur. Fakat eğer payı üzerinde ipotek kurmuş malike payı

Söz konusu madde emredici nitelikte olmayıp, taraflar aksine bir anlaşma yapabilirler. Meselâ, yeni malik, ipotekle teminat altına alınan borçtan müteselsil olarak sorumlu olmayı kabul edebilir veya devredilen parsel üzerinde ipotek yükünün kaldırılmasına karar verebilir veyahut da ipotek yükünün taşınmazların değeri göz önünde bulundurulmadan bölünmesi konusunda anlaşabilirler. Fakat burada ipotekli alacaklının menfaati söz konusu olduğu için, kanunda öngörülen sınırlanmanın dışına çıkmaları halinde ipotekli alacaklının da rızasının aranması gerekir.

Sonuç olarak taşınmazı devreden, devralan ve ipotekli alacaklı ipotek yükünün taşınmazlar arasında nasıl bölüneceğine dair bir sözleşme yapmışlarsa, sözleşmenin hükümlerine göre hareket edilir[534].

III. Taşınmazın İpotek Yükü Bölünmeden Devri

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Türk hukukunda ipotekli taşınmazın devri, taraflar arasında aksine bir anlaşma olmadığı sürece, ipoteğin sağladığı teminat bakımından bir değişiklik meydana getirmez ve yeni malik, borçtan şahsî olarak sorumlu olmaz. Fakat isterse borcu yüklenebilir. Konuyla ilgili olarak TMK 888. maddesinin 2. fıkrasına göre "*Yeni malik borcu yüklendiği takdirde alacaklı, kendisine başvurma hakkını saklı tutuğunu bir yıl içinde yazılı olarak önceki borçluya bildirmezse, borçlu borcundan kurtulur."* Söz konusu hüküm TMK m. 890 ile birlikte değerlendirildiğinde yeni malik borcu yüklenirse, tapu memuru durumu ipotekli alacaklıya bildirir. İpotekli alacaklı bir yıl içinde bu duruma rıza gösterip göstermemekte serbesttir. İpotekli alacaklı rıza gösterirse, teminat altına alınan borç yeni malike geçer. Fakat ipotekli alacaklı rıza göstermek istemiyorsa, bunu bir yıllık süre içerisinde yazılı olarak bildirmek zorundadır[535]. Konuyla ilgili olarak AİK 30. maddenin 4. fıkrasına göre, "Eğer ipotek konusu eşya bölünmez eşya ise

---

karşılığında bağımsız bir bölüm isabet etmişse ipotek sadece o bağımsız bölüme ait kütük sayfasına nakledilecektir. **DÖRTGÖZ**, Ö. Gürsel, "Tapu ve Kadastro ile İlgili Genelgeler", Ankara, 2005; s. 354; **REİSOĞLU** "İpotek" s. 9; dp: 5.

[534]Türk hukukunda bu yönde görüş için bkz: **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 751; **HELVACI**, "İpotek" s. 316.

[535] **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 760; **HELVACI,** "İpotek" s. 327.

veya başka sebeplerle üzerinde birlikte mülkiyet kurulmuşsa, ipotek edenin halefleri müteselsil sorumlu olurlar". Bu hükümde, taşınmaz malikinin ipotek konusu taşınmazın birden çok kişinin mülkiyetine geçmesi düzenlenmektedir. AİK m. 30.3'de yer alan düzenlenemeden farklı olarak AİK 30.4'de öngörülen hallerde, ipotekli taşınmazın üzerinde birden çok kişinin mülkiyet hakkı elde etmesine rağmen ipotek yükü bölünmez. Zira burada 30.3'den farklı olarak ipotek konusu taşınmaz bölünmeden birden çok kişinin mülkiyetine geçmektedir. Dolayısıyla ipotek konusu taşınmazın bölünmesi söz konusu olmadığı için ipoteğin teminat yükünün bölünmesinden de söz edilemez.

§ 18. İPOTEĞİN SONA ERMESİ

I. Genel Olarak

TMK'nun "rehnin sona ermesi" kenar başlığını taşıyan 858. maddesinde şu hükme yer verilmektedir:

"Taşınmaz rehni, tescilin terkini veya taşınmazın tamamen yok olmasıyla sona erer.

Kamulaştırmaya ilişkin kanun hükümleri saklıdır." Görüldüğü üzere hüküm, ipoteğin terkin ile veya terkine gerek olmadan kendiliğinden sona ereceğini düzenlemektedir.

Azerbaycan hukukunda ise, ipoteğin sona ermesi ile ilgili düzenlemeye AİK'nun 48. maddesinde yer verilmektedir. Söz konusu düzenleme şu şekilde ifade edilmiştir:

"48.1. İpotek hakkı aşağıdaki hallerde sona erer:
48.1.1. ipotek edenle ipotek alan bu konuda anlaşırlarsa
48.1.2. alacak (ipoteğin teminat altına aldığı alacak) sona ererse
48.1.3. cebrî icra yoluyla ipotekli taşınmaz para çevrilerse
48.1.4. ipotek konusu yok olursa
48.1.5. bu kanunda öngörülmüş diğer hallerde"

Belirtilmesi gerekir ki, ipoteğin sona ermesi sadece söz konusu maddede yer alan hallerle sınırlı olmayıp, Azerbaycan İpotek Kanunu ve Azerbaycan Mülkî Mecellesinde öngörülen diğer durumlarda da ipoteğin sona

ermesi mümkündür. Türk ve Azerbaycan hukukunda ipoteğin sona ermesi ile ilgili düzenlemeler dikkate alındığında sona erme halleri iki başlık altında toplanabilir. İpotek, ya ipoteğin teminat altına aldığı alacağın sona ermesi ile veya alacaktan bağımsız olarak, kendiliğinden sona ermektedir.

Kural olarak ipotek, alacağa bağlı olan ve olmayan sebeplerle sona erer. İpoteğin alacağa bağlı bir hak (fer'î bir hak) olması gereği teminat altına aldığı alacağın sona ermesiyle ipotek de ortadan kalkar. İpoteğin alacağa bağlı olmadan sona erme hallerinde ise, kural olarak alacak varlığını devam ettirmekte, fakat ipotek, tarafların anlaşması, ipotekli alacaklının tek taraflı feragati ve ipotek konusu taşınmazın yok olması veya kamulaştırması vs. sebeplerle ortadan kalmaktadır. Bu ihtimaller dışında da ipoteğin sona ermesi mümkündür[536]. Açık bir şekilde düzenlenmemekle birlikte, ipoteğin geçerliği i bir süreye bağlanmışsa, sürenin dolması ile ipotek sona erer. Ayrıca ipotekle teminat altına alınan borcun ödenmemesi sebebiyle ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesi halinde de ipotek sona erer. Azerbaycan hukukunda bu sona erme hali esas olarak Azerbaycan İpotek Kanununda düzenlenmektedir. Aşağıda her bir sona erme hali incelenmekte ve özellikle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla sona ermesi ayrıntılı şekilde ele alınmaktadır.

II. İpoteğin Teminat Altına Aldığı Alacağa Bağlı Olarak Sona Ermesi

TMK m. 883'e göre, "*alacak sonar erince ipotekli taşınmazın maliki, alacaklıdan ipoteğin terkin ettirilmesini isteyebilir*." Görüldüğü gibi, ipoteğin terkinine sebep olan hallerden biri de ipotekle teminat altına alınan alacağın sona ermesidir. Zira ipotek hakkı fer'î, yani alacağa bağlı bir hak olup, alacağın sona ermesi, doğrudan ipoteğin varlığını etkilemektedir. Fakat bu durumda ipotek hukukî bakımından sona ermiş olsa bile, tapu sicilinden

[536] İpotek, teminat altına alınan borcun üçüncü kişiye devir edilmesi (AİK m. 29), ipoteğin süresinin dolması ve ipotekten kurtarma (AMM m. 311) sebepleriyle sona erebilmektedir.

terkin edilinceye kadar şeklî varlığını devam ettirmektedir[537]. Bu sebeple, hukuken sona eren ipoteğin, şeklî olarak sona ermesi için ipotekli alacaklının tapu sicili müdürlüğünden ipoteğin terkinini talep etmesi gerekir. İpotekle teminat altına alınan alacağın sona ermesi, ipotekli alacaklıyı ipoteğin tapu sicilinden terkini için talepte bulunma borcu altına sokmaktadır.

Azerbaycan hukukunda AİK'nun "ipoteğin terkini" kenar başlığını taşıyan 15. maddenin 1. fıkrasına şu hükme yer verilmektedir:

"İpotek, ipotek alanın dilekçesi veya mahkeme kararı gereği tapu sicili müdürlüğünce tapu sicilinden terkin edilir." Bu düzenlemeye göre, taşınmaz maliki alacağın sona ermesi üzerine ipotekli alacaklıdan ipoteğin tapu sicilinden terkini için talepte bulunmasını isteyebilir. Burada ipotekle teminat altına alınan alacağın sona ermesi üzerine, ipotekli taşınmazın malikinin tapu sicilinden bizzat terkin talebinde bulunması mümkün olmadığı gibi, tapu memurunun da bu terkin işlemini AİK m. 48.1.2.'e dayanarak kendiliğinden gerçekleşmesine de yetkisi bulunmamaktadır[538].

İpotekli alacaklının, ipoteğin terkini için gerekli hukukî işlemi gerçekleştirmesi, yani terkin talebini ihtiva eden yazılı dilekçeyi ile tapu sicil müdürlüğüne vermesi gerekir. Usulüne uygun terkin talebinde bulunulursa, ipotek terkin edilir ve taşınmaz maliki de arzu ettiği hukukî sonucu elde etmiş olur. Fakat ipotekli alacaklı, ipoteğin terkin edilmesi için yazılı olarak tapu sicili müdürlüğüne başvurarak terkin talebinde bulunmazsa, malik ipotekli alacaklısına karşı dava açabilir[539]. Malik bu davada ipotekle teminat altına alınan alacağın sona erdiğini veya hiç doğmadığını veyahut yeniden doğmayacağını ispat etmesi gerekir[540].

---

[537] Türk hukukunda görüşler için bkz: **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s. 767; **AYAN**, s. 199; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 733; **HELVACI**, "İpotek" s. 407; **KÖRPÜLÜ/ KANETTİ**, s. 345; **SAYMEN/ ELBİR**, s. 581.

[538] Alacak sona ermiş olsa bile, Azerbaycan Hukukunda taşınmaz malikin terkin talebinde bulunma yetkisi yoktur. Taşınmaz malikin terkin talebi sonucunda tapu sicil müdürlüğünce terkin işlemi yapılması halinde söz konusu işlem yolsuz olduğu için ipoteğin sona ermesine yol açmaz.

[539] Türk hukukunda konuyla ilgili bkz: **KÖRPÜLÜ/ KANETTİ**, s. 345; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s. 767; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 733; **HELVACI**, "İpotek" s. 407; **KÖRPÜLÜ/ KANETTİ**, s. 345; **SAYMEN/ ELBİR**, s. 581; **ŞENER**, s. 167.

[540] Türk Hukukunda söz konusu davada malikin tapu sicilindeki kaydın düzeltilmesini talep edecektir. Zira alacağın sona ermesi ile birlikte tapu sicilindeki tescil, gerçiek hak durumunu yansıtmayan yolsuz bir tescil haline gelmiştir. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 746-747; **HELVACI**, "İpotek" s. 403; **KÖRPÜLÜ/ KANETTİ**, s. 347.

Taşınmaz malikinin bu talebi üzerine mahkemenin vereceği hüküm, yenilik doğuran nitelikte bir hüküm olmayıp, açıklayıcı niteliktedir. Başka bir ifade ile, mahkeme ipotekle teminat altına alınan alacağın sona ermesi ile birlikte, ipotek hakkının da kendiliğinden sona erdiğini tespit eder[541].

III. İpoteğin Teminat Altına Aldığı Alacaktan Bağımsız Olarak Sona Ermesi

A. İpoteğin Terkinle Sona Ermesi

Türk Medeni Kanununda ipotek hakkının terkin ile sona ermesi farklı sebeplerle olabileceği düzenlenmektedir (TMK m. 1015, 1024/ f.2 ve 1025/ f. 1). Öncelikle ipotekli alacaklı, istediği zaman hakkından feragat edebilir. Dolayısıyla ipotekli alacaklı, ipoteğin teminat altına aldığı alacağın varlığını devam ettirmesine rağmen, ipoteğin terkini talebinde bulunabilir. Ayrıca her hangi bir hukuki hukukî sebeple ipoteğin terkini talep edebilir. Terkin talebinin dayanağı olan hukukî sebep, ipotekli alacaklıyı terkin talebinde bulunma borcu altına sokan sözleşme olabileceği gibi, bir ölüme bağlı tasarruf da olabilir. Meselâ, ipotekli alacaklı yaptığı vasiyetname ile mirasçılarına, lehine tesis edilmiş ipoteğin terkin edilmesi borcunu yüklemiş olabilir. Her iki halde de ipotekli alacaklı, ipoteğin terkin edilmesi için yazılı talepte bulunursa, tapu memuru bu talep gereği terkin işlemini yaparak ipoteği sona erdirir[542].

Azerbaycan hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi terkin farkı sebeplerle yapılabilir[543]. Yukarıda da belirtildiği gibi AİK m. 15.1'e göre, terkin işleminin gerçekleşmesi için ipotekli alacaklının, tapu sicili müdürlüğünden talepte bulunması gerekir. Bu talep üzerine taşınmaz üzerindeki ipotek kaydının silinmesi ile taşınmaz ipoteği son bulur.

---

[541] Belirtilmesi gerekir ki, malikin ipotekli alacaklı aleyhine dava açabilmesi için ipotekle teminat altına alınan alacağın mutlaka sona ermiş olması şart değilidir. Mahkeme, malikin borcunu ifa ettiği ispat etmesi şartıyla da terkinin yapılması yönünde bir karar verebilir. **HELVACI**, "İpotek" s. 404; bu tarz durumda ipotekle teminat altına alınan borcun sona erip ermediğine ve ipoteğin terkin edilip edilmeyeceğine tapu sicili müdürlüğü karar verir. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 746, dp. 234.

[542] Terkin talebi, borçlunun kimlik bilgilerini, ipotek sözleşmesinin tarihi ve numarası, ipotek hakkının tarihi kayıt numarası ve taşınmaza dair kimlik bilgilerini ihtiva etmelidir. **ŞENER,** s. 166.

[543] Kanun koyucu AİK m. 48.1.1' de terkin konusunda ipotek tesis edenle ipotek alanın anlaşmış olmalarını ipoteğin sona erme sebebi olarak belirtmektedir.

Azerbaycan hukukunda Türk hukukunda olduğu gibi [544] , terkin işleminin geçerli olabilmesi için terkin talebinde yetkili kişinin bulunması gerekir. Ayrıca terkin işleminin hukuki sebebini oluşturan borçlandırıcı işlemin geçerli olması gerekir[545]. Hukukî işlemin geçersizliğine rağmen ipoteğin terkin işlemi yapıldığı takdirde ipotek sona ermez [546] . Çünkü böyle bir işlem yolsuzdur. Bu durumda ipotekli alacaklı tescilin düzeltilmesi için dava açabilir[547].

B. İpoteğin Terkine Bağlı Olmadan Sona Ermesi

1. Genel olarak

İpotek bazı hallerde terkine gerek olmadan, tescil dışı, kendiliğinden sona erer. Bu durumlarda tapu siciline yapılacak terkin açıklayıcı niteliktedir. İpoteğin sona ermesini düzenleyen maddelerde ifade edilmese de, bu gibi hallerde, malikin ipoteğin terkini tapu sicilinden terkin edilmesini kendisi talep edebilir.

2. İpoteğin Mahkeme Kararı ile Sona Ermesi

Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan hukukunda da ipotekli alacaklı tapu siciline yazılı olarak başvurarak terkin talebinde bulunma borcunu yerine getirmezse, malik, söz konusu borcun ifasını temin etmek için dava açabilir. Mahkeme taşınmaz malikinin talebi doğrultusunda karar verir ve ipotekli alacaklı terkin talebinde bulunmaya mahkûm edilirse, o zaman

---

[544] **HELVACI,** "İpotek" s. 405.

[545]**SÜLEYMANLI,** "Eşya Hukuku" s. 43; Konuyla ilgili olarak Azerbaycan Yüksek Mahkemesi (Ali Mahkeme) istinaf mahkemesinin kararına itirazı değerlendirirken aşağıdaki hususları tespit etmiştir. " *Sözleşmenin görüntü maksadıyla kurulmuş olması sebebiyle muvazaa söz konusudur ve dolayısıyla hüküm ve sonuç doğurmaz. Bu yönüyle mahkemenin (istinaf mahkemesinin) kararı esaslıdır. AMM 340. maddesine göre hukukî sonuç doğurmak maksadı olmadan görüntü için kurulan sözleşmelerin muvazaa sebebiyle geçersiz olur (dolayısıyla buna bağlı olarak yapılan tasarruflar da geçersizdir*)." Görüldüğü gibi, Mahkeme itirazı ret ederken tasarruf işleminin geçerliliğini borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı olduğunu kabul etmiştir. bkz: **Azerbaycan Respublikası Ali Mahkemesinin Kararlar Toplusu,** "Mülki İşler Üzre Mahkeme Kollegiyası" Karar № 6k – 97, Bakü, 2004, s. 452.

[546] Fakat terkin yapıldıktan sonra iyiniyetli olarak hak elde eden kişiler taşınmazı ipotekle yüklü olmadan kazanacaklardır.

[547]**AYAN,** C: III**,** s. 173.

karar yenilik doğurucu nitelikte olur[548]. Dolayısıyla tapu sicilinde tescil işlemi, sadece hukukî durumu açıklamaktadır. Söz konusu kararı, alacağın sona ermesi sebebiyle terkin talebinde bulunma borcundan kaçınan ipotekli alacaklıya karşı açılan davada verilen karar ile karıştırılmaması gerekir. Alacağın sona ermesi halinde ipotekli alacaklı terkin talebinde bulunmazsa açılan davada mahkemenin vermiş olduğu karar açıklayıcı niteliktedir. Zira bu durumda alacak sona erdiği için ona bağlı olarak tesis edilen ipotek hakkı da sona erer. Mahkeme burada sadece hukukî olgunun sabit olup olmadığını belirler. Fakat alacak sona ermediği durumlarda ipotek hakkı da varlığını devam ettirdiği için, terkin talebinde bulunma borcunu yerine getirmeyen ipotekli alacaklı aleyhine dava açılabilir. Mahkemenin kararının kesinleşmesi ile birlikte, karar, terkin talebinin yerine geçerek hüküm ve sonuç doğurur.

3. İpoteğin Taşınmazın Tamamen Yok Olması Sebebiyle Sona Ermesi

Türk hukukunda (TMK m. 858/f.1.), ipotekli taşınmazın yok olması[549] ile birlikte ipotek hakkı da kendiliğinden sona erer. Fakat ipoteğin sona ermesi alacağın mevcudiyetini etkilemez. Sona erme hem hukukî, hem de şeklî anlamda gerçekleşir[550]. Bu halde ipoteğin tapu sicilindeki terkini açıklayıcı niteliktedir[551].

AİK m.48.1.4'da ipotek konusu taşınmazın yok olması ipoteğin sona erme sebebi olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla ipotekli taşınmazın yok olması durumunda taşınmaz üzerinde diğer aynî haklar gibi, ipotek hakkı da sona ermektedir.

---

[548] **SÜLEYMANLI**, "Eşya" s. 112; Türk hukukunda kararının TMK m. 716'ya göre, kıyasen yenilik doğurucu nitelikte olduğu kabul edilmektedir. **HELVACI,** "İpotek" s. 407.

[549] Taşınmazın yok olmasından kasıt, arazinin denize kayması veya su seviyesinin yükselmesi sebebiyle sular altında kalması gibi, tabiî olaylar sonucunda tamamen veya devamlı yok olmasıdır. Bu halde taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı ile birlikte diğer sınırlı aynî haklarda sonra erer. **AKIPEK/ AKINTÜRK,** s. 506-507.

[550] **ALTAY/ ESKİOCAK,** s. 158, No:230. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 696. **KÖRPÜLÜ/ KANETİ**, s. 347.

[551] **AYAN**, s. 172; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 733; **KÖRPÜLÜ/ KANETİ**, s. 347; **ŞENER**, s. 164.

Yukarıda da belirtildiği gibi, ipoteğin sona ermesi alacağın varlığını etkilemez. Bununla birlikte yok olan ipotekli taşınmaz sigortalanmışsa veya malik yok olan taşınmaz yerine bir teminat vermişse ipotekli alacaklının hakkı, sigorta tazminatı veya teminat olarak verilen değerler üzerinde devam eder[552].

Türk hukukunda, taşınmaz bir kısmının yok olması halinde ipotek hakkı kalan kısım üzerinde varlığını devam ettirir[553]. Kat mülkiyetine konu olan taşınmazlarda bağımsız bölümler üzerinde ipotek kurulduktan sonra bağımsız bölüm yok olursa, ipotek hakkı, yok olma sebebiyle ödenen tazminat üzerinde devam eder. Fakat tazminat ödenmezse, ipotek, bağımsız bölümlerin ana taşınmaz üzerindeki kalan arsa payları üzerinde devam eder[554].

4. İpoteğin Taşınmazın Kamulaştırılması Sebebiyle Sona Ermesi

Türk hukukunda, ipotekli taşınmazın kamulaştırılması durumunda ipoteğin sona erdiği kabul edilmektedir[555]. Böyle bir halde ipotekli alacaklının hakkı kamulaştırma bedeli olarak ödenen para üzerinde devam eder[556].

AİK'nun 32. maddesinin 1. fıkrasına göre, ipotekli taşınmaz, kanunda öngörülmüş hallerde, devlet ve belediye ihtiyacı için kamulaştırılabilir. Kamulaştırılma zamanı taşınmazın mülkiyeti idareye devredilir ve kamulaştırma konusu taşınmaz üzerinde bulunan bütün şahsî ve aynî haklar kendiliğinden sonra erer. Dolayısıyla taşınmaz üzerinde bulunan ipotek hakkı da son bulur.

Türk Hukukunda olduğu gibi, Azerbaycan Hukukunda da (AİK m. 32.1.), ipotekli taşınmazın kamulaştırılmışsa, ipotekli alacaklının hakkı, taşınmaza karşılık olarak verilen eşya veya bedel üzerinde devam eder[557].

---

[552]Bu konuda bkz: s. 158.
[553]**AYAN**, s. 173; **SAYMEN/ ELBİR,** s. 530; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s. 988.
[554] Türk Hukukunda konuyla ilgili bkz: **ACAR,** s. 349.
[555] **ALTAY/ ESKİOCAK,** s. 159, No:231. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 696; **HELVACI,** "İpotek" s. 208.
[556] TMK m. 858/f.2'ye göre, kamulaştırma halinde ipoteğin hukukî durumu 29 42 sayılı Kamulaştırma Kanunu tarafından belirleneceği kabul edilmektedir.
[557]**HELVACI,** "İpotek" s. 208-209.

Ayrıca ipotekli alacaklı taşınmazın kamulaştırılması karşılığında verilen bedelin malike ödenmesine itiraz etmek hakkı vardır (AMM m. 312. 2.)[558].

5. İpoteğin Sürenin Dolması Sebebiyle Sona Ermesi

Azerbaycan İpotek Kanununda ipoteğin sona ermesine ilişkin hükümler arasında ipoteğin süresinin dolması sebebiyle sona ermesi düzenlenmemektedir. AİK m. 48.1.4. ipoteğin sona ermesi söz konusu maddede gösterilen hallerle sınırlı olmadığını belirtmekle konuyla ilgili diğer maddelere atıfta bulunulmaktadır. Genel hükümler arasında yer alan AMM 339. maddesinin 3. fıkrasına göre, "Taraflar anlaşarak sözleşmenin geçerliliği için bir süre öngördükleri hallerde söz konusu sürenin dolması, sözleşmeden doğan borçların sona ermesine sebep olur." Dolayısıyla ipotek sözleşmesinde ipotek hakkının belirli bir süre ile sınırlı olması kararlaştırılmış ise, bu durum tapu siciline kaydedilir ve sürenin dolması ile de ipotek hakkı kendiliğinden son bulur[559].

Türk hukukunda sürenin sona ermesi üzerine malik, ipoteğin terkin edilmesini tapu sicilinden bizzat talep edebilir. Zira bu durumda tapu sicilindeki tescil her türlü hukukî değerini yitirmiş olur[560]. Fakat Azerbaycan Hukukunda AİK m. 15.1.'e göre, ipotek, ipotek alanın dilekçesi veya mahkeme kararı esasında terkin edilir. Kanaatimizce, söz konusu hüküm amacını aşacak şekilde geniş yorumlanmamalıdır. Zira burada amaç ipotekli alacaklının korunmasıdır[561]. Tam aksine ipotekli alacaklının hiç bir menfaati bulunmadığı durumlarda taşınmaz malikin zor duruma düşürülmesi değildir.

---

[558] Türk hukukunda bu durumda idare, ipotekli alacaklının izni olmadan malike ödeme yapamaz. Böyle bir durumda kamulaştırma bedeli alacaklının adına tevdi edilmesi gerekir. **AYAN**, s. 173; **SAYMEN/ ELBİR,** s. 530; Konuyla ilgili olarak Yargıtay 12. HD., 9.4.1984, E: 2909/ K: 4192 sayılı bir kararında "*... Tapu kaydına göre kamulaştırılan taşınmaz üzerinde alacaklar lehine tesis edilmiş muhtelif derecelerde ipotek kayıtlarının varlığı sabittir. Bu durum karşısında, ipotekler hukukî değerini koruyor ise ipotek kayıtlarının... kamulaştırma bedeline dönüştüğü, kamulaştırma bedelinin ödenmesi sırasında bu halin idarece nazara alınması zorunlu ödeme yapamaz. Böyle bir durumda, kamulaştırma bedelinin alacaklılar adına tevdi edilmesi gerekir. Kamulaştırma bedeli kendisine ödenmeyen ipotekli alacaklı kamulaştırma bedelinin iadesi için dava açabilir.*" **ŞENER,** s. 169.

[559] Konuyla ilgili olarak Türk hukukunda açıklamalar için bkz: **HELVACI,** "İpotek" s. 409; **KÖRPÜLÜ/ KANETİ**, s. 347.

[560] **HELVACI,** "İpotek" s. 409.

[561] **SÜLEYMANLI,** "Metodik Vesait" s. 44.

Dolayısıyla ipoteğin terkin dışında kendiliğinden sona erdiği durumlarda, malikin talebi üzerine tapu sicil memurunun tekin işlemini yapması gerekir.

Türk hukukunda yukarıda bahsedilen konuyla ilgili olarak Yargıtay'ın, süreli ipoteklerde sürenin alacağın muaccel olmasından önce dolması halinde, ipoteğin geçerli olarak kalmaya devam edeceği ve süre dolmuş olmasına rağmen ipoteğin paraya çevrilebileceği görüşünü benimsediği görülmektedir[562]. Fakat doktrinde Yargıtay'ın bu uygulamasının sadece muacceliyyet tarihinin belirli olan anapara ipotekleri yönünden yerinde olduğu, üst sınır ipotekleri bakımından bunun geçerli olmayacağı ileri sürülmektedir. Zira anapara ipoteğinde sözleşme taraflarının asıl amaçlarının alacağın teminat altına alınması olduğu, bu amacın gerçekleşmesini engelleyen süre sınırlaması, tarafların asıl iradelerine uymadığından dikkate alınmamalıdır[563]. Üst sınır ipoteğinde ise, ipoteğin süreli olarak kurulması halinde, alacaklılar süre dolmadan alacağı muaccel hale getirip, ipoteği paraya çevirmeleri gerekir. Aksi halde ipotek sürenin dolması sebebiyle sona erer.

6. İpoteğin Taşınmazın Cebrî İcra Yoluyla Satışı Sebebiyle Sona Ermesi

Türk hukukunda, alacak vadesinde ödenmediği takdirde, alacaklının talebi üzerine taşınmaz paraya çevrilerek ipotekli alacaklı öncelikli olarak alacağını tahsil eder. Taşınmazın satışı ile birlikte ipotek hakkı da sona erer. İpoteğin sona ermesi için ipoteğin satışından elde edilecek bedelin ipoteği alacaklını tamamıyla tatmin etmiş olup olmamasının her hangi bir önemi yoktur. İpotekli alacaklı alacağının tamamını elde etmese de, ipotek hakkı

---

[562] Yargıtay 14. HD. 17.3. 1992, E 1991/ 9389, K. 1992/ 3386, sayılı kararında "*Her ne kadar süre konmuş ise de, ipoteğin ilişkin olduğu borcun ödenmesi iki takside bağlanmış olup, söz konusu süreyi aşmaktadır. Bu durumda ipotek sürenin dolması ile dava konusu ipoteğin sona ereceğinin kabulü mümkün değildir. Davacı Ö.F, 21.1.1991 dünü dava konusu ve diğer ipotekler kabul ederek 24, 25, 26, nolu bağımsız bölümlere temellük etmiştir. Bu itibarla, davacının çekişmeli ipoteği kabul ederek 25 nolu bağımsız bölümü temellük ettiğinde, ipotek borcunun ödenmesiyle ilgili vade günleri ipotek süresini aşmışsa Medenî Kanunun 798.maddesinde öngörüldüğü veçhile aşacağın sükûtu halinde ipoteğin iptali istenebileceğine borcun ödendiği ileri sürülmediğine ve ispatlandığına göre, davanın reddi gerekirken aksine bazı görüş ve düşünce ile kabulü usul ve yasaya aykırıdır*." YKD. C.18, S. 4., 1992, s. 563.

[563] **ŞENER,** s. 170.

sona erer[564]. Alacaklı taşınmaz bedeli ile karşılanmayan alacağını adî alacak olarak borçludan talep eder[565]. Burada ipoteğin sona ermesi teminat altına aldığı alacağa bağlı olarak değil, ipotek hakkının sağladığı taşınmaz üzerinde tasarruf etme (taşınmazı paraya çevirme) yetkisinin kullanılması ile sona erer. Başka bir ifade ile taşınmazın paraya çevrilmesi ile ipotek hakkı tüketilmiş olur ve bu sebeple sona erer. Bu durumda alacağın sona ermesi alacağın tamamen tahsil edilmesi ile gerçekleşmektedir. Dolayısıyla ipotek hakkı taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda sona ermesine rağmen elde edilen bedel alacağı tam karşılamadıkça alacak hakkı sona ermiş olmaz[566].

Azerbaycan hukukunda, alacak vadesinde ödenmediği takdirde, alacaklının talebi üzerine taşınmaz açık artıma yoluyla satılır. Fakat bunun için mahkemenin ipotekli taşınmazın satılması konusunda karar vermesi gerekir. Mahkeme ipotekli alacaklının talebi üzerine taşınmazın satışı için kanunda öngörülen şartların gerçekleşip gerçekleşmediği tespit eder. Şartlar gerçekleşmişse mahkeme taşınmazın satışına karar verir. Mahkemenin kararı sadece durumu tespitten ibaret olup, kurucu nitelikte değildir[567]. Ayrıca taraflar anlaşarak mahkemeye başvurmadan da taşınmazın satışını gerçekleştirebilirler (AİK m. 35.1.2.). Söz konusu anlaşma remi şekle tâbidir. Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan hukukunda da taşınmazın satışı ile birlikte ipotek hakkı da sona erer[568].

---

[564] Türk hukukunda İcra İflas Kanununun 144. maddesinin 4. fıkrasına göre "Bir taşınmazı paraya çeviren icra dairesi o taşınmaz üzerindeki… taşınmaz rehin haklarına dair kayıtların tapu sicilinden terkin ve nakillerini de yaptırır."

[565] Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz: **ALTAY/ESKİOCAK**, s. 193, NO: 275-280; **HELVACI,** "İpotek" s. 410-411.

[566] Şener'e göre, ipoteğin paraya çevrilmesi durumda ipotek, alacağın sona ermesi sebebiyle sona ermektedir. **ŞENER**, s. 164.

[567] **SÜLEYMANLI,** "Metodik Vesait " s. 44.

[568] Azerbaycan Ali Mahkemesin o5 Ocak 2011 tarihli kararında "*… AİK 59.1. maddesine dayanılarak apartman veya her hangi bir yerleşim yeri üzerinde ipotek tesis edilmişse, söz konusu ipotekli taşınmaz cebrî icra yoluyla satılırsa, bu durum, yerleşim yerinde veya dairede kayıtlı olan kişilerin çıkarılması için esas değildir. Kanununa (AİK m.59.3) göre, üzerinde ipotek tesis edilmiş yerleşim yeri cebrî icra yoluyla satılmışsa ipotek tesis eden onunla birlikte oturan aile üyeleri ve diğer kişiler yerleşim yerini en geç bir ay içinde boşaltmaları gerekir. Fakat bunun ipotek sözleşmesi kurulduğu sırada bu kişiler, taşınmaz cebrî icra yoluyla satılırsa onu terk etmek konusunda noter onaylı rızalarının alınması gerekir. İpotek sözleşmesi kurulduktan sonra yerleşim yerine oturma hakkı elde eden kişilerin onayının alınmasına gerek yoktur. AİK'nun 59.3 maddesinde öngörülen sürede ipotek tesis eden onunla birlikte oturan aile üyeleri ve diğer kişiler ipotekli taşınmazı terk etmezlerse mahkeme kararı ile tahliye edilebilirler."* **http://www.supremecourt.gov.az/store/Mulki/qerar/-2011/2_17+05.01.2011.pdf .**

SONUÇ

Türk ve Azerbaycan hukukunda taşınmaz ipoteğinin ana kaynağını Türk Medeni Kanunu ve Azerbaycan İpotek Kanunu teşkil etmektedir. Azerbaycan İpotek Kanunu Rusya Federasyonu İpotek Kanunu'ndan iktibas edilmiştir. Fakat kanun koyucu Rusya Federasyonu İpotek Kanunu bir bütün olarak iktibas etmemiş, bazı kısımlarını değiştirerek almış, bazı kısımlarını ise, hiç almamayı tercih etmiştir. Bu durum kanunun sistematik bütünlüğünü önemli ölçüde zedelemekte ve uygulamada pek çok sorunlara yol açmaktadır. Ayrıca buna Azerbaycan Mülkî Mecellesi ile Azerbaycan İpotek Kanunundaki düzenlemeler arasında olan çelişkileri ve tercüme hatalarını ilâve ettiğimizde içinden çıkılması çok zor bir durumla karşılaşılmaktadır.

Çalışmamızda varılmış olan sonuçların bazılarını şu şekilde özetlenebilir:

Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan hukukunda da taşınmaz ipoteği, taşınmaz üzerinde, taşınmazın değerine yönelik olarak, alacaklıya alacağını teminat altına almak maksadıyla tanınan ve kıymetli evraka bağlı olmayan sınırlı bir aynî haktır.

Azerbaycan Mülkî Mecellesinin sisteminde rehin (girov), sadece taşınır, ipotek ise, taşınmazlar ve tapuya tescil edilen taşınırlar için söz konusu olmaktadır. Başka bir ifade ile, ipotek rehnin bir türü olmayıp, bağımsız bir müessese olarak düzenlenmektedir. Fakat Azerbaycan İpotek Kanunu ile getirilen yeni düzenlemede ipotek açık şekilde rehnin bir türü olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla Azerbaycan hukukunda rehin (girovun) kavramı dar ve geniş anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda rehin sadece taşınırların rehnini, geniş anlamda rehin ise, hem taşınmazlar hem de tapu siciline tescil edilen taşınırlar üzerindeki rehni kapsamaktadır.

Azerbaycan hukukunda, taşınmaz ipoteğinin özellikleri genel olarak Türk hukuku ile paralellik arz etmektedir. Fakat Azerbaycan hukukunda ipotekle teminat altına alınması alacak bakımından zamanaşımının işlemesini durdurmaz, keser. Yani Türk hukukunda taşınmaz ipoteğinin tapu siciline

tescilinin alacak için işleyen zamanaşımı süresini durdurur (TMK m. 864). Buna karşılık Azerbaycan hukukunda ise, ipoteğin kurulması ile alacak için işleyen zamanaşımı süresinin kesileceği kabul edilmiştir (AMM m. 553. ve 3801.)

Türk Hukukunda taşınmaz kavramı; arazi, taşınmaz üzerinde bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler olarak sınırlı biçimde belirlenmiştir (TMK m. 704 ve 998). Azerbaycan hukukunda ise, sadece maddî varlığa sahip ve yapısında aşırı değer kaybı olmaksızın yerinin değiştirilmesi mümkün olmayan eşyalar taşınmaz eşya sayılmaktadır (AMM m. 135.4). Türk hukukundan farklı olarak maddî varlığa sahip olmayan bağımsız ve sürekli haklar taşınmaz niteliğinde değildir.

Türk hukukunda geçerli bir hukukî sebebe dayanan mevcut veya müstakbel, miktarı belirli veya belirsiz bütün alacaklar ipotek ile teminat altına alınabilir (TMK m. 881/f.1). Azerbaycan Hukukunda da geçerli bir hukukî sebebe dayanan mevcut veya müstakbel alacaklar teminat altına alınabilir. Fakat Türk hukukundan farklı olarak belirli veya belirsiz bütün alacaklar değil, sadece belirli veya belirlenebilir alacaklar ipoteğin konusu olabilir (AİK m. 10.5).

Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan Hukukunda da kural olarak ipotek alacaklısı tapu sicilinde tescil işlemi ile birlikte taşınmaz üzerinde ipotek hakkı kazanır. Fakat 17 Haziran 2003 tarihinde Azerbaycan Mülki Mecellesine yapılan değişiklikten sonra AMM m. 146.1'e yeni bir hüküm eklendi. Söz konusu hükme göre, taşınmaz üzerinde kullanma ve faydalanma yetkisinin sözleşmenin onaylanması ile tasarruf yetkisinin ise tapu siciline tescil anından kazanılacağı ifade edilmektedir. Kanaatimizce, aynî hakların ilgili sözleşmenin onaylanması ile kurulacağının kabulü, Azerbaycan Medenî Hukuk sistemi bakımından uygulanması mümkün değildir. Bu hüküm (sistem), tapu sicili organını varlık sebebine, onun fonksiyonuna, taşınmaz üzerindeki aynî hakların tescil edilmesi ile güdülen amaca ve Azerbaycan Mülkî Mecellesinde kabul edilmiş ilkelere aykırıdır.

Türk hukukunda taşınmaz maliki ipotekli taşınmazı üzerinde tasarruf yetkisini kullanma konusunda serbesttir. Azerbaycan hukukunda ise, AİK'nun 30.1. maddesi ile ipotekli taşınmaz üzerinde malikin her türlü tasarruf yetkisi ipotekli alacaklının yazılı iznine bağlanmaktadır. Ayrıca AMM'nin 312.4'de göre ipotekli taşınmazın malikinin taşınmazı üzerinde tasarruf yetkisini kısıtlayan her türlü sözleşme geçersizdir. Kanaatimizce burada örtülü kanun boşluğu vardır. Her ne kadar AİK m. 30.1 zaman bakımından önceliği ve özel niteliği gereği AMM m. 312.4'dü yürürlükten düşürmeli olsa da, şu haliyle uygulanması hakkaniyete uygun değildir. Zira söz konusu düzenleme (AİK m. 30.1), hem mülkiyet hakkına haksız müdahaleye, hem taraflar arasında menfaat dengesi ilkesinin ihlâline, hem de hakkın kötüye kullanılmasına yol açmaktadır. Teorik ve pratik esastan yoksun, bu maddenin ilga edilmesi veya değiştirilmesi gerekir.

Türk hukukunda kural olarak ipotek sözleşmesi resmî şekilde yapılır (TMK m. 852/f.2.). Tapu Kanununun 26. maddesine göre, sözleşmeye resmiyet verecek makam tapu müdürüdür. Azerbaycan hukukunda da ipotek sözleşmesinin geçerliliği resmî şekle tâbi tutulmuştur. Fakat resmî şeklî kazandıracak olan tapu müdürü değil, noter memurudur.

Türk ve Azerbaycan hukukunda taşınmaz ipoteğinin teminat kapsamında şu alacaklar talep edilebilir; anapara, faizler, cezaî şart, borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi sonucunda ortaya çıkan zararlar ve taşınmazın bakımı ve korunması için yapılan masraflar. Ayrıca ipoteğin paraya çevrilmesi ile ilgili mahkeme masrafları da istenebilir. Bununla birlikte Azerbaycan hukukunda "diğer masraflar"ında ipoteğin teminat kapsamında istenebileceği ifade edilir (AİK m. 4). Azerbaycan Hukukunda söz konusu taleplerin amacını aşacak şekilde çok geniş tutulduğu kanaatindeyiz. Zira kanun koyucunun ipoteğin teminat kapsamına giren alacakları tek tek açıklamakla yetinmeyip, diğer her türlü masraflarında teminat kapsamında istenebileceğini ifade etmesi isabetli değildir. Bu durum ipotekle teminat altına alınan alacağın miktarının tespitini zorlaştırmaktadır. Bu ise, ipotek hukukunda hâkim olan belirlilik ilkesi bakımından son derece sakıncalıdır.

Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan Hukukunda para borçlarında borçlunun temerrüdü halinde, borçlu, temerrüt faizi ile cezaî şarttan aynı anda sorumlu tutulmaktadır. Taşınmaz ipoteği bakımından da temerrüt faizi ile cezaî şart birlikte ipoteğin teminat kapsamına dâhil olur. Söz konusu durum, hem hukukî ilişkinin taraflarının menfaatler dengesine hem de Tazminat Hukuku ilkelerine aykırı olabileceği kanaatindeyiz. Özellikle Azerbaycan hukukundaki uygulama şekline bakıldığında, cezaî şartla temerrüt faizinin aynı anda uygulanması ya temerrüt faizinin artırılması veya faize faiz uygulaması niteliğindedir.

Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan hukukunda da eşyanın bütünleyici parçası asıl eşya ile aynı hukuki rejime tâbidir. Zira bütünleyici parçanın bağımsız bir eşya hüviyeti olmayıp, asıl eşya ile birlikte hakkın konusu olabilir. AMM m. 135.12'ye göre tabiî ürünler asıl eşyanın bütünleyici parçasıdır. Fakat AİK m. 7.1'e göre, eşyanın "*mahsulü ve kârı ipotek sözleşmesinde öngörüldüğü hallerde ipoteğin teminat kapsamına girer."* Dolayısıyla sözleşmede öngörülmezse bütünleyici parça niteliğinde bulunan eşyanın mahsulü ve kârı ipoteğin teminat kapsamına dâhil olmaz. Azerbaycan İpotek Kanununda yer alan hükmün (m. 7.1.) uygulanması hem bütünleyici parça müessesesinin niteliği ile bağdaşmamakta hem de kanunun sistematiğine (AMM mm. 135.10, 135.12 ve 152.9) aykırı bulunmaktadır. Ayrıca bu hükmün pratikte uygulanabilirliği de mümkün görünmemektedir.

Azerbaycan hukukunda Türk hukukundan farklı olarak arazi ipotek edildiği takdirde, arazi üzerinde olan taşınmazlar ipoteğin teminatı kapsamına dâhil edilmez (AİK m. 51.1). Araziye bağlı taşınmazın bütünleyici parça niteliği dikkate alındığında maddenin bu şekliyle teorik ve pratik esaslardan yoksundur. Söz konusu hükmün ayakta tutulabilmesi için arazi üzerinde bulunan taşınmazın bağımsız bir eşya olarak tapu siciline kaydedilmesi gerekir.

Türk hukukunda taşınmaz rehninde sıra düzenin belirlenmesi bakımından sabit dereceler sistemi esas alınmaktadır. Azerbaycan hukukunda ise Almanya ve Fransa hukuklarında olduğu gibi, taşınmaz

rehninde ilerleme sistemi kabul edilmiştir. İlerleme sisteminin temel özelliği taşınmaz bütün değeri alacağa teminat teşkil etmesidir. Sabit dereceler sisteminde olduğu gibi, taşınmazın değerinin farazî kısımlara bölünerek derece tesis edilmesi mümkün değildir. Aynı zamanda ilerleme sisteminde sabit dereceler sisteminden farklı olarak sıra düzeninde bir boşluk doğmaz. Zira sıra bakımından önde gelen, ipotek hakkının her hangi bir sebeple sona ermesi halinde, sıra bakımından bundan sonra gelen ipotek haklarının her biri ilerleyerek sona eren ipotek hakkının yerine geçerler. Bunun sonucu olarak da ipoteğin sırasının belirlenmesi ipoteğin kuruluş tarihine göre yapılmaktadır. Yani en eski tarihli ipoteğin ilk sırada yer almaktadır.

Azerbaycan hukukunda ilerleme sisteminin sakıncalarının önlenmesi ve taşınmaz rehninden beklenen fonksiyonlarını ifa edebilmesi maksadıyla bazı düzenlemeler getirmektedir. Bu sebeple ipoteğin sona ermesi halinde sonraki sırada yer alan ipotek haklarının kendiliklerinden ilerlemeleri önlenerek, malike ipotek sıraları üzerinde tasarruf yetkisi tanınmaktadır. Bu imkân, malik lehine ipotek müessesesi sayesinde elde edilmektedir. Bundan başka taşınmaz ipotekleri arasında var olan sıra düzenin ipotekli alacaklıların veya taşınmaz malikinin anlaşarak değiştirebilmektedirler.

Taşınmaz üzerinde aynı zamanda hem ipotek hakkı hem de diğer sınırlı aynî haklar tesis edilebilir. Azerbaycan hukukunda Türk hukukunda olduğu gibi bu durumda hakların arasındaki öncelik, “zaman önceliği ilkesi”ne göre belirlenmektedir. Söz konusu ilkeye göre, “zaman bakımından önde olan, hak bakımından da önde olur”. Başka bir ifade ile, hakların önceliği tesis tarihlerine göre belirlenerek, ortaya çıkması muhtemel çatışma bu şekilde önlenmiş olur.

TEZ ÖZETİ

İSMAYILLI İsmayıl “Türk Medenî Kanunu İle Karşılaştırılmalı Olarak Azerbaycan Medenî Hukukunda Sözleşmeden Doğan Taşınmaz İpoteği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 2012.

Çalışmamızda Türk ve Azerbaycan hukukunda sözleşmeden doğan taşınmaz ipoteği incelenmiştir. Burada özellikle ipotek kavramı, ipoteğin çeşitleri, kurulması, hükümleri ve sona ermesi ele alınmıştır. Çalışmada Azerbaycan hukukunda mevcut görüşlere ve uygulama örneklerine ulaşılmaya çalışılmış, bunların Türk hukuku ile karşılaştırılması yapılmıştır. Ayrıca tezde, Alman, İsviçre ve Rus hukuk sistemlerinin doktrin ve uygulamalarından da yararlanılmıştır

ZUSAMMENFASSUNG

İSMAYILLI İsmayıl, “Die Vom Vertrag Folgende Hypothekenbestellung Am Grundstück Im Aserbeidschanischen Zivilrecht” Das Institut Für Sozailwissenschaften, Dissertation Ankara Universität, Ankara 2012.

In der vorliegenden Arbeit wurde die sich vom Vertrag ergebende Hypothekenbestellung am Grundstück im aserbeidschanischen Recht untersucht. Vor allem der Hypothekenbegriff, ihre Formen, ihre Bestellung, ihre Bestimmungen und ihr Erlöschen wurden behandelt. Es wurde versucht, die einschlägigen Stellungnahmen und Praxisbeispiele zu erreichen und diese wurden mit denen im türkischen Recht verglichen. Außerdem wurde in der vorliegenden Dissertation von der Lehre und Praxis im Deutschen, Schweizerischen und Russischen Recht Gebrauch gemacht.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan bütün veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(……/……/2012)